

**INCORPORACIÓN *DE JURE* O INCORPORACIÓN *DE FACTO*: DOS
PROPUESTAS PARA ERRADICAR FANTASMAS
CONSTITUCIONALES**

ARTÍCULO

CARLOS SAAVEDRA GUTIÉRREZ*

Introducción	968
I. Puerto Rico ante una nueva metrópoli: el contexto de la <i>pequeña guerra espléndida</i>	969
II. La Ley Foraker y el camino a los Casos Insulares	971
III. Los Casos Insulares: primos hermanos de <i>Plessy v. Ferguson</i>	971
IV. La doctrina de los Casos Insulares es cuestionada.....	976
V. Dos propuestas para erradicar fantasmas constitucionales	982
A. Primera propuesta: incorporación <i>de jure</i>	983
B. Segunda propuesta: incorporación <i>de facto</i>	985
VI. Análisis sociológico	990
Conclusión	992

The harm done by the Insular Cases doctrine in the Twentieth Century is undeniable. In its direct legal effects and in the political attitudes that it ratified and fostered the doctrine was a vehicle of injustice . . . and their presence in the United States Reports is painful to citizens of both territories and states.

-Gerald L. Neuman¹

* El autor es estudiante de tercer año en la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico y Director Asociado del Volumen LXXX de la Revista Jurídica de la UPR.

¹ Gerald L. Neuman, *Constitutionalism and Individual Rights in the Territories*, en FOREIGN IN A DOMESTIC SENSE: PUERTO RICO, AMERICAN EXPANSION, AND THE CONSTITUTION 193-94 (Christina Duffy Burnett & Burke Marshall eds., 2001).

INTRODUCCIÓN

LA REVOCACIÓN DE LA DOCTRINA DE *SEPARATE BUT EQUAL* POR PARTE DEL Tribunal Supremo de Estados Unidos en *Brown v. Board of Education*² es generalmente reconocida como la mayor victoria del constitucionalismo norteamericano y el evento que marcó la realización mítica de la verdadera promesa de la Constitución: la aspiración a la igualdad. Sin embargo, cincuenta y siete años después de la muerte de *Plessy v. Ferguson*,³ un pariente cercano y perdido de ese caso está vivo en los tomos de los *U.S. Reports*. Su doctrina, que ha sido descrita como *separate and unequal*,⁴ todavía dicta la manera en que más de cinco millones de ciudadanos americanos son gobernados. Ese fantasma jurídico es *Downes v. Bidwell*,⁵ el caso principal de los notorios casos insulares, en donde el Tribunal Supremo decidió que la Constitución permitía a los Estados Unidos conquistar territorios y gobernarlos como colonias. En otras palabras, el Tribunal concluyó que la Constitución no sigue a la bandera.

A pesar de que el Tribunal Supremo nunca ha intentado revocar la doctrina de los casos insulares, existen varios pronunciamientos en casos de la segunda mitad del Siglo XX y principios del XXI en donde la nefasta doctrina es seriamente cuestionada. Esto ha creado una confusión sobre la validez de la doctrina de *separate and unequal* que ha llevado a varias cortes federales de circuito a resolver casos provenientes de los territorios utilizando nuevas teorías o a sencillamente obviar la doctrina de los casos insulares por completo.⁶ Por otro lado, al menos una corte federal de distrito ha resuelto que los casos insulares ya no son vinculantes en cuanto a la relación de los Estados Unidos y el territorio de Puerto Rico.⁷

Este artículo pretende proponer dos posibles caminos que el Tribunal Supremo federal podría explorar para erradicar una de las más arcaicas doctrinas que continúan vivas en la jurisprudencia federal. Primero, el Tribunal podría explicar y expandir un pasaje de la opinión de *Boumediene v. Bush*⁸ en donde el juez asociado Anthony Kennedy escribió que las relaciones entre los Estados Unidos y sus territorios podrían “fortalecerse en maneras que son de importancia constitucional”.⁹ Por otra parte, la Corte podría abiertamente revocar *Downes* y

² *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

³ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

⁴ Véase JUAN R. TORRUELLA, *THE SUPREME COURT AND PUERTO RICO: THE DOCTRINE OF SEPARATE AND UNEQUAL* (1988).

⁵ *Downes v. Bidwell*, 182 U.S. 244 (1901).

⁶ Véase Robert A. Katz, *The Jurisprudence of Legitimacy: Applying the Constitution to U.S. Territories*, 59 U. CHI. L. REV. 779, 792, 803 (1992).

⁷ Véase Consejo de Salud Playa de Ponce v. Rullán, 586 F. Supp. 2d 22 (2008).

⁸ *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008).

⁹ *Id.* en la pág. 758 (traducción suplida).

decidir que no existe tal cosa bajo la Constitución como territorios *incorporados* y *no incorporados*: las garantías y los derechos del documento constitucional norteamericano aplican con igual fuerza en cualquier territorio o posesión de los Estados Unidos.

En la primera parte de este artículo realizo un breve análisis del contexto histórico en que surgieron los casos insulares. De ahí, paso a analizar las decisiones más importantes de ese grupo de casos y las claras inconsistencias entre ellos. En la segunda sección del artículo paso a discutir una serie de casos en los cuales, ya sea mediante opinión mayoritaria o disenso, diferentes jueces del Tribunal Supremo han cuestionado seriamente la doctrina de los casos insulares. Dicho análisis es clave para sostener mi interpretación de que la doctrina de *separate and unequal* es un fantasma cuyo exorcismo es un imperativo constitucional.

Luego de ofrecer dos alternativas para realizar dicho exorcismo constitucional, en la tercera parte del artículo argumentaré que si en algún momento el Tribunal Supremo federal decide modificar la doctrina de los casos insulares y reconocer que Puerto Rico goza de una protección constitucional mayor de la que tiene ahora, ello no significa que el Tribunal esté tomando posturas en cuanto al problema del estatus de la Isla. Como veremos, el mero hecho de que se reconozca a Puerto Rico como un territorio incorporado, aunque es un cambio político sustancial, no lleva obligatoriamente a la conclusión de que la Isla está encaminada a convertirse en un estado federado. La solución al debate del status político de Puerto Rico se encuentra en la vía política, no en la jurídica. Sin embargo, eso no es impedimento para que se trate de erradicar una doctrina que patentemente viola los postulados de la Constitución federal.

I. PUERTO RICO ANTE UNA NUEVA METRÓPOLI: EL CONTEXTO DE LA PEQUEÑA GUERRA ESPLÉNDIDA

La historia de la Guerra Hispanoamericana y sus repercusiones posteriores son demasiado complejas para cubrirlas responsablemente en este artículo. Sin embargo, cualquier escrito que intente analizar el futuro de las relaciones constitucionales entre Puerto Rico y los Estados Unidos tiene que esbozar obligatoriamente las razones por las cuales el gobierno de Estados Unidos decidió emprender un conflicto bélico contra España.

