

BIBLIOTECA YALE DE ESTUDIOS JURÍDICOS

Derecho, infancia y familia

MARY BELOFF

compiladora



gedisa
editorial

Mary Beloff

DERECHO, INFANCIA Y FAMILIA

Colección

BIBLIOTECA YALE DE ESTUDIOS JURÍDICOS

BIBLIOTECA YALE DE ESTUDIOS JURÍDICOS

dirigida por Jorge Malem

Esta colección es fruto de un esfuerzo compartido entre la Universidad de Yale y Editotial Gedisa para ofrecer en lengua castellana un panorama lo más amplio posible del pensamiento de la Yale Law School, una de las facultades de derecho más prestigiosas de Estados Unidos. En este proyecto colabora también la Universidad de Palermo, Argentina.

La BIBLIOTECA YALE DE ESTUDIOS JURÍDICOS no sólo pretende divulgar un cierto modo de pensar el derecho, sino contribuir también a la reflexión sobre los problemas jurídicos de nuestro propio ámbito cultural desde una perspectiva distinta.

Los actuales procesos sociales y comunicativos de globalización e integración también afectan a las prácticas jurídicas, ya que el tradicional corte entre los sistemas del *common law* y del derecho continental se está debilitando y los principios jurídicos comienzan a ser compartidos.

Los problemas constitucionales vinculados a la idea de igualdad, libertad de expresión o derecho de propiedad; los aspectos relacionados con la descentralización administrativa o los procesos de privatización son algunos de los muchos temas previstos en esta colección, analizados por autores como Bruce Ackerman, Robert Burt, James Coleman, Owen Fiss, Robert Stack, Akhil Amar, Guido Calabresi, Jules Coleman, George Priest, Michael Reisman o Anthony Kronman.

TÍTULOS DE LA COLECCIÓN

Martín F. Böhmer (comp.)

La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía

Roberto Gargarella (comp.)

Derecho y grupos desaventajados

Mary Beloff (comp.)

Derecho, infancia y familia

Carlos F. Rosenkrantz

La responsabilidad extracontractual

Roberto de Michelle y Roberto Saba (comps.)

Regulaciones: entre el Estado y el mercado (en preparación)

Derecho, infancia y familia

Mary Beloff

compiladora

gedisa
editorial

Esta obra se publica con la ayuda financiera de Yale Law School
y la Universidad de Palermo, Argentina.

Diseño de cubierta: Sebastián Puiggrós

Primera edición: septiembre del 2000, Barcelona

Derechos reservados para todas las ediciones en lengua castellana

© Editorial Gedisa, S.A.

Paseo Bonanova, 9 1º-1ª

08022 Barcelona

Tel. 93 253 09 04

Fax 93 253 09 05

correo electrónico: gedisa@gedisa.com

<http://www.gedisa.com>

ISBN: 84-7432-776-8

Depósito Legal: B. 17.599/2000

Preimpresión: Editor Service, S.L.

Diagonal, 299 – 08013 Barcelona

Impreso por: Romayà Valls

Verdaguer, 1 – 08786 Capellades

Queda prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio de
impresión en forma idéntica, extractada o modificada sin el permiso por
escrito del editor

Índice

Presentación	
<i>Mary Beloff</i>	9
Desarrollo constitucional de derechos de, sobre y para menores	
<i>Robert A. Burt</i>	13
La constitución de la familia	
<i>Robert A. Burt</i>	37
¿En el interés superior de quién?	
<i>Joseph I. Goldstein</i>	115
El porqué del régimen de familias sustitutas: ¿para quién y por cuánto tiempo?	
<i>Joseph I. Goldstein</i>	131
El abuso infantil como una forma de esclavitud. Una respuesta a <i>DeShaney</i> desde la Enmienda XIII	
<i>Akshil Reed Amar y Daniel Widawsky</i>	149
El tratamiento de menores sin el consentimiento de los padres	
<i>Robert A. Burt</i>	189
Asistencia médica para menores en riesgo: sobre la supervisión estatal de la autonomía de los padres	
<i>Joseph I. Goldstein</i>	199
REFERENCIA DE LA PROCEDENCIA DE LOS TEXTOS	235

Presentación

MARY BELOFF

Cuando la Corte Suprema de Estados Unidos estableció en el fallo *Gault*¹ que las garantías del debido proceso debían ser reconocidas a los menores sometidos a procedimientos de los tribunales de menores, culminó un proceso iniciado una década atrás. Se trataba, en resumen, de un proceso dirigido a extender la condición de ciudadanía, a través de decisiones judiciales, a amplios sectores de la población que históricamente habían quedado excluidos del reconocimiento y disfrute de sus derechos fundamentales por razones de sexo, raza, religión, nacionalidad o edad, entre otras.

El ámbito académico del Derecho estadounidense no se mantuvo al margen de este proceso de reconocimiento de derechos. Los artículos reunidos en este volumen dan cuenta de ello. Utilizando la famosa categorización de la Corte Suprema de Estados Unidos, la «minoría insular»² a la que se hace referencia en los trabajos que se presentan aquí está integrada por aquellos menores y sus familias que por algún motivo —pobreza, violencia, salud o educación— son objeto de intervenciones estatales coactivas.

Este libro trata, por tanto, de los derechos de los menores frente a sus padres y frente al Estado, y de los derechos de los menores y de sus padres, en tanto «familia», frente al Estado. La pregunta a la que implícita o explícitamente intentan responder todos los artículos es si a los menores debe reconocerse autonomía, y en caso afirmativo, con qué alcances. La actualidad de la pregunta es indudable como lo son los intentos de respuesta de los trabajos aquí reunidos.

Se han incluido en este volumen siete artículos escritos por académicos estadounidenses que tienen en común el haber sido o ser aún hoy profesores de Derecho de la Universidad de Yale.

El artículo titulado «El abuso infantil como una forma de esclavitud», escrito por los profesores Akhil Reed Amar y Daniel Widawsky, aborda la cuestión de la intervención del Estado en la familia en los casos de abuso y maltrato de niños.

El problema de la distribución del poder y de la autoridad sobre los menores entre el Estado y los padres es tratado en los artículos del profesor Robert Burt, «La Constitución de la familia» y «Desarrollo constitucional de derechos sobre, de y para menores»; y también en los artículos del profesor Joseph Goldstein, «El porqué del régimen de familias sustitutas» y «¿En el interés superior de quién?», en el que se aborda también el tema de la interpretación de la controvertida categoría de la «prioridad de los intereses del menor».

El alcance de la concepción de los menores como sujetos de derecho es tratado en los artículos del profesor Burt antes citados —en particular el tema de la libertad de expresión—, y en relación con las decisiones sobre tratamiento médico, en el artículo del mismo autor, «El tratamiento de menores sin el consentimiento de los padres» y en el del profesor Goldstein «Asistencia médica para menores en riesgo».

Cuando se seleccionaron los artículos incluidos en este volumen, se advirtió con sorpresa la ausencia de trabajos sobre los derechos del menor y la familia entre el material producido durante los últimos años en los que, en el contexto latinoamericano³ y también europeo, la lucha por los derechos del menor en el plano legal adquirió una intensidad particular como consecuencia de la aprobación y posterior ratificación por todos los países del orbe —con excepción de dos: Estados Unidos y Somalia— de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

El proceso de reconocimiento de derechos a los menores, que se inició en Estados Unidos a partir de los años sesenta, encontró un techo en los años ochenta y, hasta la fecha, refleja la pesadilla tanto de quienes a fines del siglo XIX crearon en Estados Unidos los primeros sistemas de justicia especializada para «proteger» a los «menores», los autodenominados «salvadores del niño»,⁴ como de quienes, un siglo atrás, en la era de los derechos civiles, lucharon por extender los derechos a los procedimientos creados por este sistema especial. En Estados Unidos, desde los años ochenta, el precio que deben pagar los

menores para que sus derechos sean reconocidos es, en la práctica, el de ser tratados como adultos. Esto es particularmente evidente en la justicia de menores que admite, en muchos Estados, el procesamiento de personas menores de dieciocho años⁵ en tribunales para adultos, así como la cadena perpetua y la pena de muerte, expresamente prohibidas por los instrumentos internacionales que regulan la materia.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño inaugura una forma nueva de entender la relación entre el derecho y los menores, veinte años después de que se dictara el fallo en el caso *Gault*. Esta relación se conoce, en el contexto latinoamericano, como modelo de la protección integral de derechos. Lo que diferencia el proceso de reconocimiento de derechos que se dio en el contexto estadounidense, del que da cuenta este libro, respecto del ocurrido en el ámbito internacional a partir de los años ochenta y que se expresa en la Convención y en todas las nuevas leyes aprobadas como consecuencia de la ratificación y de la obligación de adecuar el derecho interno de los países al instrumento internacional, es la concepción del sujeto «menor» como titular de derechos: en el caso estadounidense, ser titular de derechos supone en la práctica ser tratado como un adulto; en el modelo de la protección integral de derechos significa ser titular de todos los derechos de los que son titulares los adultos *más* algunos derechos específicos justificados por la condición de persona en crecimiento.

Presentar al lector de habla hispana estos artículos en un momento en el que los temas de los que tratan son discutidos diariamente en los claustros universitarios, en los juzgados y en las legislaturas contribuye sin duda a enriquecer el debate en torno a los derechos de los niños en el ámbito iberoamericano. Favorece también el intercambio entre comunidades jurídicas que han recorrido caminos diversos en momentos diferentes: una, el de reconocer derechos fundamentalmente a través de decisiones de la Corte Suprema; la otra, el de reconocer derechos a través de la reforma legislativa, aunque en algún caso el proceso de reforma legal se haya disparado como consecuencia de una actividad de control de constitucionalidad que determinó la incompatibilidad de las leyes tutelares con las garantías reconocidas por las constituciones nacionales o por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, como en el caso español.⁶

Si bien el reconocimiento de derechos a los menores es una cuestión que ha perdido intensidad política en el contexto estadounidense en los últimos años, los problemas a los que se intentó dar respuesta en los artículos aquí reunidos siguen aún vigentes. Por ello, la presentación de estos trabajos en lengua castellana en un momento en el que —como consecuencia de la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño— tiene lugar como nunca antes un arrollador proceso de reforma legislativa⁷ puede contribuir a imaginar nuevas soluciones para antiguos problemas, que garanticen los derechos de las personas involucradas y se inscriban sin margen de error posible en lo que se ha denominado Estado social y democrático de derecho.

Notas

1. 387 U.S. 1. La centralidad de esta decisión en el proceso de reconocimiento de derechos a los niños es tal que, pese a las críticas de las que ha sido objeto y pese a que existen en la jurisprudencia estadounidense fallos que reconocen derechos a niños desde la organización institucional del país, la discusión en torno del tema se organiza a partir del caso *Gault*, y es caracterizada y sistematizada como la situación pre y post *Gault*.

2. Nota al pie de pág.4 en *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S., pág. 144 (1938).

3. Sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el contexto latinoamericano véase García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989-1999)*, Bogotá, Temis/Depalma, 2ª ed. actualizada y aumentada, 1999.

4. Sobre el movimiento de los «salvadores del niño» véase el libro ya clásico de Anthony Platt, *Los «Salvadores del Niño» o la invención de la delincuencia*, México, Siglo XXI, 1ª ed. en castellano 1982.

5. Recuérdese que para la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, «niño» es toda persona menor de dieciocho años. Esta Convención no distingue entre niños y adolescentes, si bien las nuevas leyes dictadas, en su consecuencia, sí realizan esta distinción en función del trabajo, de la responsabilidad penal especial y de la participación.

6. Sentencia 36/1991 del Tribunal Constitucional del 14 de febrero de 1991 que declaró inconstitucional el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores por «excluir la aplicación de las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones».

7. Desde la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño se modificaron por lo menos las leyes sobre la materia de diez países latinoamericanos y de España.

Desarrollo constitucional de derechos de, sobre y para menores

ROBERT A. BURT

La Corte Suprema se ha ocupado recientemente de casos en los que se cuestionaba la tutela estatal sustitutiva de la parental. La cantidad de casos a tratar es en sí misma sorprendente. Probablemente esto refleje la percepción de la Corte acerca de la amplia preocupación respecto de la estructura de la familia que existe en la sociedad. En su conjunto, estas decisiones confieren derechos constitucionales tanto a padres como a hijos contra las intervenciones estatales y, cada vez más, reducen la autoridad estatal para intervenir en nombre de los hijos en contra de los deseos de los padres. Pero la Corte aún no ha formulado un argumento coherente sobre este tema. Tampoco ha reconocido que la aplicación de normas constitucionales en estos casos tendrá como resultado importantes generalizaciones sobre el ámbito de aplicación permitido a las actividades de la tutela estatal.

Este artículo tratará dicha cuestión. No considerará aquellas intervenciones estatales cuyo fin es controlar a jóvenes que cometen abiertamente actos en contra de la sociedad. En principio, las justificaciones para dichas intervenciones son claras. En la práctica, los obstáculos que impiden el éxito de estas intervenciones parecen ser los mismos que surgen en relación con la corrección de los adultos. La atención estará puesta, en cambio, en los esfuerzos del Estado exclusivamente dirigidos a ayudar a los niños con problemas más que a castigar a niños en problemas.

Barreras constitucionales para la intervención estatal

Protección de los derechos de los padres

Las decisiones de la Corte Suprema que reconocieron derechos de padres e hijos para liberarlos de la tutela estatal han seguido caminos

convergentes. Tal vez la más importante de las últimas decisiones sobre derechos de los padres es el caso *Wisconsin v. Yoder*.¹ En este caso, la Corte apoyó la solicitud de padres de la comunidad amish de eximir a sus hijos de la educación obligatoria más allá del octavo grado, impuesta por las normas estatales. La Corte basó su conclusión en los principios interrelacionados de libertad religiosa y prerrogativas de los padres y sugirió que las solicitudes de los padres carentes de contenido religioso explícito serían considerados con menor respeto.² Esta aplicación de la cláusula religiosa de la Enmienda I es susceptible de una crítica doctrinaria, y parece difícil de encuadrar con casos recientes de la Corte Suprema que invalidaban leyes que estimulaban a los padres a mandar a sus hijos a escuelas religiosas antes que a escuelas públicas, por cuanto tendían a favorecer ciertas religiones por parte del Estado.³

Pero dejando de lado esta objeción, el resultado al que llegó la Corte tiene un sentido de gran importancia. Los padres amish creían firmemente que la enseñanza secundaria expondría a sus hijos a la modernidad y al pecado. La Corte argumentó:

La actual educación secundaria obligatoria en zonas rurales se realiza en su mayor parte en escuelas instaladas a veces muy lejos de los hogares de los estudiantes y ajenas a su vida cotidiana. Como bien muestran los registros, los valores y programas de la actual escuela secundaria se encuentran en profunda contradicción con el modo de vida pretendido por la religión amish ...[y este tipo de escuela] conlleva una verdadera amenaza de socavar la comunidad amish y su práctica religiosa.⁴

La justificación del Estado de no querer anular las intensas convicciones de los padres amish no parece convincente. Es posible que las autoridades escolares de Wisconsin hayan valorado el aspecto psicológico —y aun los posibles riesgos de desarrollo— de obligar a los niños a permanecer en ámbitos sociales que sus padres consideraban como irremediabilmente pecaminosos. Pero ningún razonamiento de este tipo era evidente en la justificación del Estado de haber adoptado esta política tal cual aparece en este caso. La Corte advirtió que el supervisor de la escuela estatal había rechazado una propuesta hecha por los amish —imitada en muchos Estados con otras poblaciones amish— para que sus

hijos asistieran a otras escuelas secundarias organizadas localmente con un currículo especial. La pretendida base para tal rechazo fue que dicho acuerdo «no proporcionaría a los niños amish una “educación sustancialmente igual” a la ofrecida en las escuelas normales de la zona».⁵ Esta afirmación pasa por alto el hecho de que los niños amish no son «sustancialmente iguales» a la mayoría de los niños que asisten a la escuela en Wisconsin y que las diferencias en cuanto a las actitudes de los padres y a la crianza requerían una respuesta educativa diferente.

Esto no implica afirmar que la pregunta sobre si los niños amish debían ser eximidos de la enseñanza secundaria obligatoria fuera clara. La elección entre preparar a los niños amish para el reducido mundo de sus padres o para que ingresen en una comunidad normal involucra una cuestión compleja. Pero si el Estado está preparado para actuar en contra de las visiones de los padres, debe hacerlo con sensibilidad respecto de los conflictos en los que se ponen a los niños amish, ya que de otro modo la acción del Estado no adquirirá una utilidad confiable para ellos. Sin embargo, tal como el Estado definió sus propósitos en el litigio, las necesidades especiales de estos niños parecieron subordinadas a la intención estatal de luchar por la «Ilustración» en contra de las «fuerzas de la oscuridad».

Ésta es una característica normal de las intervenciones del Estado contra los padres e intencionalmente a favor de los niños, y en ella se refleja una soberbia estatal generalizada aun en acciones tendentes a castigar a padres «difíciles» que poco toman en cuenta las necesidades individuales de los niños afectados. Este rasgo es evidente y muy perjudicial para los niños en intervenciones estatales, tanto en las iniciativas de rescatar a niños abusados físicamente por sus padres, como en los esfuerzos estatales por salvar a los niños amish obviamente menos necesitados.⁶ Aun allí donde los padres parecen usar a los niños para sus propios fines, la intervención estatal tiene poco que ofrecer. La batalla entre el Estado y los padres en muchos casos se asemeja notoriamente a las típicas disputas por la custodia en divorcios, en las que ninguno de ambos adultos está en posesión de una verdad irrefutable y cada uno se encuentra atrapado en una lucha de poder con el otro, usando a los niños como armas y trofeos al tiempo que pasan por alto sus necesidades.⁷

La protección de los «derechos» de los niños

El mismo análisis puede aplicarse a decisiones recientes de la Corte Suprema que intentaron establecer «derechos de los niños» contra intervenciones estatales sin explícita referencia a los puntos de vista de los padres. En *Tinker v. Des Moines School District*⁸ la Corte decidió que las escuelas públicas no podrían aplicar medidas disciplinarias a estudiantes por usar brazaletes negros como forma de protesta contra la Guerra de Vietnam. Los demandantes eran dos niños de la familia Tinker, de trece y quince años, y un amigo de dieciséis años, Christopher Eckhardt. El juez Fortas, por la Corte, proclamó rotundamente que «los estudiantes tanto en la escuela como fuera de ella son “personas” bajo nuestra Constitución. Poseen derechos fundamentales que el Estado debe respetar».⁹

La Corte no mencionó, sin embargo, que otros dos niños de la familia Tinker (aunque no demandantes en el caso) también habían usado brazaletes negros en la escuela. Estos niños tenían ocho y once años. Tal vez razones tácticas llevaron a que se los excluyera del litigio. Claro que parece absurdo desplegar la Enmienda I por el derecho de un niño de ocho años a protestar sobre la política de guerra de su gobierno.

Aún más, la Corte describió, aparentemente sin ironías, el modo en que los niños demandantes decidieron usar sus brazaletes:

En diciembre de 1965, un grupo de adultos y estudiantes celebraron en Des Moines una reunión en la casa de Eckhardt. El grupo determinó hacer públicas sus objeciones respecto de las hostilidades en Vietnam y su apoyo para una tregua mediante el uso de brazaletes negros durante las vacaciones y una huelga de hambre el 16 de diciembre y otra la noche de año nuevo. Los padres (de los demandantes) se habían dedicado previamente a actividades similares y decidieron participar en el programa.¹⁰

El juez Black, en disidencia, afirmó que el padre de los niños Tinker era un «ministro metodista sin iglesia [...] que cobraba un salario del American Friends Service Committee» y que la madre de Christopher Eckhardt era «oficial de la Liga Internacional de Mujeres para la Paz y la Libertad».¹¹ Con estos antecedentes quedaba claro de quie-

nes eran los derechos de expresión política que se estaban protegiendo. ¿Eran los de los niños o los de los padres? ¿Qué pasaba con la preocupación demostrada por la Corte anteriormente, en el caso *Prince*, respecto de que «hacer propaganda política en la comunidad [...] crea situaciones lo suficientemente difíciles para los adultos» y que los padres no son «libres [...] de convertir en mártires a sus hijos»?¹²

Desde esta perspectiva, la decisión en *Tinker* no difiere del caso sobre derechos de los padres considerado anteriormente. En general, es una falsa psicología definir una disputa entre los niños y el Estado sin reconocer el rol directo (implícito o explícito) de los padres en tal disputa.¹³ Pero los hechos en *Tinker* sugieren razones acerca de por qué fue correcto que la Corte favoreciera la posición de los padres en los dos casos discutidos hasta aquí.

El error del Estado aparece en el siguiente relato de la Corte:

Los directores de las escuelas de Des Moines se dieron cuenta del plan de usar brazaletes. El 14 de diciembre de 1965 se reunieron y adoptaron una política según la cual a cualquier estudiante que usara un brazalete negro en la escuela se le solicitaría que se lo sacase, y si se rehusaba sería suspendido hasta que regresara sin el brazalete [...] El 16 de diciembre Mary Beth y Christopher usaron brazaletes negros en sus escuelas. John Tinker usó su brazalete al otro día. Todos fueron mandados a casa y suspendidos de sus escuelas hasta que regresaran sin sus brazaletes. No regresaron a la escuela hasta después de cumplido el período planeado para usar brazaletes, es decir, hasta pasado el día de Año Nuevo.¹⁴

La Corte afirmó que la reunión de los directores de la escuela del 14 de diciembre fue decidida después de que un estudiante dijera a su profesora de periodismo que «quería escribir un artículo sobre Vietnam y que se publicara en el periódico de la escuela».¹⁵ Al término de la reunión, este estudiante fue disuadido de realizar dicha acción por las autoridades escolares. La Corte también observó que «las autoridades de la escuela no tuvieron por objeto prohibir el uso de todos los símbolos de trascendencia controvertida o política».¹⁶

Aun si el caso *Tinker* representa una batalla simbólica entre adultos (y posiblemente también lo sea el caso *Yoder*) en la que se usaba a los niños como instrumentos de sacrificio, la Constitución obliga claramente más al Estado que a los padres en tales asuntos. Si los fun-

cionarios escolares de Des Moines insisten en un camino único de conformidad ideológica, las tradiciones de la Enmienda I justifican ampliamente un fallo del tribunal respecto de que ésta es, en sí misma, una acción estatal no permitida.

Se puede entender que en el caso *Tinker* se alcanzó la solución correcta mediante una teoría inadecuada. Para proporcionar un fundamento constitucional coherente, la Corte necesitaría reconocer la potencial relevancia educativa y constitucional de los hechos en el caso afirmando que los brazaletes de los niños reflejaban las convicciones de sus padres más que las suyas. La Corte pasó por alto la posibilidad de que los funcionarios escolares excluyeran de ese ámbito los puntos de vista políticos de los padres con el fin de liberar a los niños para que pudieran pensar por sí mismos sobre estas cuestiones. Como se afirmó, dicha motivación fue inverosímil según las apariencias en el expediente *Tinker*. Si el objetivo de la escuela era alentar la independencia de los estudiantes respecto de los puntos de vista políticos de sus padres, el hecho de suspenderlos de la escuela y forzarlos a regresar a sus casas parece un instrumento extraño para ese propósito. Pero este propósito no es una meta educativa inverosímil ni debería estar prohibida por la Constitución. La cuestión constitucional hubiera cambiado de aspecto si los funcionarios escolares hubieran alegado de manera convincente que estaban actuando no para imponer sus puntos de vista políticos a los estudiantes, sino para proteger los valores fundamentales de la Enmienda I: tolerancia, diversidad de pensamiento, autonomía individual, en contra de las imposiciones de los padres a los hijos.

Una teoría de la actividad estatal permitida. ¿La autonomía de quién está protegida por la Constitución?

El compromiso con la autonomía individual es obviamente una ideología, pero es una parte fundamental de la cultura estadounidense. Alabando las virtudes de la muy conservadora sociedad amish, la Corte mostró en el caso *Yoder* cierta confusión intelectual al vincular las exigencias de los padres respecto a sus hijos con la tradición indi-

vidualista estadounidense. La Corte señaló la «seriedad, autonomía y dedicación al trabajo de los amish» y afirmó que:

Las comunidades amish reflejan y son análogas a muchas de las virtudes del ideal de Jefferson de «los fuertes campesinos» que formarían las bases de una sociedad democrática. Su idiosincrasia separatista ejemplifica, de hecho, la diversidad que manifestamos admirar y alentar.¹⁷

La Corte aparentemente no se preocupó, o tal vez no se percató, de la rígida intolerancia con la disidencia demostrada entre los miembros adultos de la comunidad amish.¹⁸ Jefferson o Thoreau podrían sorprenderse si se enteraran de que un tribunal del siglo XX encontró valores individualistas encarnados en la comunidad amish. Los funcionarios escolares podrían igualmente reclamar que la autodeterminación de la comunidad amish está en guerra con la posibilidad de que los niños amish se desarrollen con autonomía individual. Podrían señalar que los valores individualistas son altamente apreciados en esta sociedad y que el pluralismo de un pequeño grupo impone respeto, en nuestra tradición, sólo cuando ello sirve instrumentalmente para fortalecer rasgos de naturaleza individualista ajenos a los amish.

En el fondo, la tutela estatal sustitutiva de la parental se ha apoyado tradicionalmente en la idea de que los valores sociales importantes son alcanzados cuando el Estado ayuda a los niños a lograr autonomía y autodependencia. El reciente escepticismo de la Corte hacia esta idea encontró su máxima expresión en el célebre ejemplo de delincuencia juvenil del caso *Gault*,¹⁹ que obligó a la formalización explícita de los procedimientos de los tribunales de menores, porque este sistema de tribunales había fracasado en brindar el tratamiento individualizado prometido. Pero los procedimientos en dicho caso pueden ser vistos en su mayoría como un intento de producir una combinación más precisa entre las intenciones y las acciones del tribunal de menores mediante la mejora de su capacidad de investigación.²⁰ La decisión en *Gault* no proclama, como tal, que el Estado no tiene autoridad para perseguir sus propósitos benéficos en cualquier circunstancia.

En los casos posteriores de *Yoder* y *Tinker*, la Corte aparentemente avanza un poco en la limitación de los propósitos que el Estado podría

perseguir al desplazar la autoridad de los padres respecto de los niños. Particularmente la decisión en *Yoder* plantea dudas acerca de la autoridad del Estado para intervenir en contra de la voluntad de los padres, aun cuando tal intervención pudiera confiablemente fomentar la autonomía de un niño. Al establecer la posibilidad de que los padres amish puedan en el futuro «impedir [...] que sus hijos menores asistan a la escuela secundaria a pesar del deseo contrario explícito por parte del Estado», la Corte comentó:

El reconocimiento de la exigencia [estatal...], haría que se cuestionaran los conceptos tradicionales de autoridad de los padres sobre educación y crianza religiosa de sus hijos menores reconocida por decisiones anteriores de esta Corte. Está claro que tal intromisión por parte de un Estado en decisiones familiares respecto de la instrucción religiosa daría lugar a graves interrogantes sobre libertad religiosa comparables con aquellos planteados aquí.[...] En este expediente no tratamos ni decidimos estas cuestiones.²¹

El respeto considerable de la Corte por las prerrogativas de los padres parece basarse en dos premisas cuestionables. La primera es que esta disputa entre los amish y el Estado «no es una de esas en las que algún daño a la salud mental o física del niño o a la seguridad, paz, orden o bien público hayan sido demostrados o tal vez apropiadamente inferidos».²² Pero seguramente es una cuestión de principios afirmar que «no puede ser correctamente inferido un daño a la salud mental del niño». Las normas de salud mental derivan necesariamente de la cultura, lo mismo que la socialmente apreciada capacidad de autodeterminación de los adultos. La autonomía en una sociedad democrática puede ser definida como la capacidad de los adultos de elegir lo que sus padres pudieron no haber decidido por ellos o por sí mismos.²³ Tal norma de salud mental está —al menos por inferencia— en peligro en este caso.

La segunda premisa cuestionable es la implícita conclusión de que la acción del Estado para apoyar los «deseos expresados» por los niños para desafiar a sus padres sería una «intromisión del Estado en una decisión familiar» mientras que la ausencia de dicha acción no sería una intromisión. Pero mientras las leyes estatales obliguen a los niños a permanecer bajo la custodia de sus padres y exijan que cualquier

otra persona que trate con ellos deba obtener con anterioridad el consentimiento de los padres,²⁴ el Estado se inmiscuye igualmente en decisiones familiares. Es decir, si el Estado puede intervenir en nombre de los padres, también debe tener autoridad para decidir cuándo los fines públicos no se satisfacen con dicha intervención. En consecuencia, si el apoyo del Estado a las prerrogativas de los padres afecta un valor central en nuestra cultura democrática —como lo es la capacidad individual para la autodeterminación— un tribunal debería tener dificultades para asegurar que algún principio constitucional opuesto obligue a reconocer la autoridad de los padres.

Una presunción que favorece las prerrogativas de los padres

Estos comentarios son contrarios a la opinión en el caso *Yoder*, pero no a su resultado. El resultado en *Yoder* podría haberse justificado mejor basándose con comodidad en otros casos recientes, a partir del siguiente principio: Cuando el Estado actúa en contra de las decisiones de los padres acerca de la crianza de los niños, con el propósito declarado de beneficiarlos, el Estado debe dar un argumento convincente según el cual su intervención servirá de hecho a sus metas declaradas.

Hasta ahora la Corte Suprema ha renunciado a adoptar este criterio. En el caso *Yoder* estuvo poco dispuesta a hablar en general de las prerrogativas de los padres. En cambio, se basó en gran medida en el aspecto «religioso» de las prerrogativas concretas que se reclamaron. En los casos *Tinker* y *Gault* la Corte pasó por alto el rol de los padres que se resistían a la intervención estatal respecto de sus hijos; pero, en cambio, habló de los derechos de los niños como si pudieran hacerlos valer sin considerar el propósito de sus padres. Pero el principio que une estos casos podría entenderse mejor a fin de establecer una presunción constitucional a favor de las prerrogativas de los padres sobre sus hijos. En el curso de este artículo los defectos de tal principio se harán evidentes, y al menos podrá ser un primer paso hacia un criterio general que abarque toda la cuestión de la tutela estatal.

La presunción a favor de los padres corresponde a importantes realidades: a la realidad social de que las intervenciones estatales en la

crianza de los niños son tareas inherentemente difíciles, y a la realidad psicológica de que un vínculo sumamente íntimo entre padres e hijos establece la mejor base para el desarrollo de los atributos personales más preciados de esta sociedad.²⁵ No obstante el lenguaje utilizado en *Yoder*, no tiene sentido dotar a esta presunción de los padres de una fuerza indiscutible en cualquier aspecto particular de la crianza de los niños. Antes bien, un tribunal debería examinar todas las pretensiones del Estado de contravenir los deseos de los padres con el mismo escepticismo; pero debería estar preparado para sancionar todas las intervenciones que satisfagan su criterio generalmente aplicable.

Criterios para regular la intervención estatal

El criterio correcto podría ser rápidamente extraído de decisiones de la Corte Suprema que protegen otros «derechos fundamentales» de la intromisión estatal. Estos son: ¿Ha sido la necesidad de la intervención estatal convincentemente demostrada y existe una correspondencia cercana entre la necesidad y los medios propuestos para satisfacerla?²⁶ La aplicación de este tipo de criterio permitiría que los tribunales recopilaran datos directamente relevantes para apoyar los propósitos satisfechos por la presunción a favor de los padres. La presunción sería desplazada sólo si el Estado pudiera demostrar que los valores obtenidos a través de una estrecha identidad entre padres e hijos están en realidad afectados en el caso particular y que las insuficiencias históricas en las técnicas de tutela estatal y los recursos han sido cotregidos para este caso concreto.

De estos dos criterios, el segundo tendrá una importancia especial. El primer criterio tiene obviamente un valor de mayor peso y es por lo tanto más fácil de satisfacer con la simple constatación de que el desarrollo óptimo del niño corre peligro por las prácticas de los padres. Pero veamos el segundo criterio, ¿qué puede decir el Estado? Aunque el Estado pueda querer desplazar de manera ferviente y correcta los valores de los padres, ¿quién tiene la varita mágica que haga desaparecer a los padres de los pensamientos y las vidas de sus hijos? Los profesionales de la psicología han documentado ampliamente que «los

esfuerzos hechos para “salvar” al niño de sus malos entornos y darle nuevas pautas no funcionan, ya que son sus propios padres a los que, para bien o para mal, él valora y con quien se identifica». ²⁷ Con frecuencia, las pretensiones del Estado en contra de los deseos de los padres sólo obligan a los niños a elegir entre autoridades en conflicto cuando ellos no tienen un principio satisfactorio como opción. A menos que el Estado pueda demostrar que su técnica de intervención da cuenta de esta realidad psicológica, no puede haber una clara correspondencia entre fines y medios que justifiquen dicha intervención.

La acción de la Corte en *Yoder* ilustra el dilema del niño y la imposibilidad de la Corte de comprenderlo de una manera sensible. Esto aparece en el desacuerdo entre la mayoría de la Corte y el juez Douglas, quien disintió basándose en el argumento de que la libertad religiosa del niño por sí sola —y no de sus padres— garantiza protección judicial. De acuerdo con esto, argumentó Douglas, el expediente debe mostrar afirmativamente que los puntos de vista religiosos del niño se oponían a la educación secundaria. Sólo una niña había testificado en este sentido y Douglas coincidió en eximirla de las normas estatales [que obligan a la educación pública secundaria] porque ella «de hecho testificó que su propia creencia religiosa se oponía a la educación secundaria». ²⁸

La Corte dio poco lugar a este razonamiento, argumentando en el sentido de que debe asumirse que existe una identidad de creencias religiosas entre padres e hijos a menos que el Estado pueda demostrar que el niño tiene «deseos expresos en contra». Pero incluso esto parece una concesión reticente, ya que la Corte observó que:

No hay nada en el expediente ni en el curso ordinario de la experiencia humana que sugiera que padres ajenos a la religión amish consulten por lo general con niños de hasta 14 o 16 años si van a asistir a una escuela de la confesión de sus padres. ²⁹

En vista de ello, el juez Douglas aparece como un campeón de los derechos del niño, por la opinión extraída —según sus palabras— de *Gault* y *Tinker* de que «los niños son “personas” según el significado de la *Bill of Rights*». ³⁰ La posición de la Corte podría aparecer como ignorando a los niños y adhiriendo los derechos de los padres a ellos.

Pero la pregunta es más compleja que esto. De hecho, hay poca diferencia práctica entre estas posiciones. Tanto la Corte como Douglas exigen una expresa oposición de los niños antes de reconocer un conflicto entre padres e hijos. ¿Pero cómo puede ofrecer ayuda a los niños atrapados entre la lealtad y la dependencia de sus padres y el deseo de convertirse en adultos autónomos?

Éste es un vínculo clásico de la psicología de la adolescencia.³¹ Sin lugar a dudas la crianza diferenciada de los niños amish influye en los tiempos y en la intensidad de este vínculo en comparación con otros adolescentes educados en la típica cultura estadounidense. Pero para todos los niños en el límite de pasar a la edad adulta es una situación arriesgada preguntarles si disienten de sus padres en temas cruciales para ambos y esperar que la respuesta otorgue una orientación creíble para actuar en el interés del niño. Con frecuencia el verdadero sentimiento de los niños es profundamente ambivalente, y ellos están paralizados por esa ambivalencia o la encubren con declaraciones falsas, que aparentan ser convincentes, por las cuales se muestran de acuerdo o no con sus padres. Es posible que la solución del juez Douglas sólo intensifique dañinamente el vínculo psicológico de estos niños forzándolos ya sea a disentir públicamente de sus padres o a anunciar públicamente su conformidad y provocando la consecuente impotencia en responder a las directrices de los padres.

Esto no quiere decir que niños de cualquier edad no tengan voluntad autónoma. Pero la dificultad típica para los niños es claramente identificar (incluso para ellos mismos) y anunciar de manera indudable su autodeterminación.³² Así sería incorrecto exigir una expresión clara del punto de vista del niño (sea a favor o en contra de sus padres) como el primer paso en la evaluación de los reclamos estatales para desplazar a los padres. La capacidad del niño para tener un punto de vista independiente es un objetivo propio, no requisito previo, para la intervención estatal.

Desde esta perspectiva, la mejor solución de la disputa contenida en el caso *Yoder* parece haber sido la propuesta de compromiso inicialmente presentada por los amish, pero rechazada por el Estado. Una escuela secundaria que atendiera básicamente a los niños amish, limitada en sus ofertas de currículos, hubiera dado a los funcionarios

escolares estatales un foro en el cual los niños podrían ser alcanzados por influencias externas que no parecen estar diametralmente opuestas a las demandas de los padres. Como se ha notado, este tipo de compromiso ha sido alcanzado en otros Estados con padres amish.

Puede ser que si ahora los funcionarios escolares estatales proponen que se obligue a los padres amish a mandar a sus hijos a una escuela de este tipo, la Corte retroceda en la excepción hecha con respecto a ellos. Cualquiera sea el significado específico de *Yoder* para tratos futuros del Estado con padres amish, ese caso y la decisión *Tinker* han contribuido a obligar a los funcionarios escolares estatales a que adopten en general distintas actitudes en respuesta a disputas con padres sobre sus hijos. Hace diez años, padres que estaban en disputas con escuelas locales no tenían recursos, a menos que llevaran a sus hijos a escuelas privadas o se mudaran a una nueva jurisdicción. Hoy estos padres litigan. No todos estos litigios son, ni merecen ser, exitosos. Pero las acciones de los tribunales han forzado a un número sustancial de escuelas locales a implementar nuevas políticas disciplinarias, a abandonar regulaciones respecto del largo del pelo o de la censura de los diarios escolares, a crear nuevos procedimientos de evaluación para la ubicación de niños en clases para «alumnos lentos» y a adoptar otros cambios significativos en política escolar. Las escuelas ahora están advertidas de que deben estar preparadas para justificar sus intervenciones tutelares ante una instancia externa.

Ámbito de aplicación del criterio

El ámbito de aplicación sustantivo de la regla de presunción parental no es claro. Esto preocupó obviamente a la Corte en los casos *Yoder* y *Tinker*. En el caso *Yoder*, como ha sido mencionado previamente, la Corte respondió intentando limitar su fallo a las religiones tradicionales y a las prácticas que «obviamente» no eran perjudiciales para los niños; pero ningún límite resiste un análisis minucioso.

En *Tinker*, por su parte, se intentó limitar su alcance restringiendo la atención a grandes temas y excluyendo «la regulación escolar en

cuanto a la longitud de las polleras o el tipo de ropa [...], estilo de pelo o porte». ³³ Sin embargo, en la actualidad es evidente que muchos estudiantes (y sus padres) no aprobaron el orden jerárquico establecido por la Corte, y un número sustancial de tribunales inferiores ha utilizado posteriormente al caso *Tinker* para abolir regulaciones escolares relacionadas precisamente con estos temas. ³⁴

Pero la ausencia de claridad sustantiva en esta presunción no debería ser problemática para los padres. En realidad, la rigidez doctrinaria en estas cuestiones no es deseable ni posible. La política estatal sobre la crianza del niño gira alrededor de intentos para contestar esta pregunta: ¿Los niños se convertirán en lo que esta sociedad quiere: 1) si se deja a los padres seguir su propia estrella en la crianza de sus hijos; 2) si los diversos grupos subculturales son libres para crear normas de crianza infantil para los padres; 3) si se permite a la comunidad estatal más amplia inmiscuirse y fijar límites tanto a los padres como a los pequeños grupos en cuanto a las imposiciones sobre los niños? La respuesta seguramente debe ser que no puede haber una respuesta excluyente a favor de un contrincante sobre el otro.

Aunque parezca paradójico, esta falta de respuesta es una orientación central para la revisión de la Corte en relación con la política estatal de crianza infantil. Si no puede haber una respuesta concluyente, los tribunales deberían insistir apropiadamente para que la pregunta se mantenga adecuadamente abierta. Cuando, como en *Yoder* o en *Tinker*, las líneas de batalla por una resolución parecen claramente definidas —cuando el Estado está intentando de manera evidente pasar por encima de las normas individuales de los padres o de las subculturas para la crianza infantil y mientras estas últimas se están resistiendo de manera notoria— es importante asegurar que ninguno de los combatientes relegue de manera concluyente al otro.

Éste, después de todo, es el efecto práctico de la decisión en estos casos. Los funcionarios escolares en *Yoder* siguen con libertad para reclamar educación primaria para los niños amish. Sólo las exigencias estatales de obligatoriedad de la educación secundaria fueron rechazadas, porque la Corte percibió que esto fundamentalmente «socavaría [...] la comunidad amish y sus creencias religiosas tal cual existen hoy en día». ³⁵ En *Tinker*, a los funcionarios escolares se les sigue permiti-

tiendo prescribir el currículo y, de esta manera, definir los temas sobre los que pensarán los estudiantes. La Corte sólo rechazó demandas escolares para dictar lo que los estudiantes debían decir sobre la guerra de Vietnam.

La presunción constitucional en contra de la tutela estatal parecería estar en conflicto con estos resultados. Se podría suponer que las exigencias estatales serían automáticamente desestimadas. Pero este resultado sólo se daría si la presunción, con su propia retórica, fuera aceptada sin más. Los esfuerzos estatales dirigidos a reemplazar la voluntad parental seguramente serán objeto de un «examen estricto» en la gran tradición de la exégesis constitucional. Estos esfuerzos serán a menudo invalidados. Y la formulación del «examen estricto» quedará sustantivamente fijada (como la gran tradición requiere) en relación con los casos en los que los reclamos estatales prevalecerán. Finalmente, sin embargo, los precedentes judiciales y la experiencia acomodarán apropiadamente los reclamos concurrentes del Estado y de los padres sobre los niños.

En estas disputas se debe reunir una cantidad de elementos para provocar una intervención judicial. Los padres inflexibles pueden conseguir la simpatía del tribunal (o, como es frecuente, la simpatía del tribunal de apelación) sólo si pueden invocar normas de crianza infantil muy consensuadas y justificarlas apelando al sentido judicial de la experiencia comunitaria ampliada por las declaraciones de los testigos expertos sobre la sabiduría de los padres en la disputa. A medida que los jueces se involucren más en estas disputas, percibirán indudablemente lo que el juez Jackson observó al revocar la obligatoriedad de saludar la bandera en las escuelas para los niños pertenecientes a los Testigos de Jehovah:

Los directorios escolares son numerosos y sus jurisdicciones territoriales son a menudo pequeñas. Pero una autoridad local más pequeña podría tener menor sentido de responsabilidad hacia la Constitución y las instancias públicas podrían ser menos guardianas para pedir rendición de cuentas.[...] En los pueblos hay tiranos tanto como Hampdens.³⁶

En la medida en que sigan produciéndose litigios escolar tan frecuentes, los funcionarios escolares aprenderán lo que otros litigantes

ya conocen, esto es, que la convicción de estar en lo cierto no asegura éxito ante el tribunal. Por consiguiente, ellos deberían ser inducidos a suavizar la rígida uniformidad de la administración escolar y a responder más flexiblemente a las demandas de la clientela escolar, sólo para prever el resultado de la eventual promoción de una demanda judicial. Así, el proceso mismo de revisión judicial disponible tenderá a alcanzar la meta fundamental de la norma constitucional: ampliar la diversidad y combatir cualquier imposición de criterios monolíticos y autoritarios sobre los niños.

Implicaciones del criterio. El caso de las «ofensas de Estado»

Este tema tiene consecuencias respecto de futuras imposiciones de normas constitucionales en los tribunales de menores. Muchos han argumentado que los esfuerzos estatales para ayudar a «los niños en problemas» a través de dichos tribunales son, en el mejor de los casos, quijotescos, y deberían ser, en general, reducidos. Un autor ha llegado a afirmar que «el imperativo básico de la política estatal... [debería ser]: *dejar a los niños solos siempre que sea posible*». ³⁷ Esta opinión puede ser interpretada de dos formas. Una es que el Estado debería rehusarse, en general, a imponer cualquier forma de restricción legal directa sobre los niños, excepto cuando ellos violen leyes igualmente aplicables a los adultos. La otra interpretación es que el Estado debería continuar apoyando la autoridad parental sobre los niños, pero que debería abandonar las pretensiones de tutela estatal de los tribunales de menores. Los que están a favor de la abolición de las «ofensas de Estado» —intervenciones estatales que son exclusivamente aplicadas a los niños— pasan por alto reiteradamente las implicancias del poder estatal que apoya la autoridad de los padres sobre los niños.

Las «ofensas de Estado» son los ejemplos más claros de las exigencias de los tribunales juveniles para controlar a los niños por su propio bienestar más que para proteger directamente a la comunidad de una conducta peligrosa. Aún si estas ofensas son abolidas, parece posible que muchas de las conductas involucradas queden fácilmente atrapadas en categorías de infracciones de adultos como lo es el robo

de automóviles, el allanamiento de morada, la conducta desordenada, la posesión de droga o similares. Las propuestas abolicionistas parecerían claramente para excluir de la jurisdicción coercitiva de los tribunales de menores a las leyes actuales que tratan la fuga del hogar y la no asistencia a clase. Pero, ¿si estas infracciones son abolidas, podría alguna instancia estatal conservar poder para forzar a los niños a que regresen con sus padres? En el derecho actual, los padres pueden presentar una denuncia cuando sus hijos han huido y ésta autoriza a las autoridades policiales de todo el país a arrestarlos y hacerlos volver por la fuerza a sus hogares. Si este poder estatal se mantiene y el Estado sólo pierde el poder de forzar (o tal vez de ofrecer) mecanismos de custodia alternativa para tantos jóvenes, uno podría preguntarse si los intereses de los niños son bien atendidos de esta manera. Del mismo modo, también podría preguntarse si es posible abolir por completo toda autoridad coercitiva estatal sobre los niños que se fugan.

En la fuga de hogar o en la no asistencia al colegio, los jóvenes expresan directamente esfuerzos adolescentes de autodeterminación en conflicto con la autoridad constituida.³⁸ En la medida en que el Estado intente asistir a jóvenes fugados a resolver las consecuencias que tienen las fugas en su desarrollo, el uso de la fuerza parece ser peligroso. Al ser coercitiva la vuelta al hogar, a la escuela o a cualquier otro lugar, la coerción en sí misma puede posiblemente parecerles a los jóvenes y, de hecho, significar para ellos que se han pasado por alto sus razones para huir y su autonomía. Pero el fracaso en el ejercicio de la fuerza puede tener igualmente un significado desalentador para los jóvenes. Significaría que nadie les ha aceptado su reto para probar lo que querían, que nadie les ayudará a actuar en lo que necesiten para volver a casa o al colegio mientras organizan su necesidad poderosa de no admitir dependencia.³⁹ Así, pueden encontrarse allí razones importantes para conservar el poder estatal de coacción con el fin de ayudar a los niños que se fugan.

Pero este dilema se presenta tanto aquí como en la discusión anterior respecto de otras intervenciones de tutela estatal. Aunque el caso pueda admitir una aplicación beneficiosa del poder estatal ¿cuán beneficioso puede ser realmente aquel poder en manos de las instancias estatales tradicionales que lo ejercen? No hay una respuesta cierta a

esta pregunta. Aún en vista del significado de la fuga para el desarrollo del adolescente, y la probabilidad de que la intervención estatal de retención conduzca en muchos casos a resultados que nadie (incluyendo a los jóvenes) quiere, parece que vale la pena tratar de desarrollar mecanismos más sutiles para controlar el poder estatal antes que deshacerse de éste completamente.

Una posibilidad en particular, que vale la pena explorar, es que se mantenga el poder coercitivo estatal respecto de las fugas, pero que sea sometido a estrictos límites de tiempo. Así, por ejemplo, un tribunal de menores puede ordenar a niños que se fugan que permanezcan en un hogar sustituto por dos meses, pero al final de este tiempo la opción de permanecer allí pertenecerá totalmente a los adolescentes. Si ellos deciden volver a huir, el Estado podría adoptar otra medida coercitiva, tal vez con los padres del menor, en otro hogar sustituto o en una institución. Pero estas medidas también serían limitadas en el tiempo. En algún momento después del fracaso de numerosas medidas para conseguir la adhesión voluntaria del joven, debería terminar la posibilidad de coerción estatal como respuesta a la fuga de un joven.

En algún sentido, el último límite de tiempo impuesto sería arbitrario, desde que las necesidades psicológicas del joven tanto de libertad como de coerción quedarían sin satisfacer, pero esto prevendría al joven de quedar atrapado en una red estatal donde las necesidades individuales son tanto exacerbadas como desatendidas. La realidad social es que la coerción estatal de niños se convierte muy fácilmente en un fin en sí mismo más que en un medio de ayuda para los niños en problemas. Si el poder estatal sobre los que huyen coincide con la propuesta estatal de asistir a los niños para que logren una mayor capacidad de autodeterminación, debe exigirse al Estado que demuestre rigurosamente en cada caso individual que la meta ha sido alcanzada.

Por consiguiente, el Estado debe ser forzado, dentro de un tiempo relativamente limitado, a obtener la aquiescencia de buena voluntad del niño para continuar con la intervención estatal. A menos que el Estado deba servirse de la persuasión, se sirve muy fácilmente de la fuerza. Mientras a los funcionarios estatales se les permiten largos períodos de indulgencia de las fantasías oficiales típicas de que la fuerza lo cura todo, ellos no tendrán un incentivo adecuado para trabajar

buscando la cooperación voluntaria del niño, y la posibilidad de alguna propuesta beneficiosa para él estará en riesgo.⁴⁰ Además, si los funcionarios estatales saben que fueron obligados a encontrar rápidamente un lugar donde los niños fugados se queden voluntariamente, esto sería un incentivo para relajar los criterios rígidamente moralistas, que tienen muchas de las autoridades de los tribunales de menores para aprobar la ubicación en un hogar sustituto grupal o individual como disposición alternativa. En vez de imponer a los niños desafortunados sus definiciones sobre la buena vida, estos funcionarios estatales deberían ser forzados a colaborar desde sus puestos para encontrarles un alojamiento aceptable.

Después de que los niños fugados han rechazado cada medida que el Estado adoptó durante el tiempo en el que le es permitido intervenir coactivamente, no debería dejarse a los niños completamente al margen de la protección estatal. Tanto los niños como los adultos deberían ser protegidos de otras depravaciones por las leyes criminales que reprimen las amenazas, violaciones, narcotráfico, etc. En muchos casos, las leyes no protegen efectivamente de sufrir algún daño a los niños vagabundos; pero es falso pensar que encerrando a los niños por un tiempo indefinido se los protegerá. Cuando el Estado encierra a los niños —ya sea en una institución estatal segura o en la casa de sus padres de las cuales ellos persistentemente se fugan y a las cuales la policía persistentemente los devuelve— el daño es directamente infligido por la acción estatal. Por consiguiente, si el poder estatal sobre los niños es limitado por algún principio constitucional, el Estado no puede argumentar que el daño que impone no es peor que otros que podrían sufrir los niños.

Esto nos lleva a la pregunta siguiente: ¿Existe un principio constitucional que limite el poder estatal sobre los niños que se fugan? Esta pregunta no se contesta fácilmente recurriendo al principio constitucional postulado anteriormente en este artículo, según el cual en disputas con el Estado la voluntad de los padres presumiblemente prevalecerá. Los padres de muchos niños fugados ceden voluntariamente la custodia al Estado. ¿Para estos niños, el acuerdo entre los padres y el Estado justificaría un ejercicio ilimitado del poder estatal sobre ellos? A otros niños fugados el Estado podría querer forzarlos una

y otra vez a volver a sus casas, de las cuales ellos persistentemente se escapan. ¿Podría permitirse constitucionalmente al Estado adherirse a la presunción parental sin importar cuan persistentes sean las protestas de estos niños?

En otras palabras ¿el principio formulado en *Yoder* y en otros casos discutidos significa que los padres tienen un rol protegido constitucionalmente en la vida de sus hijos o significa que el Estado tiene un rol limitado constitucionalmente en la crianza infantil, el cual típica pero no necesariamente es impuesto en defensa de los padres? Los dictámenes tradicionales en contra de la autoridad estatal para imponer conformidad ideológica y moral entre sus ciudadanos —sea extraído de las raíces de la Enmienda I o de las nociones más contemporáneas de «derechos de la privacidad»— han sido objeto de interpretaciones recientes. Muchos casos de la Corte Suprema, aun relacionados con prácticas de crianza infantil, tratan directamente acerca de los límites del poder estatal sobre todos los individuos, sean niños o adultos. La Corte, en muchas de sus decisiones, ha ignorado el poderoso rol psicológico que juegan los padres, y la solución de los casos sugiere que la Corte resolvió no reconocer autoridad a las opiniones parentales sino limitar el poder estatal para «someter al individuo y desarrollar ciudadanos ideales». ⁴¹

Desde esta perspectiva, entonces, los valores constitucionales son puestos en discusión cada vez que el Estado dice actuar con los niños adoptando el rol tradicional de sus padres en la sociedad. Se deberán imponer rigurosos criterios para justificar las intervenciones estatales en las acciones de sustitución de la autoridad parental, cualesquiera que sean los deseos de los propios padres de los niños. En aplicación de estos criterios, la aquiescencia de los padres a la intervención estatal en sí misma puede convincentemente establecer la necesidad de esto. Pero esta aquiescencia no necesariamente demostraría el requisito de estrecha correspondencia entre la necesidad del niño y el medio por el cual el Estado propone satisfacer esta necesidad. Además, el Estado debe estar más limitado que los padres en sus pretensiones de formar a sus ciudadanos. Esto se debe simplemente al hecho de que la Constitución limita de manera directa al Estado y no a los padres.

Por consiguiente, en la revisión de normas estatales sobre fuga, las normas constitucionales pueden ser aplicadas apropiadamente para

requerir alguna limitación firme en la amplitud del poder estatal para asegurar que los medios con los que se interviene correspondan rigurosa y confiablemente con los fines pretendidos. El análisis de las normas estatales sobre fuga ilumina agudamente dos aspectos del análisis constitucional fundamentales en toda la discusión precedente: los niños son una población de sujetos sin importar quien ejerza autoridad sobre ellos, y tal autoridad (sea de maestros de escuela, del tribunales de menores, de los jueces o de los padres) es apoyada por la sanción estatal, por la maquinaria legal. Así, las normas constitucionales que limitan la actividad estatal en temas referidos a la crianza infantil, deben aplicarse en todos sus aspectos, incluido el apoyo estatal a la autoridad parental sobre los niños.

Esta proposición resuena en los debates de derecho constitucional que tratan de definir la «acción estatal». Aquí, como en otros contextos de este debate, es posible argumentar con una lógica formal que toda interferencia entre padres e hijos es «acción estatal», porque el apoyo estatal es muy penetrante. De acuerdo con esta lógica, cualquier imposición de disciplina parental puede requerir las advertencias de *Miranda*⁴² y la designación de un abogado para el niño acusado. Este resultado forzado obviamente no tiene sentido, pero para evitar esto, no es necesario ignorar completamente la realidad de que el apoyo estatal a la autoridad parental influye en la política de crianza de los niños en esta sociedad. Las restricciones constitucionales del apoyo estatal a la autoridad parental pueden ser aplicadas con prudencia sólo cuando las líneas de conflicto entre padres e hijos están claramente trazadas (como cuando el niño huye de su hogar) y el apoyo estatal abierto es solicitado por el padre. Cuando el poder policial del Estado se hace visible, es apropiado aplicar normas constitucionales generalmente aplicables al poder estatal y requerir que el Estado respete las exigencias de los niños para desarrollar su individualidad autónoma.

Conclusión

Este artículo ha tratado casos en los que el Estado **asumió roles parentales** como maestro, juez y custodio de los niños. **Una realidad bá-**

sica histórica subyace bajo estas actividades del Estado. Durante el siglo pasado o más atrás, las relaciones familiares extendidas y los vínculos comunitarios estrechos, existentes en este país, se han visto visiblemente atenuados, dejando a las familias nucleares o a aquellas de una sola persona con función parental altamente aisladas y vulnerables. A medida que los apoyos informales para las familias con problemas disminuyeron, surgió la necesidad de instituciones sociales formales que llenaran el espacio vacío.⁴³ Pero la formalidad misma de las instituciones que aparecieron entonces conllevó falta de trato personalizado, rigidez y estigmatización destruyendo así sus propósitos de ayuda.

En la década pasada, comenzando abiertamente a arremeter contra los procedimientos de los tribunales de menores en el caso *Gault*, las decisiones de los tribunales han reflejado (a veces explícitamente) la crítica creciente contra las agencias de bienestar social. Los casos discutidos aquí, que tratan varios aspectos de las actividades de tutela estatal, aparecen frecuentemente como decididos sin confrontación. Pero como estas actividades inevitablemente reflejan características subyacentes socialmente uniformes, no es sorprendente que las decisiones en sí mismas giren alrededor de los mismos temas, y que un principio constitucional unificador pueda ser extraído de ellas. La autoridad de tutela estatal es limitada tanto por la presunción de prerrogativas de los padres como por las normas constitucionales aplicables para ejercer el poder estatal sobre cualquier individuo, niño o adulto.

Ocasionalmente, los tribunales caen en una retórica nostálgica que evoca un concepto romántico de la familia e implica que los males modernos podrían ser curados si se volviera a (tal cual lo dijo el Presidente de la Corte Burger en el caso *Yoder*) «la vida simple de la primitiva era cristiana que continuó en Estados Unidos durante gran parte de nuestra temprana vida nacional».⁴⁴ Dejando de lado fantásticos deseos, el pasado no se puede deshacer y la necesidad de intervenciones formales de tutela estatal no van a desaparecer. Los aspectos perjudiciales y autodestructivos de estas intervenciones continuarán a menos que se puedan crear remedios sensatos. Uno desea que los tribunales se puedan sumar a un esfuerzo conjunto por limitar la magnitud de las pretensiones estatales sobre los niños y, simultáneamen-

te, puedan asegurar asistencia confiable por parte de las instancias estatales. La competencia de los tribunales para dictaminar políticas estatales de crianza de niños podría ser cuestionada, pero alguna revisión externa es necesaria sobre las estrechas bases burocráticas estatales que hoy actúan como padres sustitutos en un rango de situaciones cada vez más amplio. Esta actividad estatal afecta valores de libertad fundamentales. Los tribunales tradicionalmente se han expresado a favor de estos valores en otros contextos. Nuestros niños merecen por lo menos esto.

Traducción de Silvina Karakasis y Viviana Reinoso

Notas

1. 406 U.S. 205 [1972].
2. págs. 235-36.
3. Véase *Committee for Public Education and Religious Liberty v. Nyquist*, 413 U.S. 756 [1973], y *Sloan v. Lemon*, 413 U.S., pág. 825 [1973].
4. *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S., págs. 217-218.
5. págs. 208-209, n. 3.
6. Burt 1971, véase también *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. pág. 158 [1944].
7. Watson 1969.
8. 393 U.S., pág. 503 [1969]).
9. 393 U.S., pág. 511.
10. 393 U.S., pág. 504.
11. 393 U.S., pág. 516.
12. 321 U.S., pág. 170.
13. Freud 1964, 1965(a).
14. 393 U.S., pág. 504.
15. 393 U.S., pág. 510.
16. 393 U.S., pág. 510.
17. 406 U.S., págs. 225-226.
18. Hostetler 1968.
19. 387 U.S., pág. 1 [1967].
20. Burt 1971, pág. 1293.
21. 406 U.S., págs. 231-232.
22. 406 U.S., pág. 230.
23. Erikson 1963.
24. Foster y Freed 1972, Clark 1968.

25. Goldstein, Freud y Solnit 1973; Ellsworth y Levy 1969.
26. Gunther 1972.
27. Bowlby 1965, pág. 80.
28. 406 U.S., pág. 243.
29. 406 U.S., pág. 232.
30. 406 U.S., pág. 243.
31. Erikson 1968.
32. Freud 1965b
33. 393 U.S., págs. 507-508.
34. Por ejemplo, *Hatter v. Los Angeles City High School District*, 452 F. 2d 673 [9th Circuit, 1971].
35. 406 U.S., pág. 218.
36. *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S., págs. 624 y 637-638 [1943].
37. Schur 1973.
38. Erikson 1968; Suddick 1973.
39. Véase Nir y Cuttler 1973.
40. Burt 1973.
41. *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S., págs. 390, 402 [1923].
42. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S., pág. 436 [1966] obligando a los funcionarios a informar los diversos derechos que asisten a los sospechosos cuando estos son interrogados respecto de posibles actos criminales.
43. Rothman 1971.
44. 406 U.S. en p. 210.

La constitución de la familia

ROBERT A. BURT

Las relaciones familiares se han convertido en parte sustancial de las preocupaciones constitucionales de la Corte Suprema. Sólo a partir del período 1978, la Corte trató los derechos constitucionales de menores embarazadas a abortar sin el consentimiento de sus padres,¹ de hijos ilegítimos a recibir una herencia de acuerdo con el derecho estatal,² de padres para adoptar judicialmente a sus hijos ilegítimos,³ de madres para obtener apoyo del seguro social federal para sus hijos ilegítimos⁴ y de esposos para igualar las demandas de alimentos de sus esposas en los procedimientos de divorcio.⁵ La reiterada atención de la Corte durante los años setenta a los temas del aborto y de la discriminación de género,⁶ así como a los procedimientos de adopciones y tutelas sustitutas⁷ y las disputas entre hijos, padres y autoridades escolares,⁸ ha generado una nueva doctrina constitucional para regular relaciones tanto dentro de la familia como entre la unidad familiar y terceros ajenos a ella.

Un caso resuelto en el último período ilumina los aspectos centrales del trabajo contemporáneo de la Corte. En *Parham v. J.R.*,⁹ la Corte consideró si la Constitución puede obligar a los padres que quieren confinar a sus hijos en instituciones mentales. Aunque la Corte reconoció el «interés sustancial por la libertad» para evitar hospitalizaciones injustificadas,¹⁰ sostuvo que se podían ofrecer las garantías adecuadas del debido proceso frente a imposiciones de los padres, a través de «técnicas médicas tradicionales e informales de investigación»¹¹ dirigidas por «médicos y especialistas de la conducta». La Corte rechazó la exigencia de los tribunales inferiores de celebrar una audiencia de oposición formal ante un «experto en leyes o un oficial judicial o administrativo» para proteger a los niños,¹² aunque las normas cons-

titucionales requieran este proceso para un adulto que se ha opuesto a tal confinamiento o que (como la mayoría de los niños) carece de capacidad para consentirlo.¹³

El presidente de la Corte, juez Burger, redactando para la Corte, fundamentó su decisión en «los conceptos de familia de la civilización occidental como una unidad con una amplia autoridad de los padres sobre los hijos menores». ¹⁴ El juez Brennan, en disidencia, estaba preparado para dar una homologación constitucional especial al papel del Estado con el de la familia sólo posponiendo la audiencia de oposición por un «período limitado» después de la admisión de un niño en una institución. ¹⁵ Más allá de esta concesión, argumentó que tanto los niños como los adultos disponían de las mismas acciones constitucionales para protegerse contra la hospitalización.