Para finales del Siglo XIX, Cuba y Puerto Rico eran las últimas dos colonias del imperio español en el Caribe: el último vestigio americano de un imperio que llegó a extenderse por casi todo el continente. En la isla de Cuba ya habían ocurrido varios incidentes violentos en contra del gobierno español, encabezados por José Martí. Por su parte, Puerto Rico contaba con un movimiento independentista, pero sus logros no habían sido contundentes como en la vecina isla de Cuba. En Puerto Rico, por su parte, el movimiento autonomista había logrado una efímera victoria al concedérsele a la Isla una especie de gobierno propio mediante la Carta Autonómica de 1897.

Es dentro de ese contexto que el gobierno de los Estados Unidos pone su atención en el Caribe español. Inspirados por un fervor imperialista, los cañones del poder militar norteamericano fueron dirigidos hacia las últimas tres colonias españolas. Dice el historiador Francisco Scarano sobre la Guerra Hispanoamericana que ésta:

[Fue] un encuentro desigual. Las fuerzas norteamericanas, que desplegaron su superioridad militar desde los primeros días del conflicto, se impusieron sobre los españoles en Filipinas, luego en Cuba . . . y finalmente en Puerto Rico . . . Toda la guerra demoró escasamente cuatro meses. Débil e indecisa, España no pudo hacerle frente a un país que en este conflicto demostró su empuje expansionista y su vocación de potencia mundial.¹⁰

Estados Unidos quería colonias y la expansión de su territorio y no había mucho que España pudiera hacer para impedirlo. Aunque en la obra histórica de Scarano se hace alusión a un debate sobre si el gobierno norteamericano tenía interés en adquirir a Puerto Rico desde el principio de la guerra o si sencillamente se trató de una invasión por fiebre imperialista,¹¹ lo cierto es que Estados Unidos tenía intereses en el Caribe desde décadas antes de 1898¹² y la posición estratégica de Puerto Rico, así como lazos económicos, hacían de la Isla un perfecto punto para la expansión del nuevo imperio americano.¹³

La campaña en Puerto Rico fue corta y el ejército norteamericano no encontró mucha resistencia desde su desembarco en Guánica el 25 de julio de 1898. El armisticio de la guerra se dio semanas después, el 12 de agosto, y ya para diciembre España y Estados Unidos firmaban el Tratado de París, en donde la antigua metrópoli renunciaba a todos los derechos que tuviera sobre Puerto Rico y *cedía* su posesión a los Estados Unidos.¹⁴ No obstante, el primer evento jurídico que marcó la relación que los Estados Unidos tendría con su nueva colonia puertorriqueña quedó codificado en el Artículo IX del Tratado de París: “los derechos civiles y la condición política de los habitantes naturales de los territorios aquí cedidos a los Estados Unidos, se determinarán por el Congreso”.¹⁵

Es bajo ese artículo que el Congreso de la nueva metrópoli organiza el gobierno de la nueva colonia que adquirió mediante su *pequeña espléndida guerra*. Pero, como veremos, las nuevas leyes congresionales rápidamente serían puestas

¹⁰ FRANCISCO SCARANO, PUERTO RICO: CINCO SIGLOS DE HISTORIA 443 (3ra ed. 2008).

¹¹ *Id.* en las págs. 446-47.

¹² Véase José Trías Monge, *Injustice According to Law: The Insular Cases and Other Oddities, en FOREIGN IN A DOMESTIC SENSE: PUERTO RICO, AMERICAN EXPANSION, AND THE CONSTITUTION*, *supra* nota 1, en las págs. 226-27.

¹³ Véase TORRUELLA, *supra* nota 4, en la pág. 20.

¹⁴ Tratado de paz entre los Estados Unidos de América y el Reino de España, art. II, 11 de abril de 1899, 30 Stat. 1754.

¹⁵ *Id.* en el art. IX.

a prueba para ver si eran compatibles con la Constitución de un país que nació, precisamente, bajo ideales antiimperialistas.

II. LA LEY FORAKER Y EL CAMINO A LOS CASOS INSULARES

El gobierno federal mantuvo un régimen militar en Puerto Rico durante dos años (1898-1900). Varios generales de la marina de guerra norteamericana gobernaron la nueva colonia durante ese tiempo, ninguno más famoso que Nelson A. Miles, quien notoriamente proclamó poco después de la invasión que los Estados Unidos no venían a hacer guerra contra los puertorriqueños sino a promover “vuestra prosperidad y derramando sobre vosotros las garantías y bendiciones de las instituciones liberales de nuestro gobierno”.¹⁶ Sin embargo, las bendiciones de la Ley Foraker no se parecían mucho a las de las instituciones liberales de los Estados Unidos.

Mediante la Ley Foraker, el gobierno norteamericano implantó un gobierno civil en Puerto Rico. No obstante, *civil* no significaba lo mismo que *democrático*. El gobernador, el Consejo Civil y los jueces del Tribunal Supremo serían nombrados por el Presidente de los Estados Unidos con el consejo y consentimiento del Senado federal. El estatuto tampoco incluía una carta de derechos, sino que sencillamente se limitaba a decir que los habitantes de la Isla serían considerados *ciudadanos de Puerto Rico* y que las leyes y ordenanzas municipales continuarían en vigor.

La Ley Foraker dejó un amargo sabor para los puertorriqueños que creyeron en la proclama del general Miles. A pesar de su patente estructura colonial, el efecto más poderoso de la Ley Foraker fue que su Artículo 3 abrió las puertas de los tribunales federales para que fueran éstos los que definieran los límites del poder congresional reconocido en el Tratado de París y en la cláusula territorial de la Constitución federal. Dicho artículo imponía un impuesto de quince por ciento a toda mercancía que pasara de los puertos de Puerto Rico a los de Estados Unidos. Fue la aplicación de ese artículo a un cargamento de naranjas en el puerto de Nueva York lo que desencadenó el pleito legal en donde nació la doctrina de *separate and unequal*.

III. LOS CASOS INSULARES: PRIMOS HERMANOS DE PLESSY V.

FERGUSON¹⁷

De entrada, no debe quedarnos duda de la transcendental interrogante jurídica que les presentaban a los jueces del Tribunal Supremo federal los casos de los nuevos territorios. El expansionismo territorial no era tema novel en los Estados Unidos: desde tiempos del presidente Jefferson la nación se había expandi-

¹⁶ SCARANO, *supra* nota 10, en la pág. 450.

¹⁷ *Plessy*, 163 U.S. 537.

do hacia el Oeste y le había arrebatado territorio a Francia, Inglaterra, México y las naciones nativoamericanas. La idea del *imperio americano* era antiquísima, pero estos nuevos territorios que trajo la Guerra Hispanoamericana eran diferentes. No se trataba de vastos terrenos con poca población y abiertos para blancos americanos que los poblaran y los convirtieran en otro estado más. Por el contrario, se trataba de territorios poblados por gente con profundas raíces culturales, con idioma y religión diferente, unidos a un sentido de nacionalidad profundo. ¿Les aplicaba la Constitución federal —blanca, anglosajona y protestante— a los miembros de estas comunidades distantes y foráneas? Es por eso que los casos insulares les presentaban directamente a los jueces una de las interrogantes jurídicas más interesantes en la historia norteamericana: *¿qué son los Estados Unidos?* El caso del cargamento de naranjas proveyó una contestación horrenda que aún sigue viva.

El argumento del demandante en *Downes v. Bidwell*¹⁸ se basaba en un silogismo legal impecable. Puerto Rico había dejado de ser un país extranjero con respecto a los Estados Unidos desde la invasión de 1898 y,¹⁹ por ende, no se le podía cobrar un impuesto de quince por ciento a los artículos provenientes de esa isla, ya que la Constitución federal establece que todos los impuestos serán uniformes *a través de los Estados Unidos*.²⁰ El Tribunal Supremo, en votación 5-4, le dio la vuelta a esa lógica y decidió que la tarifa de quince por ciento era válida ya que Puerto Rico pertenece a, pero no es parte de los Estados Unidos.²¹

Como dice el exgobernador Pedro Rosselló González:

[N]ot only did its language and logic border on the opaque, but *Downes v. Bidwell* was inexorably invoking a doctrine previously unknown to American jurisprudence: *territorial non-incorporation*. Nowhere does the Constitution speak of *incorporated* and *unincorporated* territories. Weaving its way through the Insular Cases, though, is a pattern of rationalized justification for what the political branches of the federal government had determined should be the nation's future paradigm: namely, the replacement of uniformly republican principles with a two-tiered imperial model of governance—a model under which, in certain

¹⁸ *Downes*, 182 U.S. 244.

¹⁹ Precisamente eso había dejado claro el primero de los casos insulares. Véase *De Lima v. Bidwell*, 182 U.S. 1 (1898).

²⁰ U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 1.

²¹ Aunque la decisión fue por votación 5-4, ninguna de las opiniones emitidas consiguió el aval de una mayoría de los miembros del Tribunal. La opinión del juez asociado Henry Billings Brown anunció la decisión de la Corte, pero ningún otro juez se unió a ésta. La opinión concurrente del juez asociado Edward D. White tuvo el apoyo de dos otros jueces y el juez asociado Horace Gray emitió una solitaria concurrencia. De ese caleidoscopio de opiniones, nació la doctrina constitucional que todavía dicta la relación de Puerto Rico con los Estados Unidos.

circumstances, the United States' bedrock philosophical commitment to civic equality could and would be overtly compromised.²²

Downes es la bendición judicial a la misión norteamericana de convertir a su nación en un imperio. Inventándose la doctrina de la no incorporación territorial, la opinión concurrente del juez Edward D. White²³ distingue entre aquellos territorios incorporados a Estados Unidos que ya están destinados a convertirse en estados federados, de los territorios no incorporados que sencillamente son una posesión. Por ende, escribe el juez White que:

[W]hile in an international sense Porto Rico was not a foreign country, since it was subject to the sovereignty of and was owned by the United States, *it was foreign to the United States in a domestic sense*, because the island had not been incorporated into the United States, but was merely appurtenant thereto as a possession.²⁴

La lógica de White no tiene sentido: ¿Puerto Rico es un país extranjero en un sentido doméstico? Como expone el juez Torruella, "White's decision is judicial inventiveness at its ultimate height."²⁵ Pero no debe extrañarnos, ya que este es el mismo Tribunal que tan sólo cinco años antes había dicho en *Plessy v. Ferguson* que la cláusula de igual protección de las leyes no prohíbe el discrimen racial, sencillamente establece que las razas pueden vivir separadas, siempre que sus condiciones sean iguales. En *Downes* se establece la prima hermana de esa doctrina: los derechos de la constitución federal son solamente para los estados y los territorios incorporados. Dice Trías Mongue que "[p]roperly deconstructed, the *Insular Cases* stand for just another version of the separate but equal doctrine, but with a twist: there is not even the mirage of equality."²⁶

Después de *Downes*, ¿qué derechos, si algunos, serían aplicables a los nuevos territorios no incorporados? Nos dijo el juez White que "there may nevertheless be restrictions so *fundamental* . . . [in] nature that they cannot be transgressed, although not expressed in so many words in the Constitution."²⁷ Así que mientras a los territorios incorporados les aplicarían todas las cláusulas constitucionales que no estuvieran reservadas para los estados, los territorios no incorporados tendrían la dicha de recibir la protección solamente de aquellos derechos que se consideraran *fundamentales*.

22 PEDRO ROSSELLÓ, THE UNFINISHED BUSINESS OF AMERICAN DEMOCRACY 162-64 (2004) (énfasis suplido).

23 Fue la concurrencia del juez White la que se convirtió en la opinión vinculante del Tribunal, particularmente con la decisión de *Balzac v. Porto Rico*, 258 U.S. 298 (1922).

24 *Downes*, 182 U.S. en las págs. 341-42 (énfasis suplido).

25 TORRUELLA, *supra* nota 4, en la pág. 56.

26 Trías Monge, *supra* nota 12, en la pág. 230.

27 *Downes*, 182 U.S. en la pág. 291 (énfasis suplido).

Pero hubo voces disidentes ante la extraña teoría del Juez White. El gran jurista John Marshall Harlan, quien disintió también en *Plessy*, dijo que:

The Constitution speaks not simply to the States in their organized capacities, *but to all people*, whether of States or territories, who are subject to the authority of the United States.

....

. . . The idea that this country may acquire territories anywhere upon the earth, by conquest or treaty, and hold them as mere colonies or provinces—the people inhabiting them to enjoy only such rights as Congress chooses to accord them—is wholly inconsistent with the spirit and genius as well as with the words of the Constitution.²⁸

Como veremos más adelante, futuros miembros del Tribunal Supremo se han hecho eco de las expresiones del juez Harlan para comenzar a cuestionar la validez de los casos insulares.