El caso *Parham* apunta al contexto más amplio de la jurisprudencia de familia de la Corte. Aunque la disputa se relacionaba más directamente con las prerrogativas de los padres sobre sus hijos, el caso surgió sólo porque una burocracia profesional de tutela provisoria estaba de acuerdo con la demanda de los padres de tener la custodia de sus hijos. Aunque el presidente de la Corte escribió con entusiasmo a favor del tradicional respeto debido a la autoridad de los padres, estas demandas llegaron a la Corte enredadas con la validación autoritaria de los profesionales médicos y los oficiales burocráticos. El caso, de este modo, implicaba directamente una extendida disputa respecto del correcto rol judicial al confrontar demandas ejecutivas por respeto [a la autoridad parental] basadas en la supuesta solvencia profesional apoyada por la expansiva delegación legislativa. Las partes en esta disputa han comenzado a caracterizarse popularmente como defensoras del activismo por un lado, y de la restricción judicial por el otro. Aunque esta caracterización pueda carecer de elegancia, la Corte trazó en *Parham* la línea ideológica que la caracterización popular predecía: los cuatro jueces designados por Nixon por un lado y los jueces Brennan y Marshall por el otro (las posiciones de los tres jueces «oscilantes» se distribuyeron parejamente, la del juez White se adhirió a la opinión de la mayoría, la del juez Stevens a la disidencia, y la del juez Stewart a la opinión de la mayoría, aunque redactó su voto él mismo por separado).

Un aspecto diferente del caso realzaba su significado ideológico desde la perspectiva de la política contemporáneas de la Corte. La conducta social desordenada es una razón común que los padres alegan, y que aceptan los profesionales de la conducta, para la hospitalización psiquiátrica de los niños.¹⁶ El caso presenta así una impronta de «ley y orden» que generalmente requiere un examen especial por parte de los activistas judiciales y un respeto especial de sus oponentes. Las resoluciones de la Corte apoyan las demandas gubernamentales para combatir la conducta antisocial sin un detallado examen judicial.

Parham revela así un aspecto central de la construcción contemporánea de la jurisprudencia de familia de la Corte: El interés fundamental de la Corte es resolver las demandas resultantes de conflictos entre los individuos y la comunidad, entre la libertad y la autoridad. Aunque la Corte pueda hablar de una crisis en la estructura y la autoridad familiar, y pueda encontrar una respuesta armoniosa en las actitudes populares, esa percepción compartida es parte de una preocupación más amplia en nuestra sociedad. En efecto, los historiadores actuales, que sólo recientemente han hecho de la familia una materia de rigurosa indagación, plantean dudas respecto de la exactitud de las referencias contemporáneas a una «edad de oro» del pasado, de incuestionable autoridad y estabilidad familiar.¹⁷ Estos estudios sugieren que los lamentos actuales con respecto a la declinación de la autoridad de los padres y de los lazos familiares constituyen un factor desconocido de una preocupación social diferente con respecto a la fuerza y legitimidad de la autoridad comunal.

La jurisprudencia constitucional de familia de la Corte desarrollada durante la década pasada puede ser entendida coherentemente bajo esta luz. Los jueces —aunque hablando del correcto rol del derecho al regular las relaciones familiares— han abordado implícita y en ocasiones explícitamente la definición de autoridad social legítima, preguntándose cómo puede ser reconocida la legitimidad y cuál es el correcto rol de los tribunales y de las sentencias constitucionales en ese reconocimiento. Los dos bloques ideológica y popularmente identificables de la Corte —los «conservadores» y los «liberales», para usar la típica terminología opaca¹⁸— se han acercado a estas cuestiones de dos maneras distintas. Explorar las diferencias y acuerdos críticos entre

los bloques en los casos de las relaciones familiares puede no sólo clarificar la disputa entre la mayoría y los disidentes en *Parham*, sino también echar luz, en general, sobre la jurisprudencia constitucional contemporánea de la Corte.

I. Los jueces conservadores: suprimiendo el conflicto por medio de la fuerza de la autoridad

La Corte se pronunció en *Parham* como si estuviera sosteniendo prerrogativas de los padres en contra de las intrusiones del gobierno. El presidente de la Corte, juez Burger, reconoció que algunos padres dañan a sus hijos y que la intervención estatal puede justificarse cuando «la salud física o mental (de los niños) está en peligro». Sin embargo dijo: «La noción estatista según la cual el poder gubernamental debe suplantar la autoridad de los padres en *todos* los casos porque *algunos* padres abusan o abandonan a sus hijos es repugnante a la tradición estadounidense». ¹⁹ Esta es una extraña manera de describir el tema en juego en *Parham*. Los padres no trataban resistir al poder gubernamental sobre sus hijos; estaban invocando ese poder para confinar a sus hijos en instituciones psiquiátricas estatales.

Esta alabanza a las prerrogativas de los padres habría tenido una mayor relevancia si los oficiales estatales hubiesen intentado imponer controles de conducta sobre los niños en contra de los deseos de sus padres. Dos años antes, la Corte sí consideró un caso que implicaba directamente esta cuestión. Los funcionarios de una escuela habían administrado castigos corporales a los niños. La mayoría de la Corte, compuesta por el mismo núcleo conservador como en *Parham* (unidos aquí por el juez Stewart, pero con el juez White en disidencia), resolvió que los funcionarios escolares podían desatender las objeciones de los padres a esta forma de control de la conducta de sus hijos. ²⁰ El juez Powell se pronunció por la Corte. ²¹

Aunque los casos anteriores concebían la autoridad del maestro como una autoridad derivada de los padres, el concepto de delegación de los padres ha sido reemplazado por la opinión —más congruente con las leyes de educación obliga-

toria— según la cual el Estado mismo puede imponer el castigo corporal que sea razonablemente necesario «para la correcta educación del niño y el mantenimiento de la disciplina del grupo».

[Así las cosas] tanto para la tradición estadounidense —expresada en *Parham* como en «los casos anteriores»— «el poder gubernamental (no) debería suplantar la autoridad de los padres».

El núcleo conservador en *Parham* también se pronunció en forma completamente diferente en 1971 respecto de ubicar la presunción probatoria entre «poder gubernamental» y «autoridad parental» al decidir la prioridad del interés del niño. En *Wyman v. James*²² la Corte resolvió que los oficiales estatales pueden exigir el acceso al hogar como una condición de elegibilidad para el seguro social sin someter esta exigencia a un examen judicial en caso de una oposición al solicitante. El juez Blackmun²³ observó en esta ocasión que el propósito de la inspección del hogar era la protección de los niños. «El interés público no existe más como objetivo de valor. Las necesidades del niño son superiores, y sólo con incertidumbre relegaremos esas necesidades, en la escala comparativa de valores, a una posición secundaria respecto de lo que la madre reclama como sus derechos».²⁴ La Corte asumió aquí un conflicto de intereses entre padres y niños sin mostrar específicamente que la actuación de los padres podría ser dañina. En *Parham*, el juez Burger y presidente de la Corte, pareció rechazar esta posición al exigir una prueba de la «probabilidad del abuso por parte de los padres» antes de que los tradicionales derechos parentales fueran limitados por algún funcionario gubernamental que pretendiera proteger al niño. Sostuvo que «el mero hecho de que la decisión de un padre [...] implica un riesgo [de daño a un niño] no transfiere automáticamente el poder para que alguna instancia o un funcionario del Estado tome esa decisión en lugar de los padres».²⁵ En *Wyman*, la Corte caracterizó a la madre como reclamando «sus derechos» sin reconocer que esos derechos podían ser entendidos de modo que incluyan la autoridad para criar a su hijo sin una interferencia inapropiada del Estado, esto es, que su exigencia de privacidad no era simplemente una exigencia individual, sino que abarcaba tanto su propio derecho a la privacidad como el de su hijo en su relación familiar.

En *Wyman* la madre estaba proponiendo algún tipo de participación estatal en la crianza de su hijo: estaba solicitando una subvención financiera al Estado. La Corte interpretó esta solicitud como una renuncia general a las exigencias comunes de la madre con respecto a su intimidad familiar o personal.²⁶ En *Parham*, en cambio, los padres estaban solicitando asistencia estatal para criar a su hijo al procurar su admisión en alguna institución estatal. La Corte no interpretó esta solicitud como una renuncia de prerrogativas individuales o parentales y caracterizó este deseo de los padres en una retórica altisonante de «los conceptos de familia de la civilización occidental como una unidad con una amplia autoridad de los padres sobre los hijos menores». La Corte no vio aparentemente ninguna ironía en su invocación de esta retórica para reivindicar que los padres deleguen su autoridad de tomar decisiones en un centro psiquiátrico estatal.

Una consistencia subyacente puede advertirse, sin embargo, al comparar *Parham*, *Wyman* y el caso del castigo corporal escolar. En cada uno de los casos, profesionales de la conducta empleados por el Estado —psiquiatras, maestros, trabajadores sociales— tenían diversas opiniones respecto de las correctas técnicas para criar a un niño. En *Parham* los padres estuvieron de acuerdo con esas opiniones; en otros casos, los padres estuvieron en desacuerdo. La Corte —esto es, el bloque conservador que constituye el núcleo mayoritario en esos casos— apoyó la decisión de los padres solamente en *Parham*. En los otros tres casos prevaleció la opinión de los profesionales. Estos tres casos no constituyen la totalidad de la jurisprudencia de familia de la Corte ni del bloque conservador. Ni la Corte ni este bloque atribuyen mayor valor a la visión de los profesionales sobre la crianza de un niño que a la de los padres. Sin embargo, la actitud de los jueces conservadores hacia los expertos de la conducta en estos casos sí apunta a una posición unificada que se puede advertir en otras decisiones de la Corte sobre cuestiones de familia.

La decisión de la Corte (incluido su bloque conservador) en *Wisconsin v. Yoder*²⁷ aparece como una clara victoria de la oposición de los padres sobre la visión de los profesionales estatales acerca de la educación de un niño. En *Yoder* la Corte reconoció la pretensión —basada en el derecho religioso de los padres amish— de resistir a la imposición

estatal de que sus hijos asistieran a la escuela más allá del octavo año. El juez Burger y presidente de la Corte basó su decisión tanto en nociones de libertad religiosa como en «la larga tradición norteamericana» de respetar el «papel primordial de los padres en la crianza de sus hijos». ²⁸ El juez Douglas disintió solamente con el hecho de que la Corte debía proteger sólo el derecho del niño y no los derechos de sus padres como tales, contra la intervención estatal. ²⁹ El presidente de la Corte sostuvo que el caso no presentaba un conflicto entre los intereses de los niños y de los padres en su resistencia contra las demandas del Estado; ³⁰ los jueces Stewart y Brennan coincidieron con la opinión de la Corte en esta interpretación. ³¹ Y el presidente de la Corte se pronunció en otro lugar sobre este punto: ³²

El reconocimiento de la pretensión del Estado [apoyar la oposición de los niños a los deseos de sus padres] [...] cuestionaría, por supuesto, los conceptos tradicionales del control de los padres sobre la crianza y educación religiosa de los niños *menores reconocidos en las decisiones anteriores de esta Corte*. Está claro que esta intrusión en las decisiones familiares por parte de un Estado en el área de la educación confesional daría lugar a profundos problemas relacionados con la libertad religiosa ... En este caso no trataremos ni decidiremos estos temas.

Contrariamente a lo sostenido en *Yoder*, el expediente *Parham* sí revelaba explícitamente una oposición ente los padres y los niños. La Corte en *Parham* no sostuvo, sin embargo, que los funcionarios del Estado estaban obligados a dar prioridad a la voluntad de los padres en este conflicto o a reconocer un peso especial a esa voluntad. La Corte sólo estableció que este reconocimiento era exigido a los jueces. Los médicos estatales en *Parham* no solamente podían, desde el punto de vista de la Corte, situarse del lado de los niños en contra de los deseos de los padres respecto de la hospitalización; la Corte estableció que las normas de la garantía constitucional del debido proceso exigían de los psiquiatras que evaluaran independientemente la conveniencia de la hospitalización del niño, siendo «examinador(es) neutral(es) y objetivo(s)» en esta disputa entre niños y padres. ³³ ¿Significa esto que, si la Corte advirtió una oposición explícita entre los padres amish y sus niños respecto a la asistencia a la escuela, podría dejar de lado la voluntad de los padres? Parece claro –por el tono de las opiniones de

la Corte en los dos casos— que este resultado no prosperaría, al menos para el presidente de la Corte, quien redactó ambas opiniones. Pero si no fuera así, ¿cuál sería la razón?

El caso podría parecer diferente, puesto que los deseos de los padres amish estaban claramente arraigados en creencias religiosas, mientras que la decisión de los padres a favor de la hospitalización psiquiátrica conllevaba sólo implicaciones seculares. Pero aquí debemos tener en cuenta otra decisión reciente de la Corte que resolvió un conflicto entre padres e hijos. En *Planned Parenthood v. Danforth*,³⁴ la Corte estableció que las leyes estatales no podían prohibir el aborto de una menor embarazada tomando en cuenta únicamente los deseos de sus padres. El juez Blackmun redactó la decisión de la Corte con el solo disenso de los jueces White y Stevens; por consiguiente el núcleo conservador estaba dispuesto aquí a dejar de lado la autoridad de los padres en una cuestión que implica claramente convicciones religiosas sostenidas apasionadamente por algunos de ellos. Muchos padres pueden oponerse al aborto con fundamentos seculares, pero muchos padres pueden oponerse a la educación obligatoria con los mismos fundamentos. La Corte en *Yoder* tuvo la precaución de restringir esta dispensa a las objeciones de los padres basada explícitamente en creencias religiosas;³⁵ en el caso *Danforth* no se dio tal exención.

Negar una solicitud de aborto parecería tener consecuencias más profundas e irreversibles para una adolescente que negar la no asistencia a una escuela pública secundaria. La severidad diferencial de las consecuencias puede ofrecer así una explicación consistente para el deseo del bloque conservador de reconocer la autoridad de los padres en un caso y no en otro. El reconocimiento de esta diferencia parece subyacer en las posiciones de los miembros del bloque liberal, los jueces Brennan y Marshall, que se unieron a la mayoría de la Corte tanto en *Yoder* como en *Danforth*. Pero si los conservadores también se basaron en esta diferencia, deberían haberse unido con los liberales en disenso en el caso *Parham* para hacer prevalecer las objeciones del niño sobre el deseo de sus padres de someterlo a una hospitalización psiquiátrica. El trauma psicológico de este confinamiento forzado y su potencial estigmatización de por vida son seguramente más parecidos al potencial perjudicial de una crianza forzada para un menor que se

opone a ella, que el daño de excluir a un estudiante de la escuela secundaria pública en consideración a los deseos de sus padres.³⁶

Sin embargo, el presidente de la Corte Burger distinguió el fallo en el caso *Danforth* de su opinión en *Parham*, alegando que el derecho estatal daba un «veto absoluto a los padres» sobre el aborto de su hija, mientras que los padres podían encerrar a sus hijos en instituciones de salud mental sólo cuando los médicos «emitieran un juicio independiente [concurrente] sobre la necesidad de confinamiento del niño».³⁷ Esta distinción apunta al principio subyacente de la decisión para el bloque conservador; un principio cuya visibilidad está sólo ocasionalmente oculta tras las nubes de la retórica del reconocimiento a la autoridad de los padres. Sin embargo, las nubes se apartan claramente en un caso decidido tan sólo doce días después de *Parham*.

Las leyes de Massachussets preveían que una menor embarazada pudiera solicitar autorización para abortar a un juez estatal en caso de que sus padres no permitieran el aborto. La Corte, en *Bellotti v. Baird*,³⁸ estableció que la ley estatal era inconstitucional sólo porque exigía que la menor informara a sus padres de sus deseos y solicitara su consentimiento antes de pedir autorización al juez. El juez Powell, en una decisión plural adoptada también por el presidente de la Corte y los jueces Rehnquist y Stewart, señaló que el derecho estatal podía disponer constitucionalmente que una menor embarazada que quería un aborto sin el consentimiento o conocimiento de sus padres debía persuadir a un juez (o algún otro funcionario estatal) de que sus deseos eran «maduros y bien informados» o si inmaduros e ignorantes, eran «no obstante [...] en su interés superior».³⁹ La Corte había invalidado la ley de consentimiento de los padres en *Danforth* fundándose en que el Estado no podía «dar a un tercero [los padres] un veto absoluto, y posiblemente arbitrario respecto de la decisión del médico y su paciente [la menor embarazada] para terminar el embarazo de la paciente».⁴⁰ El juez Powell estaba sin embargo claramente preparado para dar este poder de veto a un funcionario estatal mientras lo negaba a los padres. ¿Supone esto que los padres son «posiblemente arbitrarios» mientras que los jueces y otros oficiales estatales no lo son? ¿Que los jueces pueden discernir sobre la madurez o el interés superior de un menor mientras que los padres no pueden? ¿Que

la posible arbitrariedad de los jueces puede ser restringida, mientras que la de los padres no puede serlo, por la cristalina claridad de los estándares de «madurez» y «los intereses superiores» que él emplea?

Estas suposiciones pueden integrar la posición del juez Powell. Pero hay un principio consistente que une las posiciones del bloque de jueces conservadores en estos casos de familia que no se basa sobre estas suposiciones cuestionables. El principio no es que la autoridad de los padres como tal garantiza respeto. Antes bien, la autoridad sobre los niños que constitucionalmente debe ser respetada queda respaldada por la fuerza al prometer claramente un control efectivo sobre los impulsos desordenados de los niños. Desde esta perspectiva, los padres ocasionalmente encarnan tal fuerza. Pero cuando los padres de hecho fracasan en controlar a sus hijos, entonces ya no existe en principio un imperativo de respetar su autoridad. Los padres cuya efectiva autoridad ha fracasado pueden rehabilitarse a sí mismos, y su demanda con fuerza constitucional de ser respetados sólo puede ser considerada al invocar alguna autoridad extrafamiliar para afianzar su debilitada fuerza: un psiquiatra que institucionalizará a su hijo, un maestro que golpeará a su hijo, un juez que decidirá sobre su hijo.

Cuando un juez conservador exalta la tradición norteamericana de respeto a la autoridad de los padres, no está ordenando considerar la categoría de paternidad. El principio operativo que da consistencia a las variadas decisiones del bloque conservador es más bien que solamente la autoridad de los padres ejercida en una forma autoritaria tradicional merece consideración constitucional. Este principio domina la decisión *Yoder*. Como se señala, la fuerza de las convicciones religiosas de los padres amish no explica adecuadamente por qué la voluntad de mandar en la crianza de su hijo exige respeto estatal; de otra forma, los casos de aborto de menores son inexplicables. Tampoco se puede explicar el caso por la intensidad de la creencia de los padres amish en el daño físico impuesto a sus hijos por los maestros de la escuela pública. Los padres amish no exigían respeto por parte de los jueces conservadores a ninguna de sus creencias. Ellos exigían respeto debido a su fuerza efectiva en imponer esas creencias en sus hijos y en obtener aparentemente de ellos una conducta conforme. A través de sus opiniones en la Corte, el juez Burger, como presidente, elogia re-

petida y abundantemente las técnicas de crianza de los padres amish en este punto:⁴¹

El testimonio [...] demostró que los amish son exitosos en preparar a sus hijos en edad escolar como miembros productivos de su comunidad. [Un testigo experto] describió su sistema de técnicas de «aprendizaje a través del hacer» directamente relevantes respecto de sus roles adultos en la comunidad amish como «ideal» y, tal vez, como superior a la educación secundaria ordinaria. La evidencia también demostró que los amish tienen un desempeño excelente de acato a la ley y, en general, como miembros autosuficientes de la sociedad.[...]

El Estado ataca la posición [de los padres] porque fuerza a la «ignorancia», por lo cual el niño debe ser protegido de ella por el Estado. Nadie puede cuestionar el deber del Estado de proteger a los niños de la ignorancia, pero este argumento no encuadra con los hechos revelados en este caso. Cualquiera que sea la idiosincrasia de la mayoría, este caso revela con intensidad que la comunidad amish ha sido una triunfante unidad social dentro de nuestra sociedad, aun cuando se encuentra al margen de la «corriente» convencional. Sus integrantes son miembros productivos de la sociedad muy respetuosos de la ley; rechazan el seguro social público en cualquiera de sus formas usuales modernas [...] Para estar seguros, el poder del padre, aun cuando esté ligado a una pretensión de libre ejercicio, puede ser materia de limitación [...] si resulta que las decisiones de los padres pondrán en peligro la salud o la seguridad del niño, o tienen un potencial de carga social significativa. Pero en este caso, los amish han introducido una prueba persuasiva minando los argumentos que el Estado había planteado de respaldar sus demandas en términos del bienestar del niño y de la sociedad en su conjunto. El expediente indica claramente que [...] [apoyar aquí los reclamos de los padres amish] no dañará la salud física o mental del niño, ni resultará en alguna incapacidad de autosuficiencia, ni absolverá de los deberes y responsabilidades inherentes a la ciudadanía, ni en cualquier otra forma material quitará valor del bienestar de la sociedad.

Si la autoridad de los padres garantiza respeto sólo cuando los padres son «productivos [...] y rechazan la seguridad social pública en cualquiera de sus formas usuales modernas», entonces es obvio por qué las exigencias de intimidad familiar y personal de la madre demandante de asistencia en *Wyman v. James* fueron rechazados. Si las decisiones de crianza de los padres pierden respeto, como asunto constitucional, cuando de aquellas decisiones podría «resultar la incapacidad (del niño) para mantenerse a sí mismo», entonces ninguna consi-

deración debe darse a la negativa de los padres para autorizar un aborto de su hija embarazada y soltera. (Las leyes del Estado en *Danforth y Baird* disponían que, si estaba casada, la menor embarazada era considerada una adulta y, por consiguiente, podía tomar la decisión de abortar sin la supervisión judicial o de sus padres).⁴² Y si la autoridad de los padres debe ser respetada solamente cuando los padres tienen éxito (tal como la Corte encontró que los «amish triunfaron») en obtener una obediente conformidad social de sus hijos, entonces los padres que fracasaron en mantener a sus hijos alejados de relaciones prematrimoniales y de embarazos no merecen ninguna honra.⁴³

Esta es la conexión que puede trazarse en un patrón coherente entre los votos del bloque de jueces conservadores en los casos discutidos hasta el momento: que un estilo específicamente autoritario de paternidad asegura la consideración constitucional, más que la categoría de paternidad en sí misma. El juez Powell adoptó esta posición en una opinión, compartida sólo por los otros jueces conservadores, disintiendo de la imposición que había hecho la Corte de algunas formalidades procesales en las suspensiones escolares en *Goss v. Lopez*.⁴⁴ El magistrado Powell señaló:⁴⁵

La educación en un sentido significativo incluye inculcar la comprensión en cada alumno de la necesidad de reglas y obediencia. Esta comprensión no es menos importante que aprender a leer y escribir. Aquel que no comprende el sentido y la necesidad de disciplina se encuentra desaventajado no sólo en su educación, sino a lo largo de su vida. En una era en la que el hogar y la iglesia juegan un rol cada vez menor en formar el carácter y los juicios de valor de la juventud, una mayor responsabilidad recae sobre las escuelas.

Esta «mayor responsabilidad» recae no sólo en las autoridades escolares, de acuerdo a la visión del juez Powell, sino de igual manera en otras autoridades públicas incluyendo a los jueces de la Corte Suprema. En su opinión, la Corte no deberá limitar la aplicación de ninguno de los «medios tradicionales [...] utilizados para mantener la disciplina en las escuelas»,⁴⁶ sino que debería predicar su conveniencia y necesidad desde el púlpito de la Corte.

Plantear una regla según la cual la Corte Suprema deba, en conjunto con otros funcionarios estatales, reconocer las elecciones pater-

nas en lo referente a la crianza del niño, no alcanzaría este propósito ya que, de acuerdo con la visión del juez Powell, a muchos padres modernos se les debería enseñar esta lección. Observó en su disidencia en *Goss*: «Existe sin duda una escuela moderna de persuasión psicológica o psiquiátrica que postula que *cualquier* disciplina de los jóvenes es perjudicial. Más allá de lo que uno pueda pensar acerca de lo acertado de esta teoría no probada, difícilmente pueda proporcionar un apoyo fiable a una decisión *constitucional*». ⁴⁷ El juez no tiene obviamente en cuenta la corrección de esta teoría, pero encuentra aparentemente «apoyo para una decisión constitucional» en una teoría diferente de la crianza de los niños.

Esa teoría, como él la describe, posee un atributo central que puede ser aplicado tanto a los niños como a los jueces de la Corte Suprema: que la disciplina administrada por autoridades tradicionales no debería ser cuestionada. Así, el juez Powell prescribe para los estudiantes: ⁴⁸

Quando un estudiante inmaduro merece ser censurado por su conducta, se le ocasiona un perjuicio si las sanciones apropiadas no son aplicadas o si los procedimientos para su aplicación están tan formalizados que invitan a desafiar la autoridad del maestro; una invitación que los adolescentes rebeldes o meramente animados están dispuestos a aceptar.

El precepto de Powell para sus pares es: ⁴⁹

Al determinar los procedimientos de debido proceso [en la escuela, suspensiones disciplinarias] la Corte no interpreta la realidad de la relación normal entre maestro y estudiante. Existe una relación en curso, en la cual el maestro debe ocupar muchos roles: educador, consejero, amigo y, en muchos casos, padre sustituto. En general no resulta adversa excepto en lo que respecta a los alumnos de conducta desordenada o insubordinada crónica, frente a los que el maestro debe tener la libertad de disciplinar sin formalidades frustrantes.

En una opinión posterior, en *Ingraham v. Wright*, ⁵⁰ el juez Powell identificó un problema de interés central para él que podría resultar de tales «formalidades frustrantes»: «Si una audiencia previa, con la inevitable publicidad circunstancial dentro de la escuela, resultara en el rechazo de la recomendación del maestro, el deterioro consecuente

de la capacidad del maestro para mantener la disciplina en la clase no sería insustancial». ⁵¹ Su preocupación aquí no se limitaba a la capacidad de los maestros para mantener la disciplina. En la penúltima nota a pie de página de su opinión en el caso *Ingraham* observó: ⁵²

La necesidad de preservar el orden en la sala del tribunal genera problemas similares. En este contexto, esta Corte ha reconocido el poder del juez a cargo del proceso «de castigar sumariamente sin advertencia previa ni audiencia, a aquellas conductas desdeñosas cometidas en su presencia y observadas por él». [...] El castigo así impuesto puede ser tan severo como seis meses de prisión.

En el caso *Ingraham*, el juez Powell redactó para la Corte. Al igual que en *Gross v. López*, lo acompañaron sus tres colegas conservadores, pero el juez Stewart abandonó la mayoría de *Gross* para convertir la opinión de Powell en la opinión de la Corte. En *Ingraham*, la Corte se negó a pedir siquiera un aviso informal previo o la oportunidad de una audiencia antes de la administración de un castigo corporal y, además, se negó a imponer las restricciones de la Enmienda VIII sobre castigo corporal sin importar cuán brutales —cuán crueles, inusuales o punitivas— pudieran parecer aquellos golpes ante ojos no educados. ⁵³

Sin embargo sería injusto presentar la Corte de *Ingraham* o a su núcleo conservador como si intentara perdonar o alentar la brutalidad de maestros, padres o jueces. Este núcleo intenta alentar una actitud incuestionable, y a la vez firme y confiada en sí misma, hacia la autoridad constituida. Detrás de esta intención aparece una imagen idealizada de las relaciones interpersonales libres de conflicto. Esto lo revela el juez Powell en su disidencia en el caso *Gross v. Lopez*: ⁵⁴ «Históricamente el rol del maestro en nuestra sociedad ha sido honrado y respetado, enraizado en la experiencia de décadas que ha dejado para la mayoría de nosotros cálidos recuerdos de nuestros maestros, especialmente aquellos de los años de formación de educación primaria y secundaria. Podría parecer así un insulto a esos añorados recuerdos si la Corte Suprema estuviera ahora por abandonar [nuestra confianza] por generaciones en la experiencia, la buena fe y la dedicación de aquellos que conforman nuestras escuelas públicas». ⁵⁵

En su opinión para la Corte del caso *Wyman v. James*, el juez Blackmun ofrece la misma visión romántica de la relación entre la autoridad (allí el trabajador social) y el subordinado (el solicitante del seguro social):⁵⁶

La visita [al hogar necesitado] no es la de la policía o la de la autoridad uniformada. Es llevada a cabo por un trabajador social con algún entrenamiento, cuyo objetivo prioritario es, o debería ser, el bienestar y no la persecución del beneficiario de la ayuda, respecto de quien el trabajador social tiene una profunda responsabilidad [...] El programa se dirige a niños dependientes y a las familias necesitadas de esos niños. No trata con el crimen o con los autores reales o sospechosos del crimen. El trabajador social no es un detective, sino más bien, en eso confiamos, un amigo de alguien necesitado.

La invocación a la «confianza» del juez Blackmun tiene aquí muchos significados. El trabajador social debe ser un «amigo» fiable y no un «detective» de quien recibe la asistencia social. El beneficiario de la asistencia social califica como un dependiente valioso solamente si está dispuesto a confiar en las buenas intenciones del trabajador social. Y «nosotros confiamos», por ejemplo, la Corte confía, en que el trabajador social merecerá esa confianza.⁵⁷ El juez Blackmun parece suponer que si la Corte advierte un conflicto entre el trabajador social y el beneficiario de la asistencia social, y ordena un proceso contradictorio basado en esa percepción, esta percepción de la Corte creará, o por lo menos exacerbará, el conflicto y así por sí misma derrotará el ideal de las relaciones libres de conflicto.

El presidente de la Corte Burger en *Parham* expresa la misma visión con respecto a las relaciones entre padres e hijos:⁵⁸

[El derecho] históricamente [...] ha reconocido que los lazos naturales de afecto llevan a los padres a actuar en el interés superior de sus niños [citando a Blackstone y Kent] [...]. Que algunos padres «puedan a veces actuar en contra de los intereses de su hijo» [...] crea una base de precaución, pero es difícilmente una razón para dejar de lado páginas enteras de experiencia humana que enseñan que los padres generalmente sí actúan en el interés superior del niño.

El presidente de la Corte no niega la posibilidad de conflicto entre padres e hijos más que lo que sus colegas conservadores niegan esa

posibilidad entre maestros y alumnos, o trabajadores sociales y beneficiarios. Estos jueces están unidos, sin embargo, en la creencia según la cual la Corte debe visualizar estas relaciones como si estuvieran libres de conflicto a fin de alentar un respeto confiable, incluso infantil, sin el cual —desde su óptica— ninguna relación saludable entre los niños y los padres, o entre sus sustitutos sociales es posible. La Corte, de acuerdo con la visión de estos jueces, tiene el rol especial de mantener en alto este ideal de legitimar la autoridad enseñando al pueblo a ignorar —como sostienen, la Corte debe ignorar— los aspectos conflictivos de sus relaciones sociales contemporáneas.

En esta alabanza a la forma de vida de los amish, el presidente de la Corte, juez Burger, parece ver el éxito de los amish en conducir a sus hijos a una adultez respetuosa de la ley, productiva y confiada como derivado de sus logros de esta meta celestial: «Las antiguas comunidades de los amish [tienen] devoción a una vida en armonía con la naturaleza y el suelo, ejemplificada por la vida sencilla de la temprana era cristiana que continuó en Estados Unidos durante gran parte de nuestra temprana vida nacional».⁵⁹ El presidente de la Corte puede tener una visión inexacta de las condiciones en las comunidades amish⁶⁰ contemporáneas, y ciertamente tiene una concepción histórica inadecuada del exitoso logro de esta vida simple y armoniosa en la temprana historia estadounidense.⁶¹ Pero esrá en lo cierto al ver este ideal de comunidad y de vida familiar como una meta normativa adoptada a lo largo de nuestra historia nacional, a veces más y a veces menos enfatizada.

El presidente de la Corte y sus colegas conservadores creen claramente que nuestra vida nacional contemporánea está marcada por divisiones profundas y socialmente perjudiciales. El juez Powell, en los casos de disciplina escolar, señala repetidamente «la seriedad de los problemas de disciplina en las escuelas públicas nacionales»,⁶² problemas que, como él sostiene, se han «incrementado significativamente en magnitud en los años recientes».⁶³ Nuestros años recientes han estado marcados no puramente por conflictos en las aulas en particular. Los estudiantes han tomado y han cerrado con barricadas las universidades; muchas escuelas secundarias públicas parecen campamentos armados, con violencia común entre los estudiantes y entre

los maestros y los estudiantes. Estos años recientes han visto disturbios urbanos sangrientos y asesinatos de líderes políticos nacionales.

La Corte actúa inevitablemente en contra de los antecedentes de estos eventos patalizantes e intenta ubicarlos en una perspectiva correcta para evaluar su rol institucional al responderles. En los casos de familia, el núcleo conservador ha establecido claramente su agenda con referencia a eventos sociales mayores. Estos jueces han concluido que nuestra vida nacional contemporánea está tan fraccionada que cualquier desafío a la autoridad constituida mina la legitimidad de toda autoridad, que debemos restablecer una actitud social de tiempos anteriores, que era la del respeto incuestionable a la autoridad y que pueda crear por sí sola una condición previa estable para la creencia en la legitimidad de cualquier autoridad.

Sin embargo, como otras formas de fe perdida, las creencias incuestionables no pueden ser revividas por la simple exhortación. Hay otras técnicas posibles para resolver las dudas acerca de la buena fe o la legitimidad de las autoridades —ya sean padres o jueces— más allá de suprimir esas dudas, simulando que no tenemos ninguna. Los jueces liberales ofrecen una técnica aparentemente diferente para este fin en casos de familias de este tipo y, más generalmente, en su jurisprudencia. En último análisis, sin embargo, su técnica depende de un pretexto incómodamente transparente que tiene más en común con la postura de sus colegas conservadores que lo que a cualquiera de los bloques les gustaría admitir.

2. Los jueces liberales: suprimiendo el conflicto por la fuerza de la razón

La preocupación de la Corte moderna en la jurisprudencia de familia se originó en el caso *Gault*, resuelto en 1967.⁶⁴ Éste era sólo el segundo caso de un tribunal de menores que llegó a ser sentenciado por la Corte Suprema,⁶⁵ aunque tales tribunales habían sido establecidos hacía unos cincuenta años virtualmente en cada Estado.⁶⁶ La característica central de estos tribunales era la informalidad: no había delitos claramente definidos, ni una separación clara de los roles de la

fiscalía y del tribunal, ni abogados defensores comprometidos en juicio contradictorio con su cliente juvenil. El tribunal de menores, en cambio, fue concebido como si fuera una familia victoriana tratando al joven como un niño rebelde al que había que llevar al arrepentimiento y a la reforma por la reprobación y el ejemplo del severo pero amable *pater familiae*.

La legitimidad de este tribunal dependía ostensivamente de una confianza incuestionable en la benevolencia de la autoridad. Los arquitectos de la justicia de menores, que escribieron alrededor del cambio del siglo XIX al XX, dejaron esto bien claro.⁶⁷ El principio de contradicción y otros atributos constitucionalmente exigidos al sistema de justicia criminal para adultos fueron excluidos del tribunal de menores, porque se consideraba que estas premisas desencadenarían un conflicto de intereses entre los individuos y el Estado, provocando la concomitante desconfianza frente a la autoridad estatal. Estas premisas no encontraron una aplicación correcta, continuaba el argumento, en las relaciones entre niños y adultos, tanto si los adultos eran padres biológicos o funcionarios estatales actuando como *parens patriae* (el latinismo adoptado como frase caracterizadora y atrapadora por los arquitectos del movimiento de la justicia para jóvenes).

Así, el tribunal de menores fue construido en las suposiciones mutuamente reforzadas de que el conflicto de intereses no existía entre los adultos y los niños, y de que una correcta crianza del niño exigía a los adultos y a los niños la supresión de toda sospecha de conflicto actual o potencial. Una suposición posterior relacionada con ésta se basaba en los supuestos de que no había conflicto (o no era propiamente percibido como conflicto) entre los funcionarios estatales y los padres en las cuestiones de crianza de los niños. El movimiento de tribunales de menores se afianzó al mismo tiempo que se establecieron las leyes de educación obligatoria en casi todos los Estados, y en simultaneidad con otras medidas de tipo proteccionista, como las leyes de trabajo infantil, comenzaron a ser ampliamente defendidas.⁶⁸ Aunque estas leyes en su superficie parecen expresar desconfianza en la conducta de los padres hacia los niños, esto no significa que estas leyes fueran reconocidas como un síntoma de conflicto de intereses entre los padres y los funcionarios estatales. Más bien estas leyes coincidie-

ron con una sensación ampliamente articulada de desconfianza de los padres de clase media respecto de sus propias capacidades para la crianza de sus hijos y un deseo concomitante, y hasta vehemente, entre estos padres de encontrar apoyo por parte de alguna otra instancia, externa a la familia, de experiencia y autoridad.

Los historiadores sociales han señalado la aparición significativa de manuales populares de crianza de niños a finales del siglo XIX.⁶⁹ Con el desarrollo de la psicología freudiana, que exaltaba el significado de la experiencia en la niñez temprana para la vida adulta, y el traslado de esta psicología en su formato reparador e intervencionista específicamente estadounidense, que comenzó en los años veinte y treinta, la noción de que los buenos padres estaban obligados a buscar y respetar a los expertos en la crianza de los niños, fue firmemente alabada como norma de la clase media.⁷⁰ Durante este mismo tiempo, se esperaba que las familias inmigrantes de clase baja entregaran a sus hijos a los funcionarios estatales para su «americanización». Aunque los defensores nativos de esta política frecuentemente se pintaban a sí mismos como reñidos con los extranjeros socialmente desordenados que habían aparecido súbitamente en grupos muy numerosos,⁷¹ los padres inmigrantes a menudo estaban ansiosos por entregar a sus hijos e incluso a ellos mismos a los apóstoles del americanismo.⁷² Así, también aquí los padres conducidos por las intervenciones estatales en la crianza de los niños tendían, por sus propias razones, a acallar cualquier sonido de conflicto entre padres, hijos y autoridad estatal.

Hacia 1967, cuando el caso *Gault* fue resuelto, tales conflictos no podían seguir siendo ocultados. Las razones para esto no son claras. Puede ser que, como inmigrantes urbanos racialmente identificables —que reemplazaron a los inmigrantes anteriores de otras etnias como objetivos de intervención estatal de clase baja más visibles⁷³—, estos nuevos objetivos ya no estaban tan ansiados, o incluso tan ambivalentes en su aceptación de las normas oficiales de crianza de niños de la clase media. O puede ser —y pienso que esto es más probable— que hacia 1967 los funcionarios que presidían las intervenciones estatales, incluyendo los jueces de la Corte Suprema, ya no podían suprimir más la alerta consciente de conflictos familiares o sociales con el fácil aplomo de sus predecesores. Los funcionarios de 1967 habían llegado a la

madurez durante la Gran Depresión y la Segunda Guerra Mundial, eventos que deben haber agudizado su conciencia, aunque no necesariamente su tolerancia, del hecho de que prevalece el conflicto social.

Gault hace más que señalar esta conciencia en la jurisprudencia moderna de la Corte; también abrevia la respuesta característica del bloque de jueces liberales al conflicto social. *Gault* estableció específicamente que la informalidad procedimental que ha marcado al tribunal de menores desde su estreno no cumpliría las normas constitucionales, es decir que a los jóvenes se deben notificar claramente los delitos de los que se los acusa, la oportunidad de defenderse contra la intervención estatal, y el derecho a un abogado que debería estar comprometido a protegerlos en juicio contradictorio contra las intervenciones estatales. La mayoría de la Corte —entonces en su apogeo más liberal— rechazó la visión del hecho social y la norma en la que se basó la informalidad del tribunal de menores; estableció que el conflicto real o potencial entre el menor y el Estado no debe ser ignorado, sino que debe quedar expresado en la estructura de los procedimientos del tribunal.

Las críticas conservadoras del fallo *Gault* argumentaron que esta estructuración crearía, o al menos intensificaría el conflicto entre los niños y el Estado.⁷⁴ Los liberales rechazaron esta objeción, pero no debido a que ellos se hicieran cargo de la índole de tal conflicto. Los liberales fundaron su caso en una presunción posterior, a saber, que tal conflicto no sólo era inevitable, sino que su admisión abierta y su expresión estructural permitirían la mejor resolución posible de ese conflicto.

Los liberales concibieron que el tribunal de menores se formulaba la siguiente pregunta. ¿Debería el Estado intervenir en la vida de este niño? El procedimiento del tribunal de menores, postularon los liberales, debería estar contextualizado al contestar esta pregunta. Para los primeros arquitectos del tribunal de menores, esta concepción era equivalente a preguntar si un niño debería estar sujeto a la autoridad adulta, una pregunta que para ellos se respondía por sí misma.

Esta diferencia fundamental en la concepción de la pregunta explica una paradoja aparente en el desarrollo histórico del tribunal de menores, y fue una paradoja que impresionó a la mayoría en el caso

Gault y pareció debilitar la fuerza del argumento de la disidencia. La paradoja era que las pretensiones intervencionistas del tribunal de menores parecían basarse en el conocimiento experto de la conducta, mientras que el personal del tribunal, ya fuera el juez o los empleados, no podía exhibir credencial alguno que acreditara tal conocimiento experto.⁷⁵ Hacia 1967, las reivindicaciones de crianza de los niños por parte de los expertos en conducta se extendieron tanto, y la confianza de los padres en tales expertos había llegado a ser tan ampliamente esperada, que la mayoría en el caso *Gault* podía reducir la pretensión del tribunal de menores al conocimiento experto y, de esta reducción, argumentar fácilmente que un juicio contradictorio es mejor para probar las demandas de los expertos.

En esta visión restringida, el rol del juez del tribunal de menores adquirió un cariz distinto. La mayoría en el caso *Gault* lo vio como un árbitro que resuelve sobre una confrontación de puntos de vista en relación con la corrección de la intervención estatal para el niño. El juez del tribunal de menores no era la encarnación que reflejaba el poder del Estado ni un representante de la autoridad adulta indistinguible de todos los otros adultos que controlan niños. Él tenía que situarse fuera del conflicto entre el Estado o la autoridad adulta y el niño, para resolver judicialmente las demandas de cada parte en forma neutral. Las pretensiones de los expertos en conducta parecían dar un contenido sustantivo a este rol judicial arbitral, en el sentido de que las reglas para la correcta crianza de los niños podían ser identificadas y aplicadas por observadores objetivos. Así conformada, la mayoría en el caso *Gault* dispuso de manera directa que el juez del tribunal juvenil debía actuar como la mayoría de los jueces de la Corte entendían que debían actuar ellos mismos al confrontar conflictos sociales más generales: como agentes de resolución judicial comprometidos con la protección de los derechos de la minoría (o, en este caso, los derechos de los menores) contra las imposiciones de la autoridad estatal.

La prontitud con la que la mayoría en el caso *Gault* representó a los niños en el mismo molde conceptual con el que hubiera representa a otros grupos minoritarios: garantizar la protección judicial contra el poder estatal mayoritario era evidente en la retórica de su opinión. La Corte afirmó consistentemente que reivindicaba los derechos de los

niños, aunque los hechos del caso *Gault* dejaron en claro que tanto el niño como sus padres estaban unidos para resistir la jurisdicción del tribunal de menores.⁷⁶ El fracaso de la Corte en valerse de estos hechos, y de presentar la disputa como mantenida entre el Estado y la unidad familiar, no fue un descuido: este fracaso fue un aspecto central de la visión liberal de la mayoría en el caso.

Esta elección de categorización —los derechos de los niños por encima de los derechos de familia— adquirieron un significado aún mayor en un caso decidido dos años después de *Gault*, momento en que la mayoría liberal de los años Warren todavía era la voz dominante de la Corte. En *Tinker v. Des Moines Independent School District*,⁷⁷ la Corte estableció que las autoridades escolares violaban normas constitucionales al prohibir a los estudiantes vestir brazaletes negros en clase para protestar contra la Guerra de Vietnam. La Corte, en una opinión redactada por el juez Fortas (que también redactó la opinión en *Gault*), entendió que las autoridades estatales violaban la Enmienda I de los derechos de expresión de los alumnos e ignoró por completo la pregunta de si la imposición por parte de la escuela de una ortodoxia ideológica a los niños transgredía los derechos de sus padres a la crianza.

Esta omisión analítica tenía un significado más directo aquí que en *Gault*. El juez Black disintió en *Tinker* sobre la base de que los brazaletes negros de los niños reflejaban más la opinión contra la guerra de sus padres que la propia. Señaló, entre otras cosas, que uno de los niños manifestantes originariamente expulsado de la escuela Des Moines tenía sólo ocho años.⁷⁸ Aún suponiendo con el juez Black que los niños no tenían un discernimiento o criterio «maduro» e independiente, de ello no se desprende necesariamente que la imposición de la escuela debe ser preferida a la de los padres.⁷⁹ La mayoría en *Tinker* podría haber usado la caracterización factual del juez Black al postular un «derecho de familia» en contra de la conformidad ideológica impuesta por el Estado. Pero la mayoría liberal en *Tinker* no estaba interesada en la unidad familiar como tal. Ellos veían a la familia como individuos discretos con derechos tradicionalmente individuales contra la autoridad estatal, que tenían que ser reivindicados por jueces actuando como árbitros que se situaban fuera del Estado.

Así como la unidad familiar no era relevante para la mayoría liberal en *Gault y Tinker*, la discordia familiar no era analíticamente significativa para el remanente liberal en *Parham*. En su disidencia, el juez Brennan argumentó que el proceso contradictorio, presidido por un funcionario con las características de un juez, debería proteger los derechos de los niños en contra de la hospitalización psiquiátrica injustificada, tanto si los padres estaban o no conformes con los funcionarios estatales en tal imposición. Mientras el juez Brennan quería aceptar «un tratamiento de internación de corto plazo» bajo la dirección de los padres y sin una audiencia judicial previa, esta concesión parecía dictada sólo por las «implicancias prácticas» según las cuales los padres no deberían ser indebidamente desalentados por formalidades contradictorias desde que se inicia su intento de encontrar una hospitalización psiquiátrica para sus hijos.⁸⁰ Cuando la hospitalización se convertía en una imposición significativa, después de un «período limitado», su deseo de respetar las sensibilidades de los padres cedía ante su concepción individualista y arbitral de la disputa y de las partes en conflicto.

Para los disidentes liberales en *Parham* el aspecto de autoridad familiar sobre los niños no era en principio significativo. Para los jueces liberales la autoridad exigía un proceso judicializado para asegurar su legitimidad, tanto si la autoridad era ejercida por padres, maestros, psiquiatras o policías. Los liberales comparten así con sus colegas conservadores una concepción esencialmente unitaria de la autoridad en la sociedad. Mientras que los conservadores ven la autoridad como legitimada por el respeto incuestionado, los liberales ven la legitimidad sólo para la autoridad que puede justificarse a sí misma dando razones, punzada por un interrogatorio contradictorio. Tanto los jueces liberales como los conservadores aplican sus distintas técnicas legitimadoras de la autoridad, generalmente, sin discriminar entre la autoridad de los padres y la de otras fuentes. A pesar de que de los voceros de ambos bloques florece una retórica ocasional, la legitimidad prioritaria de la autoridad de los padres como tal sobre las otras instancias de poder social no tiene todavía ningún adherente entre los jueces liberales o conservadores de esta generación.⁸¹

Los jueces conservadores rechazaron otorgar una consideración especial a la autoridad familiar como tal porque su preocupación se cen-

traba más en proteger el orden social, y vieron correctamente que la consideración a la autoridad familiar serviría sólo ocasionalmente para esta finalidad. Los jueces liberales rechazaron esta consideración porque querían establecer las buenas razones como pruebas de la legitimidad de la autoridad. Así exigirían a los padres dar una justificación razonada de las decisiones relacionadas con los niños conjuntamente con cualquier otra fuente de autoridad. La visión conservadora tiene esta vulnerabilidad en su centro: no tienen respuesta a aquellos que desafían la legitimidad del orden social, tanto si se va más allá de la exhortación piadosa como si se recurre a la fuerza abiertamente ilegítima. La visión liberal tiene una vulnerabilidad comparable: su confianza en la razón en sí misma tiende a desafiar la idea misma de orden social. A los jueces liberales les resulta difícil responder a estas preguntas críticas dentro de los términos de su esquema de legitimación. ¿Sobre qué base el razonamiento de una persona es mejor que el de otra? Donde manda la razón, ¿quién es el razonador que manda? La ocasionalmente fácil ecuación de los jueces liberales de regla de la razón y regla de los jueces intenta enmascarar las implicaciones profundamente individualistas, desestabilizadoras e incluso antisociales de su compromiso filosófico con la racionalidad.⁸²

La crítica al activismo judicial que llegó a ser muy actual durante los años veinte y nuevamente de forma remozada durante los años sesenta trató las insuficiencias de los jueces como encarnación de la razón correcta para solucionar los problemas sociales. La crítica particular de las capacidades judiciales —apuntando a la información limitada provista por el proceso judicial y a la sucinta opacidad de los estándares sustantivos independientemente disponibles a los jueces a través de las normas constitucionales— se apoyaba en una visión más general del carácter antidemocrático de los tribunales. La manifiesta falta de representatividad de los tribunales creó tensiones especiales para la exigencia de los jueces liberales de que ellos decidieran, y fue decidida por la razón. Si no podían persuadir a la mayoría de la gente de que sus razones eran correctas, ¿sobre qué estándar de racionalidad pretendían estos jueces que se fundaran sus decisiones? Si estos jueces reclamaban que la racionalidad de sus decisiones podía ser demostrada confiablemente de alguna otra forma que por su capacidad de persua-

dir dirigida a los otros, el subyacente modelo implícito de esta postura socialmente aislada y hasta desdeñosa, aparece incómodamente cerca de la antítesis misma de la racionalidad: aquel que razona por sí mismo y cuyas razones son persuasivas o incluso inteligibles sólo para él mismo es un psicótico.⁸³

Este problema no tiene que ser necesariamente inherente a la ideología liberal según la cual la sociedad debe ser reglada por la razón. Los jueces liberales, sin embargo, quedan ostensiblemente atrapados en este problema por su adhesión a una premisa posterior compartida con sus colegas conservadores: que el prolongado conflicto social es en sí mismo indeseable. He señalado anteriormente las visiones románticas de armonía social que el juez Powell invocaba para describir la relación ideal entre maestro y alumno, que el juez Blackmun invocaba para los trabajadores sociales y beneficiarios del seguro social, y que el presidente de la Corte Burger invocaba para las relaciones comunales generales en su elogio a los amish. Los jueces liberales tienen una devoción igualmente idealizada por la armonía social que implícitamente creen alcanzable mediante la apelación a la razón.

La habitual disposición de los liberales de dar a los jueces roles especialmente activos para resolver los conflictos sociales no procede necesariamente de su suposición de que los jueces sean más honestos o inteligentes que otros, sino más bien porque ven la metodología judicial de resolución de disputas como la más similar y próxima a la deliberación razonada. El compromiso del juez con una postura de árbitro —con la imparcialidad, con escuchar a todas las partes antes de decidir— es un aspecto importante de esta metodología. Pero esta postura por sí sola puede aparecer como si se tratara de dar una recompensa al conflicto como tal. Los jueces conservadores interpretan la posición liberal en esta forma, acusándola, por ejemplo, de provocar el conflicto entre padres y niños (como en *Parham*), o alumnos y maestros (como en *Gross, Ingraham y Tinker*). Los liberales tienen, sin embargo, un compromiso más profundo con una visión de armonía social bajo esta aparente celebración del conflicto. Ese compromiso se revela en un aspecto posterior de la metodología judicial que lo diferencia más rigurosamente de la postura de otros actores gubernamentales: la obligación de motivar las decisiones.

Esta obligación no se dirige en primer lugar a la parte ganadora, aunque tiene sus aspectos afortunados. La obligación se dirige más fundamentalmente al perdedor. El juez está obligado a dar razones que en principio pueden persuadir al perdedor de que él debería celebrar su derrota y no simplemente someterse de mala gana a ella. Al dar razones, el juez intenta mostrar al perdedor cómo debería reconsiderar su propia posición y abandonar su demanda inicial de derechos a la luz de los principios que dictan la decisión a favor del ganador, que son principios comunes, esto es, compartidos igualmente por el ganador y el perdedor.

La premisa subyacente de la insistencia metodológica en las opiniones judiciales razonadas es que el conflicto inicial entre el demandante y el demandado queda así transformado en una celebración compartida en la que la justicia ha triunfado. La metodología postula que ambas partes pueden ser persuadidas de verse a sí mismas compartiendo una victoria en la reafirmación del juez (o la clarificación reveladora) de los principios que unen al demandante y al demandado, que trasciende su conflicto inicial y, lo que es más fundamental, los une en una comunidad armoniosa.

Los jueces no son dueños de esta premisa: los presidentes y otros funcionarios electos a menudo la invocan. Pero los jueces están limitados por ello, mientras que otros actores gubernamentales son más libres de justificar sus acciones sin referencia a ningún principio más allá de la regla de la mayoría, que descansan solamente en la fuerza de los números como una reafirmación adecuada de la identidad comunal que une a los perdedores a consentir la derrota en la controversia en cuestión. La invocación del principio de la mayoría por funcionarios electos no obtiene invariablemente un reconocimiento de legitimidad por parte de los perdedores, como tampoco cada razonamiento de un juez persuade a los litigantes derrotados. Pero la regla de la mayoría ofrece a los perdedores, de acuerdo con esta doctrina, una técnica rápidamente invocada para la resistencia legítima —esto es, organizar las fuerzas para las próximas elecciones— que les permite seguir sin reconciliarse con la derrota por un largo tiempo antes de ser forzados a definirse como separados de la comunidad, como rebeldes. El principio judicial de legitimidad no necesariamente sirve para ganar tiem-

po. Por eso, la metodología judicial se enfrenta a un problema especial al dirigirse obstinadamente a litigantes no reconciliados.

La Corte contemporánea ha puesto este problema en el centro de su pretensión de legitimidad con un énfasis especial en su abordaje de las relaciones raciales, y particularmente en relación con la segregación escolar. La Corte intentó ganar tiempo para sí en la fórmula de «rapidez deliberada» de *Brown II*.⁸⁴ El logro evidente de los jueces aquí era sostener la resolución definitiva de este conflicto aparentemente irreconciliable a fin de crear una prolongación ordenada del conflicto que pudiera por sí misma, al menos, suavizar sus duras aristas.

Esta técnica de prolongación de la disputa más que de resolución, paradigmáticamente expresada en *Brown II*, ha sido atacada ocasionalmente como indigna de los jueces, como antitética al compromiso con los principios de la resolución judicial sobre los cuales se basa la legitimidad judicial.⁸⁵ Estas críticas no consiguen ver que la legitimidad judicial descansa fundamentalmente en la pretensión de los jueces según la cual los litigantes perdedores deberían consentir su derrota con fundamento en que su derrota era merecida. La apelación judicial al principio moral es un aspecto importante del proceso persuasivo que hace a tales pretensiones más contundentemente admisibles. Pero tal apelación es sólo parte de este proceso. Como con las demás instituciones mayoritarias, el aspecto central de la legitimidad judicial es la credibilidad de la exigencia de los tribunales de que las partes perdedoras compartan una comunidad de valores e intereses con los ganadores, que perdedores y ganadores estén más fundamentalmente unidos que divididos por sus concepciones opuestas en la controversia en cuestión.

Las instituciones que responden a la regla de la mayoría, como se ha observado, pueden exigir esto sin afirmaciones repetidas y explícitas, porque el recurrente proceso electoral ofrece continuamente a los perdedores la oportunidad de reconstituir la comunidad de los ganadores. Las instituciones judiciales, particularmente en las decisiones constitucionales, deben estar más cautelosamente atentas a las técnicas para alcanzar la misma meta. La metodología de la decisión judicial de casos del *common law* ha servido implícitamente a esta meta mediante una atención detallada, incluso obsesiva, a las peculiaridades

des de las circunstancias de los litigantes individuales, invitando así a otros con litigios aparentemente similares, a ofrecer distinciones de igual índole para decidir futuros casos. En el *common law*, ninguna victoria en juicio aparece así segura excepto entre las partes involucradas en el litigio; para el resto, los «ganadores» y los «perdedores» parecen permanecer como una categorización potencialmente intercambiable por un largo tiempo. Esta metodología no es extraña a la resolución constitucional.⁸⁶ Pero el creciente significado de su importancia para los demás y para sí misma que incluye las deliberaciones de la Corte Suprema, y el carácter levemente impositivo de los principios sustantivos en la Constitución, tientan constantemente a los jueces a hacer afirmaciones apocalípticas que tratan de terminar la disputa de una vez por todas.

Tales afirmaciones han sido características de los casos de familia que ahora atibortan los anaqueles de la Corte. En el microcosmos de los conflictos de crianza de los niños, estos casos presentan el mismo problema de la legitimidad de la autoridad constituida y de la rebelión hacia ella, que ha preocupado a la Corte al menos desde el caso *Brown I.*⁸⁷ En este contexto, el problema puede aparecer más manejable para la Corte que en los casos raciales. No es probable que ciudades enteras estallen en llamas o que tropas armadas monten barricadas si la Corte calcula mal, por ejemplo, en *Parham*. Pero si la lección de la jurisprudencia de los casos raciales ha sido enteramente explicada y comprendida, la Corte actual debería ver estos casos de familia como instancias de disputas irreconciliables, o a lo mejor persistentemente obstinadas, que plantean un desafío central a la legitimidad de la decisión judicial. Si la Corte había desarrollado una jurisprudencia adecuada en relación con los casos raciales para encarar tales conflictos profundamente arraigados, ni los jueces conservadores ni los liberales deberían caer con tanta facilidad en la falacia de que los jueces deberían resolver tales disputas, tanto si lo hacen ordenando el respeto incuestionable hacia la autoridad tradicional como si lo pretenden mediante la regla de la razón concebida como aplicada por una persona que razona en forma autoritaria.

La opinión en disidencia del juez Brennan en *Parham* alude a una visión característicamente exagerada de la fuerza imperativa de la ra-

cionalidad combinada con una visión de la justicia como encarnación de la razón. Observa que las audiencias contradictorias judiciales para niños institucionalizados⁸⁸

pueden probar lo terapéutico. Entre niños que sienten que han recibido un juicio justo puede ser más probable que acepten la legitimidad de su confinamiento, que reconozcan su enfermedad y que cooperen con aquellos que intentan darles tratamiento. Esto, a su vez, eliminaría un impedimento significativo para una terapia exitosa.

¿Qué lleva al juez Brennan a creer que un niño que protesta contra la decisión de sus padres de hospitalizarlo y que resiste la custodia psiquiátrica considerará «justo» y «legítimo» un procedimiento que termina con una ratificación del juez de otra disposición de los adultos? La opinión de la mayoría en *Parham* ataca implícitamente esta suposición, citando estudios de audiencias de compromisos civiles judiciales para el confinamiento psiquiátrico de adultos que revelan un tiempo promedio de audiencia que va desde los 3.8 a los 9.2 minutos. El presidente de la Corte concluye de esta información que «las supuestas protecciones de un procedimiento contradictorio [...] [en relación a la hospitalización por problemas mentales] pueden bien ser más ilusorias que reales».⁸⁹

Se puede argumentar, sin embargo, que la introducción de audiencias judiciales es valiosa porque no crearía, y posiblemente remediaría, tanto una decisión de hospitalización arbitraria como la presencia de arbitrariedad desde la perspectiva del niño. Este modesto argumento es al menos admisible y la disidencia de Brennan puede ser leída finalmente para afirmar no más que esto. La modestia de esta posición es patética, sin embargo, porque es muy probable que fracase en la práctica y porque su fracaso es sintomático de los límites contraproducentes de la visión ideológica liberal actual sobre el correcto rol judicial de legitimar la autoridad en general.

Los disidentes liberales en *Parham* pueden estar en lo correcto al señalar que los padres, psiquiatras y niños deben del mismo modo estar obligados a dar cuenta razonada de sus decisiones a favor o en contra de la hospitalización psiquiátrica. Pero, ciertamente, en los primeros momentos, o incluso después de un «período limitado» de

hospitalización, el discurso razonado es un hecho raro entre los padres y el niño, los participantes principales en la controversia. La noción de que una autoridad exterior a la familia pueda prontamente imponer orden en esta controversia —tanto si la autoridad es un psiquiatra o un juez o si la forma de esa imposición es una imprecación en alta voz o una serena palabra razonada—, es una falacia que comparten los jueces conservadores con los liberales. Pero al atenerse a esta falacia, los liberales —más que sus colegas conservadores— no son fieles a las premisas básicas subyacentes de su ideología. La imposición autoritaria es antitética al discurso razonado. A no ser que los jueces liberales puedan disociar el discurso razonado de la idea del juez como la persona que razona en última instancia, cuya conclusión garantiza un respeto especial aparte de su persuasión, este compromiso liberal con la razón se transforma una máscara transparente para la posición conservadora según la cual la autoridad debe ser respetada simplemente por ser tal.

3. Hacia una jurisprudencia de legitimación de la disputa

Un niño que enfrenta una hospitalización psiquiátrica puede pensarse a sí mismo de dos maneras diferentes: como permanentemente alienado de sus padres y de la comunidad adulta en general, por lo que debe presumir que todas las relaciones futuras estarán marcadas por una continua hostilidad y separación, o como profundamente ofendido con sus padres y con la comunidad porque ellos no quieren reconocer sus pretensiones de fuerza y dignidad, pero dispuesto a la reconciliación cuando estas pretensiones sean escuchadas. En el momento de la hospitalización es más probable que tanto el niño como sus padres lo vean del primer modo. El logro de la hospitalización es llevar tanto al niño como a los padres a verla de esta última manera, a asistir a ambos a identificar y respetar sus pretensiones legítimas y a abandonar aquellas que no merecen respeto mutuo.⁹⁰

Puede suceder que los padres y el niño nunca se reconcilien en esos términos. Pero a menos que el niño no pueda llegar a ofrecer esos términos, nunca podrá en su propia mente deshacerse de su lucha familiar y siempre seguirá demandando aquello que él sabe que jamás le

darán. Será así un discapacitado para entrar en la comunidad adulta excepto en términos que no ofrecen en su mente ninguna alternativa a una victoria o un fracaso total, es decir, de esclavizar a otros o ser esclavizado por ellos. Para asistir a un niño a convertirse en un adulto capaz de dar y obtener satisfacciones fiables con respecto a otros, la hospitalización psiquiátrica no debe ser vista por el niño como el fin de su lucha con su familia y la comunidad, como una victoria para uno y un fracaso para el otro. La hospitalización debe ser vista como un reconocimiento de la existencia y la legitimidad del conflicto pero guiando ese conflicto hacia términos que puedan prometer alguna resolución ulterior.

Una familia que ha llegado a considerar una hospitalización psiquiátrica para uno de sus miembros no necesita que termine la disputa interna en ese tema específico o en general. Necesita que la disputa interna se prolongue, pero transformando esa prolongación en un proceso ordenado en el cual las partes en conflicto puedan progresivamente llegar a solucionar sus agravios y desarrollar sus posibilidades de reparación, ya sea a través de instancias internas o externas a la familia. En medio de la cacofonía de exigencias y contraexigencias, las partes en conflicto necesitan ser liberadas de la atadura discapacitadora que hace de su conflicto una lucha de vida o muerte para cada uno, con la victoria de uno entendida inevitablemente como equivalente a la destrucción del otro. Las partes necesitan entender aquello que da legitimidad a cualquier disputa familiar o social: no necesariamente que los agravios de cada parte estén igualmente justificados, sino que ninguna parte pueda reclamar la total destrucción o esclavización de la otra, la pérdida por cada parte de su sentido de dignidad e integridad, sin por ello privar al vencedor de su pretensión de legitimidad.⁹¹ En todas las familias, no solamente en aquellas que finalmente se deciden a expulsar a un miembro hacia una hospitalización psiquiátrica, las luchas entre los padres y el niño implican esta cuestión de principio. Los padres en tales luchas parecen tener una fuerza claramente superior. Cuando llegan a ver su propio sentido de integridad profundamente amenazado por sus hijos, su tentación de afirmar esa fuerza puede volverse intensa y finalmente intensamente destructiva, hasta el extremo de que esta dinámica se exprese en el abuso físico del niño,

destrutivo de toda la vida de éste.⁹² Cuando los padres deciden que su hijo debe ser hospitalizado en una institución psiquiátrica, esta decisión tiene necesariamente implicaciones experimentadas como expulsión, destructivas tanto para los padres como para el niño. Estas implicaciones pueden, y generalmente están mezcladas con otros significados, como el de buscar ayuda genuina para el niño a fin de darle la libertad que sus padres no lograron obtener para sí mismos.

La tarea terapéutica central para psiquiatras que aceptan la custodia del niño es mantener los significados constructivos y destructivos de esta custodia plenamente visibles y en tensión tanto para los padres como para el niño. Ésta es una tarea difícil de lograr, y muchas fuerzas en familias particulares y en la más amplia sociedad conspiran contra su éxito. Es seductora la facilidad que tienen los psiquiatras que presiden las instituciones de aliarse con el manifiesto poder del mundo adulto (y «mentalmente normal») contra el niño desordenado (o «mentalmente enfermo»), con lo que legitiman su exclusión y aislamiento.⁹³

En *Parham* la confianza de la Corte en estudios que demuestran que los niños hospitalizados en la práctica siempre tienen antecedentes de perturbaciones psicológicas y conducta desordenada no responde adecuadamente a la imputación según la cual tales hospitales se convierten demasiado rápido en «depósitos de basura».⁹⁴ Estos estudios sí sugieren, sin embargo, que esta preocupación no puede ser adecuadamente atendida mediante la creación de un mecanismo de audiencia individualizada que concentre la atención en la decisión inicial de hospitalización, ya sea inmediatamente o (como el juez Brennan propone) después de un «período limitado» de confinamiento hospitalario. Alguna ventaja puede provenir de tal mecanismo de eliminación para los niños cuya perturbación previa no esté adecuadamente documentada, o para aquellos con los que no se haya intentado un tratamiento alternativo menos drástico y menos estigmatizante. Tales casos, sin embargo, son probablemente infrecuentes. Las luchas persistentes, intensas e interpersonales que marcan necesariamente a cualquier familia cuyo hijo es llevado a una hospitalización psiquiátrica, distorsionarán inevitablemente el juicio de aquellos que desempeñan funciones de examen iniciales. Este conflicto au-

mentará la aparición de psicopatía y trastornos de conducta del niño, con independencia de lo «objetivo» o «neutral» que inrente mostrar-se el oficial examinador. Esta realidad psicológica descansa en las disposiciones rápidas y aparentemente pro-forma en los procedimientos de internamiento civil de los adultos.⁹⁵

Esto no significa que ningún adulto o niño sea probablemente hospitalizado en forma indebida o que es probable que un psiquiatra sea más confiable en tal examen que un funcionario especializado en derecho. Significa más bien que una revisión bien detallada y regularizada de los registros formales de aquellas personas institucionalizadas, trabajando con elementos objetivos tales como antecedentes de tratamiento psiquiátrico externo y la concurrencia de diferentes observadores (psiquiatras, maestros de escuela, vecinos, así como también miembros de la familia) es más probable que ofrezca una protección más significativa⁹⁶ que un procedimiento contradictorio cara a cara donde el inevitable involucramiento interpersonal del funcionario de la audiencia (o la sentida necesidad de separarse de ese involucramiento) va a distorsionar el juicio más que a ayudarlo.

Aún cuando se acepte todo esto, puede incluso argumentarse que un remedio tal como la revisión regularizada del registro debería sumarse —más que sustituir— a procedimientos contradictorios. Hay, sin embargo, una objeción mayor y más fundamental a tales procedimientos: su probable impacto en las partes tanto ganadora como perdedora. Si la tarea terapéutica central en los hospitales psiquiátricos es prolongar la disputa para evitar los impulsos de cada uno hacia la prematura finalización de la disputa por la fuerza, un procedimiento anticipado contradictorio se enfrenta dramáticamente con la meta perseguida.⁹⁷ Para la reclusión de niños, este procedimiento termina necesariamente con una respuesta aparente a preguntas tales como: «¿Debería ser el niño excluido de su familia o forzado a volver a ella?». «¿Es el niño el principal desordenado y por ende más culpable, o el miembro de la familia más enfermo, o es su perturbación sólo una máscara para las dificultades de otros?». «¿Puede la comunidad de los adultos ejercer una fuerza efectiva y autoritaria para silenciar a este niño o debe interminablemente introducirse su provocación ruidosa entre los otros?». La respuesta correcta —para el terapeuta, el juez o

cualquier tercero inmerso en la disputa entre padres e hijos— es rechazar toda respuesta a tales preguntas y volver a dirigir la atención de las partes al problema central que los divide y perturba: esto es, por qué estas preguntas —mediante las cuales tanto el padre como el hijo buscan representarse uno como el ganador y el otro como el perdedor— han llegado a suponer tal urgencia divisoria entre ellos.⁹⁸ El logro del tercer interventor en volver a dirigir la atención de las partes a este asunto subyacente será la medida de su capacidad para ayudar a cada parte a lograr una solución estable de la disputa.

Los aspectos estructurales de los hospitales psiquiátricos típicos, sin embargo, parecen responder claramente a cada pregunta en la disputa entre el niño y los adultos de una forma que derrota y excluye al niño. Estos elementos de derrota terapéuticamente contraproducentes incluyen los lugares físicamente aislados de las instituciones; su fracaso en insistir en alguna manera en la implicación continuada de los padres más que aceptar por completo la entrega de la custodia del niño; la falta de un contacto regular y programado entre los niños hospitalizados y las agencias que atienden a otros niños tales como la escuela pública; la confianza excesiva en los lugares cerrados, las ventanas enrejadas, las habitaciones de aislamiento, y otros equipamientos de vida carcelaria más que de la aceptación de un riesgo significativo de huida.⁹⁹ Todos estos aspectos de la vida en una institución subrayan para el niño hospitalizado la afirmación de que él es «enfermo» y «peligroso» y debe ser aislado del mundo normal como un leproso contagioso. Incorporar las audiencias contradictorias en la agenda de entrada a estas instituciones no cambiaría este sentido para la gran mayoría de los niños cuyas admisiones serían probablemente aprobadas; tales procedimientos no harían más que fortalecer esta lección. Aun para esta pequeña cantidad con posibilidades crecientes de ser examinada en tales audiencias, el conjunto de la audiencia conspiraría para definirse como victorioso en su batalla apocalíptica con la familia y otros adultos más que en asistir a las partes a redefinir los términos de su conflicto y verse a ellos mismos como parte más que como irreconciliablemente aislados de una comunidad integrativa.

La mayoría de la Corte en *Parham* argumentó que las audiencias contradictorias irían en sentido contrario a los propósitos terapéuticos

de las instituciones. La mayoría no estaba necesariamente equivocada en concluir que esos propósitos y los «intereses de libertad» de los niños constitucionalmente sancionados podían ser protegidos adecuadamente a través del «juicio independiente» de los psiquiatras de las instituciones en relación con la reclusión. La Corte fracasó en considerar, sin embargo, cuáles podrían ser los componentes necesarios de esa «independencia» en la decisión. La Corte concluyó que el derecho de Georgia era constitucional sobre la base de que ningún «médico u otro profesional tiene el “poder discrecional ilimitado” [...] para encerrar a un niño», pero que siempre son «equipos» de psiquiatras y otros profesionales de salud mental los que examinan a cada niño, a sus padres y sus registros médicos y escolares.¹⁰⁰ Esta conclusión no es convincente. El contexto social de aislamiento institucional que enmarca todos los aspectos del encierro del niño hace de la institución un aliado inevitable de los deseos de los padres y otros adultos (no obstante sostenidos ambivalentemente) para silenciar y excluir al niño. Este contexto privaría rápidamente a un ejército de psiquiatras de esa independencia que les permitiría proteger los intereses del niño asegurando su «libertad» o la «salud mental».

¿Qué sucedería si la Corte hubiera entendido que los intereses del niño sólo podrían ser protegidos si la disputa entre el niño y el mundo adulto se prolongara de una manera ordenada, más que si se diera la apariencia de una conclusión abrupta? ¿Qué podría hacer la Corte, qué podría hacer cualquier agencia judicial de revisión para llegar a este resultado? La opinión de la Corte parece no ver aquí rol judicial alguno, lo cual en parte explica su descuidado razonamiento al apoyar la conclusión aparente de que la ley asegura una adecuada independencia en el juicio de los psiquiatras que deciden la internación. La Corte comienza su análisis de los requisitos de independencia del debido proceso de la siguiente manera:¹⁰¹

Desde que existen procedimientos médicos bien establecidos (para investigar la conveniencia de la hospitalización de un niño), no intentamos trazar con específica precisión los contenidos que deben incluirse en esta investigación. El modo y el procedimiento de los procesos de diagnóstico médico no es materia de los jueces. Lo que es mejor para un niño es una decisión médica individual que debe ser dejada a la consideración de los médicos en cada caso.

Esta prescripción para la actividad judicial aparece como una crítica implícita de las acciones de una cantidad sustancial de tribunales federales inferiores que durante la década pasada intentaron defender el «derecho constitucional al tratamiento» en instituciones para enfermos mentales o niños y adultos retrasados.¹⁰² En estos casos, los tribunales han luchado directamente cuerpo a cuerpo con aspectos de la estructura institucional tales como la ubicación geográfica y el uso de pabellones cerrados. La Corte Suprema ha permanecido cautelosamente distante del perímetro de esos casos, validando aparentemente el sostén teórico del derecho constitucional sin tomar en cuenta las consecuencias reparadoras de ese derecho.¹⁰³ Sin embargo, en los casos que involucran otras instituciones burocráticas de gran escala, tales como prisiones y departamentos de policía, la Corte ha sido recientemente llevada por su bloque conservador a retirarse de una intervención judicial extensivamente detallada.¹⁰⁴

La reiteración de la Corte de esta crítica en *Parham* sugiere el significado social y jurisprudencial más amplio de la disputa familiar en este caso. El conflicto entre el niño y sus padres con respecto a la hospitalización psiquiátrica refleja y representa metafóricamente un conflicto social general entre partes fundamentalmente alienadas, y plantea a la Corte la pregunta por su rol correcto en tales disputas. Esta pregunta ha sido de una importancia obsesiva para la Corte contemporánea al menos desde su fallo en *Brown v. Board of Education*. A fin de evaluar lo que la Corte debería haber hecho en *Parham*, por lo tanto, debemos primero comprender y evaluar lo que hizo en *Brown*.

Las suposiciones intervencionistas expansivas de los tribunales federales inferiores en casos de hospitales mentales, prisiones y policía han sido forjadas en el cumplimiento de *Brown* durante los últimos veinticinco años.¹⁰⁵ Ese esfuerzo transformó—casi más allá del reconocimiento— el concepto tradicional de un litigio en el cual el demandante y el demandado se confrontaban uno con otro con demandas claramente opuestas, el juez decidía quién era el ganador y así terminaba la controversia. El bloque conservador de la Corte está intentando actualmente reafirmar la relevancia del marco tradicional del litigio judicial como una limitación al poder reparador judicial.¹⁰⁶ Aun cuando esta disminución pudiera ser justificada en casos contemporá-

neos de segregación escolar, es equivocado extraer de esto una lección general —como lo hace el bloque conservador— según la cual la concepción tradicional debería mantenerse firme en los litigios que involucran a instituciones tales como las prisiones y los hospitales psiquiátricos. Para poner este tema en términos más simples, aun cuando la implicación judicial extensiva para rediseñar los sistemas de las escuelas públicas es menos apropiada ahora que hace veinticinco años, no se sigue que tal implicación no sea apropiada para esta materia más novedosa de litigio. La Corte actualmente no consigue comprender los aspectos temporales de la doctrina de *Brown* como una parte central de la legitimidad de esa empresa judicial.

La fórmula de la «rapidez deliberada» en *Brown II* ha tenido alguna mala prensa en años recientes. El juez Black sugirió en una entrevista de televisión en 1968 que la demora en hacer cumplir tal fórmula puede haber sido un error, que una transformación súbita y completa del sistema de segregación racial hubiera sido dolorosa pero —como cuando se arranca una venda adhesiva— finalmente menos dolorosa y por ello más efectiva que un proceso interminable.¹⁰⁷ Esta manera de ver tiene mucho más sentido desde una concepción tradicional del proceso litigioso y del correcto rol del juez. Desde esta perspectiva, los demandantes sostuvieron correctamente que la segregación racial no era correcta y que, por consiguiente, un juez debería declararlos ganadores y hacer cumplir su victoria por el demandado. Si el demandado demuestra ser reacio, entonces debe ser simplemente forzado a la obediencia, porque él está tan equivocado en resistir ahora como estuvo equivocado antes al mantener escuelas segregadas.

Hay sin embargo otra forma de conceptualizar *Brown* y su cumplimiento, que comienza con la misma premisa según la cual la segregación racial era incorrecta. Una lección jurisprudencial más interesante se desprende de *Brown II* si vemos esta decisión como limitando *Brown I* a una declaración de que, debido a que los intereses de los negros habían sido derrotados erróneamente en las instituciones mayoritarias, la Corte simplemente ordenó que la disputa entre los negros y otros fuera reabierta. Desde esta perspectiva la Corte no estaba declarando que ninguna parte fuera el último ganador en la disputa. La Corte pudo no haber visto claramente su rol en ese momento.¹⁰⁸ La inme-

diata reacción popular no le dio ciertamente esa interpretación. Los partidarios sureños de la resistencia masiva, en particular, vieron la decisión de la Corte como una aguda derrota a la que se opondrían hasta que hubieran recuperado su victoria sobre los negros.¹⁰⁹ La Corte en *Brown II* estaba aparentemente tratando de anticiparse a esta respuesta de las partes derrotadas. Su esperanza parecía ser que los litigantes derrotados podrían ser persuadidos de consentir esa derrota. En los términos que he sugerido anteriormente en este ensayo, la Corte tuvo la esperanza de que los blancos del Sur se redefinirían en una identidad comunal más integrativa respecto de los ciudadanos negros, en términos de que la decisión no sería vista como una humillante derrota para ninguno.¹¹⁰ Esta esperanza puede verse en el doble discurso de *Brown II* según el cual mientras los principios constitucionales no deben «ceder simplemente debido a un desacuerdo con ellos», los decretos de desegregación deberían no obstante ser «caracterizados por una flexibilidad práctica ... para ajustar y reconciliar las necesidades públicas y privadas».¹¹¹

La Corte en los casos de segregación escolar se vio a sí misma confrontada con dos partes opuestas que aparecían tan profundamente enfrentadas que no quedaba claro si podrían seguir siendo miembros de la misma comunidad. Sin embargo, debido a que los negros eran excluidos de las instituciones mayoritarias, esta disputa no tuvo ordenadamente un foro legítimo. En *Brown II* la Corte Suprema declaró que los tribunales federales locales servirían como aquel foro en donde las partes podrían ser conducidas a clarificar aquello que verdaderamente quisieran y necesitaran la una de la otra. De este modo, se podría en última instancia alcanzar algún acuerdo que prevendría la batalla apocalíptica y mutuamente destructiva que de otra forma probablemente se produciría.

Ésta podría ser una interpretación excesivamente optimista y simplista de los puntos de vista de la Corte y de las partes en *Brown*. Muchas batallas violentas fueron libradas en el despertar de esa decisión: los tribunales de enjuiciamiento no desearon en forma uniforme reabrir las disputas que habían sido previamente resueltas dejando injustamente en desventaja a los negros,¹¹² y la Corte Suprema misma finalmente abandonó la fórmula de «rapidez deliberada». Pero cuan-

do la Corte declaró, en 1968, que «una comisión escolar hoy [debe] avanzar con un plan que [...] prometa en forma realista trabajar *abonra*»,¹¹³ las identidades comunales de negros y blancos ya habían sido extraordinariamente transformadas por sucesos en las instituciones mayoritarias. Más notablemente, la sanción por el Congreso de las *Civil Rights Acts* de 1964, 1965 y 1968 había requerido el concurso sin precedentes de una mayoría extraordinaria del Senado para derrotar a los filibusteros sureños. Estos esfuerzos fueron empujados por los cabildeos en los que los ciudadanos negros no permanecieron solos sino que encontraron aliados en centros críticos de poder político a lo largo del país.

Además, cuando se declaró un fin en la fórmula de *Brown II* en 1968, la Corte incluyó un juez que había sido el principal abogado de una de las partes de *Brown I y II*. El cambio de posición de Thurgood Marshall, de peticionante del ofendido a juez de la Corte Suprema,¹¹⁴ simbolizó que la comunidad nacional se había redefinido sustancialmente y que la Corte de 1968 no estaba tan dispuesta a declarar un ganador en la controversia original, como a ratificar que los términos de la controversia y la identidad de las partes habían sido transformados en el proceso de la prolongada disputa que siguió, y fue intencionalmente provocada y dirigida por las decisiones de *Brown*.

El punto de vista del rol de la Corte en *Brown* —como provocador de la disputa más que proveedor de la solución— encuentra alguna confirmación en las actitudes de los miembros de la Corte en 1954. Al menos dos de los jueces en *Brown* se preguntaron explícitamente, en memorandos no publicados, si la resistencia de las partes perdedoras podría poner en jaque la fuerza efectiva de su decisión y si finalmente llevaría a la Corte a tal acción represiva hacia los rebeldes que los litigantes originales aparecerían —para ellos mismos y para los demás— simplemente sosteniendo posiciones encontradas, el oprimido victimizado ahora aliado con el poder judicial para convertirse en el opresor victimizador.¹¹⁵ Este es el dilema presentado y no resuelto por la concepción entonces (y aún) dominante del rol constitucional de la Corte en proteger los derechos de las minorías expresados en la nota 4 al pie en el caso de *Carolene Products*.¹¹⁶ Un juez puede ver —como era manifiesto en *Brown* y más que admisible en *Parham*— que los negros

y los niños estaban injustamente discapacitados para proteger sus intereses contra las derrotas en otros foros. Pero si el juez intentaba más que la reapertura de la disputa para eliminar la injusta discapacidad, si declaraba que el perdedor era ahora el ganador, ¿cómo puede responder a la imputación según la cual sumando su voto para formar una nueva mayoría simplemente crea una nueva minoría que merece la protección de alguien?¹¹⁷ El juez puede, por supuesto, responder que su voto está basado en principios que trascienden las concepciones de los intereses egoístas de las partes, que él vota la verdad mientras ellos votan sus meras preferencias. Pero ¿qué puede decir el juez si el litigante perdedor reclama que la verdad del juez no es la suya y que no permanecerá como miembro de una comunidad en la que prevalece la aseveración falsa del juez?

Algunos jueces pueden no perturbarse con esta postura rebelde y pueden confidencialmente aseverar que su verdad es la Verdad.¹¹⁸ Pero yo creo que los jueces deben abstenerse de forzar este asunto. Bajo los límites prácticos del poder judicial para vencer tal resistencia, particularmente si es extendida, hay una cuestión más básica de principios —si una imposición no consentida pierde legitimidad sin tomar en consideración su mérito intrínseco, simplemente porque la imposición carece de consenso. Una tradición sagrada se fundamenta en este principio.¹¹⁹ Los colonos estadounidenses argumentaron que las imposiciones no consentidas los hacían «esclavos» y justificaban su rebelión «para disolver las bandas políticas que se habían conectado unas con otras para asumir entre los poderes de la tierra [una] posición apartada e igualitaria».¹²⁰

El principio del consenso no se mantiene sin contradicción en nuestra historia. Ha sido poderosamente limitado por la idea de los derechos inalienables de las minorías con contenido sustantivo no simplemente susceptible de ser conocido a través de la construcción de un proceso consensual. Estos dos principios pueden no estar irreconciliablemente opuestos. Pero no obstante son suficientemente difíciles de resolver en contextos particulares para garantizar que se vean al menos como aparentemente irreconciliables.

La Corte en *Brown* caminó con considerable delicadeza entre los polos de esta contradicción aparente. La Corte logró esto, aunque en

una articulación tímida, por medio de la eliminación de las posiciones previamente fijadas de partes profundamente enfrentadas, decidiendo sobre disputas posteriores entre ellos para darles orden y coherencia, y negándose a declarar un fin a la disputa por un largo tiempo. La Corte de *Brown* hubiera preferido probablemente un final rápido al conflicto y fue conducida a esta jurisprudencia alternativa porque la inrensidad y la visibilidad del conflicto racial no le daba otra elección. Pero yo creo que la experiencia de *Brown* muestra en retrospectiva que esta jurisprudencia era más que inevitable, que era la jurisprudencia de elección respondiendo a los litigantes que se veían a ellos mismos como fundamentalmente alienados unos de otros.

Los litigantes que denunciaban violaciones de sus derechos constitucionales presentaban la postura de alienación básica como algo natural, simplemente porque los litigantes sostenían versiones irreconciliablemente antagónicas de principios fundamentales. Por mucho que se litigue, esta postura es simplemente retórica recalentada mediante la cual cada parte busca una ventaja marginal sobre la otra, mientras que cada una está preparada para aceptar la derrota. Pero la estilización de la alienación fundamental en la resolución constitucional tiene un simbolismo más profundo que el que sugiere la controversia pasajera y que revela la grandeza y la intensidad de *Brown*.

Las instituciones mayoritarias oscurecen sistemáticamente esta confrontación. La Corte la resalta sistemáticamente. Cualquiera que se sienta agraviado y que posea una lapicera puede peticionar a la legislatura o iniciar una demanda judicial. Pero las legislaturas están estructuralmente inclinadas al silencio, a una suerte de absorción de las quejas a modo de una esponja. Las reglas de la Corte, en contraste, demandan que la parte agraviada reciba alguna respuesta a sus quejas: a menos que el objetivo de la queja, el demandado nombrado, dé alguna respuesta, se arriesgue a ser objeto de la sanción de seguirse el juicio en rebeldía.¹²¹ Las Cortes son entonces más propensas que las instituciones mayoritarias a iniciar y prolongar el conflicto ordenadamente. Aquellos que se sienten profundamente alienados y heridos por las instituciones mayoritarias pueden al menos encontrar siempre alguna carne para pelear en los tribunales.

La claridad misma de la confrontación provista por el litigio judicial no es, sin embargo, un fin en sí mismo. El juez está encargado de escuchar las disputas, de encontrar el resultado justo y de resolver las disputas sobre esa base. La confrontación, una vez que ingresa en su despacho, es exitosa en la medida de su resolución, mediante la reconciliación de polos opuestos.¹²² El triunfo de la justicia como la fuerza de cohesión comunal trae consigo una emoción especial porque las fuerzas opuestas a la comunidad, las fuerzas que la amenazan con su destrucción, están muy palpablemente connotadas e incluso exageradas en la postura estilizada de litigio contradictorio.

Al menos desde *Brown*, la Corte Suprema ha estado preocupada por la puesta en escena de este drama. A través de los años Warren, la Corte fue en medida creciente hospitalaria a los litigios que involucraban fundamentalmente personas alienadas y les otorgó «derechos» como ofertas implícitas de reconciliación: los juicios contradictorios referidos a negros, demandados criminales y criminales convictos, comunistas y ateos, extranjeros y niños ilegítimos, e incluso aquellos cuya alienación se presentaba a sí misma como una demanda de ser «dejado solo», la que fue tratada por la Corte como «derecho a la intimidad». La preocupación por la alienación social ha llevado a la Corte contemporánea a su preocupación por las relaciones familiares. La crisis de autoridad que el bloque conservador actual ve en los casos de familia tiene un parentesco directo con la crisis de la comunidad que el bloque liberal dominante de la Corte Warren vio en sus casos.

Cuando los lazos verticales y horizontales —los vínculos sociales de autoridad y comunidad— se ven como atenuados, el conflicto resulta más difícil de admitir porque menores restricciones parecen modular las implicancias destructivas del conflicto y confinar su potencial aumento. Todos los jueces en *Parham* fracasaron al diagnosticar el problema como una ausencia de conflicto legitimado y en su lugar intentaron suprimir el conflicto. Este fracaso es perturbador no simplemente porque, en ese caso, se pierde una oportunidad de ayudar a los niños y a las familias. Es perturbador porque este fracaso evidencia un error notorio a lo largo del trabajo contemporáneo de la Corte. Mas que construir sobre la experiencia de *Brown* puliendo las técnicas judiciales, para provocar y prolongar la disputa ente los liti-

gantes que se ven a sí mismos como fundamentalmente alienados, la Corte contemporánea parece haber perdido la paciencia con el conflicto, y se apresura por eso a una resolución impuesta.

Este disgusto por el conflicto y el fracaso concomitante de ver su prolongación como una técnica judicial correcta es particularmente aparente en la mayoría de los casos de relaciones familiares de gran alcance que la Corte ha decidido durante la última década: los casos de aborto y de derechos de las mujeres. Aunque la Corte no ha sido unánime en estos casos, sus divisiones han cortado los ejes conservador/liberal que caracterizaron las votaciones en los casos de familia discutidos anteriormente. Quizá esto se deba a que el aborto y los derechos de las mujeres no promueven la cuestión directamente en relación con la disciplina de los niños, y las actitudes de los jueces sobre la autoridad legitimadora no son puestas en evidencia insistentemente.¹²³ Cualquiera que fuese la razón, el remanente liberal contemporáneo ha sido apoyado por varios jueces del bloque conservador para invalidar las leyes estatales y federales que restringían el aborto y derogaban el estatus de las mujeres. Ninguna alianza de voto firme fue establecida en esta materia y los jueces liberales y conservadores frecuentemente estuvieron en desacuerdo al razonar aun cuando sus votos coincidieran. Debajo del vetado patrón de votos y razonamientos en estos casos, sin embargo, aparece una actitud unificadora. Tanto los jueces liberales como conservadores que votan para invalidar estas leyes estatales y federales ignoran la existencia o el potencial de una controversia intensa en las instituciones mayoritarias y se ven a sí mismos como terminando esta controversia correctamente designando a una parte como la vencedora.

*Roe v. Wade*¹²⁴ es una instancia particularmente sorprendente de esta actitud liberal/conservadora compartida. La opinión de la Corte, redactada por el juez Blackmun, hace una extensa mención de la historia de las actitudes sociales y los conflictos con respecto al aborto, desde la antigua Grecia hasta los tiempos modernos.¹²⁵ Pero esta narración es sólo un prelude para la pretensión de la Corte de identificar la respuesta correcta para nuestro tiempo. La opinión denota el dramático y reciente cambio de opinión, desde un régimen universal altamente restrictivo a una disponibilidad creciente de los abortos.

Las legislaturas en un tercio de los Estados, desde finales de los años cincuenta, habían liberalizado significativamente sus leyes de aborto¹²⁶ y durante los años setenta, cuatro Estados —Nueva York, Washington, Alaska y Hawaii— abolieron las restricciones por completo.¹²⁷ Debido a que los procedimientos legales de Nueva York no estaban limitados a los residentes del Estado, los regímenes más restrictivos de los Estados vecinos densamente poblados parecieron minados al fin por propósitos prácticos. Washington exigía una residencia previa de noventa días, y por ello probablemente no habría tenido un efecto práctico similar más allá de sus límites inmediatos.¹²⁸ En cualquier caso, estos cambios legislativos afectaron claramente el debate popular sobre asuntos de principios, dando visibilidad y realzada legitimidad a aquellos que proponían el aborto libre y señalando que las campañas para educar y movilizar la fuerza popular dirigida hacia las instituciones mayoritarias no estaban claramente condenadas al fracaso en todos los lugares.

Al mismo tiempo que esta agitación legislativa se fue incrementando en intensidad, los defensores del aborto libre se volvieron a los tribunales federales. *Roe v. Wade* alcanzó la Suprema Corte en 1971. Fue el primer caso de la Corte que implicaba un cuestionamiento constitucional directo a las restricciones estatales al aborto. La Corte pospuso la decisión y dispuso una nueva audiencia de reargumentación en el caso en 1972.¹²⁹ En 1973 la Corte otorgó la victoria a los demandantes, en forma tan completa y con tal detalle que (sospecho) incluso ellos se sorprendieron.

Roe no ha terminado la controversia en relación con el aborto. Fue en efecto el ímpetu de las nuevas fuerzas de oposición para identificarse y movilizar el esfuerzo político que había tenido algún éxito legislativo considerable. La Corte ha retomado la disputa con alguna frecuencia, inicialmente para defender su posición en *Roe*, pero más recientemente para validar las restricciones legislativas dirigidas a las mujeres pobres y a las menores.¹³⁰ Cualesquiera fueran sus justificaciones de principios,¹³¹ lo resuelto por la Corte en concreto parece haber reproducido un borrador de facsímil respecto de las discriminaciones por riqueza y por raza que había sostenido con anterioridad a *Roe*. Las mujeres de clase media pueden ahora obtener abortos en cada

Estado con mayor conveniencia y más fácil conciencia de la que era posible antes de *Roe*, al menos para aquellas mujeres que tenían problemas ante la probabilidad de cruzar las fronteras del Estado para eludir las leyes de su lugar de residencia o conspirar con un médico dispuesto a exagerar la necesidad médica o simplemente para burlar la ley estatal. Otras mujeres están impedidas de buscar abortos de la misma manera en que fueron discapacitadas por las restricciones legales antes de *Roe*.¹³²

Este resultado aparentemente irónico es una base insuficiente para argumentar que la Corte estaba equivocada en *Roe*. Pero no obstante el resultado plantea la cuestión sobre qué era lo que la Corte esperaba conseguir con su decisión. Si la Corte quiso terminar la disputa y persuadir a la mayoría de los ciudadanos de la propiedad moral de la posibilidad libre de abortar, no ha logrado esta meta. Si la Corte quiso provocar un gran debate nacional sobre este asunto, reabrir la derrota de los intereses que habían sido injustamente desconsiderados por las instituciones mayoritarias, su acción fue demostrablemente innecesaria. La acción de la Corte en *Roe* puede ser justificada solamente si el principio en juego era tan evidentemente correcto e importante que su reivindicación no podría depender de y no sería agravado por el arduo esfuerzo de persuasión pública y organización política que precede necesariamente a la acción legislativa. Si no hay un beneficio público adecuado del conflicto visible, prolongado y legitimado en relación al tema del aborto, con su apasionado significado psicológico y moral, entonces la proclamación acelerada en *Roe* estuvo justificada. Pero desde esas perspectivas no hay justificación para *Roe*.

Las feministas han tenido un segundo logro a través de una acción judicial: para persuadir a la Corte que el sexo es una clasificación legislativa tan sospechosa como la raza. La Corte ha sido, sin embargo, menos avanzada aquí. Aunque las clasificaciones sexuales han sido invalidadas tanto en las leyes federales como estatales con cierta frecuencia durante la década pasada, la Corte no ha explicado sus acciones como una aplicación de la fórmula de clasificación sospechosa. En la confusa marea de opiniones, acompañadas por las coaliciones de voto cambiantes entre los jueces de caso en caso, surge que la Corte no ha explicado sus acciones en absoluto, sino que simplemente se mue-

ve sobre una base *ad hoc* mayormente para invalidar, u ocasionalmente para afirmar, las categorizaciones legislativas de sexo.¹³³ En esta cafonía, la Corte se ha manejado para prolongar la disputa pero no en un formato constructivo: el efecto de esta prolongación es invitar continuamente al litigio por la oportunidad (aparentemente aleatoria) de que la mayoría de jueces fallará para fulminar alguna ley en particular. El resultado de esta confusión es que los jueces permanecen en el centro de la escena reclamando autoridad para emitir pronunciamientos finales más que para dirigir sistemáticamente la atención de las partes hacia otras instituciones y punzando a esas instituciones a una mayor receptividad respecto de los asuntos que son objeto de la controversia.¹³⁴

En 1973, el bloque liberal de la Corte —los jueces Brennan, Douglas, y Marshall, a quienes se unió en esa ocasión el juez White— estaba preparado para resolver la cuestión declarando al sexo como una clasificación constitucional sospechosa. En *Frontiero v. Richardson*¹³⁵ la Corte (con la sola disidencia del juez Rehnquist) invalidó una ley del Congreso según la cual un hombre en servicio (para las fuerzas armadas) casado podía reclamar una vivienda especial y prestaciones médicas sin ninguna demostración en particular de que su esposa era económicamente dependiente de él, mientras que una mujer en servicio (para las fuerzas armadas) sólo podía obtener tales prestaciones demostrando que su esposo de hecho recibía más de la mitad de los ingresos de ella. El juez Powell explicó su reticencia a adoptar la teoría de clasificación sospechosa sobre la base de que «la Enmienda de Igual Protección de la Ley, que si es adoptada resolverá la sustancia de esta precisa cuestión, ha sido aprobada por el Congreso y sometida a ratificación por los Estados [...] y las instituciones democráticas están debilitadas, y la confianza en la restricción de la Corte es dañada, cuando nosotros decidimos innecesariamente temas sensibles de amplia importancia política y social al mismo tiempo que están bajo consideración dentro de los procesos constitucionales prescritos».¹³⁶ La base sobre la que el juez Powell y sus colegas coincidentes votaron para invalidar la ley fue, sin embargo, dejada bajo total oscuridad. Así dieron una apariencia de que la Corte estaba decidiendo este «asunto sensible» excepto por su aparente insinceridad.

La opinión del magistrado Brennan en *Frontiero* estaba dirigida a explicar su teoría de invalidación. Pero su justificación para considerar constitucionalmente sospechosas las discriminaciones sexuales conllevaba una dosis inintencional aunque considerable de ironía. Encontró un apoyo parcial para su conclusión en varias acciones del Congreso durante la década precedente: la sanción de la *Equal Pay Act* de 1963 y el Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964 que proscribía la discriminación sexual por empleadores y por la sanción de la enmienda de *Equal Rights* en 1972. En estas leyes, el juez Brennan encontró: «Así, el Congreso por sí mismo ha concluido que las clasificaciones basadas en sexo son inherentemente odiosas, y esta conclusión de una rama igual del Gobierno no carece de significado respecto de la cuestión sometida actualmente a consideración».¹³⁷ Pero el Congreso también había aprobado la ley sometida a revisión en *Frontiero*, una sanción que también era la «conclusión de una rama igual» presumiblemente «no carente de significado». Las leyes de 1963 y 1964 citadas por el juez Brennan no se aplicaban al gobierno de Estados Unidos como empleador.¹³⁸ Viviendas generosas y prestaciones médicas para los hombres más que para las mujeres alistadas parecieron reflejar la visión del Congreso según la cual los hombres eran más valiosos y/o más difíciles de reclutar para servicios armados que las mujeres. Puede ser que la *Equal Rights Amendment*, si es finalmente ratificada por el número exigido de Estados, podrá impedir al Congreso ahorrar fondos públicos sobre esta base. Al aprobar la *Equal Rights Amendment* y las demás leyes antidiscriminatorias, el Congreso puede haber expresado políticas contradictorias, pero la existencia de esta contradicción no se justificaba por sí misma ni requería la resolución de la Corte de una u otra forma.

Esto es más que una simple objeción a la lógica del razonamiento de Brennan. Él ve correctamente la contradicción entre estas variadas acciones del Congreso, pero no ve cómo su resolución de ello, como juez de la Corte Suprema, podría perpetuar más que resolver las actitudes más profundamente contradictorias hacia el estatus de las mujeres que se extienden en nuestra sociedad. El principal argumento del juez Brennan no se basó en su expurgación de las miradas del Congreso, sino más bien en su percepción de la «larga y desafortunada

historia de discriminación sexual» de la nación. Describe un aspecto de esta historia así:¹³⁹

Tradicionalmente, tal discriminación fue racionalizada por una actitud de «paternalismo romántico» que, en sus efectos prácticos, puso a las mujeres no en un pedestal, sino en una jaula. En efecto, esta actitud paternalista llegó a ser tan firmemente enraizada en nuestra conciencia nacional que, cien años atrás, un distinguido miembro de la Corte fue capaz de proclamar:

El hombre es, o debería ser, el protector y el defensor de la mujer. La propia y natural timidez y delicadeza que pertenece al sexo femenino evidentemente las hace ineptas para muchas de las ocupaciones de la vida civil.

Puede ser verdad que el «paternalismo romántico» haya disfrazado las irritantes restricciones y las humillaciones infligidas a las mujeres durante el siglo pasado, y que este paternalismo deba en sí mismo ser derribado para que las mujeres puedan ser vistas y verse a sí mismas apropiadamente. Pero esta clase de conciencia nacional creciente no será ayudada por cinco o nueve hombres distinguidos que se ven a sí mismos como «los protectores y defensores de las mujeres» y que declaran consecuentemente que la discriminación sexual viola normas constitucionales.

La Corte Suprema no es nuestra única institución gubernamental dominada por hombres. Como observó el juez Brennan, «el déficit de representación está presente en todos los niveles de nuestro gobierno estatal y federal».¹⁴⁰ Pero las mujeres tienen un poder potencial sobre los hombres en estas otras instituciones que ni ellos ni ningún otro tiene en relación con los jueces federales. Las mujeres, como todos los litigantes, pueden apelar a la conciencia de los jueces, pueden afirmar la justicia de su causa y así provocar culpa siempre que sus justas demandas sean atendidas. Pero apelar a una conciencia de culpa es la psicología fundacional de las actitudes paternalistas victorianas hacia las mujeres.¹⁴¹ En otras instituciones, las mujeres no están limitadas a confiar en apelaciones a la conciencia y buena voluntad: su fuerza de voto puede hablar por sí misma. Como votantes están menos limitadas por la postura suplicante que el estatus de litigante denota más intensamente, y que la victoria en litigio —aun en nombre de la «igualdad»— no puede deshacer.

Las mujeres no han usado todavía en nuestra sociedad el potencial pleno de la fuerza numérica de su voto para asegurar representación o trato igualitario en las instituciones gubernamentales. Esta reticencia puede ser resultado de las limitaciones psicológicas impuestas por la pasada historia de discriminación. Las abogadas feministas han argumentado que esta historia pasada ha excluido a las mujeres del concepto de sí mismas sobre el que los hombres han basado su dominación social y política: como individuos autodeterminados que comparten intereses básicos comunitarios con otros de su sexo.¹⁴² Si este diagnóstico es correcto, y si la prescripción que se desprende de él es que las mujeres deberían reconcebirse a sí mismas en dirección a la autodeterminación y la hermandad, el litigio es enfáticamente un marco inapropiado para la realización de esta prescripción.

Aun sin considerar la inconsistencia con la norma de autodeterminación del estatus litigante/suplicante, el proceso litigioso no sólo no promueve sino que interfiere activamente con el desarrollo de la identidad de comunidad. Los litigantes individuales pueden arrogarse la representación de otros, e incluso pueden reclamar la calidad de parte por otros a través de las peticiones de acción de clase. Los requisitos de notificación en las acciones de clase y las actitudes amplias hacia la participación de *amicus* pueden ser utilizados para oponerse al ímpetu atomístico del litigio.¹⁴³ Pero estos instrumentos son débiles contrapesos, particularmente comparados con la mayor sensibilidad potencial y fluidez en la formación de coaliciones dentro de las instituciones mayoritarias, el proceso mediante el cual las fuerzas de la comunidad obtienen reconocimiento y se reconocen a sí mismas.

Muchos grupos e intereses importantes pueden ser excluidos de este proceso de formación de coaliciones porque los intereses son tan difusos que ningún grupo específico se ve a sí mismo como un protector especial de ellos o porque un grupo específico con intereses propios carece de recursos (cantidades, fondos, respeto) que puedan ser usados para amplificar su voz. La nota de pie de página 4 de *Caroline Products* justifica la intervención judicial en las instituciones mayoritarias en esta premisa. Y esta premisa puede plausiblemente apoyar el argumento según el cual la Corte debería hacer caso omiso al fracaso de las instituciones mayoritarias en ratificar la *Equal Rights*

Amendment, como ha argumentado el juez Brennan en *Frontiero*. La *Equal Rights Amendment* ha encontrado dificultades, al parecer, tanto debido a que los temas de derechos de las mujeres son demasiado difusos como para encontrar representantes electoralmente potentes —esto es, aunque las mujeres son mayoría numérica, una proporción significativa se identifica de manera inconsistente con la agenda feminista, es decir, como «esposas» y «madres» más que como «mujeres»— y porque el prejuicio en sí mismo ha llevado a las mujeres a abrazar esta visión antifeminista de ellas mismas.

Sin embargo, este argumento entiende erróneamente la justificación legítima para el rol antimayoritario de la Corte. Si comenzamos con la proposición de que todo gobierno legítimo descansa sobre el consentimiento de los gobernados, entonces la legitimidad queda puesta en duda siempre que falte unanimidad —aun por un voto entre un millón— para la adopción de cualquier medida en particular. La contradicción aparente en nuestro sistema entre la consensualidad del proceso y la protección de los derechos de la minoría sólo puede ser resuelta a través del principio de la unanimidad. La unanimidad es, después de todo, el único principio de organización social que brinda un respeto completo a la integridad y la igualdad de todos los individuos. La idea de la regla de mayoría es un apoderado tolerable del consentimiento unánime sólo porque las elecciones recurrentes dan a los disidentes derrotados oportunidades para reabrir las cuestiones hasta que la unanimidad sea alcanzada o los disidentes, al decidir no reabrir la cuestión en las urnas, consientan su derrota dando así unanimidad efectiva *post hoc* en esos asuntos.

Si la premisa de la legitimidad política es la unanimidad, y no la regla de la mayoría como tal, entonces la Corte puede decir tanto como cualquier otro si la legitimidad de una medida en particular ha sido puesta en duda. El hecho de que un litigante en particular haya sufrido un agravio suficiente como para promover una demanda pone en sí mismo en duda la legitimidad de la medida cuestionada. Pero si la ausencia de unanimidad es la justificación subyacente de la intervención judicial, el principio de unanimidad limita necesariamente a la Corte de imponer la voluntad del litigante, o su propia voluntad a los disidentes. Desde esta perspectiva, la Corte puede reabrir a la

fuerza las disputas previamente resueltas, pero sólo para asistir en la búsqueda de la unanimidad en la resolución última de esas disputas.¹⁴⁴

En la vida política práctica, la unanimidad se alcanza raramente o quizás nunca. Este hecho no significa que los políticos prácticos siempre renuncien a buscar la unanimidad, sino que lo habitual es que no logren verse premiados en ello. Esta búsqueda presenta, sin embargo, un problema crítico práctico y de principios: donde las pretensiones de una persona o grupo excluyen necesariamente las de otra, la unanimidad no es posible por definición e incluso el buscarla debe ser entendida como una derrota para todos. Esta circunstancia crea tensiones severas, especialmente donde las metas comunes exclusivas son sostenidas intensa y persistentemente.

He sugerido que esta clase de conflicto caracterizó a aquellas familias que se ven llevadas a excluir a uno de sus miembros por medio de una hospitalización psiquiátrica: este conflicto caracteriza igualmente a aquellas sociedades que se ven empujadas a la revolución (o rebelión, dependiendo de la perspectiva de cada uno). Cualquier familia o sociedad que espera sobrevivir a tal conflicto con sus miembros aún unidos por mutua lealtad debe encontrar formas de redefinir las metas de sus miembros. Sugiero que esta es la tarea central que un terapeuta psiquiátrico debe buscar para las familias. En la sociedad estadounidense, esta misma tarea caracteriza mejor el rol correcto de los tribunales en la resolución constitucional. Mientras que cada instancia de litigio constitucional presenta en principio esta clase de conflicto, los tribunales deben estar genuinamente alertas al problema y comprometidos sólo donde el litigante particular agraviado habla de cuestiones de amplio interés social, es decir, cuestiones en donde el desacuerdo parece tan extendido o, aun si está localizado, tan intenso que los actos u omisiones de las instituciones mayoritarias no aparecen adecuados para sostener las mutuas lealtades que dan a la sociedad su estatus legítimo como cuerpo comunal.¹⁴⁵

Las cuestiones raciales, étnicas y religiosas han estado en el corazón de tales disputas fundamentalmente divisorias a lo largo de toda nuestra historia, y los tribunales han intentado eliminar persistentemente tales cuestiones del terreno de la disputa. Las cuestiones subjetivas específicas del *Bill of Rights* fueron diseñadas desde la lectura co-

lonial de las causas básicas de dependencia de Gran Bretaña, y los tribunales han intentado tratar también estas cuestiones como si estuvieran más allá de la disputa. Cuando la Corte Suprema intentó formular su rol moderno en la nota al pie de la página 4 de *Carolene Products*, comenzó con estas dos clases de cuestiones, pero en aquella ocasión dio claramente un paso más allá, para asegurar ostensiblemente que las instituciones mayoritarias permanecerían abiertas a la disputa todo a lo largo de la protección judicial de la participación electoral y para asegurar que «las minorías discretas e insulares» obtuvieran una atención judicial especial. Sin embargo, es equivocado ver a estas metas judiciales como fines en sí mismas. Son medios a través de los cuales los tribunales intentan preservar la legitimidad de los lazos de autoridad y comunidad en la sociedad conduciendo a sus miembros fundamentalmente alienados a abandonar sus metas comunes exclusivas y a abrazar la búsqueda de la unanimidad. Las técnicas identificadas en *Carolene Products* habían sido, para ese tiempo, el medio más significativo y aparentemente exitoso empleado por la Corte para ese fin general.¹⁴⁶ Pero la experiencia posterior de *Brown* ha sumado un brillo considerable a las técnicas legitimadoras a disposición de los tribunales.

Una técnica en particular tiene la gran promesa de convocar a las partes opuestas a la redefinición de su disputa: esto es, a mostrar a las partes que estaban simplemente equivocadas en creer que sus metas eran incompatibles mutuamente. Esta era la esencia del propósito de la Corte al fallar en contra de la ley de Oklahoma, que establecía diferentes edades para los hombres y las mujeres en lo relativo a la legalidad de la compra de cerveza¹⁴⁷ y al fallar en contra de la ley federal que proveía subsidios por desempleo a los padres desempleados pero no a las madres desempleadas.¹⁴⁸ Debajo de la espuma de un análisis a la luz de la doctrina de la protección igualitaria en las opiniones, la Corte en ambos casos parecía decisivamente influenciada por la visión según la cual las discriminaciones basadas en el sexo no estaban encaminadas a alcanzar ninguna finalidad en absoluto, que aparecían en las leyes sin ningún pensamiento en particular y por consiguiente constituían un insulto completamente gratuito a las sensibilidades feministas.¹⁴⁹

En estos dos casos, sin embargo, la Corte invitó a la legislatura o Congreso del Estado a reconsiderar la cuestión y a determinar explícitamente si la discriminación de género era necesaria para lograr alguna finalidad. Las opiniones de la Corte en estos casos parecerían sugerir que si el único propósito de la discriminación de género era una fuerte afirmación legislativa de que los hombres y las mujeres eran fundamentalmente desiguales, entonces esto sería una discriminación inconstitucionalmente odiosa. Una posición semejante parecería equivalente a la ratificación independiente de la Corte de la *Equal Rights Amendment*. Pero la descripción de la Corte de la historia y los propósitos probables de ambas leyes expresan un sentido completamente diferente, es decir que la discriminación de género era simplemente una rudeza no intencionada más que un insulto calculado.

En otros casos de derechos de las mujeres, la Corte ha visto discriminación intencionada y ha respondido de manera diferente. En el caso *Geduldig v. Aiello*,¹⁵⁰ por ejemplo, la Corte sostuvo la validez constitucional de un programa de seguro por incapacidad de una empleada estatal de California que excluía el embarazo de la cobertura. Mientras reconocía que sólo las mujeres podían quedar embarazadas, la mayoría de la Corte intentó argumentar, sin embargo, que ésta no era una «clasificación basada en el sexo».¹⁵¹ Si la Corte no podía ofrecer nada más allá de este giro verbal, su resultado sería completamente incoherente. El resultado tiene sentido, sin embargo, sobre varios fundamentos. La discriminación sexual era una parte explícita e importante del programa estatal, porque la cobertura de embarazo alteraría significativamente el coste del programa. Las mujeres con un embarazo anticipado podían obtener una cobertura de seguro en otra parte; ellas debían soportar un coste adicional, para estar aseguradas, pero su argumento de que todos los empleados de California debían soportar algún coste adicional (aunque menor individualmente) a fin de subsidiar sus embarazos solamente sería convincente si la sociedad tuviera un claro compromiso previo de evitar la discriminación sexual a toda costa. La carga del subsidio caería, además, sobre las mujeres que no intentarían quedar embarazadas al igual que sobre los hombres que no tienen elección al respecto. Así, la pretensión de los demandantes en *Geduldig* presume un interés comunal aún no demostrado

entre las mujeres como tales, así como presume un compromiso social igualmente incierto con el principio de la *Equal Rights Amendment*.

El fallo de la Corte sobre la validez de la exclusión del embarazo del seguro por incapacidad en *Geduldig* no fue, sin embargo, la última palabra en la materia. La *Equal Employment Opportunity Commission* había dispuesto, al tiempo del litigio de *Geduldig*, que tal exclusión constituía discriminación laboral infringiendo la *Civil Rights Act* de 1964.¹⁵² Dos años después de su decisión en *Geduldig*, la Corte Suprema falló en contra de esta decisión respecto de la ley que contemplaba las exclusiones de embarazos, sobre la premisa de que las palabras «discriminación sexual» tienen un significado único y que la Corte había fijado ese significado en su interpretación constitucional.¹⁵³ Esta interpretación literal tuvo corta vida. En dos años, la Corte sostuvo la EEOC encontrando discriminación sexual en los planes de pensión que diferenciaban entre hombres y mujeres sobre la premisa estadísticamente irrefutable de que las mujeres como clase viven más tiempo.¹⁵⁴ Los jueces que votaron en disidencia en este caso argumentaron que los planes de pensión discriminaban sobre la base de las expectativas de vida y no sobre la base del sexo, de la misma manera que las exclusiones de embarazo no eran discriminaciones sexuales aunque sólo las mujeres pudieran quedar embarazadas.¹⁵⁵ No resulta más fácil encontrar un patrón inteligible a lo largo de todos los diferentes usos que hace la Corte de las palabras «discriminación sexual» si se analizan las variadas composiciones de la mayoría de la Corte y de las disidencias en cada caso.¹⁵⁶

Sin embargo, si la Corte se hubiera visto a sí misma como conduciendo a partes en conflicto a refinar y particularizar los asuntos que las dividían, de modo que las bases para la acomodación mutua pudieran hacerse visibles, habría aprovechado la oportunidad ofrecida por los casos de interpretación legal que habían sido denegados a la Corte en el contexto constitucional de *Geduldig*. Si la Corte hubiera sostenido la lectura legal del EEOC en ambos casos, habría señalado claramente que las palabras «discriminación sexual» no tenían un significado fijo en este momento de nuestra historia y que las cuestiones de impacto social diferencial y la distribución de costes financieros encerradas en esas palabras deberían ser argumentadas en otros foros ins-

titudinales. Al negarse a distinguir entre interpretación legal y constitucional en los dos casos de exclusión de embarazos, la Corte no consiguió ofrecer al litigante perdedor en cada caso una esperanza realista y un incentivo de cambiar a otro foro para recuperar la pérdida.

La decisión de la Corte en el caso del plan de pensión introduce alguna confusión que puede servir para este propósito, pero debería haber ofrecido más que esto. Debería haber seguido, en los casos de discriminación sexual, la preferencia judicial tradicional para la resolución legal más que para la resolución constitucional de las cuestiones en disputa, como otra técnica para lograr la prolongación ordenada del conflicto entre las partes con preferencia a una victoria «de una vez por todas» de una parte sobre la otra.¹⁵⁷

Del mismo modo, si la Corte hubiera visto su rol en los casos de derechos de las mujeres como yo lo habría hecho, el caso *Frontiero* habría sido decidido de manera diferente. Mientras que la discriminación de género en las subvenciones de las fuerzas armadas para esposas dependientes se fundaban claramente en un estereotipo sexual, esta postura no apareció como un acto reflejo e irreflexivo por parte del Congreso. Diez años antes de la decisión de la Corte, se podría haber admitido ver la discriminación legal bajo esa luz, porque no había evidencia en la historia legal de que alguien le hubiera dado una consideración seria a este aspecto particular de los subsidios por familiar dependiente.¹⁵⁸ Pero esta visión de la ley dejó de ser admisible hacia 1973. Como el juez Brennan observó en *Frontiero*, «el Congreso en años recientes ha corregido varias leyes similares a aquellas para eliminar el tratamiento diferencial de hombres y mujeres»,¹⁵⁹ específicamente, redefiniendo «preferencias para la elección de veteranos» en 1971,¹⁶⁰ comprendiendo los beneficios a las esposas de los veteranos en 1972,¹⁶¹ y en relación con los empleados federales en general, extendiendo los beneficios de retiro en 1971,¹⁶² y prohibiendo la discriminación por el estado de casado en 1966.¹⁶³

Es posible que, no obstante este torrente de acción legislativa particularizada en relación con la discriminación sexual en las fuerzas armadas y en los programas de beneficios del empleo federal, nadie notó la discriminación sexual específica cuestionada en *Frontiero* más que los propios litigantes, que eligieron buscar el remedio de un tribunal

más que del Congreso. El juez Brennan puede estar en lo cierto al implicar que las acciones pasadas del Congreso revisando «varias leyes [similares]» indicaban también que el Congreso revisaría la ley en cuestión. Pero, contrariamente a este argumento, esta probabilidad no justifica que la Corte asuma la tarea de revisión por sí misma. Si, en efecto, el Congreso ya se había mostrado sensiblemente consciente de la discriminación sexual bajo cuestionamiento, ésta era la razón central para dirigir la atención de los litigantes al foro del Congreso para la continuación de su disputa.

Esta especulación puede estar equivocada. Los demandantes en *Frontiero* podían ya haber sido rechazados por el Congreso o, si la Corte había convalidado la constitucionalidad de la ley, podrían fracasar en encontrar allí un remedio. Pero en ninguno de estos casos la derrota de los demandantes en el Congreso habría sido una indicación sin ambages de que otros intereses vieran ventajas específicas para ellos en esa derrota. Puede argumentarse que la Corte debería remediar la pérdida de los demandantes porque ellos habían sido desaventajados injustamente en el Congreso. ¿Pero cómo se podrían explicar entonces las victorias legislativas para otros en situaciones similares a la de los demandantes? El juez Brennan estaba preparado para concluir que todas las discriminaciones de género eran constitucionalmente inválidas. Pero los jueces concurrentes que constituyeron la mayoría en el caso no estaban tan preparados, y sus votos a favor de la invalidación fueron así completamente incoherentes.

He sugerido que el juez Brennan se equivocó al soslayar el proceso de ratificación popular para la *Equal Rights Amendment*. ¿Cómo puedo entonces justificar el fallo en contra de la discriminación por parte del Congreso en el caso de asistencia social al tiempo que mantengo intacta la discriminación de *Frontiero*? Si uno ve al Congreso como una agencia monolítica, no existe una adecuada justificación para este resultado diferencial. Pero si uno penetra por debajo de esta pantalla simplista, surge con claridad que diferentes grupos de electores fuera y dentro del Congreso han tratado, o fracasado en el tratamiento de las discriminaciones de género en cuestión. Las recientes revisiones legales citadas por el juez Brennan sugieren que los comités del Congreso y los grupos de cabildeo con los intereses más directos en la materia sobre la que tra-

ta *Frontiero* ya estaban comprometidos en una disputa activa en relación con el correcto rol de la discriminación sexual en el empleo gubernamental en general y más específicamente en los programas de las fuerzas armadas. En esta disputa, al menos hacia 1973, ni las fuerzas opuestas ni aquellas que favorecían la discriminación sexual habían alcanzado una victoria tajante o habían sufrido una derrota terminal. La batalla estaba en curso y cada lado podía ver algunas victorias concretas y significativas. Pero simplemente porque la batalla sobre la discriminación sexual estaba siendo sostenida con claridad y vigor entre un subgrupo de participantes dentro del Congreso, esto no mostraba que estos temas estuvieran siendo peleados en todos los frentes posibles en esta institución. Las leyes federales de asistencia social estaban bajo la jurisdicción de diferentes comités y los grupos beneficiarios de la asistencia social y sus aliados estaban constituidos en forma muy diferente de aquellos que cabildeaban por beneficios para los empleados gubernamentales, los veteranos o los miembros de las fuerzas armadas. Y no hay registro de ningún debate particularizado sobre el aspecto de discriminación sexual de las leyes de asistencia social, ni en las deliberaciones del comité ni en los procedimientos generales del recinto.¹⁶⁴

La Corte podría concluir razonablemente que la discriminación sexual legal planteó en principio preguntas de suficiente importancia y socavó suficientemente la creencia en la legitimidad de nuestras instituciones sociales entre los individuos agraviados, para que la batalla sobre su conveniencia debería ser sostenida de manera muy visible en cada frente institucional. De esta conclusión se podría derivar que el conflicto debería ser iniciado teniendo en consideración la discriminación sexual en las leyes federales de asistencia social y que la Corte podría conseguir esto —como de hecho lo hizo— al establecer que el registro legislativo había fracasado en mostrar cómo la clasificación de género estaba «sustancialmente relacionada con los logros de toda meta legal importante y válida», invitando de esta forma a la realización de un registro más particularizado y creando un foro para una disputa nuevamente legitimada.

Esta metodología judicial para penetrar bajo la apariencia monolítica de otras instituciones gubernamentales debería haber guiado igualmente a la Corte en *Parham*. He sugerido anteriormente que la

estructura institucional de los hospitales psiquiátricos sirvió para suavizar la disputa tanto entre los pacientes y el personal como entre los pacientes y la comunidad exterior que los había expulsado. Un tribunal puede, sin embargo, dirigir programas y políticas específicas en la institución para desarmar su estructura monolítica y estimular las conversaciones contenciosas dentro de la institución y con la comunidad exterior. Este rol de desegregación requiere una implicación intensa de la Corte en los diferentes trabajos de la institución a fin de identificar lugares y medios por los cuales el conflicto pueda ser introducido. Tal implicación es una característica justificable de las acciones de reparación de los tribunales federales inferiores en casos recientes relacionados con varias burocracias de gran escala, tales como los hospitales mentales, las prisiones y los departamentos de policía.¹⁶⁵

Desde esta perspectiva, la Corte estuvo en lo cierto en *Parham* al establecer que las audiencias contradictorias judiciales no eran requeridas constitucionalmente y que los «intereses de libertad» de los niños podían ser protegidos adecuadamente por el personal del hospital que era «independiente» tanto de los padres como del niño. Pero la Corte debería haber comprendido que el personal no podía mantener una independencia adecuadamente protectora a menos que se negara persistentemente a tomar partido en la batalla mutuamente destructiva entre los padres y el niño. El personal del hospital debe hacer más que aparecer como «neutralmente objetivo» respecto de los padres o el niño desde los primeros momentos del procedimiento del examen de admisión antes de abandonar la neutralidad para decidir cuál de las partes en disputa está en lo cierto en relación con la hospitalización. La Corte no debería haber encontrado una independencia institucional adecuada en el texto de las leyes estatales. Debería haber identificado los aspectos estructurales de las instituciones que podían minar tal independencia y remitido la cuestión para su tratamiento y solución con el mismo formato con el que los tribunales inferiores habían estado tratando de proteger el «derecho al tratamiento» de raigambre constitucional.¹⁶⁶

El propósito de estas intervenciones judiciales, tanto en el trabajo de los hospitales psiquiátricos para niños como respecto del Congreso, no es provocar disputas sin motivo. El propósito es provocar una

disputa que probablemente conduzca a las partes contendientes hacia una conveniencia mutua para abandonar las metas diametralmente incompatibles que habían conducido a cada parte a buscar la derrota total de la otra. El impenetrable rostro autoritario de la institución psiquiátrica es el sello de tal derrota para sus pacientes; la ausencia de cualquier conflicto legislativo visible, a pesar de que algunos ciudadanos se sienten intensamente agraviados, profundamente abusados, por acción o inacción legislativa es igualmente el sello de la derrota totalitaria.

Ambos bloques de la Corte, el liberal y el conservador, fracasan al considerar que su correcto rol institucional es conducir a los combatientes fundamentalmente alienados hacia la búsqueda de la conveniencia mutua. Su voluntad de demandar unanimidad y de reclamar respeto incuestionable tanto a las autoridades tradicionales en general como específicamente a los jueces entendidos como la encarnación de la razón, es el error central de la jurisprudencia contemporánea de la Corte. La Corte encuentra ocasionalmente su forma de volver a la jurisprudencia implícita de *Brown*, particularmente en las cuestiones de relaciones raciales donde el contexto social ofrece una orientación que la compensa de su fracaso en comprender y articular las lecciones de la experiencia en *Brown*.¹⁶⁷ Pero durante la década pasada, en esos asuntos en los que la Corte ha delimitado un nuevo territorio para sí misma, su postura autoritaria y su impulso reflexivo de cerrar la disputa han sido injustificadamente consentidos.

Los casos de relaciones de familia de la década pasada resumen este punto. *Roe v. Wade* es quizá la instancia más extraordinaria con las consecuencias sociales de mayor alcance. Pero *Roe* no se encuentra solo. La reciente decisión de la Corte en *Moore v. City of East Cleveland, Ohio*,¹⁶⁸ ejemplifica la misma indulgencia. La mayoría de la Corte corta transversalmente los bloques conservador y liberal para invalidar una ordenanza de la ciudad sobre viviendas que esencialmente limitaba la residencia a las familias nucleares compuesta por los padres y sus hijos.¹⁶⁹ La señora Moore, demandante en el caso, no acató la ordenanza llevando a vivir con ella a dos hijos adultos y los hijos de éstos, en una así llamada familia extendida matrifocal que es desproporcionadamente característica entre las familias negras de bajos ingresos.¹⁷⁰

El juez Powell, en su redacción para la Corte, observó que la ordenanza de la ciudad era «inusual» e incompatible con la «sabiduría acumulada de la civilización [...] que apoya una concepción más amplia de familia».¹⁷¹ El juez Brennan, en una opinión coincidente a la que adhirió el juez Marshall, encontró que la ordenanza era «arbitraria y sin sentido [...] excéntrica ... [y que reflejaba] miopía cultural [...] a la luz de la tradición del hogar estadounidense que ha sido un rasgo característico de nuestra sociedad desde nuestro inicio como nación»;¹⁷² concluyó que «esta ordenanza exhibe una deprimente insensibilidad hacia las necesidades económicas y emocionales de una parte muy extensa de nuestra sociedad».¹⁷³

A primera vista la ordenanza de East Cleveland podría parecer antinegra y constitucionalmente sospechosa sobre esa base. Pero el juez Brennan observó que «el registro [...] no apoya [una] implicancia [de propósitos racialmente discriminatorios]».¹⁷⁴ El juez Stewart, en una nota a pie de página de su disidencia, explica por qué: «En realidad, East Cleveland es una comunidad predominantemente negra, con un administrador negro y una comisión de la ciudad negra».¹⁷⁵ Aunque este hecho era crítico a los efectos de comprender el propósito de la ordenanza, la Corte no consideró esta circunstancia. La mayoría vio la ordenanza como dirigida en contra «del hacinamiento, minimizando el tránsito y la congestión de estacionamiento, y evitando una indebida presión financiera sobre [el] sistema escolar»¹⁷⁶ y observó que estas «metas legítimas» podían ser perseguidas por otros medios y eran alcanzadas «sólo marginalmente, en el mejor de los casos» por la ordenanza en sí misma.¹⁷⁷ La mayoría no consideró que el propósito de la ordenanza era absolutamente claro: excluir de una comunidad de clase media, predominantemente negra, que se veía a sí misma como en ascenso social y económico, a otras familias negras más características de la vida de ghetto de clase baja.