Tras el invento judicial de *Downes*, quedaba claro que para gozar de todos los derechos y protecciones de la Constitución federal había que tener la suerte de vivir en un territorio que hubiera sido incorporado por el Congreso. El juez White tuvo la oportunidad de contestar cómo el Congreso puede incorporar un territorio cuatro años después de su concurrencia en *Downes*, cuando suscribió la opinión del Tribunal en *Rassmussen v. United States*.²⁹

Se trataba en ese caso de un ciudadano del entonces territorio de Alaska que fue condenado por un jurado de seis miembros. Argumentaba el demandante que la Enmienda Sexta de la Constitución requería un jurado compuesto por doce ciudadanos. No obstante, ya sabemos que bajo la doctrina de incorporación territorial la totalidad de los derechos constitucionales sólo son aplicables a los territorios incorporados y, efectivamente, el juez White encontró que Alaska era uno de esos territorios. ¿La razón? En el Artículo 3 del tratado entre Estados Unidos y Rusia en donde los primeros compraron el territorio de Alaska, se estableció que todos los habitantes de ese territorio serían ciudadanos americanos. Dice el juez White “this declaration . . . is the equivalent, as pointed out in *Downes v. Bidwell*, of the formula, employed from the beginning to express the purpose to incorporate acquired territory.”³⁰ Parecería quedar claro después de *Rassmussen* que el acto de otorgar la ciudadanía americana a los habitantes del territorio adquirido es un acto válido bajo la fórmula mediante la cual se incorporan territorios.

Precisamente la ciudadanía americana fue conferida a los puertorriqueños doce años después de *Rassmussen*. La Ley Jones contenía en su Artículo 5 la con-

28 *Id.* en las págs. 378-80 (cita omitida).

29 *Rassmussen v. United States*, 197 U.S. 516 (1905).

30 *Id.* en la pág. 522.

cesión de ciudadanía y les daba a los habitantes que no la desearan la opción de renunciar a ésta.³¹ A diferencia de la Ley Foraker, la Ley Jones contenía una carta de derechos entre los que se encontraban la libertad de expresión y prensa, la libertad de culto y la garantía de un debido proceso de ley. Es decir, además de conceder la ciudadanía de la metrópoli, la Ley Jones garantizaba una serie de derechos contenidos en la Constitución federal. Parecería ser que, bajo *Rassmussen*, Puerto Rico pasaba por el místico proceso de incorporación.

Precisamente eso fue lo que entendió Jesús Balzac cuando se le negó un juicio por jurado en un caso de libelo en Arecibo. El reclamo del arecibeño llegó hasta las puertas del Tribunal Supremo y dejó nuevamente la pregunta del futuro de Puerto Rico en las manos de los nueve juristas que componían ese foro. Para ese entonces William H. Taft había sido nombrado Juez Presidente. Éste había servido como Presidente de Estados Unidos (1909-1913), pero previo a ello, había ejercido funciones como gobernador de las Filipinas, en donde había presenciado de primera mano la dificultad de administrar territorios poblados por personas que no comparten las mismas raíces culturales de los norteamericanos.³² Taft tenía que enfrentarse a las palabras del juez White en *Rassmussen* antes de decidir que una *strange and distant community* fuera a convertirse en un territorio incorporado.

No me parece justo decir que Taft logró enfrentarse a lo decidido en *Rassmussen* al momento de escribir la opinión de *Balzac v. Porto Rico*;³³ más bien realizó un acto de franqueza judicial. Ya que Taft no quería reconocer que Puerto

³¹ Ley Jones, Carta Orgánica de 1917 de Puerto Rico, 1 LPR Documents Históricas.

³² Las experiencias previas del juez presidente Taft son esenciales para comprender las razones detrás de su opinión en *Balzac*. Como dice Juan R. Torruella:

Taft had an extensive background in insular and colonial affairs. In January of 1900, when the Philippine insurgency was at its height, Taft had resigned as chief judge of the Sixth Circuit to become the first civilian governor of the Philippines, a post that he occupied until 1904. By that time, the Filipino insurgents had been crushed and Taft had returned to Washington to become the Secretary of War in Theodore Roosevelt's administration. Nevertheless he continued to maintain his involvement in Philippine affairs in that capacity, in addition to which he also was intimately active in matters related to the Panama Canal and Puerto Rico. In 1906, he was sent to Cuba to deal with unrest there and become its *de facto* ruler under the provision of the Platt Amendment to the Cuban Constitution.

. . . In 1909, during his tenure as President, Taft became disenchanted with Puerto Ricans generally as the result of a budgetary crisis caused by the refusal of its popularly-elected lower house to approve the annual budget for the insular government, in protest against various judicial decisions made by the presidentially appointed governor. Taft took umbrage at the situation and retaliated with the Olmstead Act, placing Puerto Rico under the supervision of the Bureau of Insular Affairs of the War Department. Thereafter, during a message to Congress, President Taft accused Puerto Rico's elected leaders of political immaturity and acting irresponsibly, and stated that too much power had been given to Puerto Ricans *for their own good* and that they were *ungrateful*.

Juan R. Torruella, *The Insular Cases: The Establishment of a Regime of Political Apartheid*, 77 REV. JUR. UPR 1, 31-32 (2008) (citas omitidas).

³³ *Balzac*, 258 U.S. 298 (1922).

Rico había quedado constitucionalmente incorporado a los Estados Unidos, decidió que el mero hecho de conceder la ciudadanía a los habitantes no era suficiente para incorporar un territorio. Implícitamente revocando lo decidido en *Rasmussen*, Taft sostuvo que el Congreso tendría que demostrar *expresamente* su intención de dar la bendición de la incorporación. Dijo el Juez Presidente que:

Alaska was a very different case from that of Porto Rico. It was an enormous territory, very sparsely settled and offering opportunity for immigration and settlement by American citizens. It was on the American continent and within easy reach of the *then* United States. It involved none of the *difficulties* which incorporation of the Philippines and Porto Rico presents . . .³⁴

Bajo la teoría de *Balzac*, Puerto Rico parecía estar localizado en otro planeta, demasiado lejos, demasiado diferente, en fin, demasiado *feo* como para ser incorporado implícitamente. La *comunidad distante* tendría que esperar por esa expresión congresional en blanco y negro, subrayada y ennegrecida en donde se dijera que Puerto Rico pasaba a ser parte de Estados Unidos. Al final de cuentas, “[i]n *Balzac*, Taft was blinded by his desire to reach a predetermined outcome.”³⁵

No cabe duda de que *Balzac* es el caso que todavía hoy dicta las relaciones constitucionales entre Puerto Rico y Estados Unidos. El Congreso no ha hecho expresión alguna de querer incorporar a la Isla y ni siquiera el llamado Estado Libre Asociado de 1952 tuvo el efecto de cambiar la naturaleza del territorio puertorriqueño.³⁶ La legitimación jurídica del colonialismo llegó para quedarse. Luego de este caso, se consagró como mayoritaria la concurrencia del juez White en *Downes*: “as White gained a majority for his position, the Insular Cases doctrine came to involve the categorization of positive constitutional rights and limitations as ‘fundamental’ or nonfundamental, with only the fundamental rights and limitations being binding in incorporated territories.”³⁷

Al menos eso parecía ser así hasta principios de la década de los setenta.