Quizá la Corte no vio este propósito o, si lo vio, consideró esto como una «meta ilegítima», aunque en otros casos la Corte había sido excesivamente solícita con los intentos de las comunidades blancas de clase media de preservar una identidad social común —«zonas», de acuerdo a los términos utilizados por la Corte para referirse a la cuestión tres años atrás— «donde los valores familiares, los valores de la ju-

ventud y las bendiciones del retiro silencioso y el aire limpio hacen del área un santuario para la gente». ¹⁷⁸ El juez Brennan disintió en los casos anteriores y no puede ser acusado de inconsistencia. Pero aún así, encuentro en su caracterización de la ordenanza de East Cleveland como «sin sentido» y «excéntrica», precisamente lo que él alega de ella: «una deprimente insensibilidad hacia las necesidades económicas y emocionales» de la actual mayoría de los residentes de East Cleveland. ¹⁷⁹

Hay un conflicto entre la actual mayoría de la ciudad que dice sostener los valores familiares nucleares de clase media y otras familias negras que valoran las familias extendidas. Por el modo en que este conflicto fue presentado a la Corte, pareció haber una oposición diametral entre estos dos grupos: la ciudad que alegaba no poder mantener sus apreciadas asociaciones entre personas de la misma opinión si era forzada a aceptar a la familia de la señora Moore, y la señora Moore que alegaba del mismo modo que ella no podía vivir con aquellos que quería si cumplía con la ordenanza de la ciudad. Pero la ciudad tenía una respuesta para su demanda que ella no podía ofrecer a los suyos. La ciudad podía afirmar razonablemente que la señora Moore podía preservar su vida preferida de familia extensa mudándose a otras comunidades en el área metropolitana de Cleveland. Ella no les podía ofrecer una solución similar. Si la señora Moore y su familia eran forzados a mudarse, se les ocasionaría sin duda un considerable inconveniente. Pero si la señora Moore tenía éxito en su argumento de que la ordenanza de la ciudad era inconstitucional, las familias nucleares que se habían instalado en East Cleveland no podrían encontrar donde permanecer juntas como una comunidad que se mantiene conscientemente unida.

La mayoría de la Corte vio a la señora Moore como la encarnación de los valores tradicionales estadounidenses de las familias extendidas —«tíos, tías, primos y especialmente abuelos compartiendo el hogar familiar conjuntamente con los padres y los hijos». ¹⁸⁰ Hay una tradición estadounidense alternativa, y probablemente más prevaleciente, de familias nucleares que se ven a sí mismas unidas en un grupo comunal extendido vinculado por la identidad social compartida que incluye los lazos de sangre, pero no está limitada a ellos. ¹⁸¹ La ciudad

de East Cleveland trató al parecer de constituirse como una red así «de parentesco extendido», quizás para diferenciarse con particular claridad del estilo de vida de ghetto que tuvo mayor notoriedad y constituyó una amenaza para ellos más que para las comunidades predominantemente blancas de clase media, que podían absorber más cómodamente familias multigeneracionales sin alterar el sentido de solidaridad social de la familia nuclear.

Desde esta perspectiva, la victoria de la señora Moore era una derrota total para los otros residentes de East Cleveland, mientras que la victoria para ellos no implicaba una derrota total para ella, excepto en lo que respecta a su deseo de permanecer en su comunidad transformando su membrecía a su gusto. Si la señora Moore era expulsada de muchas comunidades diferentes que eran de fácil acceso para otros residentes de East Cleveland —esto es, si la ordenanza de la ciudad no era «inusual» o incluso «excéntrica», sino que era común a lo largo del área de Cleveland e incluso en el país—, entonces la Corte podría haber visto algún rol para sí en proteger los intereses de la señora Moore, en fomentar la disputa en nombre de ella contra las fuerzas sociales prevalentes que la menospreciaban y la expulsaban.¹⁸² Pero la ordenanza tan singular de East Cleveland sugiere que la señora Moore no está sola en su oposición a ella, que los residentes de la ciudad son más disidentes vulnerables y aislados que ella en la sociedad más amplia y que ellos, más que ella, merecen una atención judicial especial como «minoría discreta e insular». La Corte en *Moore* vio en forma miope el caso como una disputa entre «una familia» y «el Estado» más que una disputa entre ciudadanos sobre el sentido de «familia».

La señora Moore no basó su argumento solamente en un reclamo de derecho constitucional a la integridad familiar, sino que posteriormente pretendió que la ordenanza de la ciudad violaba su derecho a la privacidad en su elección de relaciones.¹⁸³ Esta conjunción en su argumento apunta al parentesco general en la doctrina de la Corte entre las demandas de intimidad e integridad de la familia. La primera vez en la que la noción de privacidad alcanzó estatura constitucional explícita, en *Griswold v. Connecticut*,¹⁸⁴ ésta se usó para proteger las relaciones sexuales de una pareja casada de la regulación estatal. Este uso de privacidad era tan miope como la invocación de la idea de fa-

milia en *Moore. Griswold* era una disputa entre el significado correcto de intimidad en la vida comunal, no una clara confrontación entre la moral privada y el poder público.

En *Griswold* se trataba de una acusación criminal contra una pareja casada por usar anticonceptivos; de una acusación para cerrar una clínica pública que ofrecía y hacía una amplia publicidad de su oferta de instrumentos anticonceptivos para parejas casadas. Los funcionarios locales sabían que los médicos recetaban anticonceptivos regularmente, que podían ser comprados libremente en los mostradores de las farmacias, aunque tanto los médicos como los farmacéuticos se comprometían en un discreto engaño según el cual la anticoncepción era para el «control de enfermedades» y no para el «control de la natalidad». ¹⁸⁵ Los defensores de la clínica se negaron a participar en este juego de moralidad y exigieron que el conflicto de principios subyacente fuera identificado y, al mismo tiempo, resuelto claramente a su favor. Estos defensores iniciaron primero una acción de declaraciones para invalidar la prohibición legal tanto respecto del uso de anticonceptivos como de «ayudar y fomentar» ese uso. La Corte Suprema sostuvo que éste era un conflicto fingido puesto que la prohibición legal no había sido ejecutada contra nadie por al menos veinte años, y desestimó la demanda. ¹⁸⁶ Siguiendo inmediatamente esta decisión, los litigantes no exitosos abrieron una clínica pública donde —tal como claramente lo anunciaron— se ofrecía asistencia para el control de la natalidad. Así confrontados, los funcionarios locales arrestaron al jefe médico de la clínica, el doctor Buxton, y a su directora, la señorita Griswold, que era a su vez directora ejecutiva de la Planned Parenthood League de Connecticut. ¹⁸⁷ La Corte Suprema estableció entonces que estas dos personas tenían personería para promover acciones de intimidad de las parejas casadas a quienes podían aconsejar, y así alcanzaron y resolvieron la cuestión de principio que subyacía a la prohibición legal. ¹⁸⁸

La acción de los funcionarios locales de cerrar la clínica parecía reflejar dos creencias: que algunos miembros de su comunidad estaban profundamente convencidos de que el control de la natalidad como tal era inmoral y que el rechazo de los defensores de la clínica de aceptar la convención tácita previa sobre las posiciones morales en conflicto

constituía una ostentación pública intolerable de su moral privada. Los defensores de la clínica creyeron que, aceptando el régimen preva- leciente de hipocresía garantizada, eran incapaces de llegar a mucha gente que desconocía la anticoncepción o se avergonzaba de recabar información acerca de ella. Ellos no se proponían atraer esta potencial clientela fijando en las calles públicas carteles de parejas copulando. Pero para algunos miembros de la comunidad, al menos, la identifica- ción pública visible de las clínicas de control de la natalidad, la *Planned Parenthood*, era equivalente a estos lettereros más claramente lascivos, tan ofensivos para ellos como lo sería el mostrar públicamente las partes íntimas para el sentido de decoro social de otros.¹⁸⁹ La identificación de las partes «privada» y «pública» en esta disputa no estaba clara. La controversia, de hecho, giraba en torno a la defini- ción y propiedad del espacio público en la comunidad.

El derecho de Connecticut no identificó claramente la disputa en estos términos. La decisión *Griswold* puede justificarse como un re- quisito de que, debido a que esta cuestión tocó tan profundamente las sensibilidades morales contemporáneas en conflicto, la justicia debía dirigirse más explícitamente a la ostentación «pública» de actos «pri- vados» de lo que sugería la prohibición total de todo uso de anticon- ceptivos. Pero la opinión de la Corte, expresada por el juez Douglas, no orientó un debate comunal futuro hacia esta clase de conveniencia mutua. Los jueces Goldberg y Harlan, en sus opiniones coincidentes, fracasaron del mismo modo al encuadrar el asunto de esta forma, y sus observaciones explícitas sobre la validez constitucional de las leyes que prohíben el adulterio o la fornicación¹⁹⁰ sugirieron que el princi- pio de privacidad no era más que un vehículo para que los jueces ju- garan de últimos árbitros morales para todo el mundo.

Este uso de la idea de intimidad alcanzó su apoteosis en los casos de aborto. La doctrina de la Corte sobre intimidad en esos casos refle- ja la misma confusión tanto respecto de su legítimo rol judicial como su fracaso en ver el significado del debate en curso sobre el aborto en otras instituciones. Las acciones de la Corte deben guiarse por el mis- mo principio: provocar y redefinir las disputas que pueden conducir a las partes en contienda hacia la conveniencia mutua, hacia la búsqueda del principio de unanimidad. Para este propósito, la invocación ex-

pansiva y simplista de la Corte del concepto de intimidad en la disputa del aborto está fundamentalmente equivocada.

Quizá sea admisible argumentar que el feto es tan claramente no humano, que otros generalmente no pueden reclamar una identificación comunitaria con él, donde su madre reclama en el sentido contrario. Pero la suposición explícita de la Corte de que el padre del feto es tan extraño para él como cualquier otro miembro de la comunidad no es admisible.¹⁹¹ La posición aparente de la Corte de que la madre siempre tiene una pretensión e interés superiores, sin importar en qué medida el padre pueda mostrar que la carga de la madre en la crianza del niño podría ser menor que la propia carga representada por perder al niño, me parece una discriminación sexual odiosa.¹⁹² Sea o no que la Corte deba prohibir a todas las otras instituciones comprometerse en tal discriminación, no debería permitírsele a sí misma.

La decisión de la Corte en el período 1978 de invalidar incluso un requerimiento de notificación a los padres cuando sus hijos proponen un aborto, también es defectuoso.¹⁹³ La Corte podría permitir a un juez decidir si los padres deberían ser notificados,¹⁹⁴ rechazando así la posición de los tribunales inferiores de que el derecho a la intimidad del niño exige que sus padres nunca sean notificados de sus objeciones.¹⁹⁵ Pero ambas posiciones reflejan e incluso fortalecen la severa alienación del padre y el niño en esta disputa profundamente contenciosa. No hay una forma sencilla de que se pueda alcanzar alguna conveniencia en este conflicto familiar. Pero los jueces suponen demasiado rápidamente que un juez debería desbancar a los padres en estas cuestiones, tanto en tomar una decisión caso por caso para un niño en particular como para tomar una decisión general en base a la doctrina constitucional para todos los niños y padres.

Esta suposición refleja el mismo disgusto por el conflicto directo, prolongado y el mismo fracaso en apreciar la importancia de tal conflicto a los efectos de forjar lazos comunales que marquen la jurisprudencia general de la Corte contemporánea. No hay una forma sencilla de vencer la alienación social que aflige a mucha gente en esta sociedad y que mina el sentido de mutua lealtad que sólo puede legitimar los lazos de autoridad y comunidad. La Corte tiene un rol propio e importante en asegurar estos lazos, en renovar continuamente la cons-

titución de nuestro sentimiento de familia. Pero la actual concepción autoritaria de la Corte respecto de sí misma está en conflicto con ese propósito.

Traducción de María Laura Durandeu

Notas

1. *Bellotti v. Baird*, 99 S. Ct., pág. 3035 (1979).
2. *Lalli v. Lalli*, 99 S. Ct., pág. 518 (1978).
3. *Caban v. Mohammed*, 99 S. Ct., pág. 1760 (1979).
4. *Califano v. Boles*, 99 S. Ct., pág. 2767 (1979).
5. *Orr v. Orr*, S. Ct., pág. 1102 (1979).
6. Ver texto *infra*, y notas 124 ss.
7. Ver nota 82 *infra*.
8. Ver texto en nota 27 y ss.
9. 99 S. Ct., pág. 2493 (1979), resuelto junto con *Secretary of Public Welfare of Penna v. Institutionalized Juveniles*, 99 S. Ct., pág. 2523 (1979).
10. 99 S. Ct., pág. 2503.
11. *Ibíd.*, pág. 2507.
12. *Ibíd.*, pág. 2506.
13. Véase *Addington v. Texas*, 99 S. Ct., pág. 1804 (1979); *O'Connor v. Donaldson*, 422 U.S., pág. 563 (1975).
14. 99 S. Ct., pág. 2504.
15. *Ibíd.*, pág. 2519.
16. Véase Miller y Burt, «Children's Rights on Entering Therapeutic Institutions», *American Journal of Psychology*, 134 (1977), págs. 153 y 156.
17. Véase Fischer, *Growing Old in America* (1978); Elder, «Approaches to Social Change and the Family», en Demos y Boocock, comps., *Turning Points: Historical and Sociological Essays on the Family* (1978), pág. 57.
18. En la Corte contemporánea, los jueces «conservadores» designados por Nixon son el presidente Burger (designado en 1969), y los jueces Blackmun (1970), Powell (1972), y Rehnquist (1972); los jueces «liberales» son Brennan (designado por Eisenhower en 1956), y Marshall (designado por Johnson en 1967).
19. 99 S. Ct., pág. 2504.
20. *Ingraham v. Wright*, 430 U.S., pág. 651 (1977).
21. *Ibíd.*, pág. 662.
22. 400 U.S., pág. 309 (1971).
23. La mayoría de la Corte incluyó al presidente de la Corte y a los jueces Black, Harlan, Stewart, y White; disintieron los jueces Douglas, Brennan y Marshall.
24. 400 U.S., pág. 318.

25. 99 S. Ct., pág. 2504.
26. La Corte observó: «El que dispensa pura caridad privada tiene naturalmente un interés y espera conocer cómo sus fondos caritativos son utilizados y puestos a trabajar. El público, cuando es el proveedor, espera exactamente lo mismo». 400 U.S., pág. 319.
27. 406 U.S., pág. 205 (1972).
28. *Ibíd.*, pág. 232.
29. *Ibíd.*, pág. 243.
30. *Ibíd.*, pág. 232.
31. *Ibíd.*, pág. 237.
32. *Ibíd.*, págs. 231-232.
33. 99 S. Ct., pág. 2506.
34. 428 U.S., pág. 52 (1976).
35. 406 U.S., pág. 235-236.
36. Ver la disidencia del juez Brennan en *Parham*, 99 S. Ct., pág. 2519.
37. 99 S. Ct., pág. 2505.
38. 99 S. Ct., pág. 3035 (1979).
39. 99 S. Ct., pág. 3050. En *Baird*, el único entre los casos discutidos hasta el momento, los cuatro jueces designados por Nixon no estuvieron unidos; el juez Blackmun votó por invalidar la supervisión judicial de la decisión de abortar de la menor. Él ha estado consistentemente en contra, más que sus colegas conservadores, de cualquier restricción gubernamental respecto de abortos para adultos o menores. Véase *Beal v. Doe*, 432 U.S., pág. 438 (1977); *Maber v. Roe*, 432 U.S., pág. 464 (1977); *Poelker v. Doe*, 432 U.S., pág. 519 (1977).
40. 428 U.S., pág. 74.
41. 406 U.S., págs. 212-213, 222 y 233-234.
42. 428 U.S., pág. 72; 99 S. Ct., pág. 3039.
43. Debo esta observación a Anne Shere Wallwork, con la que generalmente estoy en deuda (J.D. Yale University, 1979) y a su texto no publicado, «The Most Authoritarian Alternative: Parents, Children and the State before the Burger Court».
44. 419 U.S., pág. 565 (1975).
45. *Ibíd.*, pág. 593.
46. *Ibíd.*, pág. 591.
47. *Ibíd.*, pág. 598, n. 19.
48. *Ibíd.*, pág. 593.
49. *Ibíd.*, pág. 594.
50. 430 U.S., pág. 651 (1977).
51. *Ibíd.*, pág. 681, n. 50.
52. *Ibíd.*, pág. 682, n. 54.
53. Ver Burt, «Children as Victims», en Vardin y Brody, (comps.), *Children's Rights: Contemporary Perspectives* (1979) págs. 37-38.
54. 419 U.S., pág. 594, n. 12.
55. *Ibíd.*, pág. 595.

56. 400 U.S., págs. 322-323.
57. Ver Burt. «Forcing Protection on Children and their Parents: The Impact of *Wyman v. James*». *Michigan Law Review* 69 (1971), págs. 1259 y 1261-1264.
58. 99 S. Ct., pág. 2504.
59. 406 U.S., pág. 210.
60. La disidencia del juez Douglas en *Yoder* apuntó a señalar las deserciones escolares en las comunidades amish y su alta tasa de suicidios, alcoholismo adolescente y de «alboroto y estrés» en ellos. 406 U.S., pág. 245, n. 2 y pág. 247, n. 5.
61. Véase Fischer, nota 17 *supra*, págs. 66-76.
62. 430 U.S., pág. 681, n. 53.
63. 419 U.S., pág. 592.
64. 387 U.S., pág. 1 (1967).
65. El primero fue *Kent v. United States*, 383 U.S., pág. 541 (1966), un caso originado en el Tribunal de Menores del Distrito de Columbia que la Corte Suprema resolvió con base en la ley.
66. Véase *President's Comm'n on Law Enforcement and Administration of Justice, Task Force Report: Juvenile Delinquency and Youth Crime* (1967), págs. 2-3.
67. Véase Ryerson, *The Best-Laid Plans: America's Juvenile Court Experiment*, (1978) págs. 35-36.
68. Véase Wiebe, *Search for Order: 1877-1920* (1967), págs. 169-171.
69. Véase Demos, «The American Family in Past Times», *American Scholar* 43 (1974), págs. 422 y 439; Rothman, *Woman's Proper Place: A History of Changing Ideals and Practices, 1870 to the Present* (1978), págs. 97-106.
70. Véase Schneider y Smith, *Class Differences and Sex Roles in American Kinship and Family Structure* (1973), págs. 46-49.
71. Véase Rothman, cit. en nota 69 *supra*, págs. 101-103.
72. Compárese el informe de Irving Howe sobre las actitudes de los inmigrantes judíos: «En general [...] los inmigrantes judíos consideraban al sistema escolar como una institución merecedora de respeto y que causaba un poco de temor, ya que era un poder que, a través de edictos incomprensibles, podía satisfacer o destrozar toda la esperanza de nuestros niños.» *World of Our Fathers: The Journey of the East European Jews to America and the Life They Found and Made* (1976), págs. 278-279.
73. Véase Myrdal, *An American Dilemma: The Negro Problem and Modern Democracy* (1944), págs. 191-197.
74. Véase la opinión del juez Blackmun en *McKeiver v. Pennsylvania*, 403 U.S., pág. 528 (1971) y la disidencia del presidente de la Corte, Burger, en *In re Winship*, 397 U.S., págs. 358 y 376 (1970).
75. *Gault*, 387 U.S. págs. 14-15, n. 14.
76. *Ibíd.*, págs. 5-7.
77. 393 U.S., pág. 503 (1969).
78. *Ibíd.*, pág. 516. El juez Black también observó que a un padre «le fue pagado un salario por el American Friends Service Committee» y otro era «un oficial en la Women's International League for Peace and Freedom.», *ibíd.*

79. Esta suposición, como se observó anteriormente, ver texto en notas 22-25, era la posición de la mayoría conservadora en *Wyman v. James*, donde el juez Black se unió a la mayoría de la Corte. Véase Burt, «Developing Constitutional Rights of, in, and for Children», *Law & Contemp. Prob.* 39 (1975), págs. 118 y 123; traducción castellana: «Desarrollo constitucional de derechos de, sobre y para menores», págs. 13-36 en el presente volumen.

80. 99 S. Ct., pág. 2519.

81. Los casos recientes de la Corte Suprema relacionados con los derechos de padres solteros y de menores en familias sustitutas podrían a primera vista parecer contradecir esta generalización. Pero a pesar del encomio de la Corte en estos casos respecto de los sentimientos familiares y la inmunidad especial de las unidades familiares frente a las intervenciones de custodia estatal, la Corte ha rechazado dar protección al estatus de familia como tal. Con respecto a las demandas de los padres solteros, la Corte ha encontrado una cuestión constitucional solamente en dos circunstancias:

1) Cuando el padre ha vivido con sus hijos por un tiempo largo y puede justificar así su interés ante la justicia como una cuestión instrumental emocional más que por la categoría *a priori* de familia, *Stanley v. Illinois*, 405 U.S., pág. 645 (1971): donde estos hechos especiales no pueden ser probados, la Corte ha sostenido unánimemente que el Estado tiene la libertad de terminar los derechos del padre sin una investigación judicial particular, *Quilloin v. Wollcott*, 434 U.S., pág. 246 (1978).

2) Cuando la justicia brinda una protección especial a una madre soltera que se resiste a la colocación adoptiva estatal de su hijo, pero niega esa protección a un padre soltero, la Corte ha encontrado una discriminación ilícita de género, *Caban v. Mohammed*, 99 S. Ct., pág. 1760 (1979): la Corte, en este caso al menos, solamente exigió la paridad entre el padre y la madre y no una protección especial al estatus parental como tal.

En relación con el cuidado adoptivo, una Corte unánime en *Smith v. O.F.F.E.R.*, 31 U.S., pág. 816 (1977), rechazó invalidar las leyes estatales que reconocían garantías procesales a niños cuyos padres los habían dejado con familias sustitutas y que después trataban recuperar la custodia: la Corte justificó este rechazo, en parte, refiriéndose a la tradicional autoridad sagrada de los padres sobre los niños. Pero el caso no presentaba, y la Corte no los trató, demandas contra el Estado por avasallar la voluntad de los padres de retomar la custodia. El Estado y los padres estaban unidos, aquí como en *Parham*, para ignorar las exigencias del menor antes que los deseos de sus padres, apoyados por la autoridad estatal, perjudicando sus intereses. Para la base psicológica del argumento del menor a este efecto, ver Goldstein, Freud y Solnit, *Beyond The Interests of the Child* (1973). No hay mayor consistencia en estos casos, en relación con el estatus constitucional de la familia como una unidad, que en los casos hasta ahora discutidos en el texto. Estos casos no son así inconsistentes con mi argumento hasta aquí central de que los jueces, en materia de derecho de familia, no están interesados en proteger alguna otra cosa que el estatus de familia como tal.

Los votos de la Corte en estos casos dividieron las líneas de los bloques conservador y liberal, pero esto tampoco es incongruente con mi presentación de las diferentes características entre estos bloques, por las razones discutidas en el texto *infra*, en la nota 123.

82. Véase Arrow, *Social Choice and Individual Values* (2ª ed. 1963).

83. La fuerza de esta fantasía no se había desvanecido en Franklin Roosevelt cuando atacó a la Corte como dominada por los jueces, no por haber perdido el contacto con las necesidades o los deseos mayoritarios, sino más fundamentalmente por componerse de personas enfermizas, y por ende seniles, «hombres viejos». Nadie puede dar por seguro por que vía, pero una mayoría de la Corte pronto alcanzó este sentido. Ver Burns, *Roosevelt: The Lion and the Fox* (1956), págs. 291-315.

84. *Brown v. Board of Education*, 349 U.S., pág. 298 (1955).

85. Véase texto *infra*, en nota 107. Véase también Gunther, «The Subtle Vices of the "Passive Virtues" – a Comment on Principle and Expediency», en *Judicial Review, Columbia Law Review* 49 (1964), pág. 1.

86. La concepción de Alexander Bickel de las «virtudes pasivas» hizo explícito lo que estaba implícito en la metodología del *common law* aplicado a las resoluciones constitucionales. Las técnicas específicas de disputa-evasión que él trató –la negación del *certiorari* y doctrinas dominantes– deben ser vistos como ejemplificadores pero no como técnicas judiciales exhaustivas para prolongar en lugar de resolver las disputas agudamente divididas. Ver Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (1962), págs. 111-198.

87. *Brown v. Board of Education*, 347 U.S., pág. 483 (1954).

88. 99 S. Ct. pág. 2521, n. 22.

89. *Ibid.*, pág. 2508 y n. 17.

90. Véase, por ejemplo, Miller, *Adolescence: Psychology, Psychopathology and Psychotherapy* (1974), especialmente págs. 370-374.

91. Véase Burt, *Taking Care of Strangers: The Rule of Law in Doctor-Patient Relations* (1979), págs. 97-100.

92. *Ibid.*, págs. 61-65.

93. *Ibid.*, págs. 66-70.

94. 99 S. Ct., pág. 2501, n. 8 y pág. 2504.

95. Ver Rock, *Hospitalization and Discharge of the Mentally Ill* (1968), págs. 151-157 y 256-260.

96. Véase Stone, *Mental Health and Law: A System in Transition* (1975), págs. 65-79.

97. Ya he planteado la proposición en relación con el rol de médicos ante enfermos terminales, véase nota 91 *supra*, págs. 17-21 y 136-143.

98. Véase, por ejemplo, Bermann, *Scapegoat: The Impact of Death-Fear on an American Family* (1973).

99. «Hay muchas oportunidades en una institución psiquiátrica (dedicada a menores) situada dentro de una comunidad para el contacto de sus residentes con el mundo exterior. Un confinamiento distintivo dentro de las instituciones médicas sal-

vaguada implícitamente el derecho del adolescente a la libertad personal. Para la mayoría de la gente joven psiquiátricamente desequilibrada, las oportunidades implícitas de fugarse de la institución, sin la presión de una obligación explícita de permanecer allí, nos da un indicador razonablemente preciso de la evaluación del propio paciente acerca de su situación. Las oportunidades implícitas de fuga también evaden la trampa terapéutica (establecida por las audiencias individuales en los tribunales) que consiste en forzar un sometimiento o protesta explícitos como respuesta a la hospitalización». Miller y Burt, nota 16 *supra*, pág. 155.

100. 99 S. Ct., pág. 2510.

101. *Ibíd.*, pág. 2507.

102. El caso guía es *Wyatt v. Stickney*, 344 F. Supp., pág. 387 (M.D. Ala. 1972) *aff'd sub nom. Wyatt v. Aderholt*, 503 F. 2ª, pág. 1305 (5ª cir. 1974); para citar un caso subsiguiente, ver Plotkin, *Limiting the therapeutic Orgy: Mental Patient's Right to Refuse Treatment*, *Nw. University Law Review* 72 (1977) págs. 461 y 484, notas 147-48.

103. Véase *O'Connor v. Donaldson*, 422 U.S., pág. 563 (1975).

104. *Bell v. Wolfish*, 99 S. Ct., pág. 1861 (1979); *Rizzo v. Goode*, 423 U.S., pág. 362 (1976).

105. Véase Fiss, *The Civil Rights Injunction* (1978), págs. 1-6.

106. Véase Fiss, «The Forms of Justice», *Harvard Law Review* 93 (1979), pág. 1.

107. «Black Believes Warren Phrase Slowed Integration», *New York Times*, 4 de diciembre 1968, pág. 1, col. 2.

108. Cuando se resolvió *Brown I*, no estaba claro cómo sería la victoria para los demandantes. ¿Terminaría adecuadamente la injusta segregación si las leyes estatales y locales fueran abolidas de modo que todos los blancos y los negros devinieran así «libres para elegir» sus escuelas? ¿Qué ocurriría si todos eligieran permanecer segregados? ¿O se corregiría el mal solamente cuando ninguna escuelas pública estuviera compuesta predominantemente por una raza de estudiantes o maestros? Y así sucesivamente. Es posible ver así la reticencia de la Corte en *Brown II* como simplemente refiriéndose a su falta de certeza —y a la falta de certeza de los litigantes— acerca de cómo conceder la victoria a los actuantes agraviados para mantener esa decisión dentro del marco conceptual tradicional de litigio y poder judicial.

109. Véase Muse, *Ten Years of Prelude* (1964), págs. 56-72. La Corte respondió a este desafío en términos igualmente contenciosos en *Copper v. Aaron*, 358 U.S., pág. 1 (1958). Pero la resonante perorata en ese caso: que *Brown* fue «unánimemente reafirmada» y que la incuestionable «obediencia de los estados» es ahora «indispensable», 358 U.S., págs. 19-20, no impulsó a la Corte a abandonar su tolerancia a demorar, expresada en *Brown II*, diez años más tarde. Ver texto *infra* en n. 113.

110. Gunnar Myrdal, en su profundo e influyente estudio, *An American Dilemma*, observó las desconfianzas de los blancos sureños en relación con la degradación infligida a los negros sureños que podría haber dado a la Corte una razón para esta esperanza. op. cit. en nota 73 *supra*, págs. xix-xxvi y 997-1002. Sin embargo, la Corte también tenía una razón para temer, como lo advirtió Myrdal, una situación «críti-

ca» en el Sur y que «la tensión interracial en el Sur [...] se descontrolaría y provocaría [...] enfrentamientos sangrientos», *ibíd.*, págs. 1013 y 1015.

111. 349 U.S., pág. 300.

112. Véase, por ejemplo, Hamilton, «Southern Judges and Negro Voting Rights: The Judicial Approach to the Solution of Controversial Social Problems», *Wisconsin Law Review* (1965) 74.

113. *Green v. New Kent Country School Board*, 391 U.S., págs 430 y 439 (1968) (subrayado en el original).

114. Marshall fue designado por el presidente Johnson en 1967; había sido designado en la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito por el presidente Kennedy en 1962 y renunció en 1965 para volverse Procurador General de la administración Johnson.

115. El juez Jackson escribió, en un aparente borrador de una opinión concurrente no utilizada, «(Tanto sea que) la abolición real de la segregación se acelere o se retrase por lo que muchos comúnmente consideran un uso rudo del poder judicial federal, es una pregunta a la que no puedo ni necesito contestar». El juez Frankfurter planteó el mismo interés en un borrador similar: «El problema legal que debe tratar esta Corte es hasta dónde el deseable y hasta necesario proceso de integrar una nación [...] a partir de diversos elementos, puede ser impuesto como un asunto legal a los Estados sin considerar el sentimiento, la tradición y las leyes locales profundamente enraizadas, basadas en situaciones locales que sostienen lo contrario». Kluger, *Simple Justice: The History of «Brown v. Board of Education» y Black America's Struggle for Equality* (1976), págs. 688 y 684-685.

116. *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S., págs. 144 y 152-153, n.4 (1938).

117. Véase Fiss, cit. en nota 106, *supra*, págs. 6-11.

118. Y algunos comentaristas parecen compartir esta confianza. Véase *ibíd.*, págs. 6-17, 30 y 51.

119. Así George Washington, quien tenía un conocimiento directo del estatus de esclavo, se quejó en 1774 de que el gobierno inglés esté determinado «por cada pieza de Arte y despotismo para fijar las esposas de la esclavitud sobre nosotros». Morgan, *The Meaning of Independence* (1976), pág. 37. Esta caracterización era una parte recurrente de la letanía de la objeción de los colonos al *Stamp Act*, véase Morgan y Morgan, *The Stamp Act Crisis: Prologue to Revolution* (1962 ed. rev.), págs. 52, 55, 113-114, 118-119, 358, 362-364 y, en general, respecto del dominio británico, véase Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution* (1967), págs. 232-241.

120. La ley de segregación de facilidades ferroviarias de Louisiana, cuya validez constitucional fue afirmada en *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S., pág. 523 (1896), se hace eco, aunque en forma irónica, de este famoso pasaje del preámbulo de la Declaración de Independencia.

121. Véase Rule 55, F.R. CIV.P.

122. Compárese la observación de Mary Douglas, desde una perspectiva antropológica, respecto de la «urgencia común de los hombres de hacer una unidad de todas

sus experiencias y de superar distinciones y separaciones en actos de un momento. La combinación dramática de los opuestos es un tema que satisface psicológicamente todo el alcance de la interpretación [...] [Cualquier] ritual que expresa la feliz unión de los opuestos es también un vehículo apto para temas esencialmente religiosos». Douglas, *Purity and Danger: An Analysis of Concepts of Pollution and Taboo* (1966), pág. 169; trad. castellana: *Pureza y peligro: análisis de los conceptos de contaminación y tabú*, Siglo XXI, Madrid, 1991. Véase también Burt, cit. en nota 91 *supra*, págs. 48-60.

123. Véase nota 81 *supra*.

124. 410 U.S., pág. 113 (1973).

125. *Ibid.*, págs. 129-148.

126. *Ibid.*, pág. 140.

127. *Ibid.*, pág. 140, n. 37.

128. Wash. Rev. Code 9.02.070. Esta revisión de la ley de aborto fue sometida y aprobada por elección popular en noviembre de 1970. *Ibid.* en 9.02.090.

129. 402 U.S., pág. 941 (1971); 408 U.S., pág. 919 (1972).

130. Véase *Planned Parenthood v. Danforth*, 428 U.S., pág. 52 (1976); *Beal v. Doe*, 432 U.S., pág. 438 (1977); *Maber v. Roe*, 432 U.S., pág. 464 (1977); *Poelker v. Doe*, 423 U.S., pág. 519 (1977); *Bellotti v. Baird*, 99 S. Ct., pág. 3035 (1979). Véase en general Rothman, cit. en nota 69 *supra*, págs. 286-289.

131. La justificación para *Roe* ha sido agudamente debatida en foros académicos y políticos. Véase, por ejemplo, Ely, «The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*», *Yale Law Journal* 82 (1973), pág. 920; Ramsey, *Ethics at the Edges of Life: Medical and Legal Intersections* (1978): Tribe, «Toward a Model of Roles in the Due Process of Life and Law», *Harvard Law Review* 87 (1973), pág. 1; Thompson, «A Defense of Abortion», *Philosophical and Public Affairs* 1 (1971), pág. 47.

132. Véase Rothman, cit. en nota 69 *supra*, pág. 289.

133. El juez Powell se manifestó sobre el asunto sucintamente: «Como es evidente en nuestras opiniones, la Corte ha tenido dificultades en establecer un estándar de análisis de protección igualitaria que pueda ser aplicado consistentemente a la gran variedad de clasificaciones (de género) legislativas». *Craig v. Boren*, 429 U.S., pág. 190, 210 n (1976) (opiniones concurrentes).

134. Una confianza excesiva en los foros judiciales para la resolución de disputas caso por caso es un problema central con la sugerencia de Laurence Tribe, de que los tribunales deberían invalidar las generalizaciones legislativas en cuestiones de «rápido cambio de normas» a fin de «obligar [...] a una determinación más individualizada [...] no ligada a ninguna regla general preexistente». Tribe, «Childhood, Suspect Classification, and Conclusive Presumptions: Three Linked Riddles», *Law and Contemporary Problems* 39 (1975), págs. 8 y 25.

135. 411 U.S., pág. 677 (1973).

136. *Ibid.*, pág. 692.

137. *Ibid.*, págs. 687-688.

138. La *Equal Pay Act* de 1963 fue una enmienda a la *Fair Labor Standards Act* que generalmente excluye a los empleados de Estados Unidos de su cobertura, 29

U.S.C. n. 203; el título VII de la *Civil Rights Act* de 1964 contiene la misma exclusión, 42 U.S.C. n. 2000 (e) (b).

139. 411 U.S., pág. 684.

140. *Ibíd.*, pág. 686, n. 17.

141. Véase Smith-Rosenberg, «Sex as Symbol in Victorian Purity: An Ethnohistorical Analysis of Jacksonian America», en: Demos y Boocock, cit. en nota 17 *supra*, págs. 242-243.

142. Véase, por ejemplo, Heilbrun, *Reinventing Womanhood* (1979), págs. 95, 105, 140; Rothman, cit. en nota 69 *supra*, págs. 231-242.

143. Véase *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S., pág. 156 (1974); Fiss, cit. en nota 106 *supra*, págs. 26-27.

144. La unanimidad no debería ser vista como una regla para decidir qué une a cada una de las instituciones gubernamentales para cada acción u omisión. Una regla como esa en la práctica crearía contradicciones lógicas por las cuales la institución debería actuar y no actuar al mismo tiempo. Ver Rae, «The Limits of Consensual Decision», *American Political Science Review* 69 (1975), pág. 1270; Fishkin, *Tyranny and Legitimacy: A Critique of Political Theories* (1979), págs. 65-72. El principio de unanimidad introduce en cambio un toque moral al significar que cualquier objeción individual en sí misma frustra la legitimidad de cualquier arreglo comunitario, tanto si es sostenido por acción u omisión gubernamental. Las implicancias totales de esta posición, que es implícitamente una teoría anárquica de la legitimación social, debe ser desarrollada en una extensión mayor de la que es posible aquí. Para los propósitos presentes, es suficiente ver cómo el principio de unanimidad provee tanto una justificación para la institución de revisión judicial como una agenda para las intervenciones judiciales.

145. Robert Dahl se refirió a estas circunstancias en su persuasivo argumento en el sentido de que «sería provechoso para el desarrollo de la teoría democrática si pudiéramos suponer que existen algunos medios para comparar las intensidades de preferencia». *A Preface To Democratic Theory* (1956), pág. 99. Concluyó que ni la solución estructural de Madison en *Federalist* número 10, ni la estructura actual de las instituciones gubernamentales eran medios adecuados para este propósito. Al comentar decisiones de la Corte Suprema, *ibíd.*, págs. 109-112, no consideró suficientemente la posibilidad de que la Corte pudiera intentar conscientemente cumplir este rol.

146. Véase Cover, «The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities», en Moore, comp., *The Role of the Judiciary in America*.

147. *Craig v. Boren*, 429 U.S., pág. 190 (1976).

148. *Califano v. Westcott*, 99 S. Ct., pág. 2655 (1979).

149. Así lo sostuvo el juez Stevens, coincidiendo con la decisión de la mayoría en el caso *Oklahoma*: «No hay forma, por supuesto, de saber qué es lo que motivó realmente esta discriminación, pero no me sorprendería que eso representara nada más que la perpetuación de una actitud estereotipada sobre [...] los dos sexos». 429 U.S., pág. 213, n. 5. De modo similar, en el caso federal el juez Blackmun redactó para la Corte: «De todos lados surge que el Congreso, con una imagen de la "familia tradi-

cional" en mente, asumió simplemente que el padre sería el sostén de la familia, y que el rol de empleada de la madre, de ser algo, sería secundario [...] Concluimos que la clasificación de género [...] no está sustancialmente relacionada con ningún fin legal importante y válido. Es más bien una parte del "bagaje de estereotipos sexuales"» 99 S. Ct., págs. 2662-2663.

150. 417 U.S., pág. 484 (1974).

151. *Ibíd.*, págs. 496-497.

152. El juez Brennan, unido en la disidencia a los jueces Douglas y Marshall, se basó en una lectura equivocada de la ley EEOC para mantener una decisión judicial que afirmaba que la misma Constitución prohibía esta discriminación de género. *Ibíd.*, págs. 501-502.

153. *General Electric Co. v. Gilbert*, 429 U.S., pág. 125 (1976).

154. *City of Los Angeles Dep't of Water & Power v. Manhart*, 435 U.S., pág. 702 (1978).

155. *Ibíd.*, págs. 727-728 (juez Burger en disidencia).

156. Así el juez Blackmun observó: «El juez Stewart redactó la opinión de la Corte en *Geduldig* [...] y se adhirió a la opinión de la Corte en *General Electric Co.* [...] el juez Powell se adhirió tanto en *Geduldig* como en *General Electric*. El juez Stevens, que redactó la opinión de la Corte en este caso, disintió en *General Electric* [...] El juez Marshall, que se adhirió aquí en gran medida a la opinión de la Corte, se sumó a la disidencia tanto en *Geduldig* como en *General Electric*. Creo que pudo haberse supuesto mi propio malestar con el último caso a partir del hecho de que redacté allí una opinión concurrente.

»Estos "lineamientos" seguramente no son insignificantes. La participación de mis colegas Stewart, White y Powell en la opinión de la mayoría de hoy debería ser una señal de que la decisión en este caso no está en conflicto con *Geduldig* y *General Electric* y, en verdad, es completamente consistente con estos casos. No estoy del todo seguro que esto sea así, los votos de los jueces Marshall y Stevens indicarían completamente lo contrario». *Ibíd.*, págs. 723-724 (opinión concurrente).

157. Este mismo propósito provechoso sería introducido por el análisis de Guido Calabresi acerca de las formas de traer las técnicas judiciales del *common law* para la revisión de leyes vigentes con preferencia a la exclusiva confianza judicial en la solución de casos constitucionales. Calabresi, «The Common Law Function in the Age of Statutes», Holmes Memorial Lectures, Harvard Law School, 8 al 10 de marzo de 1977 (Cambridge, Mass. Harvard University Press, 1980). Véase también Sandalow, «Judicial Protection of Minorities», *Michigan Law Review* 75 (1977), págs. 1162 y 1183-1195.

158. Véase la descripción del juez Brennan de la historia de las leyes, 411 U.S., pág. 681, n. 6.

159. *Ibíd.*, pág. 687, n. 21.

160. 5 U.S.C. n. 2108

161. 38 U.S.C. n. 102 (b)

162. 5 U.S.C. n. 8341.

163. 5 U.S.C. n. 7152

164. Véase *Califano v. Westcott*, 99 S. Ct., pág. 2663, n. 7.

165. Véase Fiss, cit. en nota 106 *supra*, págs. 31-35 y 53-57.

166. Véase la nota 102 *supra*. La Corte en *Parham* sí previó que la adecuación de la independencia del personal podría ser cuestionada en relación con menores hospitalizados con intervención estatal sin involucramiento de los padres y generalmente en posteriores procedimientos de *habeas corpus* sobre una base caso por caso. Ver 99 S. Ct., págs. 2511-2512. Pero el examen de constitucionalidad de la Corte era clara y erróneamente hostil a la pregunta general acerca de si es necesario dar un significado efectivo a la idea de «independencia».

167. Véase la opinión del juez Brennan en *Bakke* que prestó una atención especial a las instituciones estatales y federales que han sido o realísticamente han estado directamente comprometidas en el conflicto en relación con la admisión preferencial de minorías en la educación superior, y en el cual el litigante perdedor podría perseguir su demanda. *Univ. Of. Calif. Regents v. Bakke*, 438 U.S., págs. 265, 341-350 y 372-373 (1978).

168. 431 U.S., pág. 494 (1977).

169. *Ibíd.*, pág. 496. Los jueces Powell, Brennan, Marshall, Blackmun y Stevens votaron por invalidar la ordenanza, aunque por razones diferentes; el presidente de la Corte, Burger, y los jueces Stewart, White, y Rehnquist disintieron, aunque por diferentes razones.

170. Así el juez Brennan observó: «En las familias negras a cargo de una mujer mayor, como en este caso, el contraste es [...] impactante: 48% de esas familias negras, comparadas con un 10% de familias blancas, incluye a niños menores que no son descendencia de esa mujer jefa de familia». *Ibíd.*, pág. 510 (opinión concurrente).

171. *Ibíd.*, págs. 496 y 505.

172. *Ibíd.*, pág. 507.

173. *Ibíd.*, págs. 507-508.

174. *Ibíd.*, pág. 510.

175. *Ibíd.*, pág. 537, n. 7.

176. *Ibíd.*, págs. 499-500.

177. *Ibíd.*, pág. 500.

178. *Village of Belle Terre v. Boraas*, 416 U.S., págs. 1 y 9 (1974). Véase también *James v. Valtierra*, 402 U.S., pág. 137 (1971).

179. Compárese la observación de Christopher Lasch: «Los mismos negros consideran a la familia centrada en el hombre como la forma de familia más deseable [...] Los defensores de la familia matrifocal, como crítica de la cultura local, han absorbido sin pensar la insatisfacción de la clase media que se levantaba contra las aisladas familias suburbanas "privatizadas", una insatisfacción que se ha vuelto especialmente penetrante en los suburbios donde, como se dice, se originó el "modelo sentimental de familia". Preteriendo estar liberados de las presunciones de su propia clase, estos escritores comparten el interés de moda en "las alternativas a la familia nuclear" y proyectan la búsqueda de estilos alternativos de vida en el ghetto. Ellos idealizan la

familia matrifocal, exageran el grado en que se encarna en una rica red de relaciones familiares e ignoran la evidencia que muestra llanamente que los mismos negros prefieren una familia en donde el hombre gane el dinero y la madre críe a los jóvenes». Lasch, *Haven in a Heartless World* (1978): trad. castellana: *Refugio en un mundo despiadado*, Gedisa, Barcelona, ²1995.

180. 413 U.S., pág. 504.

181. Véase Demos, cit. en nota 69 *supra*, pág. 425: «Los académicos han sostenido por largo tiempo que la sociedad premoderna fue organizada en "familias extendidas": grandes grupos de parentesco, incluyendo diversos pares conyugales, y abarcando tres o cuatro generaciones. Una presunción consecuente ha conectado nuestro propio molde "nuclear" con la Revolución Industrial poco más de un siglo atrás. Pero investigaciones demográficas recientes han demostrado que estas nociones son completamente infundadas. Está ahora claro que las familias nucleares han sido la norma en Estados Unidos desde los tiempos de los primeros asentamientos, y en Inglaterra desde hace tanto como existen evidencias. La unidad fundamental, antes como ahora, estaba constituida por el marido, la esposa y sus hijos legítimos».

182. Compárese, en contraste, la aplicación de leyes de zonificación local que al excluir a pequeños grupos de hogares para enfermos mentales o personas retardadas mentalmente, perpetúan políticas estatales y locales que habían aislado a esas personas en instituciones remotas. Véase, por ejemplo, *Penna. Ass'n for Retarded Children v. Pennsylvania*, 343 F. Supp. 279 (E.D. Pa. 1972); Burt, «Helping Suspect Groups to Disappear», en: Bermant, Nemeth y Vidmar, comps., *Psychology and the Law* (1976), pág. 33; Burt, «Beyond the Right to Habilitation», en: Kindred, comp., *The Mentally Retarded Citizen and the Law* (1976), pág. 417.

183. El juez Stevens, cuyo voto por la invalidación conformó la mayoría de la Corte, adhirió a una versión de la exigencia de intimidad que retrató como el «derecho» de la Sra. Moore «a usar su propia propiedad como le parezca». 431 U.S., pág. 513.

184. 381 U.S., pág. 479 (1965).

185. Véase *Poe v. Ullman*, 367 U.S., págs. 497 y 502 (1961).

186. *Ibíd.*, págs. 501-502.

187. 381 U.S., pág. 480.

188. *Ibíd.*, pág. 481.

189. Compárese la observación de Sheila Rothman de que las prohibiciones legales de anticonceptivos establecidas en el siglo XIX, reflejaban una actitud social generalizada que igualaba la anticoncepción con obscenidad, al parecer sobre la base de que el uso de anticonceptivos permitía «a los hombres todas sus lujurias» mientras que los liberaban de toda responsabilidad en la crianza del niño y así hacían de la mujer una «esclava de los deseos de su esposo» y una «prostituta». Rothman, cit. en nota 69 *supra*, págs. 82-83.

190. 381 U.S., pág. 498 (opinión concurrente del juez Goldberg); el juez Harlan redactó *Poe*, 367 U.S., pág. 553, y allí refirió a su opinión como la base para su voto concurrente en *Grinswold*, 381 U.S., pág. 500.

191. La Corte razonó: «El Estado no puede "delegar a una esposa un poder de veto del que el Estado mismo está absoluta y totalmente impedido de ejercer"». *Planned Parenthood v. Danforth*, 428 U.S., págs. 52 y 69 (1976). Véase Ramsey, cit. en nota 131 *supra*, págs. 9-18.

192. La discriminación está establecida con una importancia particular como parte de la agenda feminista por Carolyn G. Heilbrun: «El nacimiento de un niño debe ser visto como el compromiso de dos personas y, especialmente por la historia pasada, como el compromiso del *padre*, que debe consagrarse al igual que la madre al infante que él procreó. Desde este compromiso surgirá [...] la iniciación de los hombres en la intimidad y la crianza de la que estuvieron por mucho tiempo privados, y que proviene del cuidado de los niños deseados [...] Las mujeres deben mantener el control de sus cuerpos, incluyendo la decisión de quedar embarazadas o no. Al mismo tiempo, los hombres deben adquirir el control de su paternidad; y decidir la procreación sólo cuando quieran dedicar al niño resultante tiempo y atención». Op. cit. en nota 142 *supra*, págs. 195-96.

193. *Bellotti v. Baird*, 99 S. Ct., pág. 3035 (1979).

194. *Ibíd.*, págs. 3049-3051.

195. *Baird v. Bellotti*, 450 F. Supp. 997, págs. 1001-1002 (D. Mass. 1978). El juez Stevens, cuya disidencia fue seguida por los jueces Brennan, Marshall, y Blackmun, no trató el tema de la notificación de los padres sobre la base de que el expediente no lo planteaba como un asunto a resolver. 99 S. Ct., pág. 3055, n. 4.

¿En el interés superior de quién?

JOSEPH I. GOLDSTEIN

Los dos libros *Beyond the Best Interests of the Child* y *Before the Best Interests of the Child*, ambos escritos por Goldstein, Freud y Solnit, han sido citados con bastante frecuencia y han influenciado las discusiones acerca de la custodia conjunta. La importancia de la continuidad del cuidado de los niños y la capacidad limitada de la justicia en lograr acuerdos sobre custodia han sido ampliamente debatidas a partir de lo planteado por estos autores. Aquí el Profesor Goldstein clarifica sus teorías, incluyendo el concepto de continuidad y capacidad limitada de la justicia, y las aplica a la custodia conjunta. El presente artículo es una adaptación de la conferencia dada por el autor a jueces en la Primer Conferencia Judicial Canadiense sobre Derecho de Familia.

La ley supone, y debe suponer, que los niños son titulares del derecho a ser cuidados conjuntamente por sus padres. En efecto, es generalmente en el interés superior del niño que sus padres tienen la custodia conjunta —no importa que ellos hayan o no estado casados alguna vez. En verdad, esto es de lo que tratan las pautas de la continuidad de *Beyond the Best Interests of the Child*.¹ En dicho libro, Anna Freud, Albert J. Solnit y yo explicamos la importancia de la continuidad de las relaciones parentales en el desarrollo normal de un niño.

Observamos:

El crecimiento físico, emocional, intelectual, social y moral del niño no puede ocurrir sin ocasionarle dificultades internas inevitables. La inestabilidad de todos los procesos mentales durante el período de desarrollo necesita ser compensada por la estabilidad y el apoyo ininterrumpido proveniente de ámbitos externos. El crecimiento compensado se detiene o interrumpe cuando los sobresaltos y cambios del mundo exterior se agregan a aquellos interiores.²

A partir de aquí lo importante para el derecho es facilitar el establecimiento y la continuidad de lo que llamamos "relaciones paterno-filiales psicológicas" [...] para mantener la unidad de la familia en armonía doméstica [...] para restablecer la unidad familiar donde hubo una ruptura [y] para fortalecer lo que queda de la unión allí donde la ruptura es irreparable».³

La custodia conjunta y el contacto o la visita se sustentan, e incluso se justifican, por las pautas de la continuidad. Si bien esto es verdad, no trasciende el punto donde la separación de los padres amenaza el mantenimiento, refuerzo y continuidad de lo que queda de la unidad familiar. Cuando la autoridad judicial se convierte en un sustituto del entendimiento compartido entre los padres separados, o cuando la autoridad de la ley es utilizada para imponer la voluntad de uno de los padres sobre el otro a través de la imposición de un régimen de visitas y órdenes de custodia conjunta, la continuidad de estas relaciones en la nueva forma de organización de la unidad familiar está siendo minada. En este punto, la custodia conjunta ya no es más conjunta. A los ojos y en la vida de un niño esto se fractura, o la custodia dividida y las visitas o el contacto se convierten en una medida impuesta de transporte y atención. A esta altura solamente se puede fingir estar de acuerdo con la continuidad, ya que la continuidad de los lazos con ambos padres está en peligro. Si los criterios de la continuidad fueran entendidos correctamente, permitirían a la justicia detectar en qué momento la justicia se convierte más en un interruptor que en un fortalecedor de lo que queda de la unidad familiar, lo que ocurre cuando, en lugar de proteger, socava los vínculos psicológicos entre el niño y el progenitor.

Por lo tanto, desde el punto ventajoso para el bienestar del niño, la presunción a favor de la custodia conjunta no carece de méritos. Ella es válida mientras ambos padres separados mantengan el acuerdo de la continuidad, de ser ellos dos directamente responsables de la custodia y cuidado de sus hijos. La palabra «acuerdo» en el contexto del interés superior del niño no significa un acuerdo legalmente impuesto o una muestra de un acuerdo que camufla el poder coercitivo del Estado. Significa real, y probablemente poco frecuente, acuerdo

en el que ambos padres comparten el cuidado y la custodia del niño y cooperan con el otro para ayudarlo a satisfacer su rol paterno a pesar de no haber podido encontrar una base satisfactoria para vivir juntos.

Cómo consideramos los límites y limitaciones del derecho y de los jueces en determinar la custodia de los niños de padres separados podría ser mejor explicado sintetizando en primer lugar lo que quedó manifestado en *Beyond the Best Interests of the Child*, y luego, discutiendo en detalle las implicaciones para su determinación:

1. lo que debería establecerse en función del «interés prioritario del niño» puede ser invocado por encima del derecho de los padres separados de decidir quién será el responsable por la custodia y el cuidado de sus hijos;

2. el rol de la justicia respecto de las visitas o contacto; y

3. el rol de la justicia respecto de la custodia conjunta.

Las directivas desarrolladas en *Beyond the Best Interests of the Child* descansan en dos convicciones. En primer lugar, creemos que la necesidad de continuidad de cuidado del niño por padres autónomos requiere que los padres reconozcan que lo que generalmente consideran lo mejor para su hijo debe quedar fuera de la intervención estatal. Esta convicción se expresa en nuestra preferencia por la mínima intervención estatal e incita a restringir las definiciones que justifican la intromisión coercitiva en las relaciones familiares. En segundo lugar, consideramos que el bienestar del niño —no el de los padres, la familia, u otro agente a cargo del cuidado del niño— debe ser determinante una vez que la intervención estatal haya sido justificada. Si el refugio protector de la familia se quebró aun antes de que el Estado interviniese, o se fractura como resultado de ello, el logro de la intervención debe ser crear o recrear, tan rápido como sea posible, una familia para el niño. Esa convicción se manifiesta en nuestra propuesta de considerar el interés del niño como supremo una vez que la decisión de su cuidado se ha convertido en un asunto estatal legítimo.

Con el propósito de que el niño forme parte de una familia que funcione, su interés supremo reposa en preservar su familia. Entonces, nuestra preferencia por considerar el interés del niño como su-

premo no es para que se construya como una justificación en y para sí misma de la intervención. Tal lectura ignoraría las ventajas que se derivan para los niños de una política de mínima intervención estatal. El objetivo de la ubicación de cada niño, tanto haya sido realizada automáticamente con el certificado de nacimiento, como más deliberadamente a partir de la intervención directa administrativa o judicial, es el mismo. Dejando a salvo la posible excepción de la ubicación de los jóvenes violentos, el punto es asegurarle al niño ser integrante de una familia en la que al menos uno de los padres lo quiera; es garantizar para cada niño y sus padres una oportunidad para mantener, establecer o restablecer los vínculos psicológicos entre ellos, libre de futuras injerencias estatales.⁴ De esto se trata cuando hablamos de continuidad.

Junto con estas convicciones y el propósito común en mente, en *Beyond the Best Interests of the Child* propusimos y explicamos las siguientes directivas para determinar la ubicación y el proceso de ubicación de los niños cuya custodia es objeto de una acción legal:

Las decisiones de ubicación deberían salvaguardar la necesidad del niño de continuidad en las relaciones personales.

Las decisiones de ubicación deberían reflejar el sentido temporal del niño, y no el de los adultos.

Las decisiones de ubicación del niño deben tener en cuenta la incapacidad de la ley en supervisar las relaciones interpersonales y los límites del conocimiento para realizar predicciones a largo plazo.⁵

Estas directivas fueron elaboradas para dar contenido al estándar del interés superior —o lo que llamamos el estándar de la alternativa menos perjudicial posible.⁶

A los ojos de la justicia, ser un niño es estar en riesgo, ser dependiente y no tener capacidad o autoridad para decidir fuera del control paterno qué es lo «mejor» para sí mismo. Ser adulto significa jurídicamente ser percibido como libre de aceptar riesgos, con capacidad independiente y autoridad necesaria para decidir qué es lo «mejor» para sí mismo sin conformidad con los deseos paternos. El ser adulto

y además ser padre, implica ser considerado por la justicia como alguien que tiene la capacidad, la autoridad y la responsabilidad para determinar y para hacer lo que es «bueno» para sus niños, y lo que es «mejor» para la familia entera.⁷

Anna Freud se refiere al «largo período de tiempo durante el cual el joven de la especie humana está en una condición de indefensión y dependencia».⁸ Explica cómo este «factor biológico», por un lado, carga a los padres con todo el peso de la responsabilidad por la supervivencia y bienestar de su descendencia y, por el otro, garantiza que las atenciones cotidianas a las necesidades múltiples del niño conviertan el lazo físico que los une en una unión mutua de vínculos psicológicos. Tales interacciones en proceso constante entre los padres y los niños se convierten para cada niño en el punto de partida inicial de desarrollo que conduce al funcionamiento del mundo de los adultos. La indefensión necesita de cuidado absoluto y el tiempo extra es transformado en necesidad o deseo por aprobación o amor. Esto favorece el deseo de agradar conforme los gustos paternos. Provee una base de desarrollo sobre la cual se apoya la responsabilidad del niño en los esfuerzos educacionales. El amor hacia los padres los conduce a su identificación con ellos, sin la cual el control del impulso y la socialización resultarían deficientes. Finalmente, luego de años de infancia, llega la prolongada y en varios aspectos dolorosa lucha adolescente para obtener una identidad diferenciada, apoyada en la confianza en sí mismo física, emocional y moral.

Estos desarrollos complejos y vitales necesitan de la intimidad de la vida familiar bajo la vigilancia de unos padres que sean autónomos. Cuanto más pequeño es el niño, más grande es su necesidad de sus padres. Cuando la integridad familiar se quiebra o está amenazada por la intromisión estatal, las necesidades de los niños se frustran y la creencia de que los padres son omniscientes y todopoderosos queda sacudida prematuramente. Las consecuencias para el progreso evolutivo del niño son invariablemente perjudiciales. La necesidad del niño de seguridad en el ámbito familiar debe quedar reflejada en la legislación a partir del reconocimiento de que la intimidad familiar debe ser una barrera de la intervención estatal en la autonomía paterna acerca de la crianza de los niños. Estos derechos —la autonomía paterna, el de los

niños a tener padres autónomos, y la intimidad— son ingredientes esenciales de una «familia integrada».

Dos propósitos subyacen en los derechos de los padres de estar fuera del alcance de la intervención estatal. El primero es brindar a los padres la oportunidad de asistir de manera ininterrumpida al desarrollo físico y las necesidades emocionales de sus niños como forma de establecer vínculos familiares serios para el crecimiento saludable y desarrollo de los niños. El segundo propósito, sobre el cual en última instancia reposan los derechos de los padres, es salvaguardar la continuidad del mantenimiento de estos lazos familiares y de los vínculos psicológicos entre padres e hijos, una vez que éstos se hayan consolidado. En general, los dos propósitos quedan cumplidos cuando el derecho de los padres les queda asignado en el momento del nacimiento del infante y se funda simplemente en el vínculo biológico que lo produjo.

Más allá de estas justificaciones biológicas y psicológicas para proteger las relaciones entre padres e hijos y promover para cada niño el derecho a poseer un lugar de carácter permanente en su propia familia, existe una justificación más firme para una política de mínima intervención estatal. Esta es que la justicia no tiene capacidad para supervisar los lazos interpersonales complejos y frágiles que existen entre padres e hijos. El Estado como *parens patriae* es un instrumento demasiado tosco para convertirse en el sustituto adecuado de los padres de sangre. El sistema jurídico no tiene ni los recursos ni la sensibilidad para responder a las necesidades y demandas cambiantes de un niño en crecimiento. No posee capacidad para tratar casos individuales con las consecuencias de tomar decisiones, o para actuar deliberadamente con la velocidad necesaria conforme el sentido temporal de un niño. De manera similar, el niño no tiene la capacidad de responder a las reglas específicas de un juez impersonal de la forma en que responde a las demandas de las figuras paternas. Las expectativas de los padres, implícitas o explícitas, se transforman en propiedad del niño. Sin embargo, el proceso por el cual un niño convierte las expectativas externas, la orientación, el consejo, las exigencias y las prohibiciones en la capacidad de valerse y guiarse por sí mismo no funcio-

na adecuadamente sin los lazos afectivos que existen con aquellos que lo cuidan.

Una política de mínima intervención coercitiva estatal concuerda no sólo con nuestra firme creencia como ciudadanos en la libertad individual y la dignidad humana, sino también con nuestra comprensión profesional acerca de los intrincados procesos de desarrollo de la infancia.⁹

¿Cuáles son las implicaciones de las convicciones y principios de *Beyond the Best Interests of the Child* para 1) la intervención estatal que determina la custodia de los niños cuando los padres están separados, y 2) estando justificada la intervención, para resolver a favor de la custodia conjunta, el régimen de visitas o el contacto con los padres no convivientes?

1. El divorcio o la separación matrimonial de los padres podría no dar automáticamente más autorización a la justicia para revisar o decidir la custodia de los hijos. La intervención judicial solamente se justificaría cuando uno o ambos padres separados, hayan o no estado casados, trajeran ante los jueces su conflicto acerca de la custodia de su hijo si es que existe ese conflicto. No se debería tratar de distinta forma a los hijos de padres que no están casados de aquellos hijos de padres que se divorcian o separan. De conformidad con los principios de continuidad, la justicia no debería obligar a los padres que se separan a renunciar a su rol exclusivo, pero compartido, de ser representantes legales de sus hijos. Los padres, si pueden, seguirían siendo libres de manejar ellos mismos la custodia, y los acuerdos de cuidado que consideren servirían mejor a los intereses del niño y la nueva familia dividida. Continuarían teniendo la custodia conjunta y ocupándose del cuidado de sus hijos, incluso si uno de los padres con el apoyo del otro asumiera la completa responsabilidad por el cuidado diario de los niños.

Pero cuando no logran resolver por sus propios medios sus controversias sobre la custodia, los padres en proceso de separación suspenden temporalmente una parte importante de su autonomía. Al recurrir a la justicia, abren lo que se ha denominado en otro momento el «reino privado de la vida familiar en el cual el Estado no puede en-

trar». Se declaran a sí mismos incapaces de decidir la custodia; alteran significativamente la relación paterno-filial; privan a su hijo momentáneamente —hasta que el tribunal decida quién tendrá la custodia— de su posición al margen del contacto directo con la justicia. El niño está expuesto, aunque sea por el menor tiempo posible, a la dirección impersonal y la coerción del juez. Dado que es muy poco probable el contacto personal del niño con el tribunal, prácticamente no existe la posibilidad de que él se identifique luego con actitudes y reglas de la nueva autoridad sobre su vida. De allí en más, la discreción judicial en la etapa dispositiva debería estar limitada a decidir *quién* tendrá la custodia, y a procurar que la posición del niño bajo la autoridad de los padres sea restablecida tan pronto como sea posible.¹⁰

2. Los jueces y los analistas frecuentemente cuestionan nuestra conclusión de que es en el interés prioritario del niño que la concesión de la custodia sea tan incondicional como la atribución de un niño a sus padres por nacimiento; tan incondicional como consideramos debería ser cuando los padres mantienen un acuerdo sobre sus hijos más allá de la separación.

Demasiado a menudo los jueces confunden su *autoridad* con su *capacidad* para actuar. Se equivocan al no darse cuenta de que el *quién* y el *cómo* deben ser temas separados. Es el *quién* lo que los jueces deben decidir, mientras que el *cómo* va más allá de la competencia del juez. Sin embargo, los jueces a menudo no consiguen ver lo que es obvio: que el carácter delicado e intrincado de la relación paterno-filial ubica a ésta más allá de su logro constructivo, aunque no más allá de su aspecto destructivo. Los lazos familiares son un proceso demasiado complejo y vulnerable para ser solucionados en adelante o desde una distancia impuesta por un instrumento tan general e impersonal como la justicia. Al rechazar estos principios como simplistas, los jueces mismos se convierten en simplificadores excesivos.

Si los jueces fueran capaces de ponerse a sí mismos en la piel de un niño que es objeto de la disputa entre los padres por su custodia, seguramente restringirían su actividad a responder a la única pregunta que ellos pueden y deben responder: *quién* tendrá la custodia, y no *cómo* o *bajo qué condiciones* el que tiene la custodia y el niño se relacionarán entre sí y con los otros. Pero, como los bienintencionados, los

sobreprotectores y a menudo los padres destructivos que no saben cuándo permitir irse, tales jueces deciden no sólo *quién* debe ser el padre sino también *cómo* el niño debería ser criado.

Bastante a menudo los jueces se comportan como si la función de las decisiones sobre la ubicación del niño fuera la de proveer al niño de jueces autónomos y no de padres autónomos. Actúan como si la doctrina *parens patriae* y el estándar del interés superior les garantizase la competencia para ser buenos, aunque ausentes, super-padres con derecho a veto. Los jueces, las agencias de la administración y los expertos en los cuales ellos confían deben aprender a rechazar esos remedios simplistas para el daño y las heridas que los niños sufren cuando sus padres se separan. Los jueces no pueden negar lo que su propia experiencia les muestra como obvio, que es que ellos tienen el tiempo y la capacidad para dañar pero no para nutrir o dirigir el sano crecimiento de los lazos familiares. En sus roles profesionales no pueden ser padres de los niños de otras personas. Ni los mejor informados y más sensibles jueces de familia, en forma individual o conjunta, pueden hacer de padre. En el mejor de los casos, y en la mayoría de ellos, la ley puede ofrecer una nueva oportunidad para la relación entre el niño y al menos uno de sus padres para encontrarse de nuevo fuera de la intromisión coercitiva del juez. Esto no significa que la justicia precluiría el desarrollo de un acuerdo cooperativo después del momento en que los padres se encontraban en conflicto. Pero es necesario señalar que tales acuerdos pueden ser conducidos y reconducidos por ley e incluso servir al interés superior del niño.

Nuestra conclusión de que los padres no convivientes no deberían poseer el derecho compulsivo de visitas sobre sus hijos parece ser el aspecto más malentendido, más controvertido y más resistido de nuestra propuesta, según la cual los verdaderos lugares de ubicación temporarios, excepto los de emergencia, deberían ser incondicionales. Desde que mantenemos el mismo punto de vista para los acuerdos compulsivos judiciales de custodia conjunta, lo que decimos sobre el contacto o las visitas se aplica de la misma forma que a la custodia conjunta.¹¹ Nuestra visión sobre las visitas ha sido malinterpretada imputándonos que nos oponemos a la continuidad del contacto entre el niño y la parte parental que no convive con él. Se la ha cuestionado

con el argumento de que nuestra posición 1) choca con el estándar de la alternativa menos perjudicial, especialmente con el principio de continuidad; 2) priva al niño de su derecho básico de mantener el lazo con la parte parental que no convive con él; y 3) pone un instrumento de venganza en manos de la parte parental que ejerce la custodia (generalmente representado como una madre enojada) para utilizarlo contra la parte parental no conviviente (generalmente representado como un frustrado y bien motivado padre).

Argumentamos, siempre desde el punto de vista del niño, que la parte parental que ejercen la custodia, no los jueces o la parte parental no conviviente, debería preservar el derecho de determinar cuándo y si es deseable acordar visitas. Tomamos y mantenemos esta posición porque consideramos que va más allá de la capacidad de los jueces para ayudar al niño a forjar o mantener relaciones positivas con las dos personas que tienen intereses opuestos, porque a través de las visitas compulsivas los jueces contribuyen a dificultar que el niño desarrolle un lazo confiable con la otra parte parental, y porque los niños que están traumatizados, desorientados y confundidos por la ruptura de su familia necesitan una oportunidad para establecerse en la intimidad de su familia reorganizada con aquella parte parental en quien confiará para que responda a sus interrogantes y lo protegerá de las interferencias externas. Después de todo, el logro de cada decisión sobre la ubicación de un niño, realizada al momento del nacimiento o luego por intervención directa estatal, es dar a cada niño la oportunidad—regulada por una futura intervención— de establecer o restablecer y mantener los lazos psicológicos con aquéllos en quienes confía.

Un niño se desarrolla mejor cuando puede tener plena confianza en que los adultos responsables por él son los árbitros de su cuidado y control, a medida que va orientándose hacia la independencia completa de la edad adulta y gradualmente vaya confiando en sí mismo como su propio cuidador. Los jueces socavan aquella confianza cuando subordinan a reglas especiales el ejercicio de la custodia de la parte parental que convive con el niño, por ejemplo, ordenando las visitas a la parte parental no conviviente, incluso fijando horarios. A los ojos del niño, cuando el juez lo obliga a actuar contra los deseos expresos de la parte parental con la que convive, pone en duda la autoridad y capaci-

dad de los padres. Daña, particularmente en los niños más pequeños, su confianza en el poder de los padres para protegerlos de amenazas del exterior. Invita a los más grandes a manipular a los padres invocando la autoridad superior del juez, más que a aprender a cooperar con la parte parental con la que vive. Formulamos el principio de continuidad como respuesta directa a tales consideraciones. En consecuencia, exhortamos a que la ya perjudicada relación entre el niño y la parte parental con la que convive no esté plagada por interminables amenazas de ruptura por parte de la autoridad impersonal del tribunal.

Sin embargo, no nos oponemos ni nos oponemos a las visitas. En efecto, y al igual que con otras cosas, los jueces, con el fin de cumplir con la directiva de continuidad, podrían otorgar la custodia al padre que esté más dispuesto a proveer al niño de oportunidades para ver al otro padre. Y —a pesar de que no consideremos que el padre no conviviente pueda jugar el mismo rol significativo en la vida del niño como un padre en una familia intacta— estimulamos a los padres convivientes que buscan nuestro consejo a facilitar el mantenimiento de la relación entre el niño, particularmente los niños más grandes, y su padre no conviviente. Peto tal consejo puede y debería ser nada más que eso. Los padres convivientes deben libremente aceptar o rechazar nuestras nociones sobre la importancia de la continuidad. La directiva no puede forzar ninguna vinculación futura favorable a la reciente relación secundaria del niño con el padre no conviviente. A medida que pasa el tiempo y cambian las circunstancias, el niño necesita un padre que pueda encontrar con él la forma de resolver sus ganas de ver o no al otro padre, así como tratar con las penas y alegrías que siguen a las visitas, y su dolor cuando el padre no conviviente se niega a mantener contacto o deja de aparecer. Las visitas significativas para el niño pueden suceder solamente cuando tanto el padre conviviente como el no conviviente están de acuerdo en trabajar para ello. Si es así, entonces una orden judicial es innecesaria a la vez que indeseable. Si, al contrario, no es así, tales órdenes y la amenaza o intento real de obligar a ellas, pueden no hacerle bien al niño.¹²

Favorecemos el contacto entre el niño y su padre no conviviente con tal que ninguno de los padres utilice a la justicia para obligar al otro a acordar las visitas. Incluso si fuera requerido por ambos padres,

objetaríamos la utilización de los tribunales para establecer un régimen de visitas o de custodia conjunta como parte de una resolución judicial. Si el mero registro diera a ambos padres un sentido mayor de compromiso con el régimen de visitas o la custodia conjunta, un certificado de reconocimiento de tal acuerdo con nada más que una fuerza simbólica podría ser utilizado con ellos. Como alternativa, podría no ser inapropiado para los jueces agregar a sus decisiones de custodia incondicionales un párrafo del estilo de la advertencia estatal a los fumadores de cigarrillos:

DENEGAR LAS VISITAS O NO COOPERAR EN LOGRAR UN ACUERDO DE CUSTODIA CONJUNTA PUEDE SER PERJUDICIAL PARA SU NIÑO

Fuera de la preocupación por igualar la fuerza de negociación de los padres que se separan, Mnookin y Kornhauser sostienen que los acuerdos de visitas y de custodia conjunta deberían ser especialmente obligatorios por ley.¹³ Su fe en la capacidad de la ley para implementar tales contratos en situaciones donde la ley ya ha demostrado su falta de autoridad para imponer relaciones matrimoniales significativas por contrato resulta absurda. El contrato matrimonial generalmente es construido para implicar «hasta que el divorcio nos separe.»¹⁴ Cuando la moda por los acuerdos de custodia conjunta desaparezca, comenzaremos a darnos cuenta cuán costosos éstos —al igual que otras fórmulas mágicas— han sido para los niños. Curiosamente, nuestros argumentos para cuestionar el régimen de visitas judicial obligatorio parecieran ser más fácilmente aceptados por los jueces que resuelven las disputas de custodia «conjunta». Por ejemplo, al revocar la decisión de un tribunal inferior que había otorgado a los padres la custodia conjunta de sus dos hijos de seis y siete años y medio, para que ellos pasen los días de semana con la madre y los fines de semana con el padre, el Presidente de la Corte de Apelaciones de Nueva York, el juez Brietel, dijo:

Confiar la custodia de los niños más pequeños a sus padres [divorciados] en forma conjunta, especialmente cuando la responsabilidad y el control compartidos incluye la custodia física alternativa, es insostenible cuando los padres están

distanciados y peleados seriamente[...] Solamente puede acrecentar el caos familiar [...] Por otra parte, se tornaría más que razonable la autorrestricción para proteger a los niños, al ir de hogar en hogar, de los malos sentimientos, odios, y falta de respeto que cada padre tiene hacia el otro.¹⁵

Luego de observar que el tribunal debe «reconocer la división de hecho de la familia» y que «no hay soluciones no dolorosas», el juez Brietel dijo:

En algún caso excepcional, la custodia conjunta podría aproximarse más a las relaciones familiares de origen que otros tipos de acuerdos de custodia. Sin embargo, no podría ser sustituida indiscriminadamente por la atribución de la custodia única a uno solo de los padres.¹⁶

En lo que los tribunales se equivocan es en reconocer que ningún padre tiene la custodia única mientras esté sujeto a las reglas de visitas, y en que los jueces carecen de autoridad para forjar afecto a través de las órdenes judiciales de visitas o decretando cualquier otra forma de custodia «conjunta», «dividida» o «separada».

Finalmente, los tribunales y los analistas, cegados por el espectro de los padres convivientes rencorosos que niegan las visitas y se oponen a la custodia conjunta a costa del niño, han rechazado nuestra postura con la afirmación equivocada de que las visitas o el contacto es un derecho del niño, y no de los padres. En realidad, al subordinar la atribución de la custodia a una orden judicial que impone las visitas, el tribunal no protege el «derecho fundamental» del niño a ver a su padre no conviviente. Meramente cambia —desde el padre conviviente al padre no conviviente— el poder de privar al niño de su «derecho». Las órdenes judiciales de visitas otorgan a los padres no convivientes —más que al padre que es responsable del cuidado diario del niño— la autoridad final para decidir si y cuándo visitar. Incluso si la justicia ordena las visitas porque cree que ello servirá al interés superior del niño, los padres no convivientes son libres de no visitarlo, de «oponerse» al tribunal sin el riesgo de ser considerados en desacato. El tribunal no tiene poder, como debería, para ordenar a los padres no convivientes que visiten a sus «expectantes» hijos. Pero la justicia tiene el poder corrosivo de quitar por la fuerza al niño de su padre con-

viviente que no permite las visitas, o de enviar a prisión a aquel padre por desacato.¹⁷ Cuando se ejercita tal poder, la justicia altera, no asegura, la continuidad de la relación paterno-filial. Establece para el niño –y efectivamente para otros niños cuyas familias no están subordinadas a regímenes judiciales de visitas– que los padres convivientes no pueden ser confiables y carecen de poder para protegerlos. Los tribunales ocultan los temas reales cuando dicen lo que no quieren decir; aquel contacto o visita o inclusive custodia conjunta o dividida es «un derecho fundamental del niño más que un derecho fundamental del padre.»¹⁸

En síntesis –y desde una perspectiva favorable al niño– el derecho a decidir sobre el cuidado y los deseos del niño debe ser conferido a alguien. El sentido común y las nociones psicoanalíticas sobre el desarrollo del niño le confieren tal derecho con mayor preferencia al padre conviviente que al no conviviente. Por mucho que la conveniencia paterna esté definida, los padres separados que están en desacuerdo sobre la custodia conjunta o el contacto se convierten en padres no aptos para sus hijos cuando son obligados a «cooperar», incluso si cada uno individualmente pudiera ser un padre apto para aquel niño. El cambio en las circunstancias y en las necesidades de la vida de un niño son tratadas mejor por una familia en funcionamiento, por la decisión de la familia *en el momento*. La imposición de la justicia o incluso la amenaza de imposición de un acuerdo previo sobre custodia conjunta o contacto se convierte en un obstáculo a la integridad de la nueva familia, a la vez que en una invitación a invadir su privacidad y una violación a la autonomía paterna. Los tribunales y las legislaturas no deben permitir que sus buenas intenciones oculten el daño que éstas producen a los niños.

Traducción de Gimol Pinto

Notas

1. El texto del presente ensayo se basa en Goldstein, Freud y Solnit, *Beyond the Best Interests of the Child*, (© The Free Press, A Division of Macmillan Publishing Co.,

Inc., 1973, 1979) y de Goldstein, Freud y Solnit, *Before the Best Interests of the Child*, (© The Free Press, A Division of Macmillan Publishing Co., Inc., 1979), de los que incluye citas textuales de varios párrafos. Se reproducen anotaciones directas y párrafos modificados con autorización del titular de los derechos de autor y de Burnett Books, Londres.

2. Goldstein, Freud y Solnit, *Beyond the Best Interests of the Child*, nueva edición de 1979, pág. 32 [en adelante citado como *Beyond the Best Interests of the Child*].

3. De la observaciones del juez de Alzada Andrews del 7 de enero de 1980, citado por el juez Karswick *in re C.* (1980), 14 R.F.L. (2D) 21. A 25 (Ont. Prov. Ct.).

4. *Before the Best Interest of the Child*, 1979, págs. 4-5 [en adelante citado como *Before the Best Interest of the Child*.]

5. *Beyond the Best interest of the Child*, págs. 31, 41 y 49.

6. *Before the Best Interest of the Child*, pág. 6.

7. *Ibid.*, pág. 7.

8. Freud, *Inhibitions, Symptoms, and Anxiety* (1926), *Standard Edition*, vol. xx (1959), págs. 154-55; trad. castellana: *Inhibición. síntoma, angustia*, en *Obras completas*, vol. xx., Amorrortu Buenos Aires 1977.

9. *Before the Best Interests of the Child*, págs. 8-12.

10. *Ibid.*, págs. 31-37.

11. *Beyond the Best Interests of the Child*, págs. 113-116.

12. *Ibid.*, págs. 116-119.

13. Véase Mnookin y Kornhauser, «Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce», *Yale Law Journal*, 88 (1979) págs. 950 y 980-984.

14. Véase *Beyond the Best Interests of the Child*, págs. 185-186, n. 8.

15. *Braiman vs. Braiman*, 378 N.E. 2d., págs. 1019, 1021 (1978).

16. *Ibid.*, pág. 1022.

17. *Beyond the Best Interests of the Child*, págs. 120-121.

18. *Ibid.*, pág. 121.

El porqué del régimen de familias sustitutas: ¿para quién y por cuánto tiempo?

JOSEPH I. GOLDSTEIN

Este ensayo trata de clarificar los propósitos que se persiguen al ubicar a un niño bajo el régimen de familias sustitutas. Examinaremos dos resoluciones judiciales en las que se llegó a decisiones opuestas respecto de los aspectos legislativos y administrativos de este sistema. Ambos casos ilustran cómo este sistema es incapaz de fomentar la continuidad de relaciones entre el niño y sus padres, de los cuales está separado, y entre estos padres y su hijo ausente. Esa continuidad es necesaria para facilitar la reanudación de las relaciones familiares que han sido temporalmente interrumpidas. Cada caso, a su modo, demuestra cómo las separaciones «transitorias» propias a este régimen se convierten en permanentes sin que se favorezca adecuadamente el desarrollo de relaciones permanentes entre los niños y sus cuidadores. Más aún, a través de múltiples ubicaciones en familias temporarias, el régimen de familias sustitutas es utilizado para mantener al niño sin familia durante el período que abarca su niñez. Los dos casos serán analizados según las pautas fijadas por las normas de decisión expuestas en el trabajo *Beyond the best interests of the child*. Estas pautas, elaboradas para disputas relacionadas con la ubicación de niños, disponen que tales decisiones deben: a) salvaguardar la necesidad del niño de mantener relaciones continuas; b) reflejar el sentido del tiempo que tiene un niño, y no un adulto; c) tener en cuenta la incapacidad del sistema legal para supervisar las relaciones interpersonales y los límites del conocimiento para hacer predicciones a largo plazo.

Lo que estoy diciendo —y lo que justifica gran parte de lo que propongo— está contenido en esta breve conversación entre una niña so-

metida al régimen de familias sustitutas y un hijo adoptivo de la familia a la que ella había sido asignada:

«¿Soy tu hermana?»

«No, tú no vas a ser mi hermana; no hasta que seas adoptada.»

El ser «tu hermana» y ser «adoptada» expresa la necesidad que todo niño tiene de ser querido – necesidad de continuidad en las relaciones con la gente y con el entorno. Para la niña esto significó:

«¿Puedo quedarme aquí?»

«¿Tu papá y tu mamá son también mis papás?»

«¿Van ellos a amarme, aunque sea desobediente, aunque cometa errores?»

«¿Vamos a estar juntos para siempre?»

«¿Van a mantenerme con ellos aunque alguien quiera separarnos?»

Para el niño que le había contestado «no hasta que seas adoptada», significó:

«No cuentes con quedarte aquí. Tú eres solamente una niña asignada a una familia sustituta. Siempre puede venir alguien y llevarte.»

«Yo no te voy a querer, y tampoco lo van a hacer mi mamá y mi papá, porque no te vas a quedar aquí para siempre, y si nos encariñamos todo va a resultar demasiado doloroso».

Esta pequeña conversación ilustra la cuestión de la «continuidad de las relaciones y de la influencia del ámbito, aspectos esenciales para el normal desarrollo del niño». Pese a que las interrupciones en la continuidad tienen diferentes consecuencias según la edad, los niños de todas las edades necesitan al menos un padre psicológico (preferentemente dos) que represente y le ofrezca esta continuidad crucial. Para que un niño se sienta querido y se convierta en una persona plena necesita un padre psicológico. La paternidad psicológica descansa «en la interacción día a día, el compañerismo y las experiencias compartidas». Esta extremadamente frágil y compleja relación que se da, según se espera, con el ser «adoptado» y ser «hermana», está más allá del poder que tiene la justicia para crearla, pero a su vez está íntimamente vinculada con el poder que ésta tiene para destruirla o salva-

guardarla. Para asumir el rol de padres psicológicos no importa si los padres son calificados como «biológicos», «adoptivos» o «sustitutos». Ellos sólo necesitan ser adultos que puedan estar atentos constantemente a las necesidades del niño. No pueden ser adultos que se encuentren continuamente ausentes, por muy «preocupados» que puedan estar. En este sentido, los rótulos legales hacen muy poca diferencia. Pero la diferencia se hace más evidente si la sociedad ve y trata, como lo hace a través de su regulación legal, las relaciones de familias sustitutas como temporarias y las biológicas y adoptivas como permanentes.

Allí yace la doble amenaza para las relaciones que se dan en el ámbito de una familia provisoria. Existe una amenaza de discontinuidad con los lazos previos y aún no cortados del niño con los padres «temporalmente» ausentes, y una continua amenaza para los nuevos lazos de que, a largo plazo, el niño vaya creando con sus padres sustitutos. Estas amenazas por sí solas, se cumplan o no, son lo suficientemente perturbadoras como para incitar a una redefinición de este régimen para asegurar que los lazos recíprocos ente los padres ausentes y el niño serán mantenidos, y una redefinición de adopción, que permita incluir en ella a los niños asignados a familias temporarias cuyos lazos previos, si es que hubieran existido, no son ya viables.

Existen dos formas de valoración que, en general, son mal interpretadas y, en algunos casos, se muestran como aparentemente conflictivas al analizar el lugar que ocupa el régimen de familias sustitutas en la legislación sobre la ubicación de niños desamparados. La primera es una tendencia a *minimizar* la intervención estatal en todas las relaciones familiares. Es una preferencia que pretende salvaguardar la intimidad de la familia, para respetar el derecho de los padres, biológicos o adoptivos, a fundar sus familias de la manera que consideran mejor, libres de la intromisión del gobierno, excepto en los casos de negligencia o abandono. Esto se correlaciona con la necesidad que todo niño tiene de una continuidad en las relaciones familiares. Anna Freud (1975) ha señalado: «Mientras la familia permanece intacta, el niño siente que la autoridad de los padres está alojada en un cuerpo unificado y como tal es una guía segura y fiable para una posterior identificación». Las intervenciones judiciales o de las agencias

estatales sin consideración de los padres o pasando por alto sus objeciones sirven sólo para socavar la autoridad parental que es crucial para que el niño tenga una sensación de bienestar y de confianza en sí mismo. Más allá de estas razones de mínima intervención estatal en las relaciones entre padres psicológicos e hijos, para proteger el derecho de cada niño a una familia permanente, hay otra razón vinculada a la idea de que el Estado como *parens patriae* es un instrumento demasiado grande para regular y supervisar las delicadas y complejas relaciones entre padres e hijos dentro de una familia. El Estado no es —y no puede ser— un sustituto de los padres. La legislación y organización relacionadas con la delincuencia y el abuso y abandono infantil han fracasado en su intento de causar más beneficios que males, y esto pone de manifiesto la verdad tan evidente, pero muy a menudo ignorada, acerca de las limitaciones de la justicia. Antes de apelar a las leyes sobre abuso y abandono infantil para desmembrar familias, el Estado debe primero utilizar sus recursos para asistir a las familias en riesgo con el objeto de que puedan mantenerse unidas, proveyéndolas, si los padres están dispuestos, de un amplio espectro de servicios de ayuda, por ejemplo, en lo referente a salud, vivienda y asistencia financiera.

El reconocimiento de excepciones a la mínima intervención estatal no debe ser interpretado como una aceptación del vago, subjetivo e impreciso lenguaje de las leyes de negligencia y abandono. No puede ser interpretado tampoco como una concesión al no poco infrecuente uso de estas leyes para deshacer el delicado tejido psicológico de las familias, particularmente las de menores recursos y las relativas a minorías sociales, en vez de asistirles para que puedan permanecer unidas. Una política de mínima intervención estatal requiere una revisión de estas leyes para salvaguardar a las familias de irrupciones estatales en las relaciones familiares en progreso, de intervenciones encabezadas por «hacedores del bien» que «saben» que es lo «mejor» y que desean imponer a otros, si pueden, sus preferencias acerca de la crianza de los niños. La justicia debe detener tales fantasías redentoras de aquellos que autoriza a interferir.

Sin embargo, una vez que la ubicación de un menor pasa a ser un asunto de intervención estatal, un segundo patrón de valoración comienza a ser determinante: las necesidades de los niños deben ser con-

sideradas como parámetro supremo. En estas situaciones, las normas para encontrar la alternativa disponible que sea menos dañosa para el niño se hacen operativas. Estas pautas requieren que la ubicación del niño y el procedimiento para llevarla a cabo se concreten «de acuerdo con el sentido del tiempo que el niño posee y a las predicciones a corto plazo que puedan hacerse, y en consonancia con su oportunidad de ser querido y de mantener una continuidad en su relación con, al menos, un adulto que es o será su padre psicológico» (Goldstein, 1973).

Ahora pasaré a analizar, a la luz de estas pautas generales, dos casos vinculados al régimen de familias sustitutas, para proponer para éste a continuación un nuevo significado.

I

La opinión del juez del tribunal juvenil en el caso *Appleton* comenzó con auspicios poco favorables:¹

Entre las pocas cargas displacenteras que recaen sobre un juez de juicio se encuentra la responsabilidad de determinar el destino de un niño.

En apariencia, el juez se sintió confrontado no con la *oportunidad* de proteger las posibilidades de un niño de crecer saludablemente, sino con la *carga* que conlleva tener que destruir esa oportunidad.

Los Appleton eran padres sustitutos de Tom, un niño de 5 años que había vivido con ellos durante los últimos cuatro años de su vida, que pidieron al tribunal no tener que devolver a Tom a sus padres biológicos, tal como se los estaba exigiendo el Servicio de Asistencia Infantil del Estado. Querían poder mantener su custodia y, si era posible, adoptarlo. El juez determinó que la agencia estatal tenía la «real custodia» del niño y la autoridad para determinar qué era lo mejor para él. Así se dijo que: «Si ... los intereses del niño recibieran consideración suprema, el tribunal podría determinar que el joven Tom obtendría grandes ventajas y beneficios» con los Appleton. Pero ellos, pese a ser los padres psicológicos de Tom y desde su punto de vista sus únicos padres, sólo tenían la custodia *de facto* del niño. El tribunal advirtió lo siguiente:

La agencia a la cual el niño fue asignado... está satisfecha porque las causas que apoyaron la decisión judicial [de separar al niño de sus padres y de ubicarlo en otra familia] ya no existen y, por ende, el niño debe ser devuelto a sus padres naturales.

[«Así de simple», se podría agregar. Pero el tribunal dijo además:]

Los Appleton aceptaron al niño con conocimiento de los términos del arreglo y recibieron dinero en compensación por sus servicios. En el acuerdo también se pactó que los Appleton no iban a iniciar ningún tipo de trámite con miras a lograr una adopción. Ya que la custodia del niño no debe basarse sólo en un contrato y el niño no debe ser considerado como una cosa, los padres biológicos tienen deberes y obligaciones naturales y tienen derecho sobre el niño.

Y finalmente, en un esfuerzo aparente por reforzar su decisión, el juez recitó mecánicamente:

De acuerdo con la Ley de Tribunales de menores, Sección I, 11 P.S., Sección 50-101, está expresamente establecido que la unidad de la familia, siempre que sea posible, debe ser preservada. *La familia en sí misma es una institución cuya santidad debe ser preservada.*

Haciendo caso omiso de la obligación estatal de mínima intervención y de continuidad en las relaciones familiares, el tribunal procedió a *destruir* la única familia que Tom había conocido. La integridad, estabilidad, y santidad de la familia de Tom fue así destrozada por orden judicial. Para Tom hubiera sido más fácil soportar, a la larga, que los Appleton fallecieran en un accidente automovilístico. Ahora, él sabe que sus padres sustitutos están vivos, pero fuera de su alcance y visión por orden judicial. Para salvaguardar la política de la agencia de cuidado infantil, para hacer cumplir un contrato y para preservar una relación familiar inviable, el tribunal sacrificó el futuro de un niño. En cualquier otro caso de ruptura contractual, referida a servicios personales —y no a mercadería— en cualquier otro caso en el que adultos disgustados, como los padres biológicos de Tom, pudieran demandar por daños y perjuicios a causa del dolor y el sufrimiento, el tribunal hubiese condenado a pagar sólo una indemnización monetaria. No se hubiera amenazado a nadie con prisión por incumplir un

contrato. Sin embargo, se amenazó al señor Appleton con ser encarcelado si continuaba rehusándose a entregar a su hijo. Y ciertamente, no hubiera podido imponer a ningún adulto, especialmente a alguien que no tuvo participación en el contrato original, un comportamiento tan específico como lo hizo con Tom cuando le ordenó que dejara su hogar para irse a vivir con «extraños».

Finalmente, como si estuviera ciego frente a la realidad, el tribunal pronunció con gran firmeza otro principio de mínima intervención estatal:

El Estado es y debe ser restrictivo en quitar un niño a sus padres, excepto bajo condiciones demasiado inusuales.

Y así debió haberlo hecho. Pero los padres del niño en este caso eran los Appleton, y no sus progenitores que estuvieron ausentes por largo tiempo y de los que fue separado antes de cumplir los 12 meses.

Pero el tribunal fue incapaz de aplicar sus propias pautas. No pudo o no quiso reconocer cuál de las dos partes en disputa era la familia real de Tom y quiénes, entre estos adultos en discordia, eran sus padres reales, esto es, psicológicos. El tribunal siguió un criterio mecanicista de lazos de sangre para identificar a la familia y a los padres de Tom. Pasó por alto así cuatro años de un inusual cuidado y afecto como factor determinante. No se preguntó «¿a quién posee Tom?» sino «¿quién puede poseer a Tom?». El tribunal permitió que el Estado se entrometiera de manera contundente en las relaciones familiares de Tom que se encontraban en pleno desarrollo y que hiciera pedazos la familia auténtica que conformaban Tom y sus padres sustitutos.

Aunque los padres biológicos hubieran sido ideales y en todos los aspectos superiores a los Appleton, y aún cuando se hubiese podido afirmar que el Estado cometió un error en su decisión inicial de ubicar a Tom en una familia temporaria o en dejarlo allí por un tiempo que supera la noción de «custodia temporal», la sentencia nunca debió haber resultado perjudicial para el niño. Lo que en un comienzo se previó como «temporal» se convirtió en permanente. La relación entre Tom y los Appleton merecía ser reconocida como una adopción de acuerdo a las leyes ordinarias, y merecía también ser tratada con la

misma finalidad que la ubicación del niño con sus padres biológicos. Sólo de este modo podría el tribunal haber dado credibilidad a su anunciada política en favor de la unidad familiar y de «la restricción de quitar al niño a sus padres excepto bajo condiciones inusuales».

Pese a que no deben, por cierto, ser tomados como relevantes en la decisión del caso, los hechos inusuales que rodearon la vuelta de Tom con sus padres biológicos incrementan la tragedia ya trazada por la decisión judicial. Los datos al respecto ofrecen pocas esperanzas a aquellos que mantienen algunas expectativas mágicas de que todo, de algún modo, derive en lo mejor. El registro revela que la madre biológica había sido responsable de la muerte de su hijo de un mes de vida, quién sufrió una hemorragia cerebral luego de que ella lo golpeara furiosamente en la cabeza; que, además, le rompió una pierna a otro de sus hijos en un arranque de mal humor y que luego quemó gravemente al mismo niño para castigarlo, y que pateó severamente a un tercer hijo de 16 meses en un ataque de furia. Esta mujer estuvo medicada durante casi toda su vida adulta, incluyendo un encierro de dos años en un instituto de salud mental. El padre biológico de Tom, por su lado, había tenido problemas de alcoholismo.

Si a Tom se le hubiese concedido el rol de parte interesada y si hubiera sido representado como una persona con derechos, el tribunal se hubiera visto forzado a focalizar la cuestión en *las necesidades del niño* en vez de quedar atrapado en las ficciones legales que convirtieron a los Appleton en custodios *de facto*, que instituyeron al anónimo Servicio Estatal de Cuidado Infantil como *real custodio*, y que hicieron que los padres biológicos de Tom sean su *familia auténtica*.

II

Aproximadamente en la misma época se llevó a cabo un proceso similar en otra jurisdicción, pero con resultados diferentes. La opinión del juez de Familia Tim Murphy, en el *Caso de N.M.S.*,² se refiere a una niña de 9 años y medio, llamada Maggie, que había vivido toda su vida —excepto sus primeros ocho días— con los Thomas, sus padres sustitutos. Maggie había sido originalmente asignada a la custodia de la

Administración de Rehabilitación Social del Distrito de Columbia (S.R.A.) para que la ubicara en una familia provisoria, ya que había sido declarada como una niña sin hogar y sin el adecuado cuidado parental. Así como había hecho la Agencia de Cuidado Infantil en el caso Appleton, la S.R.A., que retenía la custodia legal, recomendó que la madre biológica de Maggie pudiera volver a tenerla. A Maggie se le dio oportunidad de describir sus sentimientos ante el juez, y en esa ocasión se opuso severamente la posibilidad de ser quitada de su hogar. Los Thomas pidieron al Tribunal que cesara la custodia que detentaba el S.R.A. y que se les diera a ellos la custodia legal.

Al cabo de cuatro días de audiencias en las que cada parte, incluida Maggie, tuvo asistencia legal independiente, el juez Murphy determinó que devolver a Maggie a su madre biológica no sería acorde al interés superior de la niña. Advirtió que la recomendación del S.R.A., pese al uso del discurso del interés superior, fue hecha «sin ningún tipo de consideración seria acerca de los intereses de la niña». El juez descubrió, además, que el S.R.A. estaba actuando fundamentalmente para evitar publicidad desfavorable para la agencia por eventuales juicios con los que había ya amenazado la madre biológica. El juez Murphy entendió que su obligación era, en cambio, determinar qué era lo menos perjudicial para Maggie. En su opinión, la niña era una «niña rechazada», pese a que descubrió que no había sido abandonada o abusada y que su madre biológica «no era incapaz de hacerse cargo de sus responsabilidades, es decir, en el lenguaje del estatuto, 'cuidar o controlar' a Maggie en un sentido físico y material, vestirla y alimentarla adecuadamente y atender a sus necesidades médicas». Aún así, el juez advirtió que el tribunal «debía considerar las necesidades emocionales y mentales de la niña al abordar una decisión. Si no se tuviera en cuenta el impacto emocional y mental que una eventual decisión judicial pudiera ocasionarle a Maggie, se estaría desatendiendo la letra de la ley». El juez Murphy, en efecto, decidió que Maggie *no* se encontraba en estado de desamparo ni descuidada su salud emocional, *sino que ella podría convertirse en una «niña abandonada»* si su pertenencia a la familia Thomas quedara sin efecto.

Al hacer esta forzada pero constructiva aplicación de la ley sobre abandono, el juez Murphy tomó como determinante la necesidad de

la niña de poder continuar la relación con sus padres psicológicos, aquí sus padres sustitutos. Al comienzo advirtió:

Padre psicológico es aquél al que el niño se compromete emocionalmente a causa de la atención día a día a sus necesidades de cuidados físicos, nutrición, comodidad, afecto y estímulo.

Más adelante agregó:

Maggie conoció sólo un hogar durante sus nueve años y medio... ha crecido extremadamente bien en esa casa... y está muy feliz, segura y bien adaptada a su hogar provisorio.

Para esta recomendación agregó esta nota al pie:

Las teorías del psicoanálisis establecen, así como lo hacen los estudios acerca del desarrollo realizados por otras orientaciones, la necesidad de cada niño de tener una relación afectuosa, estimulante e *ininterrumpida* con un adulto (*Beyond the best interests of the child*).

El juez Murphy, en la vereda opuesta al juez del caso Appleton, centró su atención en las necesidades del niño, y no en las de los padres biológicos o sustitutos o en las de la agencia de asistencia infantil.

El tribunal advierte que el interés superior de esta niña no se vería satisfecho sacándola de este hogar cálido y feliz en el que ha pasado toda su vida, y separándola de sus padres sustitutos a los que ella llama «mamá» y «papá», y de sus hermanos y hermanas sustitutos, para colocarla en un entorno en el que se sienta incómoda y ansiosa, para vivir en un lugar en el que no quiere vivir con una mujer que es más una conocida que una madre. Al llegar a esta decisión, el tribunal no considera a la madre biológica inadecuada en sentido material, ni que los Thomas sean más adecuados que ella. El tribunal está considerando aquí el interés superior de Maggie y sólo de ella.

El tribunal rechazó la petición de adopción de Maggie, ya que aparecía como una opción inviable legalmente. El juez Murphy también rechazó, pese a haberlo considerado seriamente, ubicar a Maggie

con su madre biológica por un período de prueba de seis meses para ver cómo esto la afectaría.

El tribunal se pronunció en contra de esta alternativa porque entendió injusto y potencialmente peligroso el experimentar con la niña para satisfacer el deseo de su madre biológica de tenerla con ella, lo que en aquel momento hubiera sido —según la visión de este tribunal— claramente adverso a los intereses de la niña.

El tribunal pensaba que, a su modo, la madre biológica intentaría hacer lo mejor para Maggie, pero la cuestión era que se trataba de 'demasiado poco demasiado tarde'. Con la sabiduría de poder ver el futuro, quizá si se hubiese hecho un mayor esfuerzo años antes para unir a Maggie con su madre biológica, la reunión podría hacerse ahora sin daños que temer. El tiempo, sin embargo, ha ido contra esta posibilidad porque los Thomas son ahora los padres auténticos de la niña y ella necesita continuidad en esta relación.

El tribunal decidió otorgar la custodia a los padres sustitutos, condicionada, sin embargo, a que la madre biológica pueda visitar a la niña cada seis semanas.

Advirtiendo que la percepción del tiempo de un niño es diferente a la de un adulto, y que un período relativamente corto de acuerdo a patrones de un adulto puede implicar demasiado tiempo para un niño y una amenaza para la continuidad de las relaciones familiares, el juez Murphy, tan pronto como llegó a su decisión, convocó a las partes a su despacho para informarles acerca de ella. De este modo, pasó por alto las prácticas corrientes que hubieran implicado que los interesados tuvieran que esperar hasta que la sentencia estuviera transcrita y registrada. Modificando así una práctica procesal para que esté acorde con la alternativa que menos afectaría, el juez Murphy ahorró a Maggie, a sus padres sustitutos y a su madre biológica, pero especialmente a la niña, más de un mes de largas jornadas de espera ansiosa y de incertidumbre acerca de sus destinos.

La habilidad y flexibilidad del juez Murphy para proteger los intereses de Maggie no deben ser usados para oscurecer sino para dar más claridad a la evidencia de cuán inadecuadas y crueles son las leyes sobre el régimen de familias sustitutas y su aplicación por parte del Estado. Aun este escape ingenioso de la camisa de fuerza legal que el

juez Murphy pergeñó para Maggie fue insuficiente, al no poder darle a la niña la misma seguridad de una familia permanente que generalmente conlleva el régimen de adopción o la entrega del recién nacido a sus padres naturales. Maggie es aún una niña asignada a una familia sustituta sujeta a las condiciones de visita que le imponga el tribunal y que constituyen una amenaza para la continuidad de la relación entre la niña y sus padres psicológicos, la que el tribunal protegió tan vigorosamente.

Discusión

Lo que queda de este ensayo tiene como propósito reducir la probabilidad de que ocurran estas tragedias de manufactura legal, tanto en el caso de un niño que está ubicado en una familia sustituta de manera insegura e indeterminada (como ocurrió en los casos *Appleton* y *Thomas*) como en el supuesto de niños que son paseados de una familia sustituta a otra de acuerdo con una política bastante corriente de las agencias de asistencia tendente a desalentar las relaciones continuas y permanentes entre el niño y sus padres provisorios.

El régimen de familias sustitutas debe adoptar una nueva cara. Debe ser redefinido no sólo en la teoría, sino también en la práctica, como provisorio. Mientras este tipo de remedio asistencial sea concebido como temporal sólo en la teoría, puede constituirse, como de hecho ha ocurrido, en una ficción legal para destruir familias, especialmente las más pobres. Una decisión judicial que determine que un niño debe ser sometido al régimen de familias sustitutas debe contener la expectativa para todas las partes, y para el tribunal, de que el niño —de acuerdo a su sentido del tiempo— va a ser restituido a su familia en un período breve, y que durante ese período de separación se debe hacer todo lo necesario para mantener vivos los lazos que unen al niño con sus padres ausentes. La perturbación de la continuidad de estos vínculos debe reducirse al mínimo si el volver a unirlos —que debe ser la *meta* del régimen de familias sustitutas— está previsto; ello, para resguardar los intereses mutuos del niño y sus padres. Lo que esto vaya a significar tanto en términos de temporalidad como de la pro-

visión de elementos destinados a mantener la reciprocidad de las relaciones afectivas dependerá en gran medida de la edad del niño o niña al momento de ser ubicado en una familia sustituta y del alcance y forma de accesibilidad que tengan tanto los padres como el niño durante el período de separación. Cuanto más joven es el niño más corta debe ser la duración de su permanencia con la familia sustituta si se pretende que aquella sea temporaria.

En un trabajo de James y Joyce Robertson (1971) se sugirió que este tipo de arreglos fueran realizados por dos o tres semanas, quizá más, para un niño de entre un año y medio y dos años y medio. Los «padres» sustitutos deben ser convocados para discutir, cuando sea posible, con los padres naturales o adoptivos del infante acerca de sus hábitos alimenticios, higiénicos y de descanso; sus preferencias, y todo aquello que implique que el niño mantenga los lazos con su hogar originario, inclusive fotografías de sus padres y de su habitación. Si es posible, debe preverse que cada uno o ambos padres puedan visitar a su hijo. Estos esfuerzos pueden ser facilitados si se hacen arreglos para que el hogar provisorio se encuentre en el mismo barrio que la casa de los padres del niño. Para los niños en edad escolar, la continuidad en el entorno barrial, por ejemplo, puede facilitar que el niño mantenga sus vínculos con la escuela y con los amigos. Las variantes que existen para lograr satisfacer las necesidades del niño y sus padres para que los lazos entre ellos no sean cortados son incontables y están más allá del alcance de este trabajo.

Si se aclara que los propósitos y las expectativas de esta nueva visión del régimen de familias sustitutas apuntan a preservar las relaciones entre el niño y sus padres ausentes y que la medida que se adopte debe ser temporaria, esto debe conducir —en el momento de la decisión— a una evaluación realista de las circunstancias que hacen considerar el sistema de familias sustitutas y de las oportunidades para su efectiva implementación. Si se reconociera, por ejemplo, que las circunstancias que justifican esta solución no son agudas, sino más bien crónicas, y que hay una alta probabilidad de que la separación sea por un período prolongado, se deben hacer renovados esfuerzos para considerar la aplicación de todos los recursos que permitan sostener a la familia y mantenerla intacta. Exceptuando la disponibilidad de es-

tos recursos, la adopción debe ser considerada como la alternativa menos deteriorante que permita asegurarle al niño una oportunidad inmediata para desarrollar todas sus potencialidades como un miembro estable de una nueva pero permanente familia.

Si las circunstancias, incluyendo las previsiones para mantener los lazos existentes, justifican el cuidado del niño por parte de una familia provisoria, el tribunal debe determinar por anticipado el tiempo máximo para que el arreglo sea temporario. En la determinación de este período se deben tener mínimamente en cuenta la particular percepción del tiempo del niño, su capacidad y la de sus padres para sostener la relación durante la separación, y la naturaleza de las circunstancias que llevaron a la reubicación. Para asegurarse de que esta no se extienda más allá del máximo sin reconsideración del tribunal, cada caso debe ser previsto para su revisión poco antes de la expiración de ese plazo. Este *sistema de advertencia temprana* puede servir para dejar al descubierto aquellos casos en los que el niño no ha sido aún devuelto a su familia. Una nueva determinación será requerida para considerar la restitución, con o sin servicios de asistencia, y si ésta no constituye una opción razonable, para decidir la adopción del niño, posible y probablemente por parte de sus padres sustitutos.

En el caso de que el sistema de advertencia temprana falle en descubrir una ubicación en una familia sustituta que se extiende mas allá del máximo establecido para el niño, o en el caso de que ese tiempo no haya sido prefijado, se debe establecer un período de corte por vía legal. Se deberá establecer, por ejemplo, que los niños de menos de 6 años que hayan pasado más de 12 meses bajo el cuidado de una familia sustituta, y aquellos de más de 6 años que hayan estado 18 meses en similares condiciones, deben presumirse como adecuados para ser adoptados por su familia provisoria o, si ésta no desea adoptar, el niño puede ser considerado, en general, adoptable.

En aquellas situaciones en las que la familia sustituta no desee adoptar pero que quizá desee continuar indefinidamente esta relación a largo plazo con el niño, puede resultar menos dañoso para éste continuar con esa relación que ser arrancado de ella sólo para cumplir con la política estatal que presupone que el régimen de familias sustitutas debe ser temporal. Estas relaciones a largo plazo deben ser re-

denominadas como *régimen de familia sustituta con custodia*. Esta clasificación puede ofrecer una expectativa relativamente alta en el niño y sus padres sustitutos en esta continuidad que generalmente está asociada con la adopción. La ley debe proteger a las familias sustitutas con custodia de la amenaza de interrupción que pueden implicar los padres biológicos que han estado ausentes por mucho tiempo o por la agencia de asistencia infantil que puede sostener que su política no ha sido observada.

Cualquiera sea el período de corte establecido, que por definición debe ser arbitrario, se debe permitir que los padres sustitutos puedan solicitar, no sólo después, sino en cualquier momento previo a la expiración del plazo legal, que el tribunal determine si la relación sustituta no ha dejado ya de ser temporaria y si el niño puede ser adoptado por ellos si puede ser reclasificado como *niño en familia sustituta con custodia*. Finalmente, así como los servicios de asistencia para mantener a las familias en riesgo deben ser preferibles a la reubicación en una familia sustituta, las relaciones a largo plazo deben ser aseguradas por la adopción o la custodia en la familia sustituta, y esto debe ser estimulado evitando interrupciones, e intentando incrementar los pagos a los padres sustitutos dispuestos a aceptar un acuerdo a largo plazo.

Bajo una legislación que defina así al régimen de familias sustitutas y la adopción, tanto Tom como Maggie se hubieran convertido automáticamente, tanto por el paso del tiempo como a través de un proceso legal muy simple, en niños susceptibles de ser adoptados por sus padres psicológicos reales o ser convertidos en *niños en régimen de familia sustituta con custodia*. Al momento de su ubicación, era inverosímil que Tom pudiese ser visto como un niño cuyos lazos con sus padres naturales pudieran ser mantenidos o que pudiera ser devuelto a su hogar original dentro de un período razonable. De acuerdo con lo aquí pautado, Tom debió ser puesto directamente en adopción.³ En cuanto a Maggie, de acuerdo con los datos que se poseen, el apoyo estatal oportuno para su madre biológica hubiera sido preferible al régimen de familias sustitutas. De cualquier modo, la asignación a una familia sustituta a través de un arreglo temporario hubiera sido un proyecto razonable.

Lo que aquí se propone debe ser tenido en cuenta para futuras asignaciones de niños a hogares temporarios. ¿Pero qué ocurre con los miles de niños que se encuentran actualmente bajo un más que temporario cuidado a cargo de su familia sustituta? ¿Van a ser mantenidos en estado de incertidumbre durante toda su niñez, con la excepción hecha por los pocos afortunados que han recibido la atención de un magistrado como el juez Murphy?

Un gran porcentaje de los niños que se encuentran hoy en este país sometidos al régimen de familias sustitutas tiene pocas probabilidades de ser devuelto a sus padres ausentes; aun así la mayoría de ellos enfrentan la amenaza de ser quitados del único hogar auténtico que conocen. Pareciera que no se los reconoce como ciudadanos protegidos por el derecho constitucional que hace que nos sintamos seguros en nuestros hogares. Esta amenaza debe ser levantada de las vidas de estos niños por medio de una legislación provisoria que determine que respecto de todos los niños que lleven un tiempo de dieciocho meses o más bajo el cuidado de una familia susrituta debe presumirse que pueden ser adoptados por la familia con la cual viven o que es aceptable que se conviertan en niños bajo el régimen de familias sustitutas *con custodia* o adoptables por otra familia, en caso de que su familia actual no desee adoptarlos. Los pagos que se hacen a los padres sustitutos deben, por supuesto, continuar para que las familias se sientan más seguras en la asunción de responsabilidades. De acuerdo a esta legislación que se propone, ya no serían necesarios ni la coacción de los abogados, ni las pilas de informes de evaluación, ni días y días de audiencias ni extensas opiniones judiciales para justificar y asegurar el derecho de cada niño de vivir con sus padres auténticos, aunque estos no se correspondan con los biológicos.

Estos refuerzos legislativos encaminados a garantizar el derecho de los niños a una familia permanente y el de los padres, sin importar cuán pobres sean, a tener a los niños consigo obligarían a un nuevo enfoque que lleve a una lectura más realista de las leyes sobre abandono y abuso. Se debe garantizar que niños y padres no sean separados por la fuerza, salvo por los supuestos que determinen las leyes, los que deben estar precisamente definidos, y siempre apuntando a la mí-

nima intervención estatal. Esas pautas deben realzar la dignidad humana y la autonomía de los padres para criar a sus hijos de la manera que les parezca más conveniente. Pero el puro cambio de palabras no produce efectos mágicos. Esas leyes, no importa cuán precisas sean, deben ser puestas en marcha por personas que entiendan y acepten las bases filosóficas y psicológicas subyacentes a la idea de mínima coerción estatal. De otro modo, la legislación sobre familias sustitutas seguirá siendo utilizada para mantener a los niños en situación de riesgo. A través de dicha legislación —administrada con total apreciación de sus propósitos— la ley podrá comenzar a asegurar a cada niño desamparado un hogar y una pertenencia continua y total a una familia en la que se sienta querido.

Traducción de Mariano Gonzalo Álvarez

Notas

1. Los nombres usados son ficticios. Por ello, no se da la cita de este fallo del año 1973.

2. Este caso de 1974, que yo llamo el Caso Thomas, puede ser citado ya que la Corte no utilizó los nombres reales de las partes.

3. Tom fue separado una vez más de su familia biológica a raíz de haberse descubierto severos signos de castigo en su espalda. Esto —y se me hace difícil creer que estamos hablando de un ser humano— llevó a que Tom fuera transferido, no con los Appleton, sino a un orfanato. Así, Tom fue dejado en un cruel estado de incertidumbre —puesto en riesgo por su *parens patriae*, el Estado— mientras que los Appleton buscaron restaurar los ya dañados lazos psicológicos entre ellos. Más ansiosos por proteger su política de familias sustitutas que el bienestar del niño, la agencia estatal se opuso a que Tom regresara con los Appleton. Sin considerar la percepción de tiempo que tiene un niño y su sentido de abandono, y aparentemente incómodo por la parte que le tocó al poner al niño en situación precaria, el tribunal se tomó 6 meses para decidir que lo mejor para Tom era volver con los Appleton. Pero el estado de incertidumbre de Tom acerca de quién, si es que hay alguien, lo iba a cuidar de manera permanente fue interminable. El juez decidió, además, que Tom no había sido abandonado por sus padres biológicos y que la adopción por parte de los Appleton era inviable.

El abuso infantil como
una forma de esclavitud.
Una respuesta a *Deshaney*
desde la Enmienda XIII

AKHIL REED AMAR Y DANIEL WIDAWSKY

Ni la esclavitud ni la servidumbre involuntaria; excepto como castigo del crimen por el que alguien haya sido debidamente condenado, existirán dentro de los Estados Unidos, o cualquier lugar sujeto a su jurisdicción.

Constitución de los
Estados Unidos de América¹

La Enmienda XIII de la Constitución es una «magnífica aunque simple declaración de la libertad personal de toda la especie humana dentro de la jurisdicción de este gobierno».² En un solo golpe, la Enmienda proscribió la «institución peculiar» de la esclavitud del sur con sus contingentes de subasta de esclavos, los celadores, las cadenas de hierro, y todo lo demás. Aun así, la Enmienda es más que una mera reliquia decimonónica, escrita sólo para reformar un tiempo y un lugar «peculiar». La aversión de los fundadores hacia «la institución peculiar» los llevó a anunciar una norma más universal y trascendente: no debe existir la esclavitud en cualquiera de sus formas y en lugar alguno. La emancipación no discriminó por edad; la Enmienda liberó tanto a menores como a adultos. Tampoco discriminó según el estado familiar: en 1865, muchos esclavos eran mulatos engendrados por sus amos blancos, y aun así ellos también fueron claramente protegidos.

La Enmienda no sólo incluyó a aquellos esclavos con algún ancestro africano, sino a todas las personas, cualquiera fuera su raza u origen nacional. Su amplia formulación y punto de mira prohibieron no sólo el trabajo forzado para el enriquecimiento económico del amo, sino todas las formas de esclavitud con independencia del motivo último de tal dominación, como podía ser la degradación y deshumanización por codicia (como en el mercado de algodón) o el sadismo (como en el caso de los azotes). Finalmente, la Enmienda impuso incluso la abolición de sumisiones «privadas» a la esclavitud, perpetuadas no sólo por la fuerza del derecho, sino por la violencia del amo hacia el esclavo. La Enmienda ordenó que la condición de facto de la esclavitud dejaría de existir en Norteamérica.

Por lo tanto, como demostraremos en mayor detalle mas adelante, la Enmienda XIII extiende —tanto por la letra como por su espíritu— su protección explícita a un esclavo incluso si: 1) el esclavo es un niño, 2) el niño esclavo es descendiente del amo, 3) el niño esclavo no tiene raíces africanas, 4) el niño esclavo no se utiliza para maximizar las ganancias financieras del amo, y 5) la esclavitud del niño existe de facto, y no de jure. Uno de esos niños esclavos fue Joshua DeShaney.

En la parte I de este comentario presentamos al lector a Joshua DeShaney y las opiniones de la Corte Suprema que surgieron sobre el abuso infantil que él sufrió. En las partes subsiguientes sostendremos que la Enmienda XIII ofrece importantes oportunidades de reparación para Joshua y otros como él. La idea de que la Enmienda XIII pueda ser aplicada al abuso infantil sorprenderá sin duda a muchos lectores como una idea novelesca, si no poco probable. Pedimos paciencia a estos lectores y les recordamos que, por ejemplo, sólo una generación atrás, las ideas según las cuales se podía relacionar al aborto y la pornografía con derechos de igualdad para las mujeres —una ideas ampliamente sostenidas en la actualidad— fueron vistas por muchos como igualmente novelescas e improbables. Hacia el final de este comentario, esperamos poder establecer que la condición de Joshua DeShaney está vinculada a las preocupaciones centrales de la Enmienda XIII, y que esta Enmienda habla del horror del abuso infantil con una franqueza notable. En efecto, creemos que esta Enmienda

—y no la doctrina del debido proceso sustantivo— brinda el mejor vehículo constitucional para conceptualizar y caracterizar casos como el de Joshua.

I. Joshua y la Corte Suprema

A. Debido proceso sustantivo

En *DeShaney v. Winnebago Country Department of Social Services*,³ la Corte Rehnquist sostuvo que —de acuerdo a la cláusula del debido proceso de la Enmienda XIV— el Estado de Wisconsin no tenía el deber constitucional de proteger a un niño del abuso físico de su padre. Los hechos del caso eran conmovedores.⁴ En sus primeros cinco años de vida, Joshua DeShaney fue golpeado en repetidas ocasiones por su padre, y como consecuencia sufrió una severa lesión cerebral. Durante estos años, Joshua permaneció bajo la custodia de su padre a pesar de que el Departamento de Servicios Sociales del Condado de Wisconsin Winnebago (DSS) tenía fuertes razones para creer que Joshua era víctima de un serio abuso. En enero de 1983, después de haber sido admitido en un hospital local por heridas múltiples, Joshua fue temporalmente separado de la custodia de su padre, pero un tribunal juvenil de Wisconsin pronto devolvió el niño a su padre. Durante el curso de las visitas mensuales a lo largo de 1983, un trabajador social del DSS observó y grabó sistemáticamente muchos signos de la victimización de Joshua pero no tomó mayores medidas para proteger al niño. En febrero y noviembre de 1983, un centro local de urgencias se puso en contacto con el DSS para reportar que Joshua había sido nuevamente tratado por lesiones supuestamente originadas por abuso infantil. En ambas ocasiones el trabajador social prefirió no tomar ninguna medida para separar a Joshua de la custodia de su padre. En marzo de 1984, pocas semanas antes de su quinto cumpleaños, Joshua sufrió una paliza salvaje y última. Su hospitalización subsecuente reveló una historia de lesiones traumáticas en la cabeza, que llevaron a los médicos a concluir que Joshua tendría que pasar el resto de su vida en una institución para deficientes mentales profundos. Entonces Jo-

shua y su madre biológica formularon una demanda contra el DSS y otros oficiales locales por no haber separado a Joshua de la custodia de su padre ante reiteradas evidencias de abuso físico.

La Corte Suprema denegó la petición constitucional de Joshua interpretando que la cláusula del debido proceso no exigía que el Estado «proteja la vida, la libertad y la propiedad de sus ciudadanos contra transgresiones cometidas por actores privados». ⁵ El presidente de la Corte Rehnquist, que redactó el voto de la mayoría, distinguió con agudeza el caso de Joshua respecto de *Youngberg v. Romeo*, ⁶ un caso en el que la madre de un hombre que había sido ingresado en una institución por Pennsylvania formuló con éxito una demanda de debido proceso contra el Estado ⁷ por no haber protegido a su pupilo de la lesión. La corte de *DeShaney* dijo que *Romeo* había sido decidido favorablemente sólo por la proposición según la cual:

...cuando el Estado toma a una persona bajo su custodia y la retiene allí contra su voluntad, la Constitución le impone el correlativo deber de asumir alguna responsabilidad por su seguridad y su bienestar general ... [El estado no puede] por el ejercicio afirmativo de su poder restringir [...] la libertad de un individuo incapacitándolo para cuidarse por sí mismo, y al mismo tiempo no [...] proveerle lo necesario para satisfacer sus necesidades humanas básicas, por ejemplo, comida, vestimenta, albergue, atención médica y seguridad razonable ... ⁸

Tomándola al pie de la letra, esta afirmación en realidad cuestiona el resultado de la Corte en *DeShaney*. Uno podría fácilmente argumentar que el Estado de Wisconsin, «mediante el ejercicio afirmativo de su poder,» «restringió» de hecho la «libertad» de Joshua, y al mismo tiempo «no le proveyó de lo necesario para satisfacer sus necesidades humanas básicas», en este caso, «seguridad razonable». Después de todo, el derecho de familia de Wisconsin otorgó afirmativamente al padre Randy DeShaney un derecho legal de custodia física sobre Joshua. ⁹ Tal como el juez Brennan observó en su disidencia en *DeShaney*, «Wisconsin ... efectivamente confinó a Joshua DeShaney dentro de las paredes del violento hogar de Randy DeShaney hasta el momento en que el DSS tomó medidas para separarlo». ¹⁰ Si Joshua hubiera huido de la casa de su padre abusivo —con la ayuda, hay que decirlo, de su madre (quién había sido despojada de la custodia cuan-

do Joshua era más pequeño)— la policía local o estatal habría estado preparada para detener a Joshua y devolverlo a la custodia paterna. De hecho, un tribunal de menores de Wisconsin tuvo temporalmente la custodia sobre Joshua en enero de 1983 y lo devolvió al cuidado de su padre.

La Corte Suprema, por un lado, reconoció que el caso podría haber sido diferente si el DSS hubiera ubicado a Joshua en un hogar adoptivo y los abusos se hubiesen cometido en éste.¹¹ Sin embargo, la distinción entre padres biológicos y padres adoptivos es dudosa porque en ambas situaciones, el Estado, a través del derecho de familia, elige quién tendrá la custodia legal sobre un menor. La biología no es el destino; la custodia de un padre biológico sobre su descendencia no es meramente «natural» y prepolítica. Más bien, como la propiedad, la custodia es un concepto *legal*, formado y asegurado en su efectivo cumplimiento por el Estado. Por ejemplo, el padre biológico de un niño cuya madre está casada legalmente con otro hombre en el momento de la concepción y nacimiento del niño es específicamente *no* reconocido como el padre legal con derechos legales de custodia.¹² No obstante, la Corte concluyó que el Estado de Wisconsin no tenía ninguna responsabilidad por el confinamiento de Joshua a la custodia de su padre: «Aunque el Estado pudo haber renido conciencia de los peligros que Joshua enfrentaba en el mundo libre, no tuvo participación en crearlos ni hizo nada para volverlo más vulnerable a ellos».¹³

La estrecha aplicación de *Youngberg* hecha por la Corte reflejó sus obvias preocupaciones respecto del «debido proceso sustantivo» y los derechos «afirmativos». La Corte hizo un esfuerzo para señalar que la demanda de Joshua puso en funcionamiento «el componente sustantivo de la cláusula del debido proceso en lugar del componente procesal; los actores no sostienen que el Estado denegó la protección a Joshua sin otorgarle garantías procesales apropiadas, sino que estaba categóricamente obligado a protegerlo en esas circunstancias».¹⁴ La Corte fue claramente recelosa respecto de esta obligación «categórica» de «proteger». Si de acuerdo a la cláusula del debido proceso, el gobierno era responsable por cada error privado, se podría poner en marcha un desfile interminable de pretensiones de responsabilidad

gubernamental: las víctimas del crimen demandarían al gobierno por servicios de policía inadecuados; las víctimas del fuego demandarían al gobierno por servicios inadecuados contra incendios; las víctimas de la pobreza demandarían al gobierno por servicios sociales inadecuados; y así sucesivamente. El juez Posner, trabajando para la séptima jornada del caso *DeShaney*, expresó este miedo cuando escribió: «El Estado no tiene un deber exigible por los tribunales federales de mantener una fuerza policial o un departamento de bomberos, o de proteger a los niños de sus padres». ¹⁵ Así, a pesar de la extensión de la acción estatal en el caso de Joshua, la Corte Suprema, siguiendo de cerca al juez Posner, rehusó reconocer la demanda de debido proceso sustantivo de Joshua.

B. La Enmienda XIII: un análisis preliminar

Los abogados de Joshua no formularon una demanda basada en la Enmienda XIII. Pero el juez Blackmun, en su apasionada disidencia en *DeShaney*, sentó las bases para una demanda de este tipo cuando comparó la opinión de la mayoría en *DeShaney* a la de «los jueces anteriores a la guerra civil que negaban protección constitucional a los esclavos fugitivos». ¹⁶ La analogía entre la esclavitud anterior a la guerra civil y el abuso infantil —que el lenguaje provocativo del juez Blackmun plantea aunque no la desarrolla— parece tan impresionante como fructífera. Considérese el análisis preliminar siguiente.

Como un esclavo de los tiempos anteriores a la guerra civil, un niño abusado es sujeto a dominación casi total y degradación por otra persona, y es tratado más como un objeto de propiedad que como una persona. A menos que el Estado actúa para proteger a un niño abusado, la condición de éste presenta una terrible semejanza con la de los esclavos estadounidenses antes de la guerra civil. Por ejemplo, si un niño escapa, el Estado lo devuelve sistemáticamente a la custodia de sus padres, del mismo modo en el que los jueces de la época anterior a la guerra civil restituían a los esclavos fugitivos a sus amos. Y del mismo modo como los Estados en los tiempos anteriores a la guerra civil garantizaban el cumplimiento de los derechos legales de los amos

al control físico sobre sus esclavos, los Estados de hoy continúan haciendo cumplir los derechos legales de los padres al control físico sobre sus hijos.