IV. LA DOCTRINA DE LOS CASOS INSULARES ES CUESTIONADA

Expone el profesor José Julián Álvarez González que:

[E]ntre 1952 y 1970 las cortes federales inferiores examinaron activamente las relaciones entre Puerto Rico y Estados Unidos como consecuencia del establecimiento del ELA. Durante ese período, los jueces federales escribieron extensamente sobre el [e]status jurídico de Puerto Rico. Aunque a menudo adoptaron

³⁴ *Id.* en la pág. 309 (énfasis suplido).

³⁵ Torruella, *supra* nota 32, en la pág. 31.

³⁶ Véase *Americana v. Kaplus*, 368 F.2d 431 (3er Cir. 1966); *Detrés v. Lions Building*, 234 F.2d 596 (7mo Cir. 1956) (donde se decide que la Constitución del ELA de 1952 no tuvo el efecto de excluir a Puerto Rico del poder plenario del Congreso bajo la Cláusula Territorial).

³⁷ Neuman, *supra* nota 1, en la pág. 189.

posiciones encontradas, al menos la labor de los tribunales federales inferiores sugería un interés por aclarar las interrogantes que rodeaban ese estatus. No obstante, durante ese mismo período el Tribunal Supremo federal permaneció básicamente mudo.³⁸

El profesor se refiere a esa época como el *largo silencio inicial*.³⁹ Sin embargo, durante ese mismo período la más alta corte federal realizó expresiones bastante desfavorables sobre la doctrina de los casos insulares. Puede que haya habido un silencio en cuanto a la situación concreta de Puerto Rico, pero los jueces del Tribunal Supremo estaban realizando malabares jurídicos para no utilizar la doctrina de *Downes y Balzac* y dejaban para récord expresiones concretas en cuanto a que no se le debía dar más expansión a la nefasta doctrina de incorporación territorial. Resulta notable que muchos jueces que pasaron por el alto foro federal, sentían gran malestar ante una doctrina que entendieron no iba a la par con el desarrollo de las relaciones entre Estados Unidos y sus territorios. Ante ello, se ha reconocido que “[t]hus far, despite continuing criticism of the *Insular Cases* doctrine, its approach has been subtly transformed rather than overruled.”⁴⁰ Así que, aunque el *Brown v. Board of Education* de los territorios no incorporados no ha sido escrito aún, es obvio que por un tiempo varios jueces hubieran estado dispuestos a hacerlo si se hubiera presentado el vehículo legal apropiado.

El primero de los casos en donde se expresan dudas sobre la validez de los casos insulares es *Reid v. Covert*.⁴¹ La controversia del caso no tenía nada que ver con la relación de la metrópoli con sus colonias: se trataba de unas esposas de soldados norteamericanos que cometieron crímenes en bases militares en otros países.⁴² Las mujeres fueron acusadas y sentenciadas bajo la ley militar y a su regreso a los Estados Unidos, argumentaron que como ciudadanas americanas tenían derecho a juicio por jurado civil. El Tribunal Supremo, mediante opinión del juez asociado Hugo Black, decidió que era inconstitucional aplicarles la ley militar a civiles que vivieran en bases militares en tiempos de paz.

La clave de *Reid* para propósitos de este artículo es que el juez Black rechazó utilizar la doctrina de los casos insulares que proponía el gobierno federal. En esencia, el gobierno se basaba en la teoría inventada por el juez presidente Taft en *Balzac* de que los ciudadanos americanos que no vivieran en un estado o en un territorio incorporado no tenían la protección completa de la Carta de Dere-

³⁸ JOSÉ JULIÁN ÁLVAREZ GONZÁLEZ, DERECHO CONSTITUCIONAL DE PUERTO RICO Y RELACIONES CONSTITUCIONALES CON LOS ESTADOS UNIDOS 473 (2009).

³⁹ *Id.*

⁴⁰ Neuman, *supra* nota 1, en la pág. 185.

⁴¹ *Reid v. Covert*, 354 U.S. 1 (1957).

⁴² Como veremos, dos de los casos más importantes en donde se ha cuestionado la validez de los casos insulares versan sobre la aplicabilidad extraterritorial de la Constitución a bases militares en países extranjeros; un tema que no tiene la misma base socio-política que los temas de las relaciones constitucionales entre Estados Unidos y sus colonias.

chos. El juez Black distingue los casos insulares y cuestiona seriamente su doctrina en el siguiente pasaje:

The 'Insular Cases' can be distinguished from the present cases in that they involved the power of Congress to . . . govern temporarily territories with wholly dissimilar traditions and institutions whereas here the basis for governmental power is American citizenship. None of these cases had anything to do with military trials and they cannot properly be used as vehicles to support an extension of military jurisdiction to civilians. Moreover, it is our judgment that *neither the cases nor their reasoning should be given any further expansion. The concept that the Bill of Rights and other constitutional protections against arbitrary government are inoperative when they become inconvenient or when expediency dictates otherwise is a very dangerous doctrine and if allowed to flourish would destroy the benefit of a written constitution and undermine the basis of our government.* If our foreign commitments became of such nature that the Government can no longer satisfactorily operate within the bounds laid down by the Constitution, that instrument can be amended by the method which it prescribes. *But we have no authority, or inclination, to read exceptions into it which are not there.*⁴³

Las expresiones del Tribunal en *Reid* son un rechazo concreto a todo el andamiaje legal que sostenía a los casos insulares. Primero, abiertamente se dice que no se van a aceptar más teorías *ad hoc* a *Downes* como lo fue *Balzac* y como lo que trató de argumentar el gobierno federal en *Reid*. Segundo, rechaza la doctrina —llamándola *peligrosa*— de que las protecciones de la Constitución federal se pueden *prender* y *apagar* cuando resulta inconveniente aplicárselas a algún sector de la ciudadanía americana. Es decir, se rechaza la teoría de que comunidades distantes y con tradiciones diferentes son razones suficientes para hacer diferenciaciones sobre cuándo y dónde aplica la Constitución. Finalmente, se dice que si los experimentos en relaciones internacionales que realice el gobierno federal no se adaptan a los márgenes de la Constitución, se tiene que enmendar el documento.