Para estar seguros, no resulta de ayuda conceptualizar a los niños como esclavos, porque esta conceptualización implicaría que no existen diferencias entre un niño libre y un niño esclavo. Pero sería igualmente de poca ayuda exceptuar categóricamente a todos los niños del escrutinio de la Enmienda XIII, porque tal exención oscurece la diferencia clave entre un niño libre y un niño esclavo. Aunque virtualmente todos los niños están bajo alguna forma de «custodia» parental, la sola custodia no debería ser confundida con la esclavitud, al menos cuando están involucrados niños. Bajo circunstancias normales, la custodia parental no viola la Enmienda XIII porque se presume que los padres ejercen un control sobre el niño en el interés de éste mismo. Pero cuando un padre pervierte esta autoridad coercitiva abusando sistemáticamente y degradando a su hijo, tratándolo no como una persona sino como un objeto como si él tuviera un título de propiedad sobre el niño en lugar de actuar como un fideicomiso en su nombre, en tal caso el padre viola la Enmienda XIII y debería estar sujeto a una acción judicial.

Mientras la Enmienda XIV se aplica a la conducta del Estado, la XIII se aplica también a la conducta privada. La ausencia de un dispositivo de «acción estatal» en la Enmienda XIII hace más que sólo permitir al esclavo iniciar una acción legal en contra del amo privado; el lenguaje ampliamente obligatorio de la Enmienda según el cual la esclavitud «debe dejar de existir» ordena que el Estado proteja efectivamente al niño una vez que toma conocimiento de la esclavitud de facto, concreta e identificable dentro de sus fronteras. Para llevar adelante esta obligación, el Estado debe promulgar y hacer cumplir activamente leyes contra el abuso infantil dentro de su jurisdicción. Así, la Enmienda prohíbe tanto la acción privada como la inacción estatal en el caso de que el Estado llegue a tener conocimiento de esclavitud privada.¹⁷

La obligación afirmativa del Estado de acuerdo a la Enmienda, sin embargo, no desencadenaría aquel desfile de demandas de responsabilidad que preocupaba a la Corte en *DeShaney*. En forma distinta a las

demandas potencialmente ilimitadas de debido proceso sustantivo, una demanda fundada en la Enmienda XIII no expondría al Estado a asumir la responsabilidad por cada desacierto privado. De acuerdo con la Enmienda XIII, un Estado tiene una obligación sólo en casos de esclavitud o servidumbre involuntaria concretos e identificables, pero no en cada caso que involucre libertad o propiedad.

A nivel preliminar, el punto de vista de la Enmienda XIII aparece, por tanto, como una herramienta poderosa que nos permite ver *DeShaney* bajo una nueva luz. El estudio más cuidadoso de la Enmienda confirma y profundiza el análisis precedente.

II. Un examen más detallado de la Enmienda XIII: el abuso infantil como una forma de esclavitud

En 1865, *nosotros, el pueblo* de Estados Unidos, a través de la Enmienda XIII, declaramos que la esclavitud debía terminar. De manera más inmediatamente, la Enmienda se dirigió al sistema de esclavitud enquistado en los así llamados Estados confederados y fronterizos, un tejido complejo de leyes, costumbres, prácticas y actitudes a las que eufemísticamente se las ha llamado «la institución peculiar». Pero la concluyente formulación de la Enmienda y su visión subyacente a sus imperativos son más universales, y proscriben la esclavitud de todas las formas y en todos los lugares.

Pero ¿qué es concretamente la «esclavitud»? Para nuestros propósitos una buena definición de trabajo de «esclavitud»¹⁸ es: «Una relación de poder de dominación, degradación y reducción a la servidumbre en la cual los seres humanos son tratados como objetos, no como personas». Queda implícito en esta definición el rechazo de la idea según la cual la «esclavitud» depende necesariamente de la adultez, de la diferente filiación biológica, de la raza, del trabajo forzado o de la acción estatal. En otras palabras, una persona puede ser «esclavo» en los términos de la Enmienda XIII sea o no menor de edad; exista o no una relación de sangre entre el «amo» y el «esclavo»; tenga o no raíces africanas; sea que la esclavización tome o no la forma de «trabajo» forzado; y se encuentre o no la esclavización oficialmente sancionada

por el derecho estatal. En tanto un niño como Joshua es tratado como un objeto y sujeto (legal o ilegalmente) a dominación y degradación por un padre, dicho niño —de cualquier raza— tiene protección garantizada por los términos literales y la visión subyacente de la Enmienda XIII. La historia legislativa, los precedentes judiciales y las narrativas de los esclavos apoyan en su conjunto esta lectura amplia de la letra y el espíritu de la Enmienda.

A. Historia de la legislación

La historia de la Enmienda deja en claro que la esclavitud era entendida como íntimamente conectada con asuntos de servidumbre familiar. Los críticos de la esclavitud de mediados del siglo diecinueve repetidamente vincularon la «institución peculiar» con la poligamia. Por ejemplo, la plataforma republicana de 1856 declaraba que «es un derecho y un deber imperativo del Congreso prohibir en los territorios aquellas reliquias mellizas de barbarie: la poligamia y la esclavitud».¹⁹ En un famoso discurso pronunciado en el Senado sobre la admisión de Kansas a la Unión, el senador republicano por Massachusetts, Charles Sumner, refinó la analogía:

Por licencia de la poligamia, un hombre puede tener muchas esposas, todas unidas a él por lazos maritales, y en otros aspectos protegidas por la ley. Por licencia de la esclavitud una raza entera es entregada a la prostitución y al concubinato, sin la protección de ley alguna. Acaso, señor, ¿no es la esclavitud algo bárbaro?²⁰

Esta analogía entre esclavitud y poligamia no fue casual ni un mero eslogan político diseñado para forjar una alianza entre los votantes contrarios a la esclavitud y a los mormones. Más bien, la analogía fue una ecuación profunda, casi literal. La esclavitud en el sur antes de la guerra civil era en sí misma una suerte de poligamia. Tal como los panfletos abolicionistas populares enfatizaban en términos gráficos —casi lúbricos— la esclavitud daba a los amos blancos libre acceso sexual a un harén virtual de mujeres negras esclavas,²¹ o «concubinas» en el intencionado lenguaje de Sumner. En efecto, en un dis-

curso anterior sobre Kansas, Sumner había sugerido, con un doble sentido completamente provocativo, que la «esclavitud» era la «manceba» del hombre blanco del sur, y en particular, la manceba del senador por Carolina del Sur Andrew Butler.²²

Este sistema de «concubinato polígamo» que vinculaba a los amos blancos con los esclavos negros, generó una gran cantidad de descendientes mulatos que fueron tratados como esclavos por sus padres biológicos. En las impactantes palabras de la editora sureña Mary Boykin Chesnut, «como los patriarcas de antiguo, nuestros hombres viven todos en una casa con sus esposas y sus concubinas; y los mulatos que uno ve en cada familia se parecen en parte a los niños blancos».²³ Así, la relación entre amo y esclavo en muchos casos era literalmente una relación entre padre biológico e hijo. Durante los debates sobre la aprobación de la Enmienda XIII, varios defensores demócratas de la esclavitud plantearon una analogía entre la relación de amo a esclavo con aquella de padre a hijo. Tal como reconoció un opositor a la Enmienda:

La institución doméstica de la esclavitud es una de esas relaciones (sociales y domésticas), y fue reconocida en los Estados de esta confederación como una especie de interés de propiedad. La Constitución describe a los esclavos, y supongo que los niños y los aprendices podrían ubicarse en la misma clase, como personas ligadas al servicio.²⁴

En las palabras de otro defensor de la esclavitud:

El padre tiene el derecho al servicio de su hijo; tiene la propiedad del servicio de ese niño. Un esposo tiene un derecho de propiedad del servicio de su esposa; tiene el derecho a la administración de los asuntos de su casa. El amo tiene un derecho de propiedad sobre el servicio de su aprendiz. Todos estos derechos reposan sobre la misma base que el derecho de propiedad de un hombre sobre el servicio de esclavos.²⁵

En forma similar, el congresista republicano por Ohio, Samuel Shellabarger, mencionó de paso la analogía entre «padres» y «amos».²⁶ En 1865, el congresista demócrata por Wisconsin, James Brown, propuso una Enmienda XIII alternativa que, entre otras cosas, habría creado una concluyente excepción a la prohibición de servidumbre invo-

luntaria para todas las «relaciones de padre e hijo, maestro y aprendiz, guardián y pupilo». ²⁷ Ni su Enmienda alternativa general ni su excepción textual específica fueron aceptadas por el Congreso de Reconstrucción.

Así, tanto los defensores de la esclavitud como sus detractores entendían que la «institución peculiar» estaba estrechamente ligada a las relaciones íntimas y privadas entre personas vinculadas por sexo y sangre. Aunque tales relaciones tenían cientos de años, la Enmienda XIII rompió agudamente con la costumbre en tanto ésta toleraba la condición de esclavitud. Como señaló un legislador, la antigüedad no puede justificar una práctica, porque en la antigüedad, en algunos momentos, también se había practicado la poligamia y el canibalismo. ²⁸ Terminar con la esclavitud significaba por tanto reestructurar radicalmente esta esfera «privada» y reordenar no simplemente el sistema político y económico, sino también el tejido social. En este sentido, la Enmienda XIII no implicaba la exigencia de la acción estatal, distinguiéndose de este modo de todas las provisiones anteriores de la Constitución.

B. Interpretación judicial

1. Precedente de la Corte Suprema

Cuando en la Corte se consideró por primera vez la Enmienda XIII en los *Slaughter-House Cases*, ²⁹ se señaló que la Enmienda protegía una clase más amplia que la de los esclavos africanos: «Aunque el Congreso que propuso el artículo decimotercero, sólo tenía en mente la esclavitud negra, la norma prohíbe cualquier otra clase de esclavitud ahora y en adelante». ³⁰ La Corte concluyó que los jueces deben atenerse al «espíritu trascendente» de las enmiendas de la guerra civil al interpretar los términos «esclavitud» y «servidumbre involuntaria». ³¹

El «espíritu trascendente» de la Enmienda XIII, tal como la Corte lo explicó una década más tarde, prohíbe no sólo la acción estatal, sino también la acción privada, tanto si es conforme a la ley como si la infringe. Así, en los *Civil Rights Cases*, ³² la Corte declaró que «la Enmienda no es una mera prohibición de leyes estatales que estable-

cen o sostienen la esclavitud, sino una declaración absoluta de que la esclavitud o servidumbre involuntaria no deberá existir en ninguna parte de Estados Unidos». ³³ Cuando una persona esclaviza a otra —esté o no la esclavitud respaldada por el Estado— se viola el concluyente mandamiento de la Enmienda XIII, según el cual la esclavitud «no deberá existir». Este principio básico ha sido repetidamente afirmado por la Corte Suprema durante el siglo pasado. Considérese, por ejemplo, la opinión de la mayoría redactada por el juez O'Connor en el caso *United States v. Kozminski*, ³⁴ dictada menos de un año antes que *DeShaney*:

Del intento general de prohibir condiciones «similares a la esclavitud africana», así como del hecho de que la Enmienda XIII se extiende mas allá de la acción estatal, podemos fácilmente deducir un intento de prohibir la compulsión a través de la *coerción física* ... Nuestros precedentes definen claramente la prohibición de servidumbre involuntaria de la Enmienda XIII, asegurada por el uso o la amenaza del uso de *coerción física o legal* ... [La Enmienda abarca las servidumbres aseguradas por el uso o amenaza de restricción física o lesión física, o por el uso o amenaza de coerción a través del *derecho* o del proceso *legal*. ³⁵

La Corte en *Kozminsky* también entendió que la Enmienda protege tanto a menores como a adultos. Así, la Corte discutió en extenso una «ley de patronato» de 1874, dirigida a implementar la Enmienda XIII al prevenir la esclavización de «muchachos jóvenes», ³⁶ que a menudo tenía lugar con el consentimiento de los padres del muchacho. ³⁷ En uno de los más tempranos y más importantes casos planteados con fundamento en la Enmienda XIII, el presidente del tribunal de distrito, Salomon P. Chase, invalidó un aprendizaje coercitivo que involucraba a una niña de diez años y que había sido inicialmente acordado (aunque bajo circunstancias sospechosas) por la madre de la niña. ³⁸

Finalmente, en una serie de decisiones de fin de siglo basadas en la Enmienda XIII, la Corte declinó el tratamiento de casos que fueran presentados como de trabajo forzado, para limitar así el alcance de la Enmienda. ³⁹ En un caso clave, la Corte propuso una definición amplia de diccionario del término esclavitud: «En el *Webster* la esclavitud es definida como «el estado de entera sujeción de una persona a la vo-

luntad de otra... «». ⁴⁰ Esta definición trasciende de manera acertada lo puramente económico; aunque el trabajo forzado en función de ganancias económicas fue una característica de la esclavitud tal como fue practicada en el sur antes de la guerra civil, el trabajo forzado en sí mismo no agota el significado de esclavitud. ⁴¹ En primer lugar, no capta la relación de poder del amo con el esclavo, que constituye un sistema de dominación y degradación en el cual el amo puede tratar al esclavo como una posesión más que como una persona. ⁴² Algunos esclavos fueron tan abusados físicamente que acabaron siendo incapaces de trabajar. Está claro que la Enmienda XIII no excluía a estas personas de su protección simplemente porque servían a un amo sádico —como Simon Legree— y no a un amo meramente codicioso. ⁴³

2. Precedente de la época anterior a la guerra civil

Que en la raíz de la esclavitud había una relación de poder que implicaba la dominación del amo y la degradación del esclavo era algo que sabían muy bien los jueces de la época previa a la guerra civil. En 1842, el juez Turley, de la Corte Suprema de Tennessee, confirmó esta interpretación de la esclavitud en *Jacob v. State*: ⁴⁴ «El derecho a la obediencia y el sometimiento, en todas las cosas del derecho ... es perfecto en el amo». ⁴⁵ El juez Ruffin, de la Corte Suprema de Carolina del Norte, describió la relación entre amo y esclavo en términos más francos: «Tal obediencia [del esclavo al amo] sólo es consecuencia de una autoridad descontrolada sobre el cuerpo ... El poder del amo debe ser absoluto para que el sometimiento del esclavo sea perfecto». ⁴⁶ Estas afirmaciones judiciales definen la esclavitud sin referencia al trabajo forzado o a la ganancia económica. Un importante panfleto contra la esclavitud de la época anterior a la guerra civil caracterizaba del mismo modo a la esclavitud como una institución de poder, no de beneficio: «Hemos visto que “la relación legal” de la propiedad de esclavos, siendo la relación de un dueño sobre su propiedad, lo inviste a él con poder ilimitado». ⁴⁷

Al determinar el estado de un esclavo, los tribunales de la época previa a la guerra civil no tuvieron en cuenta la conexión biológica de un niño con el amo. El derecho consideraba a los hijos de amos blan-

cos con mujeres esclavas como propiedad de sus padres biológicos. Un importante tratado abolicionista, al resumir los códigos de los esclavos sureños, explicaba:

En todas estas leyes se establece que el niño sigue la condición de la madre, ¡quienquiera que sea el padre!. El mismo uso, con o sin ley escrita, prevalece en todos nuestros Estados esclavistas; y bajo su sanción, el «propietario» del esclavo muy frecuentemente conserva y vende a sus propios hijos como «propiedad».⁴⁸

C. La esclavitud a través de los ojos de esclavos

Una definición de la esclavitud de acuerdo a la Enmienda XIII también debería reflejar cómo los mismos esclavos sureños interpretaban su condición. Diarios de esclavos e historias orales permiten hacerse una idea del mal que la Enmienda trató de erradicar. Estas narrativas indican que el trabajo forzado era sólo una parte de la condición de esclavo. La historia más trágica y común era el casi total poder de propiedad que el amo ejercía sobre el esclavo.⁴⁹ Por ejemplo, el ex esclavo Allen V. Manning señaló que había «pertenecido» a su amo y dijo: «yo era un objeto de su exclusiva propiedad y él podía hacer conmigo lo que quisiera».⁵⁰ La descripción de la esclavitud de Manning está en estrecha correspondencia con las descripciones dadas por los jueces de la época anterior a la guerra civil. Como propiedad, un esclavo del sur estaba sujeto al control casi absoluto de otro —que a veces incluía el poder de facto del amo sobre la vida y la muerte.⁵¹ Por ejemplo, Karie Rowe recordaba las escalofriantes amenazas de su ex amo:

Los yankees no van a llegar tan lejos, pero si lo hacen, ustedes no van a ser liberados por ellos, porque yo los voy a liberar antes. Cuando ellos lleguen aquí encontrarán que ustedes ya habrán sido liberados porque los haré formar en la ribera del arroyo Bois d'Arc y dispararé mi revólver.⁵²

Incluso si algún amo en particular se preocupaba por sus esclavos y se abstenía de abusar físicamente de ellos, la naturaleza *involuntaria* de la esclavitud aun requería la implícita (y a menudo explícita) amenaza de violencia.

Muchos esclavos no recibieron ningún solaz o protección por la circunstancia de que su amo fuera, de hecho, su padre biológico. Tal como Frederick Douglass recordaba a sus numerosos lectores, la posibilidad de que su amo fuera su padre biológico no previno su esclavización:

El rumor de que mi amo fuera mi padre puede o no ser verdadero; y verdadero o falso, no produce sino una pequeña consecuencia a mi propósito mientras el hecho de que los tenedores de esclavos hayan ordenado y establecido por ley que los hijos de mujeres esclavas deben en todos los casos seguir la condición de sus madres, permanece en toda su deslumbrante odiosidad ...⁵³

La Enmienda XIII que fue innegablemente adoptada teniendo en mente a personas como Allen V. Manning, Katie Rowe y Frederick Douglass, se aplica así legítimamente a toda situación en la cual una persona es sujeta a la dominación y degradación física casi absoluta de otra, incluso si esa otra es su padre biológico.⁵⁴

D. El niño abusado como esclavo

La situación actual de los niños abusados, como la de Joshua DeShaney, es marcadamente similar a la de los esclavos de la época anterior a la guerra civil, como la de Frederick Douglass. Aunque la forma precisa de su esclavización era sin duda diferente en muchas formas, tanto Joshua DeShaney como Frederick Douglass fueron esencialmente «esclavos», es decir, seres humanos tratados como objetos y sujetos a dominación y degradación por sus amos. Incluso la voz de los niños abusados de hoy recuerda el tono de las narrativas de los esclavos del siglo XIX. Como niña abusada, Loretra recordaba en palabras con reminiscencia a las de la esclava Katie Rowe: «Tenía seis o siete años cuando [mi padre] sacó un gran machete y dijo que iba a matarnos a todos».⁵⁵ La analogía legal entre esclavos del sur y niños abusados es también evidente. Las leyes de los Estados del sur reconocían el poder casi absoluto del amo sobre el esclavo. Del mismo modo, cuando los criterios de abuso infantil no se cumplen, el derecho estatal de custodia, efectivamente, garantiza a los padres el poder de propiedad absoluto de dominar y degradar a sus hijos. De acuerdo

a la Enmienda XIII, si un esclavo huía del amo, la Constitución preveía que cualquier «persona retenida para servicio o trabajo en un Estado, de acuerdo a las leyes en la materia, que escapa hacia otro Estado, deberá ... ser entregada ante el reclamo formulado por la parte a la cual tal servicio o trabajo pueda ser debido». ⁵⁶ Aun en la actualidad, un niño fugitivo será entregado a la custodia de los padres, a menos que el Estado, a fin de proteger a un niño abusado, rehuse hacer cumplir esta garantía de custodia parental.

III. Mayores refinamientos

A. *La analogía concurrente: «familia» versus «esclavitud»*

Una definición de esclavitud como el control total de un ser humano por otro, ⁵⁷ sin mayor calificación o elaboración, parece «emancipar» a todos los niños de la custodia parental desde el nacimiento. Aun así, con cierto alcance, la Enmienda XIII fue pensada para proteger a las familias negras de ser minadas y desgarradas en jirones por la esclavitud. Una de las justificaciones de la abolición fue el fortalecimiento de los lazos familiares. Se decía que después de la emancipación, los amos no serían más capaces de frustrar el control de los padres esclavos sobre (o incluso acceder a) sus hijos separándolos físicamente o incluso, lo que es más horroroso aun, destruyendo la familia mediante la subasta en bloque de esclavos. ⁵⁸ El senador republicano por Massachusetts, Henry Wilson, proclamó:

Cuando esta Enmienda a la Constitución sea consumada ... el grito agudo de los corazones agonizantes de las familias separadas cesará de hostigar al fatigado oído de la nación ... Entonces los derechos sagrados de la naturaleza humana, las sagradas relaciones familiares de marido y esposa, padres e hijos, serán protegidas por el espíritu guardián de esta ley, para la que es tan sagrada la libertad en las soberbias mansiones como en las humildes cabañas. ⁵⁹

El congresista republicano por Iowa, John A. Kasson, fue aún más explícito al afirmar que la abolición protegería «el derecho del padre a su hijo: la relación parental». ⁶⁰ No hay indicios, sin embargo, de

que la Enmienda XIII haya sido pensada para abordar las condiciones de esclavitud de facto *dentro* de una «familia» nominal o estructura «parental».

1. Afinando la decisión en el caso Robertson

La Corte Suprema ha sugerido que las relaciones de familia en general no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Enmienda XIII. En *Robertson v. Baldwin*,⁶¹ la Corte señaló de paso que la Enmienda XIII no había sido pensada para aplicarse al caso «excepcional» del «derecho de los padres y guardadores a la custodia de sus hijos o pupilos menores».⁶² Este derecho, señaló la Corte, estaba bien establecido en el momento de entrar en vigencia la Enmienda XIII y no fue eliminado por ella. Aun así, dispensar a todas las relaciones «parentales» del escrutinio de la Enmienda XIII es sin duda ir demasiado lejos, porque una exención tan categórica habría permitido a muchos hombres blancos en 1865 continuar esclavizando a sus descendientes mulatos simplemente llamándose a sí mismos «padres» más que «amos». Es seguro que la Enmienda se aplicó a un niño verdaderamente esclavo —el joven Frederick Douglass— *aunque el amo de este esclavo era también su padre*.

Pero ¿cómo podemos reconocer a un niño verdaderamente esclavo, distinguiéndolo de un niño libre? Tal como nos recuerda el caso *Robertson*, a diferencia de un adulto libre, un niño libre es consuetudinariamente sujeto a custodia, control y guarda de otro. Esta distinción, sin embargo, no apoya una exención categórica para los casos de custodia infantil; una exención tal implicaría, en contra de la jurisprudencia⁶³ y del sentido común, que no existe ninguna distinción entre un niño libre y un niño esclavo y que, por tanto, la Enmienda es inaplicable a los niños. En su lugar, la comprensión de *Robertson* debe ser refinada en una prueba doctrinaria que mire más allá de la custodia misma, es decir, una prueba hecha a medida para marcar la sutil pero absolutamente importante línea divisoria entre la libertad y la esclavitud en el caso específico de los niños.

Aunque la decisión en *Robertson* se fundó en la costumbre inmemorial, la costumbre sola no puede ser la única prueba del significa-

do de la Enmienda XIII, porque la Enmienda fue diseñada para cuestionar antiguas instituciones y prácticas que no respetaban los valores centrales de la condición de persona y de la dignidad. Cualquier excepción al alcance de la Enmienda debe ser limitada a aquellas prácticas históricas que son compatibles con la idea central de la Enmienda. Con esta prevención en mente, debemos recordar que el derecho de custodia de los padres invocado por la Corte en *Robertson* era en sí mismo un derecho *limitado*. Cuando la Enmienda XIII fue adoptada, «el derecho de los padres ... a la custodia de sus hijos menores» estaba limitado por las leyes de abuso infantil; un padre podía ser considerado culpable de crimen por un castigo físico indebidamente duro.⁶⁴

En efecto, la protección contra tal abuso era precisamente uno de los elementos que distinguían a un niño libre de uno esclavo. En 1829, el juez de la Corte Suprema de Carolina del Norte, Ruffin, respondió de la siguiente manera a la pretensión de que, en casos extremos de abuso, un amo podía ser imputado por golpear a un esclavo sólo como un padre podía ser imputado de abuso infantil indebidamente cruel: «No hay semejanza entre los casos ... *La diferencia es la que existe entre la libertad y la esclavitud*». ⁶⁵ A lo largo de la era anterior a la guerra civil, una distinción legal clave entre «esclavos» y «aprendices» libres (cuyos amos ejercían poder *in loco parentis*) era que los aprendices libres no podían ser golpeados arbitrariamente.⁶⁶ Considérese también el lenguaje de la Corte Suprema de Illinois en 1870:

El poder del padre debe ser ejercido con moderación. Debe usar la corrección y el control, pero de un modo razonable. Tiene el derecho de hacer cumplir solo tal disciplina, como pueda ser necesaria para el cumplimiento de su sagrado mandato; solo corrección moderada y confinamiento temporario ... [En Roma, el derecho] daba a los padres el poder de vida y muerte y de venta, sobre sus hijos. En esta época y en este país, tales disposiciones serían atroces.⁶⁷

Por lo tanto, cuando la Enmienda fue adoptada no estaba bien establecido que un padre pudiera abusar severamente de un niño *libre*.

Los tribunales han condicionado largamente el derecho de un padre a la custodia de un niño libre en interés del niño. Tal como observó el juez Story en el caso de 1824 *United States v. Green*,⁶⁸ los padres

no tienen un derecho de «propiedad»⁶⁹ absoluto a la custodia de niños libres:

Cuando, por lo tanto, se solicita al tribunal que preste su ayuda para poner al niño bajo la custodia del padre ... aquél examinará todas las circunstancias, y averiguará si [esa medida] servirá a los intereses reales y permanentes del niño ... Es un completo error suponer que el tribunal está en todos los casos obligado a entregar al niño a su padre, o que este último tiene un derecho absoluto a la custodia.⁷⁰

El control de los padres sobre un niño libre es más parecido a un fideicomiso que a un título de propiedad: la custodia parental se justifica sólo si tal custodia es ejercida en interés del niño. Así, podemos reformular la percepción de la decisión en *Robertson* como sigue: la Enmienda XIII no invalida la disciplina y el control de los padres sobre los niños *en circunstancias normales* porque el control de la familia es en el interés de los niños.⁷¹

Debido a que los menores a menudo carecen de la capacidad de tomar decisiones autónomas y completamente informadas en su propio nombre, no podemos atender simplemente a su voluntad subjetiva para determinar si una servidumbre es *involuntaria* y por ello infringe la Enmienda. Por necesidad debemos preparar una prueba menos subjetiva, y proponernos a analizar si la custodia sobre un niño se parece más al sistema «familiar» al cual la Enmienda intenta proteger, o al sistema de esclavitud que la Enmienda prohibió.⁷² Como hemos visto, la biología sola no puede distinguir la «familia» de la «esclavitud», como no pueden hacerlo tampoco la raza, la fecha de nacimiento o la legitimidad. Si un esclavo niño llamado Joshua Frederick Douglass hubiera nacido en 1860 como descendiente mulato del padre blanco Randy y de una madre esclava negra, sería fácil para nosotros ver los crueles y deliberados golpes sufridos por Joshua como emblemáticas de los males de la esclavitud. Pero ¿por qué debería importar que el Joshua real no haya nacido en 1860, sino en 1979?, ¿o que presumiblemente no fuera mulato sino blanco?,⁷³ ¿o que no fuera «ilegítimo» por su nacimiento?, ¿o que su amo lo llamara «hijo» o que no tuviera como segundo nombre y apellido «Frederick Douglass»? Un esclavo bajo cualquier otro nombre continúa siendo un esclavo.⁷⁴

Cuando la custodia deja de ser ejercida en interés del niño, se parece más a un título de propiedad que a un fideicomiso, y por eso se parece más a la verdadera «esclavitud» que a la verdadera «familia».

Para poner este punto como un argumento textual, la Enmienda prohíbe tanto la «servidumbre involuntaria» como la «esclavitud», sea ésta voluntaria o no. En el caso de un adulto retenido contra su voluntad, incluso si el tratamiento diario que el amo le dispensa no es abiertamente abusivo, su servidumbre es aun así involuntaria, y en consecuencia está prohibida.⁷⁵ En el caso de menores, sin embargo, debemos atender menos a la «servidumbre involuntaria» y más a la «esclavitud», que en este contexto es útil de entenderla como dominación y degradación no ejercida en beneficio del niño. Cuando los intereses del niño son completamente desatendidos, el niño está siendo tratado en efecto como una posesión, como un objeto —como un *esclavo*— más que como una persona libre con intereses (incluso sin una voluntad completamente formada) propios que merecen respeto. En circunstancias extraordinarias de abuso físico severo, los derechos de custodia parental no pueden ser justificados como sirviendo los intereses del niño. Esto fue evidente en el caso de Joshua.⁷⁶

2. Dónde trazar el límite

El Estado debe tener un mecanismo para distinguir entre aquellas relaciones de custodia que satisfacen el interés del niño y aquellas que directamente no lo hacen —esto es, entre formas legítimas («familia») e ilegítimas («esclavitud») de control parental. Por eso, la Enmienda XIII exige que el Estado deba y haga cumplir las leyes de abuso infantil; estas leyes son exigidas constitucionalmente. Ciertamente, hay una continuidad entre intervención estatal permisible y obligatoria. Por ejemplo, el Estado no está obligado a suprimir la custodia parental en cada caso de castigo físico. Sin embargo, hasta cierto punto, el Estado tiene una obligación constitucional de proteger al niño. Este punto se alcanza claramente en casos como el de Joshua que suponen un cuadro de abuso extremo.

La mayoría de los Estados ya han abordado este punto de intervención obligatoria en leyes que definen qué clase de mala conducta

parental y abuso infantil justifican un castigo por crimen.⁷⁷ En *DeShaney*, por ejemplo, la Corte Suprema estaba perfectamente consciente de que Wisconsin había declarado culpable a Randy DeShaney por abuso infantil criminal.⁷⁸ En breve, aunque la Enmienda XIII requiere un límite legal para distinguir «familia» legítima de «esclavitud» ilegítima,⁷⁹ límites similares ya han sido trazados, y se hacen cumplir a diario en nuestros códigos criminales que definen el abuso infantil. Por consiguiente, un tribunal que trate de formar estándares para aplicar la Enmienda XIII tiene una buena colección de leyes existentes entre las cuales elegir.⁸⁰

B. *La no analogía formalista*

¿Existen algunas diferencias significativas entre el Joshua DeShaney real y el niño esclavo de la ficción Joshua Frederick Douglass? Una vez que superamos las superficialmente llamativas pero legalmente irrelevantes diferencias de raza, fecha de nacimiento y legitimidad, sólo permanecen dos diferencias principales.⁸¹ Primero, Joshua Frederick Douglass podía ser vendido por su abusivo padre biológico a otro, pero no así Joshua DeShaney. Así, como ya hemos visto, poder, dominación y deshumanización son la esencia de la esclavitud. El estar expuesto a la posibilidad de ser vendido es simplemente un atributo capitalista contingente del poder casi absoluto del amo sobre el esclavo. En un régimen no capitalista, los señores no estarían autorizados a vender a sus siervos, pero ello difícilmente significaría que ese sistema no implique una forma de esclavitud. Aun si no podía ser vendido, Joshua era tratado no como una persona sino como un objeto. Como un objeto, como una cosa, como —en sentido completamente literal— un saco de arena. Bajo estas circunstancias, si Randy hubiera sido autorizado a vender la custodia sobre Joshua a alguien deseoso de proteger los intereses de Joshua —por ejemplo su madre—, tal venta se habría parecido más a la «emancipación» que a la «esclavitud».⁸²

Segundo, el Joshua Frederick Douglass de la ficción sufrió golpes lícitos de las manos de su padre biológico, mientras que los golpes re-

cibidos por el nominalmente libre Joshua DeShaney fueron propiciados de manera ilícita. Un defensor formalista de la decisión del caso *DeShaney* podría argumentar que esta diferencia es dispositiva; Wisconsin no debería haber sido legalmente responsabilizado por las lesiones de Joshua porque el Estado, después de todo, estableció límites formales a los derechos de custodia de Randy sobre Joshua. Al lado de la raza, la fecha de nacimiento, la legitimidad y la posibilidad de ser vendido, sin embargo, esta distinción formal tiene menos peso del que podría parecer a simple vista.

La defensa formalista en el caso de *DeShaney* comienza por enfatizar sobre bases sólidas la fundamental diferencia entre un régimen en el cual el abuso físico severo de un niño es lícito y un régimen donde tal conducta está prohibida. En efecto, tal como se señaló arriba, esta diferencia —no biológica— constituye una línea divisoria crítica entre derecho de «familia» y derecho de la «esclavitud». Pero los formalistas se equivocan al dirigir su atención sólo al «derecho en los libros» más que al «derecho en la acción». La Enmienda XIII se preocupa no sólo de la pureza de los libros de leyes estatales, sino también de la realidad de la libertad en Estados Unidos. Para reiterar la decisión central de los *Civil Rights Cases*: «...la Enmienda no es una mera prohibición de que existan leyes estatales que establezcan o sostengan la esclavitud, sino una declaración absoluta de que la esclavitud o servidumbre involuntaria no deberá existir en ninguna parte de Estados Unidos». ⁸³ O, como la Corte puntualizó en un caso posterior, la Enmienda «denuncia un estado o condición sin considerar la forma o la autoridad por la cual tal estado se ha creado». ⁸⁴

Incluso la Enmienda XIV, construida alrededor de un requisito de acción estatal explícito, dirigió su atención hacia el «derecho en acción». Como la Corte sostuvo con anterioridad, leyes que eran cuestionables en la manera en que estaban escritas en los códigos legales podrían violar la Enmienda XIV si fueran impropriadamente aplicadas en la práctica. ⁸⁵ La preocupación por el abuso de poder de facto es incluso más relevante en la Enmienda XIII, que carece de un dispositivo de acción estatal.

Por consiguiente, *Kozminski* y una larga lista de casos anteriores dejan en claro que la Enmienda XIII se aplica incluso cuando una par-

te privada, infringiendo la ley, usa la fuerza física bruta para esclavizar a otro y mantenerlo sometido.⁸⁶ Para cumplir el mandato central de la Enmienda, a la persona esclavizada se le debe conceder una reparación legal contra el amo. Históricamente, esta reparación se ha cumplido formalmente con recurso al *common law*, incluyendo la gran cantidad de decisiones judiciales contra la esclavitud de *habeas corpus* y recuperación de personas (las mismas órdenes judiciales se adoptaron en muchos casos de custodia de niños del siglo XIX)⁸⁷ y la satisfacción retroactiva de demandas por daños debidos a encarcelamientos equivocados, intrusión, etc.⁸⁸ Si un Estado tuviera que denegar estos remedios del *common law*, la Enmienda XIII proveería en si misma las bases tanto para la reparación prospectiva como retrospectiva, de acuerdo a los principios constitucionales bien establecidos, sentados en el caso de *Ex parte Young*⁸⁹ y *Bivens v. Six Unknown Named Federal Agents of Federal Bureau of Narcotics*.⁹⁰

Hasta aquí puede parecer que la Enmienda prevé un deber legal sólo para el amo privado, y no para el Estado. Tal análisis soslaya el hecho de que la idea misma de un deber legal privado lógicamente supone un sistema gubernamental que haga cumplir ese deber *legal*. Un Estado debe, por ejemplo, proveer tribunales abiertos para atender las demandas contra los amos. Por lo tanto, el amplio mandato según el cual la esclavitud *no existirá* hace más que imponer un deber absoluto sobre los presuntos esclavizadores privados: también impone al Estado el deber de proveer un aparato adecuado para hacer efectiva la *emancipación de todas las personas dentro de su jurisdicción*.⁹¹ Un Estado tiene considerable flexibilidad para liberarse de esta obligación —por ejemplo, el castigo criminal de los esclavizadores no está fijado constitucionalmente— pero el Estado no puede simplemente cerrar los ojos ante la esclavitud dentro de su jurisdicción.

Si, por ejemplo, ex amos en 1870 hubieran formado un Club de Secuestradores, acorralando y esclavizando negros libres, un tribunal estatal no habría podido rechazar simplemente las órdenes judiciales de *habeas* presentadas por o en nombre de los nuevamente esclavizados. El deber de erradicar la esclavitud dentro de su jurisdicción tampoco es un deber limitado a los jueces, porque la Enmienda XIII se refiere a *todos* los oficiales estatales. Debido a la naturaleza misma de

la esclavitud y del sometimiento, no todos los esclavos pueden concurrir a los tribunales por ellos mismos. Por consiguiente, si otros agentes estatales, sin ninguna justificación en absoluto, a sabiendas permitieran funcionar a un Club de Secuestradores, sus acciones también violarían el mandato de la Enmienda según el cual la esclavitud no existirá. La lección de la sesión del juez en la corte de *habeas* es generalizable: *una vez que un brazo del Estado toma conocimiento de que existe esclavitud presente e identificable dentro de su territorio, el Estado debe tomar las medidas razonables para terminar con esa esclavización.*⁹² Así, la ausencia de un dispositivo de acción estatal en la Enmienda XIII no sólo significa que ciertas acciones *privadas* están prohibidas, sino también que ciertas *omisiones de acciones* estatales están prohibidas. Los dos puntos están estrechamente vinculados: precisamente porque la Enmienda impone un deber legal sobre los amos privados, simultáneamente exige al Estado que haga cumplir ese deber legal. Puesto de otra manera, la Enmienda *exige* acción estatal bajo ciertas circunstancias.

La idea de que ciertas cláusulas de la Constitución requieren acción gubernamental—incluso la expedición de fondos gubernamentales—no es extravagante ni contrario a la estructura. Por ejemplo, el artículo I sección 2 requiere un censo cada diez años⁹³ y una elección bienal de los miembros del Congreso.⁹⁴ Los censos y las elecciones requieren acción gubernamental y la expedición de fondos gubernamentales. Aun si reconocemos que la Constitución exige que el gobierno actúe para asegurar la democracia, ¿qué nos impide ver que el documento exige del mismo modo acción gubernamental para asegurar la libertad?

A la luz del análisis precedente, el abandono de Wisconsin de su deber de la Enmienda XIII en *DeShaney* está claro. A pesar de su conocimiento de la victimización de Joshua, el Estado cerró los ojos ante esta esclavitud de facto dentro de su jurisdicción e infringió la Enmienda tanto como si sus jueces hubieran simplemente ignorado los planteos de *habeas* entablados en nombre de Joshua.⁹⁵ Como el hipotético Club de Secuestradores deja en claro, el Estado debe hacer más que simplemente poner palabras en el papel para prohibir el secuestro, el abuso infantil y otras formas de esclavización dentro de sus

fronteras. Un Estado que intencionadamente no ve ni oye ningún mal incumple la Enmienda XIII, aun si las leyes escritas no hablan de ningún mal. De acuerdo a los principios de Bivens⁹⁶ y 42 U.S.C. 1983,⁹⁷ los oficiales del Estado pueden y deben ser considerados culpables del incumplimiento de sus deberes constitucionales.⁹⁸

C. La reconsideración de la analogía con la esclavitud

La caracterización de Joshua DeShaney como un «niño esclavo» y la analogía con el hipotético Joshua Frederick Douglass puede provocar algunas críticas en el sentido de que esta caracterización es más inteligente que clarificadora, más forzada que obligatoria. Tales críticas, sin embargo, no advierten la profunda resonancia entre los hechos de *DeShaney* y la visión de la Enmienda XIII. La Enmienda no se vincula con *DeShaney* en alguna forma fantasiosa o inverosímil; más bien la Enmienda combina y organiza poderosamente las mejores objeciones analíticas y morales al resultado de la corte Rehnquist en *DeShaney*.

Para aquellos que consideran la violencia y la crueldad del abuso infantil como una abominación moral,⁹⁹ el fervor moral que subyace a la Enmienda XIII es una de las mejores fuentes de inspiración e iluminación. Para aquellos que tratan de reivindicar derechos sustantivos a la protección del mundo real,¹⁰⁰ pocas provisiones de la Constitución son tan sustantivas o realistas —relacionadas con el poder de facto— como la Enmienda XIII. Para aquellos que quieren derribar distinciones rígidas entre derechos «afirmativos» y «negativos», entre «acción» e «inacción» estatal,¹⁰¹ pocas provisiones resultan más promisorias que una Enmienda que tiene como característica central la ausencia de un dispositivo de acción estatal. Para aquellos que creen que los que carecen de poder político y económico —los «pequeños», los «discretos y estrechos de miras», los «peores de la clase»— merecen consideración constitucional especial,¹⁰² los «esclavos y siervos», mencionados en el centro de la Enmienda XIII, deberían ser emblemáticos. Para aquellos que, siguiendo a los progresistas de principios del siglo XIX, buscan destruir el mito de que las líneas de base del *common law* son naturales y pre-políticas, y para aquellos que

buscan cuestionar el status quo,¹⁰⁵ la Enmienda XIII debería cobrar mucha importancia: ¿cómo podemos olvidar la redefinición radical —en efecto, la redistribución— de propiedad que la Emancipación efectuó? Para aquellos que, siguiendo a las feministas más recientes, pretenden recordarnos que la biología no significa destino ni protección automática,¹⁰⁴ es decir, que los roles familiares tradicionales no son de origen divino y que pueden enmascarar opresión, las historias de Frederick Douglass y sus hermanas esclavizadas son una confirmación poderosa.

Hasta aquí hemos centrado nuestra atención en cómo la Enmienda ilumina los hechos de *DeShaney*; pero este punto puede ser invertido para mostrar cómo los hechos en el caso *DeShaney* iluminan la Enmienda. En otras palabras, el abuso infantil no es una aplicación periférica de la Enmienda, sino que se encuentra cerca de su núcleo. La preocupación central de la Enmienda no es ni el trabajo, ni la adultez, ni el color, ni la acción estatal, ni la biología, sino la esclavitud: un sistema de dominación y de reducción a la servidumbre, a menudo a escala personal, y la reducción de seres humanos a la condición de cosas. En el mundo de hoy, esta preocupación central está, de lejos, mejor encarnada en la condición de niños abusados, que, digamos, en actores de Hollywood que tratan de evitar actuaciones específicas de contratos de servicio personal.¹⁰⁵

A la luz de todo esto, la pregunta real no es si las vinculaciones entre *DeShaney* y la Enmienda XIII son inventadas, sino cómo tantos de nosotros pudimos pasar por alto estas vinculaciones obvias.¹⁰⁶

IV. Eligiendo la cláusula correcta

En su demanda contra Wisconsin, los abogados de Joshua confiaron completamente en la cláusula de debido proceso de la Enmienda XIV. Sin perjuicio de la fuerza de la demanda de debido proceso en sí misma,¹⁰⁷ tal confianza puede haber estado equivocada. Como la ginebra, la cláusula de debido proceso ha sido usada para combatir todas y cada una de las enfermedades.¹⁰⁸ Como hemos visto, muchos de los jueces de la Corte Rehnquist tienen razones perfectamente sensa-

tas y de principios para ser escépticos respecto de demandas formuladas sobre la base del debido proceso sustantivo.¹⁰⁹ Por dos razones creemos que, al final, la aproximación de la Enmienda XIII es más promisoría.

En primer lugar, la historia del demandante es más apremiante cuando se encuadra en términos de la provisión constitucional que mejor capta la condición de la víctima. En el caso de Joshua, esta provisión no es el lenguaje rebuscado y abstracto del debido proceso, sino las palabras más evocativas de la Enmienda XIII. La historia de Joshua DeShaney recuerda las historias narradas por aquellos esclavos cuya condición hizo surgir la Enmienda. Joshua era mantenido por su padre en una condición de esclavitud tan brutal, cruel, degradante y deshumanizadora similar a la esclavitud practicada en el sur en la época anterior a la guerra civil. Esta es la visión sugerida pero no desarrollada por el lenguaje apasionado y compasivo del juez Blackmun y su invocación de los esclavos fugitivos.¹¹⁰ Se puede entender que el Estado de Wisconsin hizo cumplir esta servidumbre al devolver a Joshua a su padre, del mismo modo en que los esclavos eran devueltos a sus amos. Esta es la perspectiva sólo sugerida por la descripción del juez Brennan respecto del confinamiento de Joshua en Wisconsin dentro de las cuatro paredes del hogar de su padre.¹¹¹

En segundo término, la Enmienda XIII, por su mismo espíritu, especificidad, limitaciones y estrecha conexión con los hechos vinculados a Joshua DeShaney, responde a los cargos de activismo judicial y de terreno resbaladizo. Una reparación para Joshua fundada en la Enmienda XIII no exigiría que se brinde a las víctimas de delitos callejeros aleatorios una causa para hacer demandas contra el Estado. La aplicación de la Enmienda XIII está necesariamente limitada por sus requisitos textuales específicos «esclavitud» o «servidumbre involuntaria». Ésta es la respuesta a la preocupación de la mayoría en *DeShaney* respecto del debido proceso sustantivo ilimitado y al eventual desfile de demandas que teme el juez Posner, una vez que los «derechos constitucionales afirmativos» son reconocidos.¹¹²

El maltrato brutal de Joshua queda mejor ilustrado y tratado por la Enmienda XIII que por la cláusula del debido proceso. Debido a que esta Enmienda contra la esclavitud se hace cargo de todo el horror

de la condición de Joshua y mitiga el desfile judicial de demandas concebido para denegar la reparación a Joshua, ofrece el vehículo constitucional más apropiado para futuros Joshuas.

Traducción de Gustavo Horowitz

Agradecimientos

Agradecemos las sugerencias que recibimos sobre versiones anteriores de este comentario de Vik Amar, Ian Ayers, Mike Barr, Evan Caminker, David Brion Davis, Paul Gewirtz, Joe Goldstein, Andy Koppelman, Sandy Levinson, Mike McConnell, Martha Minow, Vinita Equivalencia-Kash, Jed Rubenfeld, David Strauss, Cass Sunstein y Ron Wright.

Notas

1. Constitución de los Estados Unidos de América, Enmienda XIII, § I.
2. *The Slaughter-House Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) págs. 36 y 69 (1873).
3. 489 U.S., pág. 189 (1989).
4. Ver *ibíd.*, págs. 191-94; *ibíd.*, págs. 208-209 (disidencia del juez Brennan).
5. *DeShaney*, 489 U.S., pág. 195.
6. 457 U.S., pág. 307 (1982).
7. Siguiendo el uso de la expresión en *DeShaney*, nos referiremos a demandas contra los agentes estatales y subdivisiones simplemente como demandas contra «el Estado». Véase *DeShaney*, 489 U.S. págs. 194-203. Pasamos por alto, por consiguiente, para el presente propósito diferencias importantes entre estas demandas como el efecto preventivo, la incidencia económica, la responsabilidad legal y la inmunidad gubernamental, diferencias que uno de nosotros ha analizado con mayor detalle en otra parte. Ver Akhil R. Amar, *Of Sovereignty and Federalism*, 96 Yale Law Journal, 96 (1987), págs. 1425, 1466-1492 y 1504-1519.
8. *DeShaney*, 489 U.S., págs. 199-200.
9. Ver David A. Strauss, «Due Process, Government Inaction, and Private Wrongs», *Sup. Ct. Rev.* 53 (1989), págs. 65-66; véase *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S., págs. 254 y 265 (1964) (sosteniendo que una sentencia judicial sobre libelos difamatorios en el *common law* es acción estatal).
10. *DeShaney*, 489 U.S., pág. 210 (disidencia del juez Brennan). Como el profesor Strauss, ver *supra* nota 9, vamos más allá que el juez Brennan al enfatizar la mano oculta del estado no meramente al establecer el DSS, sino, más fundamentalmente, al crear un régimen legal de custodia parental.

11. Véase *DeShaney*, 489 U.S., pág. 201, n. 9.

12. Véase *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S., págs. 110 y 127 (1989) (sosteniendo que una mera conexión biológica entre un padre y un niño «no es el material del cual... se hacen los derechos fundamentales»); *Lehr v. Robertson*, 463 U.S., págs. 248 y 261 (1983) (sosteniendo que «la mera existencia de un vínculo biológico» entre un padre natural y el niño no activa «la protección sustancial de acuerdo a la cláusula del debido proceso»); *ibíd.*, pág. 260 («los derechos parentales no surgen de lleno de la conexión biológica entre el padre y el niño» (subrayados anulados) citando *Caban v. Mabommed*, 441 U.S., págs. 380 y 397 (1979) (disidencia del juez Stewart)). En nuestra visión, desde que el Estado actúa por medio de una legislación general y prospectiva, tiene una autoridad considerable para cambiar las reglas de custodia, tanto para mantener como para separar a los niños de sus padres biológicos; para simplificar las cosas, supóngase que una ley que no reasigna la custodia para cualquier clase de vida, incluyendo la vida intrauterina. Como desarrollaremos más adelante, sin embargo, el régimen de custodia del Estado debe, en tanto asunto constitucional, ser ejercido en el interés del niño. Véase en el documento citado más abajo págs. 1373-1378 (argumentando que las restricciones a la custodia parental son aplicables a todas las familias). Aunque también pueden existir otras restricciones constitucionales, no intentaremos analizarlas aquí.

Por supuesto, una vez que un régimen de custodia general está en vigor, cualquier intento estatal por privar a un guardador individual de la custodia implicaría una posible afectación del debido proceso, como cualquier intento estatal por privar a un individuo de otros derechos legales.

13. *DeShaney*, 489 U.S., pág. 201.

14. *Ibíd.*, pág. 195 (se omite la cita).

15. *DeShaney v. Winnebago County Dep't of Social Servs.*, 812 F. 2d, págs. 298 y 301 (7th Cir. 1987).

16. *DeShaney*, 489 U.S., pág. 212 (disidencia del juez Blackmun).

17. Aun cuando la teoría de la inacción estatal fuera rechazada, Joshua debería haber prevalecido de acuerdo a los hechos de *DeShaney*. Debido a que el Estado de Wisconsin apoyó la custodia de Randy sobre Joshua, la Enmienda XIII exigía al Estado la eliminación de toda esclavitud de facto que tuviera lugar bajo la forma de derecho estatal de custodia. En otras palabras, si lo observamos cuidadosamente, hay acción estatal en casos de abuso infantil cometido por los padres —el Estado actúa erigiendo y haciendo cumplir la servidumbre de un niño a sus padres. Tanto las teorías amplias (inacción estatal) como las restringidas (custodia estatal) de la Enmienda XIII explican por qué es adecuado que una demanda por daños, en el caso de Joshua, se dirija contra Wisconsin más que, por ejemplo, contra Alaska o los Estados Unidos.

Un tribunal de Wyoming otorgó en un principio la custodia al padre de Joshua como consecuencia de una sentencia de divorcio. Posteriormente, su padre se mudó a Wisconsin, que continuó garantizando los derechos de custodia. No se desprende del expediente que Wyoming o el gobierno de los Estados Unidos haya tenido algún conocimiento de la pensión del padre a la violencia contra Joshua.

18. Sería difícil ofrecer una definición comprehensiva de «esclavitud» apta para todos los propósitos (filosóficos, históricos, lingüísticos, y demás), quizás tan difícil como dar una definición para todo propósito del igualmente vital pero elusivo concepto de «libertad». Nuestra tarea aquí es sin embargo más limitada, porque buscamos una definición de «esclavitud» dentro del significado del párrafo I de la Enmienda XIII, una definición que funcione convenientemente para jueces y ejemplificada (aunque no necesariamente agotada) por las peculiares prácticas históricas que la Enmienda directamente quiso abolir.

19. *National Party Platforms 1840-1972*, pág. 27 (Donald B. Johnson & Kirk H. Porter eds., 1973).

20. Senador Charles Sumner, «The Barbarism of Slavery», Discurso en el Senado de Estados Unidos sobre la admisión de Kansas como un Estado libre (4 de junio de 1860), en *The Works of Charles Sumner*, vol. 5, (1872) págs. 1 y 21.

21. Sobre acceso sexual de hombres blancos a mujeres esclavas, ver John D'Emilio y Estelle B. Freedman, *Intimate Matters: A History of Sexuality in America*, (1988) págs. 93-104 (1988); y Eugene D. Genovese, *Roll, Jordan, Roll*, (1976) págs. 413-431. Sobre literatura abolicionista relativa a este tema, ver D'Emilio y Freedman, op. cit., pág. 101.

22. Véase senador Charles Sumner, «The Crime Against Kansas», Discurso en el Senado de los Estados Unidos (19 y 20 de mayo de 1856), en *The Works of Charles Sumner*, vol. 4 (1871), págs. 125 y 144.

La acusación de que el senador Butler dormía con esclavas no pasó desapercibida para nadie, y al cabo de pocos días llevó al joven primo de Butler, el congresista Preston Brooks, a apalearlo al indefenso Sumner, que estaba sentado en su escritorio, hasta dejarlo sangrante e inconsciente en el suelo del Senado. Ver *ibid.*, pág. 257.

23. Genovese, cit., ver supra, nota 21, pág. 426 (citando a Mary B. Chesnut, *A Diary from Dixie*, págs. 21-22, Ben A. Williams ed., 1949).

24. Cong. Globe, 38th. Cong., 1ª sesión, pág. 2941 (1864) (opinión del representante Fernando Wood).

25. Cong. Globe, 38th. Cong., 2ª sesión, pág. 215 (1865) (opinión del representante Chilton White).

26. Cong. Globe, 37th. Cong., 2ª sesión, pág. 1636 (1862).

27. Cong. Globe, 38th. Cong., 2ª sesión, pág. 528 (1865).

28. Cong. Globe, 38th. Cong., 1ª sesión, pág. 1438 (1864) (opinión del senador James Harlan).

29. 83 U.S. (16 Wall.), pág. 36 (1873).

30. *The Slaughter-House Cases*, 83 U.S. (16 Wall.), pág. 72; ver también *United States v. Rhodes*, 27 F. Cas. 785, pág. 793 (C.C.D. Ky. 1866) (No. 16.151) (sosteniendo que la Enmienda XIII «extiende su protección a todos, de toda raza, color y condición»). Estas declaraciones resuenan con la comprensión enfática del Congreso de Reconstrucción, cuyos miembros repetidamente enfatizaron que la Enmienda XIII protegía a todas las razas, no simplemente a los negros. Véase *Bailey v. Alabama*, 219 U.S., págs. 219 y 231 (1911) (no considerando en un caso basado en la Enmienda

XIII el hecho de que el actor equivocado fuera negro); Kenneth M. Stamp, *The Peculiar Institution*, pág. 194 (1956) («algunos esclavos eran blancos de acuerdo a cualquier definición racional así como de acuerdo a todas las apariencias externas ...»).

Cuando sostenemos que el párrafo I de la Enmienda XIII protege a los esclavos de todas las razas, no necesariamente apoyamos la pretensión de la *Corte Bailey* según la cual la raza es completamente irrelevante para determinar si la «esclavitud» existe en un contexto dado. La raza puede ser especialmente relevante para determinar qué «indicios e incidentes» de esclavitud puede abolir el Congreso de acuerdo al párrafo 2. Ver *The Civil Rights Cases*, 109 U.S., págs. 3 y 35-36 (1883) (disidencia del juez Harlan).

31. Véase *The Slaughter-House Cases*, 83 U.S. (16 Wall.), pág. 72.

32. 109 U.S., pág. 3 (1883).

33. Véase *The Civil Rights Cases*, 109 U.S., pág. 20.

34. 487 U.S., pág. 931 (1988).

35. *Ibíd.* págs. 942, 944 y 952 (los subrayados son míos).

36. Véase *ibíd.*, págs. 947-948.

37. Véase, por ejemplo, *United States v. Ancarola*, 1 F., págs. 676, 680 y 683 (C.C.S.D.N.Y. 1880).

38. Véase *In re Turner*, 24 F. Cas., págs. 337, 337 y 340 (C.C.D. Md. 1867) (número 14.247); véase también *Respublica v. Keppel*, 2 Dall., págs. 197 y 199 (Pa. 1793) («ningún padre, bajo ninguna circunstancia, puede hacer de su hijo un *serviente*») (subrayado en el original).

39. Véase *Bailey v. Alabama*, 219 U.S., págs. 219 y 241 (1911); *Hodges v. United States*, 203 U.S. I, pág. 17 (1906); *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S., págs. 537 y 542 (1896).

40. *Hodges*, 203 U.S., pág. 17.

41. Véase Orlando Patterson, *Slavery and Social Death* (1982), pág. 99. («No hay nada en la naturaleza de la esclavitud que exija que el esclavo sea un trabajador»).

42. Véase Genovese, *supra* nota 21, pág. 4 («Teóricamente, la esclavitud moderna descansa ... en la idea del esclavo como *instrumentum vocale*: un objeto, una posesión, una cosa, una mera extensión de la voluntad de su amo»); Stamp, cit. *supra* nota 30, pág. 193 («Legalmente, el esclavo era menos una persona que una cosa»).

43. Véase Stamp, cit. *supra* nota 30, pág. 182 (describiendo a la «sádica ... Madame Lalaurie de Nueva Orleans, que torturaba a sus esclavos para su propia diversión»).

44. 22 Tenn. (3 Hum.), pág. 493 (1842).

45. *Ibíd.*, pág. 520.

46. *State v. Mann*, 13 N.C. (2 Dev.), págs. 263 y 266 (1829).

47. William Goodell, *The American Slave Code*, pág. 155 (Arno Press 1969, ed. orig. 1853) (subrayado en el original).

48. *Ibíd.*, págs. 248-249 (subrayado en el original).

49. Véase Julius Lester, *To Be A Slave*, pág. 28 (1968). Para estar seguros, hubo muchos casos de esclavos defendiéndose a sí mismos contra el castigo físico. Ver por ejemplo, *Lay My Burden Down: A Folk History of Slavery*, pág. 175 (Benjamin A. Bot-

kin ed., 1945) [en adelante *Lay My Burden Down*]. No obstante, los esclavos que intentaron defenderse fueron forzados a ocultarse o huir hacia el norte para evitar castigos físicos mayores. Estos estallidos esporádicos de resistencia no impidieron que la esclavitud fuera esclavitud.

50. *Lay My Burden Down*, *supra* nota 49, pág. 93.

51. Véase David B. Davis, *The Problem of Slavery in Western Culture*, págs. 57-58 (1966); A. Leon Higginbotham, Jr., *In The Matter of Color*, págs. 55-57 y 188-90 (1978); Jacobus TenBroek, *Equal Under Law*, pág. 124 y n. 3 (1965). Los amos eran legalmente libres de violar o golpear a los esclavos, pero no de asesinarlos. Sin embargo, debido al enorme desequilibrio de poder real (la incapacidad de los esclavos para testificar, el respeto judicial a los juicios disciplinarios de los amos, y demás), las acusaciones por asesinato fueron completamente raras. Véase Stamp, *supra* nota 30, págs. 217-224 y 360.

52. *Lay My Burden Down*, *supra* nota 49, págs. 103-104.

53. Frederick Douglass, *Narrative of the Life of Frederick Douglass: An American Slave*, pág. 49 (Houston A. Baker, Jr., comp., 1982).

54. Los hombres y mujeres que servían como esclavos comprendían que ellos eran —en forma completamente literal— tratados como niños perpetuos, a los que se llamaba sólo por sus nombres de pila, o por el genérico «chico» o «chica». En efecto, Dean Miller ha señalado que la consideración del «esclavo como niño» tiene raíces legales, lingüísticas y culturales profundas en un gran número de regímenes esclavistas, incluyendo Grecia, Roma, Indonesia, China, Africa e Islandia. Véase Dean A. Miller, «Some Psycho-Social Perceptions of Slavery», *Journal fo Social History*, 18 (1985), págs. 587 y 588-589.

55. Gregory W. Morris, *The Kids Next Door: Sons and Daughters Who Kill Their Parents*, pág. 26 (1985). Un niño abusado no ve una alternativa real a la custodia de los padres. Por varias razones pocos niños se atreven a denunciar el abuso físico. Una de ellas es el temor; los padres amenazan al niño con más castigo físico si él revela el abuso. Además del miedo, un niño abusado a menudo no quiere perjudicar a los padres contando lo sucedido. Un niño abusado que sufre humillaciones y degradaciones continuas puede también sentir que de alguna manera merece el castigo. Finalmente, un niño muy pequeño a menudo no puede comprender que le está sucediendo o comunicar detalles respecto del abuso a otros. Véase *United States v. Kozminski*, 487 U.S., págs. 931 y 947-948 (1988) (sosteniendo que «la edad de la víctima o su especial vulnerabilidad» es relevante para un análisis de coerción situacional).

56. Constitución de Estados Unidos de América, art. IV, párr. 2, cl. 3, derogado por la Enmienda XIII.

57. Por supuesto, el lector cuidadoso advertirá que esta cruda definición de esclavitud difiere en forma sutil pero importante de la definición de trabajo que hemos adoptado. Véase *supra* cap. II.

58. Tal como lo notó el senador republicano de Iowa James Harlan en el debate sobre la adopción de la Enmienda XIII: «Otra característica [de la esclavitud] es la abolición en la práctica de la relación parental, robando a los descendientes del cui-

dado y atención de sus padres, cortando una relación que es universalmente citada como el emblema de la relación sostenida por el Creador con la familia humana. Y aun así, de acuerdo al juicio maduro de estos Estados esclavistas, esta tutela del padre sobre sus propios hijos debe ser abrogada para asegurar la perpetuidad de la esclavitud.» Cong. Globe, 38th Cong., 1ª sesión, pág. 1439 (1864).

59. *Ibíd.*, pág. 1324. Para opiniones similares, véase Cong. Globe, 39th Cong., 1ª sesión, pág. 504 (1866) (opinión del senador Howard); Cong. Globe, 38th Cong., 1ª sesión, pág. 2990 (1864) (opinión del senador Ingersoll); e *ibíd.*, pág. 2955 (opinión del senador Kellogg).

60. Cong. Globe, 38th Cong., 2ª sesión, pág. 193 (1865).

61. 165 U.S., pág. 275 (1897).

62. *Ibíd.*, pág. 282.

63. Véase *supra* capítulo II B 1.

64. Véase, por ejemplo, *Neal v. State*, 54 Ga., págs. 281 y 282 (1875) (sosteniendo que la utilización de una sierra por el padre para azotar a una niña de diez años de edad era «un abuso cruel y ultrajante de la autoridad parental» y por ende habilitaba la acción como asalto criminal); *Fletcher v. People*, 52 Ill., págs. 395 y 396-397 (1869) (sosteniendo que un castigo de reclusión injusto motivado por «inhumanidad espantosa», «crueldad innecesaria», el «encarcelamiento caprichoso ... de un niño ciego y desamparado», y los «golpes inhumanos» permiten calificar la acción como criminal); *State v. Bitman*, 13 Iowa 485, 486 (1862) (sosteniendo que «los golpes inhumanos y azotes de un padre infligidos a su propio hijo» eran suficientes para satisfacer los requisitos de asalto y lesiones; *State v. Mann*, 13 N.C. (2 Dev.), págs. 263 y 265-266 (1829) (notando que un padre podría ser imputado por infligir a su hijo castigos físicos indebidamente severos); *Commonwealth v. Blaker*, 1 Brewster 311 (Phila. County Ct. 1867) (sosteniendo que el castigo parental «excesivo» permitiría calificarlo como acción criminal por asalto y lesiones); *Johnson v. State*, 21 Tenn. (2 Hum.) 283 (1840) (declarando, en una decisión de alrededor de 1837, que «el castigo cruel e impiadoso» infligido por los padres era un acto criminal, y reservando para el jurado la cuestión de si atar a una hija a la pata de una cama durante horas y azotarla con un cinturón de cuero a intervalos regulares —además de otros golpes— violaba el estándar legal). El material arriba citado, tomado de una variedad de jurisdicciones estadounidenses, pone en duda la afirmación según la cual «la primera intervención estatal para proteger a un niño del abuso de sus padres ocurrió en 1874». Judith Areen, *Family Law* 1182 (2ª ed. 1985) (citando a Judith Areen, «Intervention Between Parent and Child: A Reappraisal of the State's Role in Child Abuse and Neglect Cases», *Georgia Law Journal* 63 (1975), págs. 887 y 903). Pero véase Areen, *supra*, pág. 900 y n. 77 (señalando brevemente *Johnson* y *Fletcher*).