En mi opinión, si el Tribunal hubiera tenido ante sí un caso proveniente de un territorio, hubiera revocado la doctrina de los casos insulares. El lenguaje de la opinión es contundente y no deja espacio para defender o expandir las doctrinas de *Downes* y *Balzac*. La opinión parece hacer eco de las expresiones del juez Harlan en su disenso de *Downes*. Se deja claro que no existen excepciones a la Constitución: aplica o no aplica. Además, *Reid* es un caso que crea lagunas en cuanto a la base teórica de los casos insulares. Como comenta el profesor Neuman: “juxtaposing *Reid v. Covert* with the *Insular Cases* produces bizarre results. For example, a U.S. citizen prosecuted by the federal government has a constitutional right to a jury trial in Japan, but not in Puerto Rico.”⁴⁴

Otros jueces cuestionaron la doctrina de los casos insulares en casos subsiguientes, con la diferencia de que en esas ocasiones el territorio de Puerto Rico

⁴³ *Reid*, 354 U.S. en la pág. 14 (énfasis suplido).

⁴⁴ Neuman, *supra* nota 1, en la pág. 190.

era una de las partes en el pleito. El primero de estos casos es *Torres v. Puerto Rico*⁴⁵ en donde un ciudadano de la Isla fue registrado al llegar al aeropuerto de Isla Verde. Luego de que el registro produjera una cantidad considerable de droga en su equipaje, el ciudadano cuestionó la validez del registro bajo la doctrina desarrollada por el Tribunal Supremo en cuanto a la Cuarta Enmienda de la Constitución federal.⁴⁶ Tenemos entonces una secuela de *Balzac*: un puertorriqueño pidiendo que se aplique una garantía de la carta de derechos norteamericana al territorio de Puerto Rico.

En decisión unánime, el Tribunal Supremo decidió que, en efecto, la Cuarta Enmienda es aplicable a Puerto Rico. Cinco de los jueces se adhirieron incondicionalmente a la doctrina de los casos insulares e hicieron el clásico *test* de *Downes* para decidir si un derecho es lo suficientemente fundamental como para aplicarle a un territorio no incorporado. Sin embargo, *cuatro* jueces concurrieron con el resultado de que la Cuarta Enmienda era aplicable a Puerto Rico, pero cuestionaron el razonamiento del Tribunal al utilizar la doctrina de los casos insulares como fundamento. El juez asociado William Brennan escribió a nombre de estos cuatro jueces y dijo:

Whatever the validity of the old cases such as *Downes v. Bidwell* . . . and *Balzac v. Porto Rico*, in the particular context in which they were decided, those cases are clearly not authority for questioning the application of the Fourth Amendment—or any other provision of the Bill of Rights—to the Commonwealth of Puerto Rico in the 1970's⁴⁷

Por primera vez desde *Balzac*, cuatro jueces del alto foro judicial abiertamente dijeron que los casos insulares ya no deberían ser vinculantes para determinar si las protecciones constitucionales de la carta de derechos aplican a Puerto Rico. Nótese el especial énfasis que el juez Brennan da al *contexto* en que fueron decididos los casos insulares. Ya para la década de los setenta Puerto Rico no era esa distante comunidad foránea: existía gran población puertorriqueña en los Estados Unidos continentales, el gobierno de la Isla no era el mismo que a principios del Siglo XX y los ciudadanos de Puerto Rico eran conscientes de los derechos constitucionales que deberían protegerlos. Cuatro jueces en *Torres* parecen ser conscientes de esa realidad y no le temen a hacerles frente a los fantasmas de *Downes* y *Balzac*. El exorcismo constitucional se estaba preparando.

El próximo caso en el cual las heridas de muerte a los casos insulares son evidentes es en la disidencia del juez asociado Thurgood Marshall en *Harris v. Rosario*.⁴⁸ Ese caso fue llevado precisamente para darle una oportunidad a la

⁴⁵ *Torres v. Puerto Rico*, 442 U.S. 465 (1979).

⁴⁶ Véase U.S. CONST amend IV: “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated . . .”. *Id.*

⁴⁷ *Torres*, 442 U.S. en las págs. 475-76 (énfasis suplido) (citas omitidas).

⁴⁸ *Harris v. Rosario*, 446 U.S. 651 (1980).

Corte para que terminara de revocar los casos insulares: lamentablemente una mayoría de los jueces no aceptó la oportunidad y decidió dejar en suspenso la suerte de la doctrina de *separate and unequal*. Se trataba de un norteamericano residente en Puerto Rico que retó la constitucionalidad de un programa federal que negaba una serie de ayudas federales a la Isla sencillamente por ésta ser un territorio no incorporado. La Corte ni siquiera quiso oír los alegatos de las partes en una vista oral y se conformó con decidir el caso de forma sumaria.

Dicha decisión causa la furia del juez Marshall, razón por la cual emite un fuerte disenso. Comienza diciendo que “[a]t least four Members of this Court are of the view that all provisions of the Bill of Rights apply to Puerto Rico.”⁴⁹ El Juez les recuerda a sus colegas que apenas un año antes en *Torres*, la Corte estuvo a un solo voto de revocar los casos insulares. Continúa diciendo:

Despite these precedents, the Court suggests today, without benefit of briefing or argument, that Congress needs only a rational basis to support less beneficial treatment for Puerto Rico, and the citizens residing there, than is provided to the States and citizens residing in the States. Heightened scrutiny under the equal protection component of the Fifth Amendment, the Court concludes, is simply unavailable to protect Puerto Rico or the citizens who reside there from discriminatory legislation, as long as Congress acts pursuant to the Territory Clause. *Such a proposition surely warrants the full attention of this Court before it is made part of our constitutional jurisprudence.*⁵⁰

Queda patentemente claro que para el juez Marshall, una mayoría de los jueces del Tribunal tenía miedo a enfrentarse a la avalancha constitucional que venía acercándose: la doctrina de los casos insulares estaba moribunda y un caso como *Harris* era precisamente el *Brown v. Board of Education* que derrumbaría los viejos precedentes. Gracias a ese pánico judicial, la revocación de los casos insulares no llegó.⁵¹

No fue hasta el año 2008 que una mayoría de los jueces del Tribunal Supremo volvió a expresarse sobre los casos insulares en *Boumediene v. Bush*.⁵² Esta vez, la Corte utilizó en parte la doctrina de esos casos para resolver que los detenidos en la base naval de Guantánamo en Cuba estaban protegidos por el derecho de hábeas corpus de la Constitución federal. Sin embargo, lo importante de *Boumediene* para propósitos de este artículo es que el autor de la opinión mayoritaria, el juez asociado Anthony Kennedy, citó con aprobación las expresiones

49 *Id.* en las págs. 653-54.

50 *Id.* en la pág. 654 (énfasis suplido).

51 Es importante mencionar que los jueces asociados Brennan y Blackmun no se unieron al disenso del juez Marshall, pero consignaron para récord que también hubieran preferido que al caso se le diera mayor detenimiento mediante una vista oral. Recordemos que ambos jueces se habían unido a la concurrencia del juez Brennan en *Torres*.

52 *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008).

que hemos analizando en los casos de *Torres* y *Reid*. El siguiente fragmento de la opinión del Tribunal es el que ha dado mucho de qué hablar en los últimos años:

*It may well be that over time the ties between the United States and any of its unincorporated Territories strengthen in ways that are of constitutional significance. But, as early as Balzac in 1922, the Court took for granted that even in unincorporated Territories the Government of the United States was bound to provide to noncitizen inhabitants “guaranties of certain fundamental personal rights declared in the Constitution.”*⁵³

Es mi opinión que el juez Kennedy escribió esta parte de la opinión (que resulta innecesaria para resolver la controversia particular que tenía la Corte ante sí) porque se dio cuenta de los serios cuestionamientos jurídicos que se le habían hecho a la doctrina de los casos insulares. De no ser así, ¿por qué citar con aprobación al juez Brennan en *Torres*? Kennedy sabía que necesitaba la doctrina de los casos insulares para resolver a favor de los detenidos en Guantánamo, pero, al así hacerlo, estaría abriendo la caja de Pandora y complicaría aún más la cuestionada doctrina de los casos insulares. El juez Kennedy tenía ya una compleja e importante interrogante jurídica ante sí (completamente distinta al tema de este artículo) y sabía que tenía que ser cuidadoso para no darle alientos a una doctrina moribunda. Por ende, al traer por la cocina a los casos insulares, escribe en *dictum* el pasaje que he citado, dejando claro que, en cuanto a los territorios se refiere, la doctrina de los casos insulares no ha salido intacta de los constantes ataques constitucionales que sufrió durante el siglo XX. De esta forma, el juez Kennedy, *escribiendo a nombre de cinco miembros de la Corte*, deja claro que es posible que existan cambios a través del tiempo entre los Estados Unidos y sus territorios que tengan el efecto *constitucional* de cambiar las relaciones entre éstos.

Soy consciente de que puedo estar dándole una lectura amplia a un *dictum* del Tribunal Supremo federal. No obstante, por lo menos debemos presumir que los jueces y juezas de ese foro son conscientes de las repercusiones que sus palabras en una opinión judicial pueden tener. La exhaustiva discusión que el juez Kennedy hace de los casos insulares me lleva a la conclusión que el *dictum* de *Boumediene* no se escribió en un vacío. Me sostengo en mi teoría de que puede articularse una nueva doctrina constitucional a base de lo dicho por el juez Kennedy.⁵⁴

53 *Id.* en la pág. 758 (énfasis suplido) (citas omitidas).

54 Existe gran controversia en cuanto al significado del *dictum* en las opiniones judiciales. Tradicionalmente, es descrito como un pronunciamiento hecho por la corte que no tiene que ver con, o no es importante para, la decisión final del caso. Sin embargo, recientemente el profesor Marc McAllister realizó una reformulación sobre el significado del *dictum*. Según este, existen tres tipos de *dictum*, cada uno con diferente fortaleza doctrinal:

A pragmatic approach reveals three distinct categories of appellate court dicta: “vibrant dicta,” “dead dicta,” and “divergent dicta.”

Todos estos casos nos revelan el precario estado en que se encuentra la doctrina de los casos insulares. Sin embargo, a pesar de estar prácticamente en estado comatoso, estos casos resueltos hace más de un siglo todavía dictan la manera en que viven millones de ciudadanos americanos en el territorio de Puerto Rico e injustamente controlan la manera en que miles de ciudadanos reciben una innumerable cantidad de fondos públicos para aliviar su carga económica en cuanto a servicios de salud, educación y calidad de vida. Pero más importante aún, estos casos representan la razón principal por la cual el gobierno de los Estados Unidos está violando el principio cardinal consagrado en el documento en donde declaró su independencia: un gobierno basado en el consentimiento de los gobernados.

El reconocer como constitucionalmente válida la posibilidad de poseer territorios no incorporados, que son y no son, que pertenecen y no pertenecen, que se les provee ayuda pero, *oiga*, hasta donde se pueda, es totalmente repugnante a los cimientos de los Estados Unidos. No debe sorprendernos entonces que desde hace cuarenta años diversos juristas del Tribunal Supremo federal cuestionen abiertamente la doctrina de *separate and unequal* o la tomen con pinzas, haciendo comentarios en *dictum* para echarles por encima un poco de sabor a democracia.

V. DOS PROPUESTAS PARA ERRADICAR FANTASMAS CONSTITUCIONALES

Cualquier estudioso del Derecho en un sistema democrático debe reconocer que los casos insulares tienen que ser erradicados del ordenamiento. La prima hermana de la doctrina de *Plessy v. Ferguson* debe ser eliminada de la jurisprudencia federal. Aunque existen cuestionamientos sobre lo apropiado de hacer una comparación entre la situación de los habitantes de los territorios con los afroamericanos de finales y principios del Siglo XX,⁵⁵ me sostengo en que ambas,

Dictum is “vibrant” when it promptly and consistently flowers into law. When this occurs, the distinction between case holdings and dicta is effectively obliterated.

....

“Dead dicta” is dicta that is generally deemed non-binding. A dictum can die explicitly through a court’s pronouncements, or implicitly through rulings rejecting the dictum.

....

The final dicta category is best described as “divergent.” Neither dead nor vibrant, this type of dicta does not promptly flower into law, nor is it dismissed outright as “mere dicta.” Rather, divergent dictum prompts scholarly commentary and lower court development of the dictum, and is generally marked by disagreement as to the dictum’s effect.

Marc McAllister, *Dicta Revisited*, 47 WILLAMETTE L. REV. 161, 185, 188, 193 (2011). Me parece que es muy temprano para saber bajo qué tipo de *dictum* se encuentran las expresiones del juez Kennedy sobre los casos insulares. El tiempo dirá, pero espero que en algún momento se reconozca como *vibrant dicta*, ya que como muy bien dice McAllister, el *dictum* de hoy puede ser el *holding* de mañana.

55 Véase, e.g., ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *supra* nota 38, en la pág. 537.

a final de cuentas, representaban problemas de violación de derechos civiles. Y es que, como dijo el juez Harlan en *Downes*, la Constitución de Estados Unidos fue creada por *el pueblo* y ésta no discrimina por raza, sexo, edad o por *lugar de residencia*. Al final del día, se trata de los derechos fundamentales de gente que vive bajo los postulados de dicha Constitución. No existe razón alguna para permitir un trato discriminatorio entre ciudadanos de Estados Unidos, *independientemente de dónde emane el derecho a dicha ciudadanía*. La Constitución no puede, ni debe, aplicar a medias.