Para una discusión general de este tema, véase Walter C. Tiffany, *Handbook on the Law of Persons and Domestic Relations*, págs. 243-246 (1896). Aun cuando las leyes de abuso infantil no se hicieran cumplir vigorosamente en el periodo anterior a la guerra civil, es evidente de estos casos que el derecho legal de los padres a la custodia no era incondicional.

65. *State v. Mann*, 13 N.C. (2 Dev.) pág. 265 (el subrayado es mío); véase también Stamp, *supra* nota 30, pág. 186 (notando que a mediados del siglo diecinueve, el látigo era considerado «demasiado» cruel para el castigo de «hombres libres», pero era todavía comunmente usado en esclavos).

66. Véase Lea S. VanderVelde, «The Labor Vision of the Thirteenth Amendment», *U. Pa. L. Rev.* 138 (1989), págs. 437 y 442.

67. *People ex rel. O'Connell v. Turner*, 55 Ill., págs. 280 y 285 (1870).

68. 26 F. Cas. 30 (C.C.D.R.I. 1824) (número 15.256).

69. Véase en general Lee E. Teitelbaum, «Family History and Family Law», *Wisconsin Law Review* (1985), págs. 1135 y 1156-1157 (relatando el movimiento hacia la prueba del «interés superior»); Jamil S. Zainaldin, «The Emergence of a Modern American Family Law: Child Custody, Adoption and the Courts, 1796-1851», *Nw. U. L. Rev.*, 73 (1979), págs. 1038 y 1072-1074 (el mismo).

70. *Green*, 26 F. Cas., págs. 31-32; véase también James Kent, *Commentaries on American Law*, pág. 205 (1873) (discutiendo el poder del Estado de separar a un niño de la custodia parental).

71. Véase, por ejemplo, Joseph Goldstein, Anna Freud & Albert J. Solnit, *Before the Best Interests of the Child*, (1979), págs. 3-14 (explicando la importancia de la estructura de la familia para el desarrollo del niño).

72. Véase *supra* cap. III A.

73. Véase *Bailey v. Alabama*, 219 U.S., págs. 219 y 231 (1911) (no considerando en un caso basado en la Enmienda XIII el hecho de que el actor equivocado fuera negro).

74. Para un análisis de otras distinciones posibles entre Joshua DeShaney y Joshua Frederick Douglass, ver *infra* capítulo III B.

75. Es más, si una servidumbre es verdaderamente involuntaria, toda gentileza cotidiana dentro de la servidumbre existe sólo a la sombra de la violencia y/o coerción legal que se produciría si el siervo intentara escapar o terminar la servidumbre. Véase *supra* cap. II C.

76. La disciplina y el control legítimos de los padres pueden incluir que el niño deba trabajar en el hogar (por ejemplo, en tareas domésticas) o en el mercado (por ejemplo, reparto de diarios). Como ya hemos señalado, la doctrina del voluntarismo de la Enmienda XIII, que es aplicable a adultos competentes, no se aplica automáticamente a menores. Véase *supra* cap. III A I. Pero el principio de personalidad que subyace a la Enmienda XIII sí se aplica. En algún punto, los castigos físicos severos por evadirse, o ultrajantes exigencias de trabajo infantil (especialmente donde el trabajo beneficia directamente a los padres) ya no se cometen en interés del niño, y constituyen claramente abuso infantil prohibido por la Enmienda XIII. Para aplicaciones anteriores de la Enmienda en el contexto de trabajos forzados infantiles (pese a la complicidad parental), ver *supra* notas 36-38 y texto adjunto.

77. Nos concentramos aquí en el estándar sustantivo de conducta, y no en el estándar de prueba (por ejemplo, el estándar de la «preponderancia de la evidencia» versus el estándar de «más allá de la duda razonable»). Con respecto al estándar de

prueba, los criterios de criminalidad parecen inapropiados para casos civiles de abuso infantil basados en la Enmienda XIII. En esos casos, proponemos la aplicación de los mismos estándares de prueba aplicables a otros casos civiles basados en la Enmienda XIII, es decir, casos de peonaje y otros similares.

78. Véase *DeShaney*, 489 U.S., págs. 189 y 193 (1989).

79. En el contexto de empleo/peonaje es necesario trazar una línea divisoria similar para marcar el límite sutil pero absolutamente importante entre libertad y esclavitud, es decir, entre el sistema de trabajo libre que la Enmienda pretende proteger y el sistema de trabajo forzado que pretende prohibir.

Incluso si la línea divisoria particular que proponemos en el contexto del abuso infantil fuera por alguna razón inaceptable, nuestro argumento principal aun se sostendría; *alguna* línea debe ser trazada entre esclavitud y libertad y alguna línea que categóricamente exceptue a menores, descendientes biológicos, pupilos legales u otras formas no económicas de esclavitud del escrutinio de la Enmienda XIII traicionaría la letra y el espíritu de esta Enmienda.

80. Para los casos donde la esclavización parental de niños adopta la forma de explotación económica más que de brutal abuso físico, véase *supra* nota 76, las leyes de trabajo infantil y vagancia pueden ser más relevantes que las leyes de abuso infantil por sí mismas para establecer estándares judiciales. Por supuesto, los tribunales en los casos de la Enmienda XIII no necesitan aceptar cambios futuros de estos estándares, motivados por el deseo del Estado de evitar responsabilidades. Leyes del *pasado* pueden ser una mejor base de orientación para ayudar a los jueces a establecer el correcto equilibrio de la Enmienda XIII.

81. Además de las distinciones señaladas en el texto, se puede argumentar que la esclavización de Joshua DeShaney fue sólo temporaria; al alcanzar la mayoría de edad, al final, Joshua sería liberado. Pero ello difícilmente significaría que Joshua no haya sido esclavizado en un comienzo. El Joshua Frederick Duoglass de la ficción habría sido emancipado en 1865 y el Frederick Douglass real escapó cuando tenía poco más de veinte años, pero ellos también fueron niños esclavos *hasta* la emancipación. En todo caso, la Enmienda XIII también prohíbe la esclavitud temporaria y la servidumbre involuntaria, como los casos Turner y de la «ley de patronato» dejan en claro respecto de niños que habían sido liberados al alcanzar la mayoría de edad. Véase *supra* cap. II B I.

82. Véase Stamp, *supra* nota 30, págs. 97 y 194 (al describir la emancipación de facto y de jure alcanzada por el rescate de niños esclavos por parte de sus padres). La facilidad de ser vendido es simplemente un síntoma superficial —un indicador— del mal esencial de la esclavitud: el tratamiento de un ser humano como una cosa, no como una persona. Así como la verdadera esclavitud puede existir sin este indicador, también puede el indicador existir sin verdadera esclavitud, como lo ilustra el concepto de rescate.

83. *The Civil Rights Cases*, 109 U.S., págs. 3 y 20 (1883).

84. *Clyatt v. United States*, 197 U.S., págs. 207 y 216 (1905).

85. Véase, por ejemplo, *Home Tel. & Tel. Co. v. City of Los Angeles*, 227 U.S., págs. 278 y 287 (1913); *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S., págs. 356 y 373-374 (1886); *Ex par-*

te Virginia, 100 U.S., págs. 339 y 346-347 (1880); *Virginia v. Rives*, 100 U.S., págs. 313 y 321 (1880). Para una opinión incluso anterior, véase *United States v. Given*, 25 F. Cas., págs. 1324 y 1327 (C.C.D. Del. 1873) (número 15.210) (juez Strong).

86. Véase *supra* capítulo II B.

87. Véase Zainaldin, *supra* nota 69, págs. 1052-1068.

88. Véase, por ejemplo, *In re Turner*, 24 F. Cas., págs. 337 y 339-340 (C.C.D. Md. 1867) (número 14.247) (juez Chase, sosteniendo que la Enmienda XIII era autoejecutable y aplicable en una acción de *habeas* en la que un amo privado buscaba retener a una joven muchacha cautiva violando las disposiciones estatales y federales).

89. Véase 209 U.S., págs. 123 y 155-156 (1908).

90. Véase 403 U.S., págs. 388 y 392 (1971).

91. Para un apoyo histórico amplio que subyace a esta lectura de la Enmienda XIII, véase TenBroek, *supra* nota 51, págs. 157-197. Véase también Cong. Globe. 39th Cong. 1ª sesión, pág. 41 (1866) (opinión del senador Sherman) («decir que un hombre es un hombre libre y aun así no es capaz de hacer valer su derecho en un tribunal de justicia, es una negación en términos»). I. W. Blackstone, *Commentaries* 412 («El derecho de Inglaterra abomina, y no soportará la existencia de esclavitud dentro de su nación ... Un esclavo o negro, en el instante en el que ingresa a Inglaterra, se convierte en un hombre libre; esto es, el derecho lo protegerá en el disfrute de su persona ...» (los subrayados son míos); Howard J. Graham, «The Early Antislavery Backgrounds of the Fourteenth Amendment» (punto 2), *Wisconsin Law Review* (1950), págs. 610 y 628 («Si se hace el menor intento por esclavizar a una persona blanca bajo cualquier pretexto, ésta puede recurrir a la justicia demandando un desagravio, y obtendrá una reparación completa y amplia por el debido curso del proceso legal... Lo que los abolicionistas demandan como justicia desnuda es que el beneficio y la protección de esas leyes justas sean extendidos del mismo modo a todos los seres humanos...» (citando a Charles Olcott, *Two Lectures on the Subject of Slavery and Abolition* [1838], pág. 44); Graham, cit. *supra*, págs. 656-657 (citando *Philanthropist*, 27 de enero de 1837, pág. 3) (describiendo la postura de un abolicionista desconocido sobre la «obligación» de los jueces de considerar peticiones de *habeas* de, o en nombre de esclavos).

92. Así derivamos este deber del núcleo de la disposición autoejecutable de la Enmienda XIII: el juez del *habeas* debe actuar sobre peticiones puestas en conocimiento del tribunal. Véase *supra* cap. III B. Al enfatizar este núcleo no pretendemos sugerir que el párrafo I de la Enmienda no pueda tener un mayor alcance, o que el Congreso, actuando de acuerdo al párrafo 2, no pueda legítimamente imponer deberes más allá de este núcleo. Enfatizamos meramente este deber central para contestar directamente a las críticas que lo califican como «terreno resbaladizo» y «deber sin límite» y que a menudo se invocan en contra de las apelaciones a los así llamados derechos «afirmativos».

93. Véase U.S. Const. art. I, párr. 2, cl. 3.

94. Véase *ibíd.*, en cl. I.

95. Como señalado anteriormente, el núcleo de la Enmienda XIII es el deber del Estado de proveer *habeas* y recursos análogos. Véase *supra* nota 92. La subsecuente

persecución criminal de Randy por parte del Estado de Wisconsin en modo alguno compensa la anterior negativa del Estado de proteger a Joshua con recursos civiles similares al *habeas*; la demanda central de la Enmienda es la libertad y el reconocimiento de la condición de persona para Joshua, y no el encarcelamiento de Randy.

96. Véase 403 U.S., págs. 388 y 397 (1971).

97. Esta sección del United States Code abarca específicamente la conducta estatal que tanto somete a un ciudadano o «*hace que sea sometido*» a privación de derechos constitucionales. Ver 42 U.S.C., párr. 1983 (1988) (los subrayados son nuestros).

98. De todos modos, el caso de responsabilidad estatal basado en los hechos de *DeShaney* es incluso más fuerte que en el hipotético Club de Secuestradores. Wisconsin no era meramente un espectador inocente en *DeShaney*. El Estado tomó partido claramente asegurando la servidumbre parental al amo Randy y reconociendo sus derechos legales de custodia. A diferencia del Club de Secuestradores, Randy mantuvo a su esclavo amparándose en la justificación de la ley estatal de custodia.

El formalista tiene razón al señalar que la ley estatal de custodia de Wisconsin formalmente prohíbe el abuso infantil, pero no está claro en absoluto por qué este hecho debería absolver al Estado de toda responsabilidad. A diferencia de su relación con los Secuestradores que actúan completamente al margen de la ley, en *DeShaney* el Estado dio a Randy poderes legales especiales —una suerte de servidumbre— sobre Joshua. Debido a que Wisconsin puso a Randy en una posición especial de amplio poder y discreción sobre Joshua, debería ser considerado responsable del abuso de este poder por parte de Randy. En efecto, ésta es la regla general en el derecho constitucional de los Estados Unidos de América. Si un Estado nombra un oficial de policía y lo inviste con amplio poder y discreción sobre los ciudadanos comunes, el Estado es responsable siempre que el oficial ejercite ese poder invocando el amparo de la ley, incluso si la conducta del oficial transgrede las reglas formales del Estado, e incluso si el oficial es posteriormente perseguido como presunto criminal por su abuso de poder. Véase *Monroe v. Pape*, 365 U.S., págs. 167 y 184-187 (1961); *Snowden v. Hughes*, 321 U.S. I, II (1944); supra nota 85. Si Wisconsin puede ser considerado propiamente responsable de un oficial de policía —llamémosle oficial Randy— que abusa de su poder policial otorgado por el Estado violando derechos constitucionales de los ciudadanos, ¿por qué Wisconsin no debería también ser considerado responsable cuando el padre Randy abusa de su poder de custodia otorgado por el Estado violando el derecho constitucional de Joshua de no ser un esclavo?

Una respuesta posible es que la Corte en *DeShaney* rechazó implícitamente la noción de que las leyes estatales de custodia se podrían entender como acción estatal. Esta respuesta significa una lectura superficial de *DeShaney*, porque en este caso la Corte sólo sostuvo que en los hechos no había suficiente acción estatal para emprender un análisis de *debido proceso sustantivo*, ver *DeShaney*, 489 U.S., págs. 195 y 202. La reticencia de la Corte a determinar una acción estatal puede haber sido un resultado de su deseo de limitar el alcance del debido proceso sustantivo; tanto la Corte como sus comentaristas han expresado en años recientes graves preocupaciones sobre la le-

gitimidad de esta doctrina debido a su empañado linaje textual e histórico, su alcance aparentemente ilimitado, su habilidad para transformar la Corte en una superlegislatura, y cosas por el estilo. A la luz de estas legítimas preocupaciones, la Corte en el caso de *DeShaney* bien podría haber usado un dispositivo de acción estatal más rígido que sería apropiado en otros contextos en los cuales las únicas preocupaciones que suscita la doctrina del debido proceso no se aplican. En contraste con la doctrina del debido proceso sustantivo, la Enmienda XIII está textual e históricamente fundamentada, ligada conceptualmente y consustanciada con ideales democráticos. Así, un dispositivo de acción estatal menos riguroso puede resultar apropiado aquí, especialmente a la luz del único rechazo de los principios de acción estatal de la Enmienda, que subyacen en otras partes de la Constitución. Véase John H. Ely, *Democracy and Distrust* (1980), págs. 19-20 (argumentando que el miedo de la Corte ante la doctrina del debido proceso sustantivo puede haber conducido a hacer más rígido el dispositivo de «vida, libertad o propiedad»).

99. Véase, por ejemplo, Aviam Soifer, «Moral Ambition, Formalism, and the "Free World" of *DeShaney*», *Geo. Wash. Law Review*, 57 (1989), págs. 1513 y 1514-1516.

100. Véase, por ejemplo, Steven J. Heyman, «The First Duty of Government: Protection, Liberty and the Fourteenth Amendment», *Duke Law Journal*, 41 (1991), págs. 301 y 301-302.

101. Véase, por ejemplo, Susan Bandes, «The Negative Constitution: A Critique», *Michigan Law Review*, 88 (1990), págs. 2271 y 2278-2287.

102. Véase por ejemplo, Jack M. Beermann, «Administrative Failure and Local Democracy: The Politics of *DeShaney*», *Duke Law Journal* (1990), págs. 1078, 1078-1079 y 1087-1094.

103. Véase Strauss, cit. *supra* nota 9, págs 53-54 y 64-66.

104. Véase, por ejemplo, Martha Minow, «Words and the Door to the Land of Change: Law, Language and Family Violence», *Vand. Law Review*, 43 (1990), págs. 1665, 1665-1666 y 1687-1689.

105. La Enmienda es invocada habitualmente en conexión con la proposición según la cual los contratos de servicio personal generalmente no pueden hacerse cumplir judicialmente. Véase *Goldsmith v. Pyramid Communications, Inc.*, 362 F. Supp., págs. 694 y 698 (1973); *American Broadcasting Co. v. Wolf*, 420 N.E. 2º, págs. 363 y 366 (N.Y. 1981); John D. Calamari y Joseph M. Perillo, *The Law of Contracts*, pág. 666 (3ª ed., 1987).

106. Las anteojerías raciales y sexuales pueden ser en parte responsables de este descuido. Debido a la especial asociación de la Enmienda XIII con la liberación de los negros, la corriente mayoritaria constitucionalista puede haberla pasado por alto como una fuente de principios universales generativos. El subconciencia dominante ve a la Enmienda como negra, y a Wisconsin como blanco, y así pierde la conexión entre Frederick Douglass y Joshua DeShaney. El sexismo subconciencia puede también haber infectado el análisis mayoritario. En las raras ocasiones en las que la corriente mayoritaria sí pone la atención en la esclavitud, tiende a pensar más en esclavitud

vos hombres que en esclavas mujeres. Consecuentemente, minimiza el sistema de concubinato poligámico dentro de la esclavitud, y reprime los íntimos lazos de sexo y sangre que vinculan a amos y esclavos. La especialización del trabajo académico puede también ser un factor. Debido a que el derecho constitucional y de familia caen en diferentes lados de la división entre derecho «público» y derecho «privado», son estudiados por diferentes grupos de profesores. La Enmienda XIII tiende a caer en la grieta entre ambos.

107. Véase *supra* cap. I A.

108. Véase Charles Black, Jr., *Structure and Relationship in Constitutional Law*, pág. 33 (1969).

109. Véase *supra* cap. I A y nota 98.

110. Véase *supra* cap. I A.

111. Véase *supra* cap. I A.

112. No obstante, la Enmienda XIII puede tener aplicaciones no previamente o sólo recientemente exploradas. Por ejemplo, la Enmienda puede proveer una causa de acción para esposas golpeadas que se encuentran desprotegidas por el Estado. Reservamos este asunto para un análisis por separado que implica adultos, no menores, y puede no involucrar la misma clase de custodia creada por el Estado, que está en juego en el caso *DeShaney*. Y para un análisis de las implicaciones no judicializables de la Enmienda XIII referidas al derecho mínimo de acceso a la educación y otros por el estilo, ver Akhil R. Amar, *Forty Acres and a Mule: A Republican Theory of Minimal Entitlements*, Harvard Law Journal, 13 (1990), & PUB. POL'Y 37, págs. 40-43 (traducción castellana: «Cuarenta acres y una mula» en: C. Rosenkrantz (comp.), *La responsabilidad extracontractual*, Barcelona, Gedisa, 2000).

El tratamiento de menores sin el consentimiento de los padres

ROBERT A. BURT

En nuestra sociedad existe una arraigada tradición según la cual los deseos de los padres acerca de la crianza de sus hijos deben tener una consideración primordial. La idea de que los padres tienen «derechos» sobre sus hijos es una de las formas de establecer esta tradición. Sin embargo, actualmente, esta expresión suena hueca, como si connotara que los niños son propiedades más que personas y que el concepto de los derechos de los padres sobre los hijos fuese equiparable a la idea de posesión de esclavos. Asimismo, existe otra manera de fundamentar este mismo principio de los derechos de los padres en afinidad con la perspectiva contemporánea individualista, la cual demanda igual respeto para todas las personas, incluyendo también el respeto a los niños como personas. Desde una mirada psicológica, la consideración social a nivel general de los deseos de los padres en cuanto a la crianza de sus hijos se puede ver como la mejor forma de asegurar que la mayoría de los niños crezca plenamente como individuos. Esta consideración social reconocería, y a la vez fortalecería, el intenso compromiso emocional que existe naturalmente, y debe existir, entre padres y niños para que éstos puedan desarrollar una personalidad individual adulta socialmente valorada. (Éste es, en efecto, el centro del argumento psicoanalítico basado en el anticipado debate de Joseph Goldstein, Anna Freud y Albert Solnit en sus influyentes libros *Beyond* y *Before the Best Interests of the Child*.)

Desde esta perspectiva psicológica no existiría conflicto entre la idea de que cada niño debe ser protegido por la sociedad, que ésta deberá atender al desarrollo de sus capacidades individuales de la forma más completa posible, y la idea de que la sociedad considere las deci-

siones de los padres acerca de la crianza de sus hijos. Los niños no se convierten de golpe en adultos. Algunos adultos deben tomar decisiones por ellos durante un tiempo considerable —razón por la cual el debate continúa— y las personas externas a la relación entre padres e hijos (ya sea un terapeuta, un juez o ambos) no pueden intervenir coercitivamente en aquella relación sin exponer al niño a riesgos excesivos de daño psicológico.

Sin embargo, hay algunas circunstancias donde simplemente no es recomendable plantear que esta posible concordancia de intereses exista entre padres e hijos. El maltrato infantil —golpes violentos de los padres a niños pequeños, por ejemplo— es una de aquellas circunstancias obvias. En tal caso, usando el vocabulario de los abogados, existe un conflicto de intereses entre el padre y el niño, y también existe un conflicto con el principio que establece la preponderancia de la consideración social a los deseos de los padres respecto de la crianza de sus hijos. La regla general podría ser que los deseos de los padres sean generalmente respetados, y que el maltrato infantil aparezca como una excepción. Ahora bien, al utilizar la terminología de los abogados, rápidamente se recurre a soluciones propias de los abogados. Una vez que el conflicto potencial de intereses ha sido identificado entre padres e hijos, y un conflicto correspondiente de principios también ha sido planteado, la respuesta genérica de los abogados es convocar una audiencia, en la que las contradicciones entre los distintos intereses y principios en conflicto están representados por abogados, y la facultad de resolución del conflicto por un juez. Esto es lo que los abogados llaman el modelo del «debido proceso contradictorio» para la resolución de disputas.

Este modelo del debido proceso contradictorio se ha tornado bastante popular entre la gente que se considera a sí misma defensora de los derechos de los niños. Esta gente ve el conflicto actual o potencial entre padres e hijos en una cantidad creciente de asuntos, y sostiene que estos temas deberían ser denunciados y judicializados. Quiero enfatizar en esta presentación el tema de las decisiones de los padres sobre el tratamiento médico, aunque es importante ver desde el comienzo que los esfuerzos generales para traer estas decisiones crecientes al ámbito jurídico son parte de la ideología contemporánea general res-

pecto del conflicto paterno-filial. Específicamente, respecto de los temas de tratamiento médico, existen dos circunstancias diferentes en las que algunas personas generalmente recurren al ámbito judicial: 1) cuando los padres solicitan una intervención médica para su hijo y otros —médicos o abogados— se oponen; 2) cuando los padres rechazan una intervención médica que otro solicita a favor del niño. En esta presentación desarrollaré más ampliamente la primera circunstancia —cuando los padres quieren una intervención—, aunque las consideraciones que ofreceré deberían tener igual aplicación para la segunda circunstancia, como brevemente expondré al final de estos comentarios.

Tres situaciones específicas donde los padres requieren intervenciones médicas y otros se oponen han sido ampliamente debatidas en la literatura y en la justicia en estos últimos años:

- 1) los padres desean la esterilización de un hijo con grave retraso mental;
- 2) los padres desean donar un riñón de uno de sus hijos a un hermano; y
- 3) los padres desean internar a su hijo en un hospital psiquiátrico.

Para cada una de estas situaciones muchos defensores de los niños han sostenido y algunos tribunales así lo han decidido, que los padres no son libres de actuar según su propio albedrío y que los abogados son necesarios en estos procesos. Esto incluye la designación de un abogado que represente al niño, sea o no requerida tal intervención por éste, para que un juez finalmente decida si los deseos de los padres deben o no ser respetados. Recientemente, la Corte Suprema de Estados Unidos trató este tema refiriéndose al internamiento psiquiátrico¹; y rechazó la decisión del tribunal inferior según la cual se consideraba constitucionalmente necesaria una audiencia judicial para la protección de los intereses del niño. Esta decisión de la Corte Suprema tal vez desalentará el ímpetu de los abogados para resolver todo tipo de conflicto entre padres e hijos (en el tratamiento médico, o en general) a través del modelo del debido proceso contradictorio. Ello no obstante, el ímpetu se mantiene fuerte. En la actualidad, para el internamiento psiquiátrico de niños, las leyes de varios Estados exi-

gen audiencias judiciales (a pesar de que la Corte Suprema haya decidido que tales audiencias no son necesarias constitucionalmente); y para las cuestiones de esterilización o donación de riñón, los procedimientos judiciales se han convertido ahora en norma de la justicia de los Estados.

Quisiera resaltar algunos problemas que se plantean en torno a esta norma, especialmente esta confianza instintiva de los abogados en el modelo del debido proceso contradictorio para los conflictos entre padres e hijos. En este contexto, considero que el modelo no ayudará a resolver los problemas e incluso podría hacer más difíciles las situaciones más complejas. Hay ocasiones en las que las decisiones de los padres respecto de los niños debieran ser rechazadas. De todas maneras, creo que la casuística individual de las audiencias judiciales no es una buena forma —tal vez incluso sea la peor— para descartar las decisiones parentales. Tengo la impresión de que las audiencias individualizadas tienden a distorsionar —más que clarificar— los asuntos en juego; con todo el respeto a la formalidad de los pasos procedimentales establecidos, imagino que el juez inevitablemente aplicará su punto de vista personal que no necesariamente estará en conexión con los intereses del niño, los de los padres o ciertos intereses sociales generales. Cuando las decisiones de los padres deben ser descartadas para proteger a los niños, no confiaría en audiencias judiciales individualizadas; pero sí, en cambio, intentaría en todo momento encontrar alguna técnica regulativa alternativa.

Quisiera ilustrar la opción entre las audiencias individualizadas y las técnicas alternativas en el contexto de las decisiones de esterilización para los niños con retraso mental. Los defensores del modelo del debido proceso contradictorio dicen: «Si los padres quieren esterilizar a sus hijos con retraso mental, permítanles convencer al juez luego de una completa audiencia contradictoria». Pero pensemos por un minuto qué podría ocurrir en esa audiencia. Consideremos el probable impacto, por ejemplo, que tendría el retraso mental de un niño sobre el juez: ¿Cuánta experiencia puede haber tenido un juez corriente en tratar casos de personas con retraso mental? ¿Qué clase de actitudes hacia las personas con retraso mental pueden filtrarse en el pensamiento del juez, incluso si (o tal vez particularmente si) éste ha teni-

do considerables experiencias con esa gente? ¿Qué garantías existen de que el juez no comparta el impulso social común para disminuir el valor individual de aquellos afligidos con retraso mental?

Es difícil admitir y examinar estos impulsos en cualquier marco; pero creo que es especialmente difícil reconocer estos impulsos en el marco del estilo contradictorio de los tribunales. Todos los variados procedimientos judiciales alimentan la pretensión de que aquellos sentimientos no tienen en realidad incidencia alguna, que el juez es «imparcial» dado que no entra en juego un evidente interés personal suyo en la decisión, que los abogados son «racionales» porque pueden balancear este factor en contra, hablando fluidamente sin admitir cuán confusa y emocional la cuestión de la esterilización puede ser para ellos como también para los padres y los niños. El tenor racionalista del debido proceso no destierra los impulsos más oscuros y los conduce por vías subterráneas por donde puedan persistir en silencio dominando el proceso de toma de decisiones de cualquiera de los implicados, ya sean padres, abogados o jueces.

Existen razones para creer que el miedo y el prejuicio respecto de la sexualidad de las personas con retraso mental distorsionarán de modo inapropiado las decisiones de los padres acerca de la esterilización;² pero es demasiado sencillo asumir que aquellos miedos y prejuicios se dispararán en audiencias judiciales contradictorias.

Más que pretender que aquellas audiencias puedan proteger adecuadamente los intereses de todos los niños, creo que deberíamos obligarnos a nosotros mismos a prohibir todo tipo de esterilización de niños con propósitos de control de la natalidad, o permitir a los padres decidir tal esterilización sin ningún tipo de control judicial. La regla de prohibir todo tipo de esterilización podría parecer excesivamente severa y restrictiva en algunas circunstancias. Es cierto que siempre se pueden identificar situaciones especiales que requieren tratamiento excepcional. Los abogados son particularmente dados a encontrar hipotéticos problemas específicos en las reglas generales y son igualmente habilidosos en proponer que aquellas excepciones casuísticas puedan ser fácilmente identificables por abogados y jueces en casos reales; pero considero que existe un considerable desfase entre la formulación hipotética de una excepción y su identificación en

un caso concreto, particularmente cuando la cuestión está fuertemente cargada de insinuaciones emocionales confusas. Es verdad que una regla general de prohibición o una que permitiera a los padres autorizar la esterilización de sus hijos impulsaría al abuso en algunos casos individuales. No obstante, creo que es más honesto admitir que las audiencias individualizadas no protegerán en forma adecuada contra el abuso, y que una regla general sobre este tema podría partir de la premisa de que no es posible diseñar un mecanismo perfecto y libre de abuso. Desde esta honesta admisión creo que es más posible que nosotros como sociedad centremos la atención en las consideraciones verdaderamente relevantes.

Respecto de la esterilización, estas consideraciones incluyen la disponibilidad de técnicas de anticoncepción alternativas y reversibles, y su seguridad y eficacia comparadas con las de la esterilización. Podría ser que ninguna de las alternativas a la esterilización sea tan segura o eficaz como ésta. Además, dado que estas otras técnicas son reversibles, aparecen como respuesta a la preocupación de los padres de que esterilizarían inapropiadamente a los niños con retraso mental ya que podrían desarrollar capacidades parentales adecuadas en la madurez. Si mantenemos la posición que se comenta —esto es, que nuestras únicas opciones reguladoras son prohibir o permitir todas las esterilizaciones de los menores— estaríamos forzados a elegir entre estas dos opciones nada atractivas e inclusive inconmensurables: la de producir daño a algunos niños por negar la esterilización pero que estén sujetos a métodos anticonceptivos menos seguros o eficaces, o la de producir daño a otros niños por subordinarlos a una esterilización inapropiada.

A esta altura de la exposición, los defensores del modelo del debido proceso ofrecen una forma aparentemente atractiva de resolver este dilema de toma de decisiones por la cual la difícil opción de perjudicar a algunos niños para ayudar a otros parece que queda eliminado; pero es una ilusión, lo mismo como lo es la posibilidad de que exista alguien que pueda tomar «decisiones imparciales» sobre esta cuestión entre abogados y jueces. Esta es otra razón por la cual el modelo del debido proceso es tan peligroso: precisamente porque es tan seductor. Este modelo de decisión nos dice lo que queremos creer ferviente-

mente; el modelo aparece para refutar las proposiciones detestables acerca de que cada elección social inevitablemente dañará a alguien, que la perfecta y armoniosa «justicia» no es accesible en este mundo.

Tal vez es demasiado difícil renunciar a esta particular ilusión; tal vez me equivoco en pensar que la mejor forma de tomar decisiones sociales en beneficio de los intereses de los niños generalmente resultan de esta clase de lamentable honestidad acerca de las inevitables imperfecciones de nuestro mundo. Pero consideremos otro ejemplo referente a las decisiones médicas de los padres por sus hijos: las donaciones de riñón entre hermanos. La respuesta de la justicia a esta posibilidad tecnológica ha sido inflexible: se exige una audiencia judicial para garantizar que la decisión de los padres sea en el «interés superior» del niño donante.³ ¿Qué conocimientos puede realmente tener un juez para resolver este problema? Podría ser que los impulsos de los jueces para ratificar las decisiones de los padres sean bastante fuertes en estos procedimientos y que aquel pequeño daño ocurrirá; y que tal vez la mayoría de los padres autorizará tal donación, aunque ocurra un pequeño daño al niño donante, y bastante beneficio potencial para el receptor. Y, finalmente, podría ocurrir que esa participación de los jueces *pro forma* en estas decisiones apaciguará los miedos irracionales y excesivos de cualquiera sobre la operación en sí misma y la posibilidad de que un niño haya sido utilizado insensiblemente como un proveedor de «piezas de recambio» para otro, un niño más favorecido. Cabe recordar las profundas observaciones de un psiquiatra que participó en tal procedimiento judicial.⁴

Pero éste no es el propósito reconocido de estas audiencias. Si preferimos admitir este verdadero propósito porque no queremos admitir nuestros celos generales acerca de las técnicas procedimentales o los aspectos éticos, entonces me preocupa el alcance de esta audiencia, puesto que disimulará las genuinas preocupaciones de todos los participantes y, en consecuencia, una vez más, los intereses de los niños no serán considerados en forma adecuada. Tanto para la donación de un riñón, como para la esterilización, preferiría elegir entre la regla social que prohíbe o bien la que permite todas las decisiones parentales sin ningún control judicial. Personalmente oprimaría por una regla que permitiera las decisiones paternales sobre las donaciones de riñón y

las prohibiría para las esterilizaciones. No obstante, no voy aquí a fundamentar lo correcto de estas reglas. Sólo quiero exponer que esta forma de hacer reglas es mejor que permitir la opción de las determinaciones judiciales individuales.

Aplicaría este mismo abordaje de la cuestión al internamiento psiquiátrico de los niños. He escrito sobre este tema en extenso.⁵ En este asunto, sin embargo, creo que las audiencias individualizadas desvían la atención desde las necesidades por —y la oportunidad de participación judicial en— la reforma institucional fundamental en tales hospitales. Parece como si, en la práctica, las audiencias judiciales de internamiento —supuestamente para proteger a los niños de la «descarga» paterna— tenderán impensadamente a ratificar las decisiones de los padres o de los profesionales. Tales audiencias probablemente se introducirán y complicarán las relaciones entre los niños y los profesionales. Esta intromisión no sería un argumento persuasivo contra tales audiencias si éstas prometieran alguna compensación beneficiosa para la mayoría de los niños. Sin embargo, soy escéptico de que tal beneficio ocurra en la mayoría de los casos.

He mencionado al principio que la común confianza instintiva de los abogados en el modelo del debido proceso entre los defensores del niño no se limita a las decisiones de los padres sobre cuestiones médicas. En síntesis, quisiera brevemente identificar un área donde este modelo mantiene virtualmente una dominación incuestionable. Consideren las decisiones de custodia de los niños en las causas de divorcio. Aquí casi todos asumen que es aconsejable y posible elegir entre el padre y la madre a partir de una investigación individualizada que determina quien es el mejor guardador posible del niño. En casos controvertidos, esta investigación a menudo la realizan inicialmente psiquiatras cuyas opiniones son revisadas en un procedimiento contradictorio por un juez. Creo que hemos prestado una atención insuficiente a la posibilidad de que, en la mayoría de los casos, la opción entre la madre y el padre es inconmensurable, y que el «interés superior» del niño simplemente no puede ser conocido. Esta posibilidad no necesariamente es un ataque contra las audiencias individuales; tal vez, como en los procedimientos para la donación de riñón, se podrían justificar como conjuros rituales para persuadir a todos que los in-

tereses del niño están siendo protegidos, aunque sus padres estén destruyendo su familia previamente intacta.

Sin embargo, tengo la sensación de que estos procedimientos no son rituales sin costos, y que promueven y provocan actitudes contradictorias entre los esposos en proceso de divorcio que en sí mismos operan en contra de los intereses del niño. Parece como si tales audiencias provocaran a algunos padres a entrar en disputas que, de otra forma, las hubieran solucionado, aunque tristemente, si el sistema legal no les ofreciera un *forum* para resolver el conflicto. Si aceptamos la posición acerca de los procedimientos de custodia de niños que he propuesto anteriormente, podríamos proponernos la tarea de designar reglas de decisiones de custodia «automática» (por ejemplo, «la madre siempre gana» o «antes de los cinco años, la madre gana; después de los cinco años gana el padre» o «gana la parte parental que sea del mismo sexo que el niño»). Cada regla posible tiene problemas; cada una aparece para reclamar excepciones especiales o por concretos juicios individuales. Pero tanto en este contexto, como en los planteados al comienzo, esta aparición podría ser una ilusión, y no solamente una buena ilusión, que en la práctica daña a más niños que los que ayuda. Ésta es la hipótesis que propondría, de todos modos, para futuras reflexiones.

Traducción de Gimol Pinto

Notas

1. *Parham v. J.R.*, 99 Sup. Ct., pág. 2493 (1979).
2. Véase J. Gliedman y W. Roth, *The Unexpected Minority: Handicapped Children in America* (1980), apartado 2: «The Sexuality of the Severely Disabled».
3. Véase, por ejemplo, *Hart v. Brown*, 29 Conn. Sup., pág. 368 (1972).
4. Véase M. Lewis, «Kidney Donation by a 7-Year-Old Identical Twin», *Journal of Child Psychiatry* 13:221 (1974).
5. Véase «The Constitution of the Family», *Supreme Court Review* (1979) pág. 329. Traducción castellana: «La constitución de la familia», en el presente volumen, págs. 37-114.

Asistencia médica para menores en riesgo: la supervisión estatal de la autonomía de los padres

JOSEPH I. GOLDSTEIN

De todas las tiranías, la tiranía ejercida sinceramente por el bien de sus víctimas quizás sea la más opresiva ... Aquellos que nos atormentan por nuestro propio bien nos atormentarán sin tregua con la aprobación de sus propias conciencias.¹

Introducción

Ser *niño* significa carecer de responsabilidad jurídica, ser dependiente y no tener capacidad o autoridad para decidir qué es «mejor» para uno mismo.

Ser *adulto* significa ser jurídicamente responsable, independiente y con capacidad y autoridad para decidir y hacer lo «mejor» para uno mismo.

Ser un *adulto que es padre* significa, conforme a una presunción legal, tener la capacidad, la autoridad, y la responsabilidad para determinar y hacer aquello que es bueno para los niños.

El derecho está diseñado para asegurar a cada niño la oportunidad de enfrentarse y dominar las crisis de desarrollo que atraviesa en su camino hacia la edad adulta —hacia esta edad crítica en que él o ella obra bajo la presunción estatal de estar calificado para determinar qué es lo «mejor» para sí mismo.² Como Jeremy Bentham observó no hace tanto tiempo, en 1840:

La debilidad de la infancia exige una continua protección. Hay que hacer todas las cosas para un ser imperfecto, el cual hasta el momento no hace nada por

sí mismo. El desarrollo completo de su psiquismo dura muchos años, ya que sus facultades intelectuales son, todavía, lentas. A determinada edad, ya tiene la fuerza y las pasiones pero no posee la experiencia suficiente para regularlas. Es demasiado sensible a los impulsos presentes, demasiado despreocupado por el futuro: en tales condiciones ese ser debe ser cuidado bajo una autoridad más inmediata que la jurídica ...³

Esa autoridad «más inmediata» es la autoridad paterna. Así, las leyes de la sociedad, en concordancia con las reglas de la naturaleza, tratan de asegurar a cada niño la calidad de miembro permanente de una familia con al menos uno o preferentemente dos adultos que lo cuiden.⁴ El derecho, según la visión de Bentham, tiene una fuerte presunción en favor de la autoridad paterna libre de la intromisión coactiva de agentes del Estado.⁵ En efecto, es una función del derecho proteger la intimidad familiar como medio de salvaguardar la autonomía paterna en la crianza de los niños.⁶ Al mismo tiempo la justicia trata de proteger el derecho de cada niño a tener padres con autonomía que se interesen en crear una atmósfera responsable y que puedan satisfacer las necesidades —continuamente cambiantes— psicológicas y físicas del niño.

Como toda autoridad, sin embargo, la autoridad paterna puede suponer abuso. La intimidad familiar puede convertirse en cobertura para explotar la inherente desigualdad entre adultos y niños.⁷ Por eso, los niños que, por definición, están tanto física como psicológicamente en riesgo pueden algunas veces estar expuestos a otros peligros por los adultos «guardadores», a los cuales se presumen imprescindibles para su bienestar.

Este ensayo trata sobre el rol del derecho en la protección de los niños respecto de la explotación paterna, y de padres e hijos dentro de una familia frente a la explotación estatal, al proveer o rechazar atención médica. El objetivo es determinar en qué medida la justicia debe supervisar, no solamente el derecho y la obligación de los padres de decidir qué atención médica deben o no proveer a sus hijos, sino también el derecho recíproco de los niños a que sus padres asuman la responsabilidad por la toma de tales decisiones.⁸ Esta búsqueda incluye dos ininterrogantes acerca de la facultad del Estado para romper su garantía de la intimidad familiar y la autonomía paterna: 1) ¿Qué circunstancia, si es que hay alguna, debe constituir *causa probable* para

que el Estado se imponga sobre la intimidad familiar investigando las decisiones paternas acerca de la salud de los hijos y los cuidados médicos necesarios? 2) ¿Qué debe revelar semejante investigación para *justificar* la privación de la autonomía paterna al sustituir a los padres por una sentencia estatal? Aunque ambas cuestiones son importantes, este ensayo se dedica al estudio de la segunda cuestión, para exponer al final el dilema de *cuándo* el Estado debe, por sí mismo, convertirse en «padre».

La primera cuestión se plantea en dos formas totalmente distintas. La primera, sobre la cual este ensayo no hará hincapié, toma la forma de juicios sociales *generales* que ningún padre tendrá la alternativa de desconocer, por ejemplo, el deber de tener vacunados a sus hijos contra la viruela. Tales avances legislativos sobre la autonomía paterna se realizan sin tener en consideración ningún deseo personal específico de los padres. Estos avances son percibidos como un «ejercicio razonable y adecuado del poder de la administración pública» para favorecer intereses estatales ya impuestos, por ejemplo, la salvaguarda de la sociedad entera de epidemias de viruela.⁹

La segunda forma de intromisión estatal y sobre la cual este ensayo hace hincapié está definida con menor precisión. Se refiere a las resoluciones caso por caso, que se centran en la cuestión de si el Estado debe supervisar o anticiparse al juicio personal paterno relativo al cuidado médico de sus hijos. La autoridad para la intervención estatal se fundamenta en leyes a veces vagas e imprecisas sobre abuso, descuido y delincuencia, así como en decisiones administrativas y judiciales según las cuales algunos niños, en determinadas circunstancias, tienen derecho a obtener o rechazar cuidados médicos sin tener en consideración los deseos de los padres e incluso en contra de ellos.¹⁰ En un esfuerzo por extraer algunas orientaciones provisionales para fijar límites a la intromisión en la autonomía paterna y la intimidad familiar, se examinarán una serie de casos que afectan a) una elección entre vida y muerte por formas «normales» y «malformaciones» de infantes recién nacidos; b) una elección entre vida y muerte para adolescentes; c) la opción en la cual no hay riesgo o amenaza para la vida de niños pequeños y adolescentes; y d) dos opciones interrelacionadas en las cuales hay riesgo o amenaza para una vida y ninguna amenaza para la

vida de otro concernientes a trasplantes de órganos de un niño sano a un hermano moribundo.

1. Presunción de autonomía paterna e intimidad familiar

Los casos son analizados en términos de fuertes presunciones de nuestro sistema legal en favor de la autonomía familiar y la intimidad familiar, *enfrentados* a la intervención estatal coactiva. La ley presume la capacidad y reconoce la autoridad de adultos a padres sobre sus hijos conforme a sus propias creencias, sus particulares preferencias y estilos de vida. No hay reglas establecidas para la crianza de los hijos de acuerdo con alguna religión o ideal científico determinados. Se requiere solamente que los padres encuentren estándares *mínimos* para el cuidado infantil *negativamente* señalados en leyes de descuido, abuso y abandono, y *afirmativamente* señalados en previsiones tales como la obligación paterna de enviar a los niños a la escuela, mantenerlos fuera del mercado laboral y vacunarlos contra la varicela. De acuerdo con nociones fundamentales de libertad, la ley presume, de ese modo, que los padres, como adultos que son, están calificados para decidir cómo satisfacer las necesidades de sus hijos hasta que ellos se transformen en adultos y se los presuma competentes para decidir respecto de sí mismos y de los intereses de sus hijos.¹¹

El derecho a la intimidad familiar y a la autonomía paterna, así como la confianza recíproca interesa a los padres e hijos en sus lazos familiares, no necesita grandes justificaciones cuando ello concuerda con el compromiso de la Constitución fundamental de cada Estado con la libertad individual y la dignidad humana.¹² Pero el derecho de los padres a educar a sus hijos como mejor les parezca, libres de la intervención estatal coactiva, concuerda también con las necesidades biológicas y psicológicas de cada niño para, sin amenazas ni quebrantos, continuar al cuidado de sus padres.¹³ Ningún otro animal está durante tanto tiempo después de su nacimiento en un estado de indefensión tal que su supervivencia depende de la alimentación continua por un adulto. Aunque la ruptura o debilitamiento de los vínculos con los adultos responsables que los tienen a su cargo puedan tener

diferentes consecuencias para los niños de diferentes edades, casi no hay duda de que tal ruptura del vínculo familiar será perjudicial para el bienestar del niño.¹⁴ Pero «mientras la familia está intacta, el niño siente que la autoridad paterna se alberga en una unidad corporal, que es una guía segura y confiable para su posterior identificación».¹⁵ La Corte o la agencia interventora, sin considerar o por encima de las objeciones de los padres, puede solamente servir para socavar el vínculo familiar, el cual es vital para desarrollar un juicio infantil apropiado, y para llegar a ser un adulto pleno.

Más allá de esas justificaciones biológicas y psicológicas adicionales para aislar las relaciones entre padres e hijos y salvaguardar el derecho de cada niño a tener un lugar permanente en una familia propia, hay otra justificación para la política de mínima intervención estatal. Esta es, como Bentham reconoce, que la justicia no tiene la capacidad de supervisar los vínculos interpersonales delicadamente complejos entre padres e hijos. Como *parens patriae* el Estado es demasiado crudo como instrumento para volverse un adecuado sustituto de los padres. El sistema legal no tiene los recursos ni la sensibilidad para responder a las cambiantes necesidades y demandas de un niño en crecimiento. No tiene la capacidad de confrontar a nivel individual las consecuencias de sus decisiones o de actuar con la prudente velocidad requerida por el sentido temporal del niño, y que es esencial para su bienestar. Incluso si el derecho no fuera tan inapropiado, no hay base para suponer que las decisiones de sus operadores acerca de las necesidades personales del niño serán mejores que (o en su lugar, tan buenas como) los juicios de sus padres. Solamente un pensamiento mágico permitirá la negación de esas evidentes, pero a menudo ignoradas, verdades acerca de los límites del derecho.¹⁶

Reconocer cuán vulnerables son los procesos de desarrollo existentes entre la infancia y la edad adulta, y hasta qué punto los padres resultan imprescindibles para salvaguardar continuamente a sus hijos de los infinitos riesgos existentes, implica también reconocer que ellos pueden fallar. Los padres pueden exponer a sus hijos a un riesgo injustificado, antes que contribuir a su supervivencia para llegar a la edad adulta. Esos peligros justifican una política de un *mínimo* de intervención estatal antes que una de *no* intervención.

Más aún, el reconocimiento de que los padres pueden perjudicar a sus hijos aun sin intención, no significa que el Estado necesariamente pueda o quiera hacerlo mejor. No es ésta una justificación aceptable del lenguaje vago y subjetivo de las leyes de abandono y abuso que dan al Estado, sin guía alguna, discrecionalidad para supervisar las decisiones paternas relativas a los cuidados médicos de sus hijos. Si las legislaciones dan total reconocimiento al derecho del niño a una familia permanente y al derecho de los padres, no importa cuán pobres sean, a educar a sus hijos como ellos lo consideren mejor, aquéllas deben tomar conocimiento de la necesidad de una reevaluación realista de las leyes de abuso y abandono, leyes que, de un modo amplio, general y vago, disponen que el niño al cual se le denega el cuidado apropiado puede ser declarado «abandonado».¹⁷ La legislación debe hacerse para mostrar que el requisito del consentimiento paterno para el cuidado médico de los niños pierde su sentido si el rechazo a consentir automáticamente provoca una investigación estatal o la declaración de abandono. Por tanto, las leyes del Estado deben ser revisadas para verificar, sin descartar su existencia, las fantasías de rescate de aquellos que autoriza a intervenir, y así, salvaguardar a las familias de las irrupciones en las relaciones familiares en curso, promovidas por el Estado y realizadas por gente bien intencionada que «conoce» qué es «mejor» y que desea imponer sus preferencias personales de cuidado de la salud a otros.

Es en este contexto, cargado de valores, que el examen de casos se hace para determinar cómo y con que alcances el Estado debe procurar supervisar o anticiparse a los padres en sus decisiones para asegurar o denegar cuidados médicos para sus hijos.

2. Decisiones de vida o muerte

La supervisión estatal de decisiones de los padres podría estar justificada al disponer la realización de algún procedimiento médico no probado, no experimentado, cuando su denegación podría significar la *muerte* para el niño, el cual, de otro modo, podría tener una oportunidad para *una vida digna de ser vivida* o una *vida de crecimiento saludable*.

ble relativamente normal;¹⁸ para la mayoría, cuando la persona se libera del control paterno y se la presume competente para decidir por sí misma. El Estado podría suspender la presunción de la autonomía paterna en materia de atención médica solamente si se pudiera demostrar: a) que la profesión médica está de acuerdo acerca de que el tratamiento médico experimental es adecuado para el niño; b) que el resultado esperado del tratamiento es lo que la sociedad reconoce como bueno para cualquier niño, esto es, una posibilidad de crecimiento normal y saludable o una vida digna de ser vivida; y c) que el resultado esperado, de denegarse ese tratamiento, podría significar la muerte del niño.

Ese criterio de intervención fue elaborado por el juez Murphy, de la Corte Suprema del Distrito de Columbia, *in re Pogue*.¹⁹ Autorizó transfusiones de sangre para un recién nacido que de otro modo hubiera muerto de haber sido aceptada la decisión de los padres de rechazar el tratamiento. Al mismo tiempo, el juez Murphy, reconociendo la diferencia entre ser un adulto y ser un niño, con respecto a la elección de la atención médica, rechazó la orden de transfusión de sangre para la madre del niño quien, ante el peligro de muerte, rehusó consentir esa intervención. A la objeción de los deseos de los padres «adultos» y sin considerar, por supuesto, los «deseos» del niño, el juez Murphy, como un padre sustituto, decidió proteger el derecho del niño a ser persona hasta que cumpla la mayoría de edad, cuando él llegaría a tener derecho de hacer tal elección de vida o muerte por sí mismo. El juez consideró implícitamente que los padres del niño eran temporalmente incompetentes para cuidarlo, mientras que simultáneamente admitió el estatus adulto de la madre para declinar el uso de su negativa a recibir sangre como base para declararla peligrosa para sí misma y, de esa manera, como si fuera una menor, decidir por ella.²⁰

El «hecho» científico de que la muerte, tanto del niño como de la madre, fuera inevitable sin transfusión —el procedimiento médico no experimentado— no estaba en discusión. No había ninguna duda social acerca de su conveniencia, es decir, el «éxito» del resultado predicho para la transfusión, que ofrecía una oportunidad para el crecimiento normal y saludable, para una vida digna de ser vivida. El

problema era si el juez y los médicos, como adultos con una preferencia por la vida, podían usar el poder estatal para imponer su juicio de «mayores de edad» sobre otros mayores de edad, cuyas propias decisiones «adultas» daban mayor peso a otras preferencias. En nombre del adulto la respuesta era «no»; en nombre del niño la respuesta era «sí».²¹ De ese modo, la intervención estatal coactiva se justificaría cuando la decisión paterna pudiera haber privado al niño de un tratamiento médico probado y, consecuentemente, de una oportunidad para un crecimiento y desarrollo saludables.

No obstante, no habría justificación para la intromisión coactiva por parte del Estado en aquellas situaciones de vida o muerte: a) en las cuales se propone un procedimiento médico no probado; b) en las cuales los padres se enfrentan a un asesoramiento médico contradictorio acerca de si corresponde seguir algún tratamiento; c) en su caso, aun si los expertos médicos están de acuerdo respecto del tratamiento, hay pocas probabilidades de que el tratamiento experimental permita al niño aspirar a una vida digna de ser vivida o a una vida de crecimiento saludable relativamente normal. Esos estándares están afianzados en los conceptos del *common law*, como el del simple deber, del que es reflejo, en el campo judicial, las instrucciones al jurado del juez Field en relación con la responsabilidad criminal por actos de omisión:

La obligación omitida debe ser una obligación clara, por lo cual pienso que lo primero debe ser que no admita ninguna discusión relativa a su fuerza obligatoria; aquello sobre lo que deben acordarse o serán generalmente acordados diferentes significados. Donde exista duda en cuanto a qué conducta deberá ser seguida en un caso particular, y un hombre inteligente no esté de acuerdo con relación a la acción apropiada a tomarse, el derecho no imputa culpabilidad a nadie, si, de la omisión de adoptar un curso de acción en lugar de otro, resultan consecuencias fatales para otros.²²

Fuera de un reducido núcleo central de acuerdo, «una vida digna de ser vivida» y «una vida de crecimiento saludable relativamente normal» son términos profundamente personales acerca de los cuales no hay consenso social. Así, puede no haber consenso social respecto de lo «correcto» para decidir siempre a favor de la «vida» o preferir

siempre el resultado del tratamiento recomendado sobre el resultado predicho para tal tratamiento denegado. Es precisamente en aquellos casos en los cuales personas razonables y responsables pueden discrepar y discrepan acerca de si la «vida» posterior al tratamiento podría resultar «digna de ser vivida» o «normal», y así, sobre qué es «lo correcto», que los padres deben permanecer libres de intromisiones estatales coactivas al decidir si consienten o rechazan el programa médico propuesto para sus hijos.

La alta probabilidad de una vida digna de ser vivida o de un estándar de crecimiento saludable relativamente normal están diseñados no para facilitar, sino para inhibir la intervención estatal. Ese amplio estándar está pensado para reforzar una política de mínima intervención estatal. En su amplitud y en sus demandas probatorias se carga al Estado con la responsabilidad de suspender la presunción de la autonomía paterna. La intervención podría de esta manera ser limitada a aquellos casos particulares de vida o muerte en los cuales el Estado pudo establecer que los médicos prescriben el tratamiento rechazado y donde éste podría proporcionar al niño moribundo una oportunidad de tener lo que el consenso social considera el estándar de una vida digna de ser vivida o de una vida de crecimiento saludable relativamente normal. El Estado, por supuesto, podría permanecer sin autoridad para impugnar las decisiones paternas sobre el tratamiento médico dispuesto para salvar a sus hijos moribundos, aun si el Estado pudiera establecer que había un consenso social acerca de que el resultado esperado para tal tratamiento no era una «vida digna de ser vivida».

A ausencia del acuerdo médico respecto de qué tratamiento es el indicado, o la ausencia del consenso social acerca de la precisión del resultado previsto para el tratamiento, no deberían justificar la descalificación de los padres por (o de agentes del Estado competentes para) la toma de la difícil decisión para dar su opinión personal sobre lo «bueno» o lo «digno de vivirse» o del «crecimiento saludable normal». Nadie tiene más derecho o responsabilidad y a nadie se puede presumir estar en una mejor posición y, por tanto, como mejor equipado que los padres del niño para decidir qué curso seguir si los expertos médicos no pueden coincidir o cuando coinciden, si no hay un

acuerdo general en la sociedad respecto de si el resultado del tratamiento es claramente preferible al resultado del no tratamiento. Para ponerlo en términos más duros, ¿cómo pueden los padres en tales situaciones dar la respuesta errónea si no hay un camino para reconocer la respuesta correcta? En esas circunstancias la garantía legal de la libertad de creencia se torna significativa y el derecho para actuar sobre esa creencia como un padre autónomo se vuelve operativo dentro de la intimidad de una familia.²³ Precisamente, porque no hay una solución objetivamente errónea o correcta, la tarea de establecer el error la debe asumir el Estado, no el padre, pues lo que éste establece como correcto para ellos no necesariamente es correcto para otros. En efecto, esto es exacto en los casos en los que la Constitución, que separa la iglesia y, en diferentes grados, la ciencia del Estado, ordena abstenerse de imponer a un grupo ortodoxo decisiones relativas a la atención médica o la verdad acerca del significado de la vida o, en su caso, la muerte de otro.²⁴

Por tanto, finalmente, se debe dejar a los padres decidir, por ejemplo, si la malformación congénita de su hijo recién nacido con una comprobable deficiencia neurológica y alta posibilidad de retraso mental, debe ser paliada con tratamiento, el cual puede evitar la muerte, pero que a menudo no ofrece oportunidades de cura, ni posibilidades, en términos de consenso social, de una vida digna de ser vivida o de una vida de crecimiento saludable relativamente normal. El doctor Raymond Duff ha argumentado persuasivamente:

Las familias conocen su valor, prioridades y recursos, mejor que cualquier otro. Presumiblemente ellos, con el médico, puedan hacer la mejor elección como una cuestión privada. Ciertamente, ellos, más que ningún otro, deben vivir con las consecuencias. Muchas de esas familias saben que ellos no pueden colocar a ese niño en adopción porque nadie más lo quiere. Si ellos no pueden arreglárselas adecuadamente con el niño y sus otras responsabilidades y sobrevivir como una familia, ellos pueden sentir que la opción de muerte es una elección forzada... Pero que no es necesariamente mala, y aun así, ¿quién conoce un camino mejor?²⁵

Para el derecho adoptar la posición de Duff no significaría abandonar su compromiso con la defensa de la vida humana. Se podrían

establecer procedimientos especiales en hospitales para proteger a niños recién nacidos y sus padres de posibles diagnósticos erróneos, aunque no de una «errónea» sentencia moral. La función de tal procedimiento sería verificar el pronóstico médico, no la base ética de la cual la decisión paterna dependió.²⁶ Si el pronóstico demostró ser incorrecto y si los padres se negaron a aceptar la decisión, el Estado estaría facultado, como lo estuvo en el caso de la transfusión de sangre, para ordenar el tratamiento recomendado. Si el pronóstico trágico está garantizado, entonces el derecho, como arguye Duff, debe tratar la decisión como un «asunto privado», como sería que por medios médicos se mantenga la vida mediante cuidado y protección no necesariamente diseñados para evitar la muerte.

Si a la autonomía paterna no se le ha acordado el reconocimiento de que trata este ensayo, y si la sociedad insiste a través del derecho en que tales niños, en realidad, todos los niños, reciban el tratamiento médico aunque lo rechacen sus padres, el Estado debería proporcionar recursos financieros, físicos, y psicológicos esenciales especiales para hacer realidad que el niño «salve» el valor que prefiera. El Estado debería volverse completamente responsable en hacer de ese niño «no deseado» uno «deseado».²⁷ Como mínimo e idealmente el Estado debería financiar completamente sus requerimientos de cuidados especiales; en el caso de que los padres no deseen seguir siendo responsables de sus niños, el Estado debería encontrar padres adoptivos quienes con continuidad ininterrumpida pudieran satisfacer no solamente las necesidades físicas de los niños sino también sus necesidades psicológicas para la relación afectiva y emocional y para la estimulación intelectual.²⁸

Con excepción de la satisfacción de las necesidades físicas del niño, la tarea, por grande que sea la asignación de recursos financieros, bien puede estar más allá de los límites del derecho. El derecho es demasiado crudo como instrumento para nutrir, como solamente pueden hacerlo los padres, el delicado tejido físico, psicológico y social de la vida infantil. Incluso si pudo forzar a adultos de mala gana —y puede no hacerlo— a adoptar niños, el derecho no tiene la capacidad para convertir un niño «no deseado» en «deseado». Si el pasado y el presente proporcionan la base para predecir, la colocación institucional

(no adopción o largos períodos en la misma familia sustituta) es más probable pero aún difícilmente una propuesta satisfactoria para el posterior «cuidado» de tales niños hasta su mayoría de edad o muerte.²⁹ Los arreglos institucionales no han previsto la afectividad y otros lazos psicológicos que tales niños —sin importar cuán limitado sea su potencial para su saludable crecimiento y desarrollo— demandan y merecen.³⁰ Mientras el Estado propone instituciones que proporcionan menos que espacio de almacenaje y «heno, avena y agua»³¹ para alcanzar logros de las ciencias médicas, el derecho debe responder por su fuerte presunción en favor de la autonomía paterna e integridad familiar. Así, para el Estado, hacer otra cosa que *asumir* toda la responsabilidad por el tratamiento, cuidado y alimentación de tales niños *u honrar* la decisión paterna de consentir o rehusar la autorización para el tratamiento, sólo sería prestar un servicio cruel, opresivo e hipócrita a nociones de dignidad humana y de derecho a la vida.

El caso de Karen, una paciente adolescente con una irreversible disfunción renal, proporciona otro ejemplo de opciones de vida o muerte en el cual, el estándar para una oportunidad de una vida digna de ser vivida o una vida de crecimiento saludable relativamente normal, precluiría la supervisión estatal de las decisiones paternas. El caso de Karen plantea la cuestión de si la intervención estatal debería ser autorizada para revisar la elección de una adolescente quien, con el permiso y apoyo de sus padres, decide elegir la opción de muerte en lugar de la «vida». Después de un transplante fracasado de riñón, Karen y sus padres rehusaron consentir continuar con los «intolerables» dispositivos de supervivencia. La decisión de proceder como si la intimidad familiar y la autonomía paterna fueran, o cuanto menos debieran ser protegidas fue descrita en un artículo por sus médicos:

A consecuencia del fracaso del transplante, se habían practicado tres veces por semana hemodiálisis. Karen toleraba mal la diálisis, habitualmente tenía escalofríos, náuseas, vómitos, severos dolores de cabeza y debilidad...

...Después de que se aclarara que probablemente el riñón nunca funcionaría, Karen y sus padres expresaron el deseo de detener el tratamiento médico y dejar que «siga su curso natural»... Miembros del personal sugirieron a la familia que tales deseos iban a ser desoídos e inaceptables, y que la decisión de poner fin al tratamiento nunca podría ser una alternativa. La familia decidió continuar con la

diálisis, los medicamentos, y la terapia alimentaria. La incapacidad renal de Karen se retrotrajo a niveles previos al trasplante y ella regresó a su vida socialmente aislada, con restricciones alimentarias, disconformidad crónica, y fatiga.

El 10 de mayo, Karen fue hospitalizada, permaneciendo diez días con alta temperatura. Tres días después, el trasplante fue extirpado. Esta patología se parece a la del riñón original, y se estableció la posibilidad de una reacción similar en trasplantes subsecuentes.

El 21 de mayo, una arteriolavenosa que se desvió de lugar en el brazo de Karen para hemodiálisis, fue encontrada infectada, y parte de la pared venosa fue extirpada y la desviación, revertida. Durante este período de la hospitalización, Karen y sus padres fueron acatando a regañadientes las recomendaciones médicas, pero ellos continuaron reflexionando acerca de la posibilidad de detener el tratamiento... El 24 de mayo, la desviación coagulada cerró. Karen, con el acuerdo paterno, rechazó corregir la desviación y cualquier otra diálisis...

Karen murió el 2 de junio, con ambos padres al pie de su cama.... En pocas palabras, [antes] de su muerte ella agradeció al equipo médico, pues sabía que había sido un tiempo duro para ellos, y dijo a sus padres que esperaba que fueran felices. Nosotros supimos tarde que antes de su muerte ella había escrito su voluntad y escogido un sitio de entierro cerca de su hogar y de su pista favorita para montar a caballo. En sus últimos días, apoyó a sus padres cuando ellos vacilaban en su decisión; le dijo a su padre, «Papá, seré feliz en ese otro mundo si no hay máquinas y ellos no trabajan más sobre mi».³²

Para Karen y sus padres ningún tratamiento médico ofreció la posibilidad de reanudar una vida relativamente normal o una vida digna de ser vivida. La recomendación de la enfermería y del equipo médico de continuar el sistema de dispositivos de supervivencia no era un juicio científico, sino uno moral. La precisión de forzar las consecuencias de su elección sobre Karen antes que honrar la decisión de ella y de los padres, no pudo ser establecida. No había entonces base para ejercitar el poder del Estado de supervisar el juicio de los padres de Karen. Si ella hubiese sido adulta, según la escala cronológica de la ley, eso no se discute, o no se debería discutir, por respeto a su dignidad como ser humano; los doctores hubieran tenido que tolerar sus demanda de terminar el tratamiento. Como el tribunal de Nueva York declaró una vez, «Es el individuo, que es objeto de una decisión médica quien tiene la última palabra y ... eso debe necesariamente ser de esta manera en un sistema de gobierno que da la mayor protección posible al particular para satisfacer sus propios deseos».³³

Si los médicos hubieran continuado con la diálisis en contra de los deseos de la adolescente Karen y de sus padres, ello habría constituido una imposición ilícita civil y penal.³⁴ Juntos como una familia, ellos deben ser titulares del derecho de ser libres, como lo eran, de la fuerza coactiva del Estado o de las autoridades médicas. El derecho de daños y el derecho penal están diseñados, o deberían estarlo, para proteger la integridad familiar proveyendo tales salvaguardas contra la supervisión de los juicios paternos por parte del equipo médico o de otros «agentes» del Estado.

Si la situación hubiera sido diferente, si los padres de Karen hubieran insistido, por encima de su objeción, en el mantenimiento del sistema de dispositivos de supervivencia, ¿podía el Estado haber estado justificado para supervisar su decisión? O de haber insistido Karen, por sobre la objeción de sus padres, en el mantenimiento del sistema de dispositivos de supervivencia, ¿podía el Estado haber tenido una justificación para supervisar su decisión? La respuesta a ambas preguntas debería ser «no», aunque un «no» difícil, particularmente para la segunda cuestión. Ésta es, después de todo, la función y responsabilidad de los padres para evaluar y emitir juicios acerca de los deseos y exigencias de sus hijos. Éste es, después de todo, el significado de la autonomía paterna para tomar tales decisiones. Además, ni el tribunal ni la agencia interventora son probablemente tan competentes como, por ejemplo, lo eran los padres de Karen para determinar su capacidad de elección y si debían guiarse por ella. El derecho debe evitar dar discrecionalidad a sus agentes para la adopción de tales decisiones subjetivas.

Pero acerca de la respuesta «no», la incomodidad permanece. Parte del temor de que algunos padres no puedan seguir los expresos deseos del niño de afrontar el tratamiento que a ellos pueda parecerles intolerable, no así al niño. También surge desde una creciente preocupación que en algunas materias, particularmente respecto de la atención médica, en general, la mayoría de edad establecida por ley ha sido establecida demasiado alta. La cuestión entonces, y como se verá en la sección siguiente, no es si Karen específicamente, sino, si todas las personas de dieciséis años que se encuentran en circunstancias como las de Karen, deberían tener legalmente el control más que sus

padres o guardadores, sea para vivir o no. Pero hasta que las legislaturas o tribunales encuentren una fórmula para determinar bajo qué circunstancias y a qué edad por debajo de la mayoría, los menores pueden asumir qué riesgos correr al tomar decisiones que conciernen a su atención médica, la responsabilidad final debe quedar en los padres o, si ellos están incapacitados, en los guardadores adultos, quienes pueden (como hicieron los padres de Karen) o no decidir apoyar la elección del menor.

3. Emancipación de niños a los efectos de la atención médica

El derecho, tanto para el *common law* cuanto para las leyes, ha comenzado a emancipar a algunos menores para que puedan determinar por sí mismos qué atención médica recibir. Por ejemplo, se ha reconocido el derecho a adolescentes de dieciséis años de entrar y salir de instituciones mentales por encima de la objeción de los padres quienes, en el pasado, tuvieron la autorización para disponer sobre su admisión o liberación como pacientes voluntarios.³⁵ Otro ejemplo es el de menores embarazadas que han recibido el estatus de adultas con el fin de obtener autorización para practicarse un aborto.³⁶ En el caso de «enfermos mentales» de dieciséis años de edad, estas modificaciones de la autonomía paterna descansan tácitamente sobre una sospecha no totalmente injustificada de que las instituciones mentales proporcionan poco, si algún, tratamiento médico, y más abiertamente, sobre el temor del abuso paterno, no diferente de la explotación del sistema por miembros de la familia deseando poner fuera de la vista al cónyuge, padre o hermano en dificultades. Las razones que parecen subyacer renovaron cuestionamientos al encierro de adultos por razones de salud mental sin su consentimiento inmediato,³⁷ y parecen justificar una limitada emancipación de los niños en ese área. Como con las embarazadas, la justificación para la emancipación surge del reconocimiento de que aquellos que insisten en el consentimiento parental están menos preocupados por el bienestar del niño que por reforzar su oposición general al aborto, que ellos encubren con la noción mágica de que el derecho puede mejorar las relaciones familiares al

obligar a mujeres jóvenes en problemas a consultar a sus padres cuando tal confianza familiar no existe.³⁸

Puede haber, por tanto, situaciones que justifiquen respetar las decisiones sobre atención médica de los niños sin considerar los deseos de sus padres: situaciones que justifican la emancipación de los niños y que, de esa manera, suspenden a sus padres del derecho, así como de la responsabilidad, de determinar si consideran o aceptan las preferencias de tratamiento de sus hijos. A diferencia de los problemas de vida o muerte ya tratados, el punto aquí es si y cuándo los niños, no el Estado, deberían tener el derecho de determinar qué atención médica quieren recibir. La cuestión, que puede solamente plantearse en situaciones en que el Estado podría no estar autorizado, bajo los estándares propuestos, para supervisar la autonomía paterna, es: ¿bajo qué circunstancias específicas debería el derecho presumir que los niños son tan competentes como los adultos para tomar por sí mismos riesgos respecto de todos o algunos fines de atención médica?

Algunas respuestas para esas preguntas que favorecen el reconocer la posibilidad a menores, como adultos, de tomar ciertas decisiones sobre atención médica deberían proporcionar estándares para el establecimiento del estatus de emancipación que es impersonal y tan poco judicializable como lo es el estándar de la edad cronológica para el establecimiento del estatus de adulto.³⁹ Cualquiera que sea el fundamento para la emancipación, el acceso a tal estatus para todos los niños en la categoría designada debería ser abierto y automático. El derecho a la emancipación parcial no debería limitarse a satisfacer, de acuerdo a un análisis caso por caso, a algún cuerpo de personas prudentes que consideran a ese niño particular lo «suficientemente maduro» como para elegir o que la particular elección del niño es «correcta».⁴⁰ Introducir tal proceso subjetivo en la decisión podría no emancipar al niño, sino más bien transferir al Estado el control parental y la responsabilidad de determinar cuándo consultar y cumplir con la elección del niño. Exigir criterios relativamente objetivos para establecer los estándares de emancipación, no significa adoptar una visión simplista de los niños, sino más bien reconocer cuan variados y complejos son todos ellos y cuan inadecuados son los tribunales para juzgar la capacidad de decisión de los niños. El derecho debe enton-

ces limitar al Estado para determinar, de acuerdo a algunos estándares relativamente objetivos, quién tiene el derecho a decidir, no qué decisión específica se debe preferir en un caso particular, ni si un niño determinado tiene la «sensatez» para hacer esa elección. Resolver la cuestión de la emancipación autorizando al tribunal o a la agencia interventora a decidir cada caso sobre la base de qué elección es «correcta» o qué niño en la categoría dada está «suficientemente maduro», es denegar a ambos —tanto a padres como al niño— la autonomía para decidir y la privacidad familiar dentro de la cual decidir. La cuestión, de esta manera, se convierte en la siguiente: ¿bajo qué circunstancias específicas deberían las personas que son menores ante el derecho y que en general están bajo la responsabilidad de sus padres, presumirse competentes y autorizados para hacer elecciones de tratamiento médico libres del control parental?

Los requisitos de una respuesta aceptable podrían ser satisfechos por el derecho para fomentar el fuerte compromiso social con la salvaguarda de la «vida» que proporciona, por ejemplo, el que los niños de cualquier edad (¿o mayores de 12 años?) estén emancipados, los cuales, en situación de vida o muerte deseen, aún en contra de la decisión de sus padres, continuar el tratamiento. Aunque no se propone una disposición tal y no está siendo propuesta, ella alcanzaría los criterios arriba establecidos solamente si la emancipación llevara consigo el derecho del niño a cambiar su opinión —acordar con sus padres—, y rechazar o retirar su consentimiento para el tratamiento propuesto. Este derecho tendría que ser reconocido, no con propósitos de simetría, sino porque hacerlo de otro modo constituiría un cruel engaño al niño y a los padres. Mucho mejor es admitir desde el principio en tales situaciones, que el niño no ha sido emancipado con propósitos de tratamiento médico, sino que el Estado conoce qué es correcto y que ese juicio ha sido impuesto tanto sobre los padres como sobre el niño, sin respetar sus deseos. Las legislaturas o tribunales pudieron satisfacer con mayor facilidad los requisitos de una respuesta aceptable al evitar los expresos deseos del menor como un estándar de emancipación, y al establecer, como algunos han hecho, criterios tan «impersonales» y «objetivos» como «una edad cronológica» fijada debajo de la del adulto (por ejemplo, 16 años) asociada con un diagnóstico o pro-

nóstico médico específico (por ejemplo, embarazo, disfunción renal irreversible, o enfermedad mental). El embarazo en sí, sin tener en cuenta la edad de la menor, sería un estándar suficientemente objetivo para que sea emancipada con el fin de determinar si se realiza o no un aborto.

Esta breve consideración no significa proporcionar una respuesta definitiva a esta difícil pregunta, sino más bien ilustrar cómo edad y diagnóstico pueden y deben ser usados como criterios reglamentarios para la emancipación parcial de los niños de la autoridad paterna en relación con algunas decisiones sobre cuidados de su salud, o sea, supone elecciones de vida o muerte. Este ensayo se ocupará ahora del análisis de las decisiones que no son elecciones de vida o muerte.

4. Decisiones que no son de vida o muerte

Cuando morir no es una consecuencia probable del ejercicio de la elección de un tratamiento médico, no hay justificación para la intervención gubernamental en la intimidad familiar ni hay allí justificación para suspender la presunción tanto de la autonomía paterna como de la autonomía de los niños emancipados. Donde la cuestión involucra, no la decisión de vida o muerte, sino la preferencia por un estilo de vida sobre otro, el derecho debe limitar las facultades de los tribunales y de los médicos para imponer coactivamente su «amabilidad» —sus estilos de vida preferidos— en la forma de atención médica por encima del no consentimiento paterno y de sus hijos. El derecho, adoptando tal postura, no puede presumir que los padres no cometan «errores». Tampoco puede desafiar los «hechos» científicos, pronósticos o diagnósticos sobre los cuales los expertos basan sus recomendaciones. Antes bien, el derecho debe reconocer que no puede encontrar en la medicina (o sobre el punto, en ninguna ciencia) valores éticos, políticos o sociales para evaluar las decisiones de atención médica. Los tribunales deben evitar confundir la preferencia personal de un médico por un determinado estilo de vida con las bases científicas sobre las cuáles tal recomendación descansa.⁴¹ La presunción de la capacidad paterna para decidir tiene la intención de mantener bajo control a los

jueces, quienes pueden estar tentados a usar el poder del Estado para imponer sus preferencias personales, sus juicios de «padre adulto» por encima de los padres, cuyo propio juicio adulto podría dar mayor peso a otra elección.

En aplicación de ese compromiso básico de autonomía paterna y de intimidad familiar, el derecho no ha asumido una visión simplista del padre, de la relación entre padres e hijos, o de la familia. Más bien, esto demuestra no sólo cuan complejo es el hombre, sino también, cuan limitada es su propia capacidad para hacer algo más que distinciones groseras acerca de las necesidades del hombre, la naturaleza y las vías de desarrollo. El derecho reconoce y respeta la gran variedad de creencias religiosas, culturales, científicas y éticas del hombre y los modos superpuestos y siempre cambiantes de su expresión dentro y entre generaciones en todas las etapas del ciclo de la vida. Así, una primera función del derecho es prevenir que lo que es verdad para una persona (aquí acerca de la salud, de la normalidad, de la buena vida) se transforme en la tiranía de otra persona. Es en términos de esa función que serán analizadas las decisiones parentales de rechazar recomendaciones de tratamiento médico para sus hijos, en situaciones que no involucran elecciones de vida o muerte.

El caso *Sampson*⁴² ilustra cómo las leyes de abandono vagamente redactadas pueden ser invocadas en nombre de la atención de la salud para violar la intimidad familiar, para socavar la autonomía paterna, y para favorecer el prejuicio de una comunidad, si no de un juez contra los físicamente deformados. Con fundamento en la Family Court Act de New York,⁴³ el juez Hugh Elwyn declaró a Kevin Sampson, de 15 años de edad, «un niño abandonado».⁴⁴ Lo hizo para establecer su autoridad de vetar la decisión de la madre de Kevin que no permitía transfusiones de sangre para él durante una intervención quirúrgica. El juez ordenó a la madre que forzara a Kevin a someterse a una serie de operaciones que habían sido recomendadas por la Comisión de Salud y por cirujanos debidamente calificados para corregir una condición facial llamada neurofibromatosis. El juez Elwyn observó que Kevin tenía «una deformidad masiva del lado derecho de su cara y cuello. La manifestación externa de esa enfermedad es un pliegue grande o colgajo de un crecimiento del tejido facial, el cual provoca

que la mejilla entera, desde el borde de su boca y oreja derecha, cae dándole una apariencia que solamente puede ser descripta como grotesca y repulsiva». ⁴⁵ Él partió de bases psicológicas y pronosticó:

La deformación masiva de la totalidad del lado derecho de su rostro y cuello es evidentemente tan grosera y tan desfiguradora que ésta debe, inevitablemente, ejercer los más negativos efectos para el desarrollo de su personalidad, sus oportunidades de educación y más tarde, de empleo y sobre todas las etapas de su relación con sus padres. ⁴⁶

El juez Elwyn realizó esta afirmación con certeza apodíctica aún cuando reconoció que «el equipo psiquiátrico del Centro de Salud Mental del Condado reporta que "no hay evidencia de ningún desorden de pensamiento" y que "a pesar de tener una desfiguración facial marcada, Kevin no demostró ninguna aberración destacada de la personalidad"». ⁴⁷ Sin embargo, el juez añadió, «esta constatación difícilmente justifica la conclusión de que él no ha sido afectado o seguirá sin ser afectado por su desgracia». ⁴⁸ También notó que Kevin había sido eximido de la escuela, no porque fuera intelectualmente incapaz, sino posiblemente porque parecía a sus compañeros de clase y a sus maestros, como al mismo juez Elwyn, «grotesco y repulsivo». Pero las especulaciones del juez en nombre del Estado como *parens patriae* no lo llevaron a considerar que al amparo de la intimidación familiar, el amor, el cuidado, la aceptación, la autonomía paterna hubiera, de algún modo, sido posible alimentar en Kevin una «personalidad saludable». Kevin, después de todo, se había desarrollado a pesar del prejuicio y la discriminación reforzados por el Estado contra lo físicamente diferente en la escuela, en la agencia de salud y en los tribunales.

El testimonio de los doctores que recomendaron la cirugía, justificaba no la declaración de abandono, sino más bien una reafirmación de la autonomía paterna. Los doctores admitieron que «la enfermedad no provoca una amenaza inmediata para la vida de Kevin ni hasta ahora ha afectado seriamente su salud general»; también, que la cirugía era muy arriesgada y no ofrecía un remedio. ⁴⁹ Además, los doctores encontraron que el sistema nervioso central, el cerebro o la médula espinal podrían quedar afectados y sostuvieron que esperar hasta

que Kevin tuviera 21 años podía disminuir, no aumentar, el riesgo. El tribunal replicó con ciega arrogancia:

Posponer la operación simplemente para autorizar al niño a cumplir los años de manera que pueda tomar la decisión por sí mismo, como aconsejó el cirujano y recomendaron tanto la madre como el guardador ... significa pasar por alto completamente los factores psicológicos y de desarrollo implicados en su deformidad, que para el Tribunal es de lo más importante en la consideración del bienestar futuro del niño.⁵⁰

Y siendo indiferente a la relación entre el bienestar de Kevin y la integración y sostén de su familia, el tribunal agregó: «Ni por leyes ni por decisión de los jueces, el consentimiento del niño es necesario o esencial, y nosotros no debemos permitir que su rechazo al tratamiento arruine su vida y le niegue toda posibilidad de tener una existencia normal y feliz».⁵¹

El juez, que se había autoproclamado como profeta, experto psicológico, jurídicamente responsable y padre totalmente experimentado, describió pero ignoró una razón poderosa para concluir que la autoridad estatal no debe supervisar la precisión de los juicios paternos sobre sus hijos respecto del tratamiento médico recomendado cuando la muerte no está en cuestión. El Juez Elwyn escribió:

Se admite que «esas son consideraciones importantes en ambos sentidos» y que la visión expresada por el juez disidente en *Seifertb* no ha sido universalmente aceptada. Más aún, esto debe ser también admitido con humildad que bajo las circunstancias del caso «uno no puede tener certeza de hacer lo correcto». Sin embargo, una decisión debe ser tomada. Así, después de mucha deliberación, estoy persuadido de que si este tribunal cumple con sus responsabilidades para con ese niño, ello no puede desplazar la responsabilidad por la decisión final sobre sus deberes, ni puede permitir a su madre, por creencias religiosas, ser un obstáculo para conseguir a través de cirugía correctiva, la posibilidad que él pueda tener de una existencia normal y feliz, la cual, parafraseando al juez Fuld [autor de la disidencia en *Seifertb*], es difícil de lograr bajo las circunstancias más propicias, pero será incuestionablemente imposible si la desfiguración no es corregida.⁵²

Si su humildad hubiera sido real, el juez podría no haberse permitido a sí mismo creer que él, antes que la madre de Kevin, estaba mejor calificado para determinar el significado de «una existencia nor-

mal y feliz» para su hijo. A los ojos de Kevin, cualquiera pudo probar retrospectivamente el «error». Pero nada, ni aún la magia, puede calificar al juez para hacer esas predicciones con igual o mayor precisión que los padres. Tampoco ningún juez está preparado, dejado obligadamente solo, como los padres, para asumir personalmente, día a día, la responsabilidad de brindar a Kevin los cuidados que pueden ser requeridos como consecuencia de tal elección de valores personales acerca de estilos de vida.

Las leyes de abandono deben ser revisadas para restituir la autonomía paterna y salvaguardar la intimidad familiar, no solamente porque los jueces no pueden ser sustitutos paternos y los tribunales no pueden sustituir a las familias, sino también porque el poder del Estado no debe ser empleado para reforzar prejuicios y discriminación contra aquellos que son cosméticamente o de otro modo, diferentes. Cuando el juez Elwyn aludió a la disidencia del juez Fuld, se trataba de un caso en el cual el tribunal rechazó calificar a Martín Seiferth, de catorce años de edad, como un niño abandonado, aun cuando su padre no obligara a Martín a continuar la cirugía recomendada para la reparación de una fisura palatina y labio leporino.⁵³ El padre de Martín, a pesar de sus propias creencias, hubiera consentido la cirugía de tener Martín buena predisposición. Sus decisiones estaban basadas no en creencias «religiosas», sino en la creencia de que «fuerzas en el universo» podrían permitir a Martín curarse. A pesar de ser la evidencia mucho menos equívoca que en el caso de Kevin, la mayoría del tribunal se negó a quedar atrapada en las fantasías de rescate del Departamento de Salud y de sus doctores o por fuertes prejuicios que el tribunal había sido llamado a reforzar, en un esfuerzo por «salvar» al niño de sí mismo y de sus padres. El tribunal rechazó la orden de cirugía, no porque pensara que eso era carecer de autoridad, sino porque pensó que la falta de predisposición de Martín presagiaba un desinterés para participar en la terapia que sigue a la operación. De esa manera, faltaba predisposición, a diferencia de los jueces Elwyn y Fuld, de sustituir las preferencias de valores de la agencia estatal o propias acerca del estilo de vida y acerca de quién y qué es bello o natural por aquellas de los padres.

Si Martín Seiferth, como adulto, elige practicar la cirugía recomendada, esto podría no invalidar el argumento de que el tribunal no

debió haber tenido la discrecionalidad para hacer otra cosa que proteger a él y a sus padres de la intromisión estatal. En efecto, Martin Seifert optó por no someterse a intervención quirúrgica. «Después asistió a una de las escuelas superiores vocacionales de la ciudad, donde aprendió el oficio de tapicero y fue elegido presidente del Consejo Estudiantil; él estableció un negocio propio y es, a pesar de su desfiguración, activo y exitoso». ⁵⁴ El Departamento de Salud del Condado que originó el caso reaccionó como si la experiencia no ofreciera lecciones acerca de la necesidad de una mínima intervención estatal sobre la autonomía paterna y la intimidad familiar:

Él se graduó... como primero de su clase [en la escuela secundaria]. Tenía la intención de convertirse en decorador de interiores... El Departamento de Salud [es] todavía de la opinión que la operación debería haberse realizado para darle a este joven una oportunidad más amplia para el desarrollo de sus talentos. ⁵⁵

El derecho debe estar diseñado para proteger a los ciudadanos de tal ceguera oficial para la fuerte imposición de deseos personales o creencias sobre aquellos quienes no comparten el deseo ni la creencia acerca del valor de la atención médica o de «oportunidades más amplias» para sus hijos.

5. Decisiones interrelacionadas que no involucran la vida o la muerte para un niño pero involucran la vida o la muerte para otro niño

¿Debe el Estado tener autoridad para invadir la intimidad de una familia para examinar las deliberaciones de los padres, quienes tienen que decidir si permiten que uno de sus hijos muera o tratar de proporcionar el trasplante de un órgano que salve una vida consintiendo una cirugía «innecesaria» en uno de sus hijos sanos?

La respuesta debe ser «no». Pero esa no fue la respuesta de la Corte de Connecticut en *Hart v. Brown*. ⁵⁶ En este caso los doctores advirtieron al matrimonio Hart que la única perspectiva real de salvar la vida de su hija Katheleen, de ocho años de edad, con una disfunción renal terminal, era un trasplante del riñón de Margaret, su her-

mana melliza sana. Los doctores recomendaron eso, y los padres de las niñas Hart consintieron esa «innecesaria» intervención quirúrgica en Margaret para dar a Katheleen una oportunidad de aspirar a una vida relativamente normal. Pero la administración del hospital y los médicos rechazaron la aceptación del consentimiento paterno sin el examen de la Corte.⁵⁷ Ellos obraron no por la vida o el bienestar de Margaret o de Katheleen. Comprensiblemente, ellos temían ser responsables por daños, ya que el derecho no acepta el consentimiento paterno como una defensa del daño y la mala praxis en este tipo de pleitos.

Los Hart fueron, de esa manera, forzados por el Estado a establecer tanto su autoridad para decidir como la exactitud de su decisión. Ellos iniciaron una acción declarativa de juzgamiento. A ello siguió la declaración y el procedimiento ante el juez Robert Testo quien se inmiscuyó masivamente en la intimidad de la familia y sentó un peligroso precedente para la intromisión estatal en la autonomía paterna. No había *causa probable* para sospechar que los padres pudieran estar explotando a alguna de sus hijas; tan sólo ocurría que los doctores y administradores, en su rechazo de aceptar la elección paterna, estaban arriesgando el bienestar de ambas niñas, y de la familia. La Corte apoyó la elección paterna, pero no su autonomía para decidir.

A pesar de que la decisión del juez Testo evitó trágicas consecuencias para los Hart, él sentó un precedente de no garantía contra una indeseable intromisión del Estado. Sostuvo:

Prohibir a los padres legítimos y a los guardianes *ad litem* de los niños menores, el derecho a prestar su consentimiento bajo estas circunstancias, *donde hay una supervisión por la Corte* y otras personas en examen de su juicio, sería de lo más injusto, no equitativo e insensato. No obstante, los padres legítimos de un menor deberían tener el derecho a dar su consentimiento para un procedimiento de trasplante de riñón *cuando sus motivaciones y razonabilidad sean favorablemente revisadas por una representación de la comunidad que incluya a un tribunal imparcial.*⁵⁸

En caso de que los padres Hart hubieran rehusado consentir la cirugía de Margaret y el trasplante de su riñón a Katheleen, los procedimientos igualmente no garantizados habrían conducido a establecer su abandono para obtener la autorización de la Corte para imponer

la recomendación médica. Los médicos pueden, por su especial entrenamiento, hacer diagnósticos y pronósticos; también indicar las consecuencias probables para una Margaret o una Katheleen de seguir un camino u otro. Pero en ausencia de un consenso social, nada en su experiencia profesional, o sobre esta materia en la experiencia profesional de los jueces, los califica para imponer por encima de otras sus elecciones de valores preferidos acerca de qué es lo bueno o mejor para tales niños o para sus familias. La falacia crítica es asumir, como el juez Testo lo hace en su sentencia declarativa —como la legislatura hace en sus leyes de abandono y abuso—, que la experiencia profesional y ejercicio de médicos, legisladores, y jueces los dotan no sólo de la autoridad, sino también de la capacidad para determinar qué riesgos asumir por alguno de esos niños, en circunstancias donde no hay una respuesta correcta o errónea o un conjunto de respuestas.

No se puede negar que para algunos habrá reparos y no será fácil, en los límites sustanciales de las proposiciones de este ensayo, situarse contra el poder del estado para supervisar las decisiones paternas relativas a la atención médica de sus hijos. Pero es la ausencia de un consenso social sustancial relativo a la legitimación de la intromisión estatal en la autonomía paterna, en la titularidad del derecho de los niños a tener padres autónomos y en la intimidación familiar en situaciones más allá de los límites propuestos, las que proporcionan la mejor evidencia para mantener bajo control el uso del poder estatal de imponer valores personales por encima de aquellos que no los comparten. Más allá, los límites impuestos por el estándar de crecimiento normal saludable o de una vida digna de ser vivida, por elecciones de vida o muerte, y por el requerimiento de procedimientos médicos probados, tiene una flexibilidad que puede responder tanto a nuevos descubrimientos en medicina como a nuevos y cambiantes consensos en la sociedad.

Traducción de Gabriela Jugo

Agradecimientos

Este ensayo fue publicado en el volumen, *Who Speaks for the Helpless?*, preparado por el Behavior Control Research del Hasting Center, Institute of Society, Ethics and the Life Sciences bajo la subvención de la Fundación Nacional de Ciencia. Deseo agradecer la estimulante asistencia de mis colegas del Proxy Consent Committee of the Hastings Institute y la búsqueda y asistencia editorial de Benjamín Lopata y Jeff Thaler, estudiantes de la Escuela de Leyes de Yale. También estoy en deuda con Lon Babby, Robert Burt, Owen Fiss, Sonja Goldstein, Neil Peck, Donn Pickert, y Albert J. Solnit por sus críticas.

Notas

1. Lewis, «The Humanitarian Theory of Punishment», *Res judicatae* 6 (1952), págs. 224, 228.

2. Véase Goldstein, «On Being Adult and Being An Adult in Secular Law», *Daedalus* 105 (otoño 1976), págs. 69 y 71-72.

3. J. Bentham, *Theory of Legislation* (Boston, 1840), pág. 248. En sentido similar, Freud observó: «El factor biológico es el largo período de tiempo durante el cual el joven de la especie humana se encuentra en una condición de desamparo y dependencia. Su existencia intrauterina parece ser corta en comparación con la de la mayoría de los animales y este es enviado al mundo en un estado de desarrollo inferior... Además, los peligros del mundo externo tienen una gran importancia en esto, de manera que el valor del objeto que puede protegerlo contra aquellos peligros y tomar el lugar de su anterior vida intra-uterina es enormemente aumentado. Ese factor biológico, entonces, establece las tempranas situaciones de peligro y crea la necesidad de ser amado que acompañará al niño a través del resto de su vida. S. Freud, «Inhibición, síntoma, angústia» (1926) en: *Obras completas*, vol. XX. Amorrortu, Buenos Aires 1977 (subrayado mío).

4. Véase en general J. Goldsrein, A. Freud y A. Solnit, *Beyond the Best Interests of the Child* (1973) [más adelante citado como *Beyond the Best Interests*].

5. La extensión en la cual la autoridad paterna está protegida por la Constitución no es de primordial interés para este ensayo. A pesar de ello, no debería resultar desconocido que la Corte Suprema ha establecido que la Enmienda XIV protege, como una libertad digna de interés, la verdadera naturaleza de la vida familiar. Véase *Cleveland Bd. Of Educ. v. LaFleur*, 414 U.S., págs. 632 y 639-40 (1974) (licencia obligatoria por maternidad para maestros denegatoria del debido proceso); *United States v. Orin*, 413 U.S., págs. 139 y 142 (1973) (derecho constitucional a la intimidad incluye el derecho a casarse, a la procreación, a la adopción, a la crianza del niño y a la

educación); *Roe v. Wade*, 410 U.S., págs. 113 y 152-53 (1972) (derecho a la intimidad, el concepto de libertad fundado en la Enmienda XIV se extiende a la crianza y educación de los niños); *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S., págs. 205 y 230-235 (1972) (derecho paterno a dirigir la educación religiosa del niño); *Stanley v. Illinois*, 405 U.S., págs. 645 y 651 (1972) (la presunción de que un padre soltero es incapaz de mantener a sus hijos viola el debido proceso y igual protección de las leyes); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S., págs. 479 y 485-486 (1965) (protección constitucional de la intimidad marital); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S., págs. 510 y 534-535 (1925) («libertad» de los padres para dirigir la educación de sus hijos); *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S., págs. 390 y 400-403 (1923) («libertad» de los padres para criar niños). En esos casos, ese interés se extiende desde la verdadera decisión para concebir niños y fundar una familia hasta el derecho a dirigir la educación del niño.

La protección tradicional de la relación familiar respecto de la intromisión estatal es también reconocida por el derecho de daños, por una regla general de inmunidad recíproca para ambos padres y su hijo menor, en los casos de responsabilidad por daños personales indemnizables cometidos entre ellos, como una excepción parental específica justificada con fines disciplinarios, que de otra manera podrían ser percibidos como daños indemnizables intencionales sobre ese niño menor. W. Prosser, *Handbook of the Law of Torts* § 27, págs. 136-138 (4ª ed. 1971) (citas de ambos casos: defendiendo la inmunidad y rechazándola); también ver J. Goldstein y Katz, *The Family and the Law* (1965), págs. 389-408; W. Prosser, J. Wade y V. Schwartz, *Cases and Materials on Torts*, (6ª ed. 1976), págs. 140-142 y 639-651. Tal inmunidad es nuevamente reforzada por leyes penales como la siguiente de New York:

El uso de fuerza física sobre otra persona que podría de esa manera constituir una ofensa está justificado y no es criminal bajo cualquiera de las siguientes circunstancias:

1. El padre, guardián u otra persona encargada del cuidado y supervisión del menor o persona incapaz, y el maestro u otra persona encargada del cuidado y supervisión de un menor para un propósito especial, puede usar, pero no letalmente, fuerza física sobre un menor o persona incapaz, cuando y con el alcance que él razonablemente crea necesarios para mantener la disciplina o promover el bienestar de ese menor o persona incapaz. *N.Y. Penal Law* § 35.10 (McKinney 1967). Una previsión similar está contenida en el *Model Penal Code* § 3.07 (1).

6. Esta noción no es diferente de lo que Chafee dijo de la Enmienda I: «...Esta y otras partes del derecho erigen una valla intetna dentro de la cual el hombre puede expresarse. Los creadores de leyes, legisladores y oficiales permanecen en el exterior de esa valla». Z. Chafee, *The Blessings of Liberty* (1956), pág. 108. En conjunto, intimidad y autonomía dan contenido a otro concepto, el de «integridad familiar», que fue explícitamente reconocido por la Corte en *Stanley v. Illinois*, 405 U.S., págs. 645 y 651 (1972), y también es encontrado en la disidencia del Juez Harlan en *Poe v. Ullman*, 367 U.S., págs. 497 y 551-552 (1961) («El hogar obtiene su preeminencia como asiento de la vida familiar. Y la integridad de esa vida es algo tan fundamental

que se ha planteado que está protegida por los principios de más de un derecho constitucional explícitamente reconocido.» Véase también *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S., págs. 479 y 500 (1965) (Harlan, J., concurrentemente) (basándose sobre su disidencia en *Poe*).

7. Véase Erikson, «Growth and crises of the "Healthy Personality"», en *Personality in Nature, Society, and Culture* 185 (2ª ed. C. Kluckholm (H. Murray 1953), pág. 185).

8. Ninguna otra libertad conocible y sustancial interesa como libertad de expresión, libertad de asociación, y el derecho a votar; el «lazo familiar» de la relación padre-hijo es un «derecho recíproco». *Stanley v. Illinois*, 405 U.S., págs. 645, 647 y 652 (1972). Véase, por ejemplo, *United States Dep't of Agriculture v. Moreno*, 413 U.S., págs. 528 y 535 n. 7 (1973) (asociación); *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U.S., págs. 748 y 756-757 (1976) (expresión).

9. Véase *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S., pág. 11 (1905) (defendiendo la ley de vacunación estatal obligatoria). Tales derechos podrían conservar vigencia aunque, con el paso del tiempo, estos pudieran, como en el caso de vacunación contra viruela, ya no ser médicamente seguros.

10. Las leyes de abandono están compiladas en S. Katz, M. McGrath y R. Howe, *Child Neglect Laws in America* (1976) [en adelante citado como *Child Neglect Laws*].

11. Véase Goldstein, cit. *supra* nota 2, pág. 72.

12. Véase Mnookin, «Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy», *Law (Contemporary Problems)* 39 (1975), págs. 226 y 266-267 (1975). La Corte Suprema ha reconocido al menos dos intereses diferenciados en la relación padre-hijo, que están protegidos por la Enmienda XIV. Uno es el derecho recíproco de los padres biológicos y sus hijos, un interés con base en el hecho de la reproducción biológica y que entra en vigor cuando el niño ha nacido. El otro interés protegido es el de los «lazos familiares», que se desarrolla con el tiempo entre los padres, sean biológicos o no, y los hijos a su cuidado a largo plazo. *Stanley v. Illinois*, 405 U.S., págs. 645 y 651-652 (1972). Para una discusión del impacto de un compromiso con la dignidad humana sobre otras cuestiones legales; véase Goldstein, «For Harold Lasswell: Some Reflections on Human Dignity, Entrapment, Informed Consent, and the Plea Bargain», *Yale Law Journal* 84 (1975), pág. 683.

13. Véase en general *Beyond the Best Interests*, cit. *supra* nota 4, págs. 9-52.

14. W. Gaylin, *Caring* (1976), págs. 25-45 y 172-175; Cohen, Granger, Provence y Solnit, «Mental Health Services», en *Issues in the Classification of Children* 2 (N. Hobbs ed. 1975), pág. 88; véase en general A. Freud, *The Writings of Anna Freud* (1973). El quiebro de lazos por parte del adolescente no debería ser confundido con su quiebro forzoso por el Estado: «Con adolescentes, la observación superficial de su comportamiento podría sugerir la idea de que lo que ellos desean es interrumpir sus relaciones con sus padres antes que lograr su preservación y estabilidad. Sin embargo, esa impresión resulta engañosa en esta forma simple. Es cierto que su rebelión

contra cualquier autoridad paterna es normal desde el punto de vista de su desarrollo, siendo éste el camino del adolescente hacia el establecimiento de su propia identidad adulta e independiente. Pero para obtener un resultado exitoso es importante que los quiebres e interrupciones del vínculo provengan exclusivamente de su lado, y no les sean impuestos al adolescente como alguna forma de abandono o rechazo de la parte psicológica de los padres». *Beyond the Best Interests*, cit. *supra* nota 4, pág. 34.

15. De una discusión con Anna Freud (notas de archivo del *Yale Law Journal*).

16. Véase *Beyond the Best Interest*, cit. *supra* nota 4, págs. 31-34 y 49-52.

17. Para los términos precisos de las leyes estatales, ver *Child Neglect Laws*, cit. *supra* nota 10; Goldstein, «El porqué del régimen de familias sustitutas: ¿Para quién y por cuanto tiempo?», en el presente volumen, págs. 131-147.

18. Mientras una vida de crecimiento saludable relativamente normal es considerada como una vida digna de ser vivida, no se considera que toda vida digna de ser vivida desde un punto de vista del consenso social pueda ser caracterizada como relativamente normal o saludable. Por ejemplo, un niño cuadripléjico, que necesite una transfusión de sangre por razones no relacionadas con su condición podría, para la sociedad, ser una «vida digna de vivirse» aunque no sea una vida de crecimiento saludable normal. Para un ejemplo de una decisión sobre si una vida era digna de vivirse, véase D. Kearns, *Lyndon Johnson and the American Dream* (1976), págs. 89-90: «Durante el verano Sam Johnson sufrió otro ataque severo al corazón. Fue internado en el hospital y mantenido en una carpa de oxígeno por meses. Cuando Lyndon regresó a Texas para el sesenta aniversario de su padre, Sam suplicó a su hijo que lo sacara del solitario hospital y lo llevara a su hogar donde él podía estar con sus amigos y familia. Al principio Lyndon se resistió. Los doctores decían que Sam necesitaba la carpa de oxígeno y no había ninguna disponible en Stonewall. Pero Sam Johnson no quería escuchar objeciones lógicas. Lyndon, su hijo, lo recordaba diciendo: "Me vuelvo a esa pequeña casa en las colinas donde la gente sabe cuando estás enfermo y se preocupa cuando mueres. Tienes que ayudarme". Finalmente, Johnson accedió. "Me di cuenta —dijo luego Johnson— cuan peligroso era dejar que mi padre volviera a casa. Pero también creí que un hombre tiene el derecho de vivir y de morir a su manera, en su propio tiempo. Dios sabe que el hospital me deprimía de un modo terrible y solamente iba de visita. No importa cuán dulce sean las enfermeras y los doctores, ellos no son tu familia. Ellos en realidad no saben nada acerca de ti ni acerca de todas las cosas que pasan por tu cabeza.... Sí, yo entendía por qué mi padre quería partir y respeté sus deseos. Le llevé sus cosas, lo ayudé a vestir y lo trasladé a casa." En su propio dormitorio en la casa de Johnson City, Sam pareció mejorar brevemente. Luego, solamente dos semanas más tarde, el 23 de octubre de 1937, murió.»

19. *In re Pogue*, Wash. Post, Nov. 14, 1974, § C, pág. 1, col. 1 (No. M-18-74, Super. Ct., D.C., Nov. 11, 1974). El Juez Murphy se basó en un caso similar en el cual un tribunal se negó a ordenar una transfusión de sangre a un adulto. *In re Os-*

borne, 294 A.2d 373 (D.C.Ct. App. 1972) (una testigo de Jehová de 34 años). En un caso que no involucraba creencias religiosas, un tribunal de apelación de la comunidad de Pennsylvania rehusó ordenar una intervención quirúrgica para una mujer de 60 años. La Corte basó su decisión en el derecho de la mujer a la intimidad. *In re Yetter*, 62 Pa. D. & C.2d 619 (C.P. 1973). Pero *In re President of Georgetown College*, 331 F.2d 1000 (D.C. Cir.), *cert. denegado*, 377 U.S. 978 (1974), un tribunal ordenó la transfusión de sangre para una testigo de Jehová de 25 años de edad, madre de un bebé de 7 meses de edad. El Juez Skelly Wright expuso que él había ordenado la transfusión porque la mujer quería vivir. *Id.* en 1009. En *Estado ex rel. Swann v. Pack*, 527 S. W.2d 99 (Tenn. 1975), *cert. denegado*. 96 S. Ct. 1429 (1976), el tribunal, después sostener que la Sagrada Iglesia de Dios en el nombre de Jesús (Holiness Church of God in Jesus Name) «es un grupo religioso constitucionalmente protegido», *ibíd.*, pág. 107, sostuvo que el Estado podía prohibir, como un perjuicio, el manejo de serpientes venenosas. El tribunal observó: «Sí, el Estado tiene el derecho de proteger a la persona de sí misma y a exigir que ella proteja su propia vida». *Ibíd.*, pág. 113. Aquí, sin embargo, la decisión del tribunal estuvo influenciada por su reconocimiento del derecho de los padres para controlar la educación religiosa de los hijos. A causa de ese reconocimiento el tribunal no restringió su orden de prohibición de manipulación de serpientes en presencia de niños. En su lugar, la manipulación de serpientes fue completamente prohibida.

20. No todos los tribunales han accedido a los deseos de adultos que rechazan transfusiones. Véase, por ejemplo, *United States v. George*, 239 F. Supp. 752 (D. Conn. 1965) (decisión cancelada una vez recuperado el paciente); John F. Kennedy Memorial Hosp. V. Heston, 58 N.J., pág. 576; 279 A. 2d 670 (1970) (ordenó la transfusión para la víctima de un accidente de tránsito); *Collins v. Davis*, 44 Misc. 2d., pág. 622; 254 N.Y. S.2d., pág. 666 (1964) (ordenó la transfusión a un paciente comatoso después de que su esposa rehusara consentir sobre la base de motivos no religiosos).

21. Véase *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S., págs. 158 y 168-169 (1944) (autoridad estatal sobre los niños mayor que la autoridad sobre los adultos).

22. *United States v. Knowles*, 26 F. Cas. 800, 801 (N.D. Cal. 1864) (No. 15, 540).

23. Aunque el caso de Karen Ann Quinlan involucró a una mujer de 22 años de edad, la opinión del Juez Hughes contuvo una apropiada descripción de los intereses en conflicto: «Los pretendidos intereses del Estado en este caso son esencialmente la preservación e inviolabilidad de la vida humana y la defensa del derecho del médico para administrar el tratamiento acorde con su mejor criterio. En este caso, los doctores decían que el quitar a Karen del respirador colisionaría con su decisión profesional. El demandante contesta que el actual tratamiento de Karen solamente cumple una función de mantenimiento; que el respirador no puede curar o mejorar su condición, pero que eventualmente, puede prolongar su lento deterioro inevitable y su muerte; y que esos intereses del paciente, según la percepción de su sustituto, el guardián [padre de Karen], deben ser evaluados por el tribunal como predominantes,

incluso desde la opinión *contraria* representada por los médicos que la asisten. La distinción del demandante es significativa. La naturaleza de los cuidados de Karen y las oportunidades reales para su recuperación son completamente distintos de aquellos pacientes analizados en muchos de los casos en los cuales los tratamientos fueron ordenados. En muchos de esos casos el procedimiento médico requerido (usualmente una transfusión de sangre) constituía una mínima invasión corporal y las oportunidades de recuperación y retorno a la vida de interacción social eran buenas. Pensamos que el interés del estado se debilita y que el derecho del individuo a la intimidad crece en la medida en que el grado de invasión corporal aumenta y el pronóstico disminuye. Finalmente lo importante es que los derechos del individuo superan el interés del estado.» *In re Quinlan*, 70 N.J., págs. 10 y 40-41, 355 A.2d, págs. 647 y 663-664 (1976). Sin embargo, Karen no pudo ejercer su derecho a declinar el tratamiento a causa de su condición comatosa. «El prácticamente único camino para evitar la destrucción del derecho —explicó el Juez— es permitir al guardián y a la familia de Karen pronunciar su mejor sentencia... como ella lo ejercería en esas circunstancias. Si su conclusión es afirmativa esa decisión deberá ser aceptada por una sociedad en la que la abrumadora mayoría de sus miembros querrían, en similares circunstancias, —según creemos—, hacer uso de tal elección de la misma manera, por sí mismos o por aquél más próximo a ellos. Es por esa razón que resolvemos que el derecho a la intimidad de Karen se puede hacer valer en su nombre, en este sentido, por su guardián y familia, bajo las particulares circunstancias presentadas en este caso.» *Ibid.*, págs. 41-42, 355 A.2d., pág. 654.

24. Para un intento inicial por desarrollar este argumento, véase Goldstein, cit. *supra* nota 2, pág. 70.

25. Kelsey, «Shall These Children Live? A conversation With Dr. Raymond S. Duff», *Reflection* 72 (enero 1975), págs. 4 y 7 (*Yale Divinity School Magazine*). Para otros puntos de vista del Dr. Duff, ver Duff y Campbell, «Moral and Ethical Dilemmas in the Special-Care Nursery», *New England Journal of Medicine* 289 (1973), págs. 885; Duff y Campbell, «On Deciding the Care of Severely Handicapped or Dying Persons: With Particular Reference to Infants», *Pediatrics* 57 (1976), pág. 487.

26. En *In re Quinlan*, el tribunal propuso el establecimiento de un procedimiento de revisión por un comité hospitalario llamado «Comité de Ética»: «Por encima del acuerdo del guardián y la familia de Karen, los responsables médicos que la asisten deben concluir que no hay posibilidad razonable de que Karen emerja alguna vez de su actual condición comatosa a un estado conciente y que los aparatos de soporte vital que ahora le son administrados deben ser desconectados. Ellos deben consultar con el "Comité de Ética" hospitalaria o cuerpo similar de la institución en la cual Karen está hospitalizada. Si el cuerpo consultivo coincide en que no hay posibilidades razonables de que Karen emerja alguna vez de su actual condición comatosa hacia un estado de conciencia, el sistema de soporte vital puede ser retirado y dicha acción debe estar exenta de cualquier demanda civil o criminal, por consiguiente, de parte de ningún

participante, sea guardián, médico, hospital u otros.» 70 N.J., pág. 54; 355 A.2d., pág. 671 (subrayado mío). Contrario a su propio razonamiento, que reconoció que la cuestión ética concerniente a la continuación o interrupción del sistema de soporte vital debía ser dejada a los padres o guardianes, el tribunal concluyó que los médicos que la asistían no debían solamente proporcionar su diagnóstico médico, sino también decidir la cuestión ética acerca de si el sistema de soporte vital «debía ser interrumpido», antes de que tal medida pudiera ser tomada. En consonancia con su razonamiento, y a pesar de la calificación, el tribunal limitó las facultades del hospital para revisar la decisión médica, no la ética. El «Comité de Ética» determinaría, como se debe, solamente si los doctores estaban en lo correcto en cuanto a su pronóstico de que «no hay posibilidad razonable de que Karen emerja alguna vez de su actual condición comatosa hacia un estado de conciencia». La autoridad de los médicos que la asistían y la función de revisión se aclararían, si el comité hospitalario era llamado a una «revisión médica» antes que a un comité «ético».

27. Para una discusión del concepto de un niño «querido», véase *Beyond the Best Interests*, cit. *supra* nota 4, págs. 5-7. The Model Child Placement Statute propuesto por los autores establece: «Un niño querido es uno que recibe afecto y alimento sobre la base continua de, por lo menos, un adulto, y quien siente que él o ella es, y continúa siendo valorado por aquéllos que cuidan de él o ella.» *Ibíd.*, pág. 98.

28. Los padres son tradicionalmente libres, aunque no necesariamente, estimulados para dar a sus hijos en adopción. Resulta interesante que la Uniform Adoption Act de 1953 dispone facultativamente en el § 17 que los padres adoptivos pueden pedir la anulación si «dentro de los dos años posteriores a la adopción el niño revela cualquier enfermedad o incapacidad física o mental seria y permanente como resultado de condiciones preexistentes a la adopción y de las cuáles los padres adoptivos no tenían conocimiento o noticia». El Revised Uniform Adoption Act (1969) no contiene tal previsión. Para el texto del Acta de 1953, ver 9 Uniform Laws Annotated 9 (1973), págs. 5-10.

29. Para una descripción de las condiciones en una institución, New York's Willowbrook State School for the Mentally Retarded, véase la opinión del Juez Judd en *New York State Ass'n for Retarded Children, Inc. v. Rockefeller*, 357 F. Supp., págs. 752 y 755-757 (E.D.N.Y. 1973). Con relación a las condiciones «inhumanas» de la escuela, el Juez Judd mencionó la «falta de un ojo, el quiebre de dientes, la falta de partes de una oreja arrancada con los dientes por otros residentes, y frecuentes daños y heridas en el cuero cabelludo» como enfermedades típicas. *Ibíd.*, pág. 756. En un esfuerzo por revertir el curso del pasado, ver *Consent Judgment in the Willowbrook Case*, No. 72 iv. 356/357 (E.D.N.Y. 30 de abril, 1975). En el mismo sentido, ver *Wyatt v. Stickney*, 344 F. Supp. 387 (M.D. Ala. 1972), que ha sido descrito como «una remota institución estatal rural de Alabama en la que se alojaban alrededor de cinco mil niños retardados en condiciones de profundo horror». Burt, «Desarrollo constitucional de derechos de, sobre y para menores», en el presente volumen, págs. 13-33.

30. Véase en general S. Province y R. Lipton, *Infants in Institutions* (1962), págs. 159-166.

31. De una conversación con el juez James H. Lincoln, juez del tribunal juvenil del condado de Wayne, Michigan.

32. Schowalter, Ferholt (Mann, «The Adolescent Patient's Decision to Die», *Pediatrics* 51 (1973), págs. 97 y 97-98 (1973); un largo extracto está citado en J. Goldstein, A. Dershowitz y R. Schwartz, *Criminal Law* (1974), págs. 166-169.

33. *Erickson v. Dilgard*, 44 Misc. 2d., págs. 27 y 28; 252 N.Y.S.2d., págs. 705 y 706 (Sup. Ct. 1962). Del mismo modo, el juez Hughes, presidente de la Corte Suprema de New Jersey, en *In re Quinlan*, 70 N.J., págs. 10 y 38-42; 355 A.2d., págs. 647 y 662-664 (1976), defendió el derecho constitucional de la Srta. Quinlan como un adulto a su intimidad, libre de intromisión estatal, para tomar decisiones de vida o muerte. El tribunal, a causa de su incompetencia, reconoció además la autoridad de su padre, como guardián, para ejercer ese derecho en su nombre. Éste observó: «Nosotros no tenemos dudas, en estas desafortunadas circunstancias, de que si Karen estuviera ella misma milagrosamente lúcida por un intervalo ... y perceptiva a su condición irreversible, podría efectivamente decidir sobre la suspensión de los aparatos de soporte vital, aún si ello significara el pronóstico de muerte natural.[...] Ningún interés externo obligatorio del Estado puede imponer a Karen soporrrar lo inaguantable, solamente para vegetar unos pocos mensurables meses con ninguna posibilidad realista de retornar a cualquier apariencia de vida conciente. No percibimos ninguna distinción lógica entre tal elección por parte de Karen y una elección parecida que, bajo la evidencia del caso, puede ser tomada por un paciente terminalmente enfermo competente, afectado de cáncer y sufriendo fuertes dolores; tal paciente no querría ser resucitado o puesto en un respirador.» *Ibid.*, pág. 39; 355 A.2d. pág. 668.

34. Véase por ejemplo *Bonner v. Moran*, 126 F.2d 121, 122 (D.C. Cir. 1941) (consentimiento de los padres necesario antes del procedimiento quirúrgico para injertar piel de un quinceañero a su primo); N.Y. Penal Law § 120 (McKinney 1975) (lesiones si causó daño físico); véase F. Harper y F. James, *The Law of Torts* (1956), págs. 634-635 (extensión de daños accionables por el padre contra una tercera persona por un daño causado al niño).

35. Véase, por ejemplo, *Bartley v. Kremens*, 402 F. Supp. 1039 (E.D. Pa. 1975), *prob. juris. noted*, 424 U.S., pág. 964 (1976) (acción de clase para niños menores de 19 años en instituciones mentales impugnando la ley de internación voluntaria de Pennsylvania); *Melville v. Sabbatino*, 30 Conn. Supp., pág. 320; 313 A.2d., pág. 886 (Super. Ct. 1973) (determinando que padres no pueden continuar manteniendo voluntariamente confinado a su hijo de 17 años en una institución psiquiátrica en contra de los deseos de este hijo).

36. *Planned Parenthood v. Danforth*, 96 S. Ct. 2831, págs. 2842-2844 (1976).

37. Véase, por ejemplo, *O'Connor v. Donaldson*, 422 U.S., pág. 563 (1975); J. Katz, J. Goldstein y A. Dershowitz, *Psychoanalysis, Psychiatry and Law* (1967),

págs. 623-632; T. Szasz, *The Myth of Mental Illness* (1961); Goldstein y Katz, «Dangerousness and Mental Illness, Some Observations on the Decision to Release Persons Acquitted By Reason of Insanity», *Yale Law Review* 70 (1960), pág. 225; Rosenhan, «On Being Sane in Insane Places», *Science* 179 (1973), pág. 250.

38. Para un análisis de Planned Parenthood of New York City, ver *New York Times*, 11 de mayo, 1976, pág. 32, col. 2.

39. Para una discusión sobre este punto, véase Goldstein, cit. *supra* nota 2, págs 71-72; y Katz, Schroeder y Sidman, «Emancipating Our Children - Coming of Legal Age in America», *Family Law Quarterly* 7 (1973), pág. 211.

40. «La emancipación desde 1900 hasta inicios de los años sesenta era casi exclusivamente judicial y se sometió fielmente a las actitudes sociales dominantes durante ese período. [...] El acceso a la emancipación judicial fue sobre la base del caso por caso, y la doctrina fue a menudo manipulada por los tribunales de conformidad con los valores propios de los jueces antes que con el interés superior de los niños.» Katz, Schroeder y Sidman, cit. *supra* nota 39, pág. 213. Para una posición que no logra reconocer que una de esas funciones de los padres es tomar decisiones acerca de la competencia de sus hijos para elegir y que esos tribunales son incompetentes para dictar tales sentencias, véase Nota, «State Intrusion into Family Affairs: Justifications and Limitations», *Stan. Law Review* 26 (1973), pág. 1383.

41. Véase Goldstein, «Psychoanalysis and Jurisprudence», *Yale Law Journal* 77 (1968), págs. 1053 y 1059.

42. 65 Misc. 2d 658, pág. 317; N.Y.S.2d., pág. 641 (Fam. Ct. 1970), *aff'd*, 377 App. Div. 2d., pág. 668; 323 N.Y.S.2d., pág. 253 (1971), *aff'd*, 29 N.Y.2d., pág. 900; 278 N.E.2d., pág. 918; 328 N.Y.S.2d., pág. 686 (1972).

43. N.Y. FAM. CT. ACT §§ 1011-1074 (McKinney 1975).

44. 65 Misc. 2d., pág. 676; 317 N.Y.S.2d., pág. 658.

45. *Ibid.*, pág. 659; 317 N.Y.S.2d., pág. 643.

46. *Ibid.*, pág. 660; 317 N.Y.S.2d. pág. 644.

47. *Ibid.*, pág. 317; N.Y. S.2d. pág. 644.

48. *Ibid.*, pág. 317; N.Y.S.2d., pág. 644. Según el Juez Elwyn, un psicólogo encontró a Kevin extremadamente dependiente. El equipo psiquiátrico reportó que Kevin demostró «sentimientos de inferioridad y baja autoestima». *Ibid.*, pág. 317; N.Y.S.2d., pág. 644.

49. *Ibid.*, pág. 661; 317 N.Y.S.2d., pág. 644.

50. *Ibid.*, pág. 672; 317 N.Y.S.2d., pág. 655.

51. *Ibid.*, pág. 673; 317 N.Y.S.2d., pág. 656 (citando *In re Seifertb*; 309 N.Y., págs. 80 y 87; 127 N.E.2d., págs. 820 y 824 (1955) (Fuld, J., disidencia). Sobre el punto de vista contrario a la importancia de las preferencias infantiles con respecto a la cirugía, ver *In re Green*, 448 Pa., pág. 338; 292 A.2d., pág. 387 (1972). Ricky Green era un joven de 15 años quien, como resultado de la poliomielitis, tenía una curvatura de 94° de la espina dorsal. Los doctores propusieron una fusión de espina dor-

sal para enderezar la columna, pero la madre de Ricky rehusó su consentimiento para transfusiones durante la operación. Afirmando que la «cuestión central» era el deseo de Ricky. La Corte Suprema de Pennsylvania remitió el caso para una determinación de sus deseos. *Ibid.*, pág. 350; 292 A.2d., pág. 392. Después de hablar con Ricky, el tribunal descubrió que él no quería la operación; sus deseos fueron respetados. *Green Appeal*, 452 Pa., pág. 373; 307 A.2d., pág. 279 (1973).

52. 65 Misc. 2d., pág. 674; 317 N.Y.S.2d., pág. 657.

53. *In re Seiferth*, 309 N.Y.80, pág. 127; N.E.2d., pág. 820 (1955).

54. Carta del Sr. William G. Conable, abogado de Seiferth, a Joseph Goldstein (20 de abril, 1964), citado en J. Goldstein y J. Katz, cit. *supra* nota 5, pág. 993.

55. Carta del Sr. Elmer R. Weil, procurador del condado de Eric County, a Joseph Goldstein (28 de abril de 1964), citado en *ibíd.*, págs. 993-994.

56. 29 Conn. Supp., pág. 368; 289 A.2d., pág. 386 (1972).

57. Es interesante que los doctores estaban dispuestos a someterse al consentimiento paterno, sin revisión judicial, para quitar ambos riñones de Katheleen y así dejarla con «ninguna función renal potencial» y con una «previsión de supervivencia... a causa de su edad, por lo demás discutible». *Ibid.*, pág. 372; 289 A.2d., pág. 388. Véase *In re Nemser*, 51 Misc. 2d., págs. 616 y 621-625; 273 N.Y.S.2d., págs. 624 y 629-632 (1966) (petición de designación del guardián para amputar el pie a una mujer de 80 años de edad; la queja del juez acerca del recurso ante la Corte).

58. 29 Conn. Supp., pág. 378; 289 A.2d., pág. 391 (subrayados míos). Para otra visión de la cuestión presentada por tales casos, véase Lewis, «Kidney Donation by a 7-Year-Old Identical Twin Child: Psychological, Legal, and Ethical Considerations», *Journal of Child Psychology* 13 (1974), págs. 221-243. Pero véase *In re Richardson*, 284 So. 2d., pág. 185 (La. App.), cert. denegado, 284 So. 2d., pág. 338 (La. 1973) (confirmando el rechazo de un tribunal inferior para aprobar el trasplante de riñón de un retardado mental de 17 años de edad para su hermana de 32 años de edad); véase también *Howard v. Fulton-DeKalb Hosp. Auth.*, Civ. No. 3-90430 (Super. Ct., Fulton County, Ga., 29 de nov., 1973) (encontrando inválido el consentimiento de la madre para el trasplante de su hija de quince años de edad, moderadamente retardada, hacia su madre quien sería la receptora del riñón). El Tribunal en *Howard*, sin embargo, autorizó el trasplante bajo la doctrina de «sentencia substitutiva». El caso, junto con otros que poseen similares problemas, es discutido en Nolan, *Anatomical Transplants Between Family Members - The Problems Facing Court and Counsel*, (1975) Fam. L. Rep. (BNA) 4035.

Referencia de la procedencia de los textos

Robert A. Burt, *Desarrollo constitucional de derechos de, sobre y para menores*, publicado originariamente bajo el título: «Developing Constitutional Rights of, in and for Children» en: *Law and Contemporary Problems*, © Duke University. Publicado con permiso de Duke University.

Robert A. Burt, *La constitución de la familia*, publicado originariamente bajo el título: «The Constitution of the Family», ©University of Chicago Press. Reproducido con permiso de Joseph I. Goldstein y de University of Chicago Press.

Joseph I. Goldstein, *¿En el interés superior de quién?*, publicado originariamente bajo el título: «In Whose Best interest?», © Joseph I. Goldstein, reproducido con permiso del autor.

Joseph I. Goldstein, *El porqué del régimen de familias sustitutas: ¿Para quién y por cuánto tiempo?*, publicado originariamente bajo el título: «Why Foster Care – For whom and how long?», © Yale University Press; reproducido con en permiso de Yale University Press y de Joseph I. Goldstein.

Akhil Reed Amar y Daniel Widawasky, *El abuso infantil como una forma de esclavitud. Una respuesta a DeShaney desde la Enmienda XIII*, publicado originariamente bajo el título: «Child Abuse as Slavery: A Thirteenth Amendment Response to *DeShaney*», © *Harvard Law Review*, reproducido con permiso de *Harvard Law Review* y Akhil Reed Amar.

Robert A. Burt, *El tratamiento de menores sin el consentimiento de los padres*, publicado originariamente bajo el título: «Treating Children without Parental Consens», © John Wiley & Sons, Inc., traduci-

do con permiso de John Wiley & Sons, Inc., reservados todos los derechos.

Joseph I. Goldstein, *Asistencia médica para menores en riesgo: sobre la supervisión estatal de la autonomía de los padres*, publicado originariamente bajo el título: «Medical Care for the Child at Risk: On State Supervention of Parental Authority», en *Yale Law Journal* vol. 86, págs. 645-670, traducido y publicado con permiso de The Yale Law Yournal Company and Fred B. Rothman & Company.

MARY BELOFF *compiladora*
Derecho, infancia y familia

La preocupación por la situación de los niños no es nueva, pero sí lo es, en cambio, la consideración de los niños como auténticos sujetos de derecho. La Convención Internacional de los Derechos del Niño significó, en ese sentido, un avance sustancial en la identificación y reconocimiento de los derechos de los menores de edad. El largo camino que se tuvo que recorrer para llegar a este punto de inflexión que es la Convención estuvo plagado de obstáculos.

En este volumen se reúnen algunos de los trabajos más importantes que se han publicado en torno a la cuestión de los derechos de los niños en Estados Unidos, uno de los países que no se adhirió a este tratado y que, sin embargo, dio curiosamente algunos pasos significativos en este camino a través de medidas legislativas y decisiones jurisprudenciales.

Todos los autores de este volumen pertenecen o han pertenecido a la Yale Law School y han contribuido a la discusión de problemas tales como la caracterización constitucional de los derechos del niño, el estatus de las familias sustitutas o el tratamiento de los menores de edad sin el consentimiento de los padres.

La situación de los niños en muchos lugares del planeta es hoy ciertamente penosa, buena parte de Iberoamérica no escapa a ella. Los trabajos que aquí se presentan contribuirán, sin duda, al debate sobre esta situación y los modos de superarla.

Mary Beloff es abogada, licenciada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y *Magistri in Legibus* por la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard. Enseña derecho penal y procesal, así como derecho penal juvenil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el Centro de Estudios Avanzados de la misma universidad y en la Universidad de Palermo.

gedisa
editorial

360004

ISBN 84-7432-776-8



9 788474 327762

MARY BELOFF *comp.* DERECHO, INFANCIA Y FAMILIA

09