A continuación propongo dos caminos que podrían conducir a la muerte de la doctrina de los casos insulares. La primera propuesta es la más obvia y es el producto lógico de las expresiones de los jueces Black, Brennan y Marshall en la segunda mitad del Siglo XX: revocar los casos insulares y reconocer que sólo existen estados y territorios bajo la Constitución federal. La segunda es producto del *dictum* del juez Kennedy en *Boumediene*, y que ya fue explorada por un tribunal federal de distrito: reconocer que un territorio puede quedar incorporado debido a los cambios fundamentales en la relación que mantiene con el Congreso de los Estados Unidos.

A. Primera propuesta: incorporación de jure

La Constitución federal reconoce en su cláusula territorial la potestad del Congreso para “disponer de, o promulgar todas las reglas y reglamentos necesarios en relación con, el territorio o cualquier propiedad perteneciente a los Estados Unidos”.⁵⁶ Se habla de territorios o propiedades: en ningún momento se hace distinción entre territorios incorporados o no incorporados. De hecho, dicho concepto no existía hasta que el juez asociado White literalmente se lo inventó en *Downes*.

La distinción que el juez White hizo fue que a los territorios incorporados les aplicaban todas las protecciones de la Constitución federal porque estaban destinados a la estadidad, mientras que los territorios no incorporados no iban por ese camino. Ese razonamiento del juez White no tiene sentido. La propia Constitución federal regula la manera en que los estados son admitidos a la federación al establecer que “el Congreso podrá admitir nuevos estados a esta Unión; pero no se formará o establecerá ningún estado nuevo dentro de la jurisdicción de otro estado”.⁵⁷

El Congreso no está obligado a incorporar un territorio antes de convertirlo en estado. De hecho, la abrumadora mayoría de los nuevos estados pasaron sencillamente por la etapa de territorios y luego fueron admitidos a la Unión como estado. Sólo Hawái y Alaska tuvieron que pasar por la categoría de territorios incorporados, ya que éstos se convirtieron en posesiones de los Estados Unidos luego de la invención judicial del juez White en *Downes*.

⁵⁶ U.S. CONST. art. IV, § 3, cl. 2.

⁵⁷ *Id.* § 3, cl. 1.

Más aún, dos de los estados de la federación norteamericana ni siquiera fueron territorios previo a convertirse en estados: Texas y Vermont pasaron de ser repúblicas soberanas a estados federados. No hubo periodos de transición, ni tiempo de espera como territorios incorporados: sencillamente el Congreso ejerció sus poderes y los admitió como estados federados.

Este análisis histórico tiene dos efectos. Primero, es constitucionalmente irrelevante la distinción entre territorios, porque si muy bien el Congreso puede concederles la estadidad a repúblicas, también podría hacerlo sin ninguna traba legal para con un territorio no incorporado. Por ende, se destruye la base de la distinción territorial del juez White. Segundo, y más importante aún, *la concepción de la estadidad es una determinación estrictamente congresional*. Esto significa que la llamada *promesa de estadidad* que caracteriza a los territorios incorporados bajo *Downes* es falsa. Al final de cuentas, todos los territorios están bajo el poder congresional de la cláusula territorial, y no hay promesa ni camino seguro hacia la estadidad hasta que el Congreso ejerza sus poderes. *La relación futura entre los Estados Unidos y sus territorios es política, no jurídica*.

Por ende, la primera avenida que tiene el Tribunal Supremo federal para erradicar finalmente a los casos insulares es decir que bajo la Constitución federal sólo existen estados y territorios. De esa manera, todas las posesiones insulares de los Estados Unidos serían territorios a los cuales les aplica la totalidad de la Constitución. Básicamente, el Tribunal estaría eliminando la categoría de territorios no incorporados y mantendría la otra categoría, pero llamándola por su verdadero nombre constitucional: territorios de los Estados Unidos. El resultado de esto sería que todos los territorios quedarían incorporados *de jure* a los Estados Unidos, eliminando el discrimen que da base a la doctrina de los casos insulares. Me parece que ésta es la avenida a la cual se refería el juez Black en *Reid* y el juez Marshall en *Harris*. Como muy bien dicen estos jueces, no hay razón alguna para reconocerle al Congreso el poder constitucional de discriminar entre los territorios. Dicho poder, que actualmente ejerce, significa que las garantías constitucionales son meros inconvenientes que pueden ser sacados del camino al tildar un territorio como no incorporado. Dicho poder es antidemocrático y no debe existir en el constitucionalismo norteamericano.

En el caso de Puerto Rico, en donde la división por el futuro estatus político de la Isla es profunda, no me parece que deba haber preocupación por la posibilidad de que el Tribunal reconozca que todos los territorios pertenecen y son parte de los Estados Unidos. Como hemos visto, no existe tal promesa de estadidad para los territorios incorporados. El mero hecho de cambiar la relación jurídica de Puerto Rico para con su metrópoli no significa que la Isla estaría encaminada a convertirse en un estado federado. Ya dijimos que esa relación futura es política y no jurídica, por lo cual, al final del día, es en el Pueblo de Puerto Rico donde reside la última palabra para decidir el tipo de relación que quiere mantener con los Estados Unidos.

A pesar de que la avenida de la incorporación *de jure* es la más sencilla de aplicar, me parece que los jueces y juezas del Tribunal Supremo serían conscientes de que es también la avenida más controversial. Ya vimos que, a diferencia de

los territorios que existían durante el Siglo XIX, las posesiones extraterritoriales de los Estados Unidos tienen diferentes tipos de relaciones con el gobierno federal. Definitivamente, Puerto Rico no tiene la misma relación jurídica con los Estados Unidos que Islas Vírgenes o Guam. Al determinar que todos los territorios están incorporados porque esa es la única alternativa disponible bajo la Constitución, el Tribunal Supremo le estaría quitando mucho espacio al Congreso para manejar las relaciones con sus territorios, que pueden darse bajo diferentes realidades sociológicas y políticas. Pero esa aparente inconveniencia de la propuesta de la incorporación *de jure* vuelve a llevarnos al debate que reconoce el juez Black en *Reid*: si las garantías y obligaciones de la Constitución federal son obligatorias para todos los territorios o son discrecionales para darle espacio al Congreso a aplicarlas cuando lo entienda conveniente.

Opino que es muy peligroso reconocer una doctrina según la cual la Constitución queda en manos del poder legislativo para aplicarla cuando le convenga a la metrópoli. Quizás una manera de erradicar el colonialismo que quedó bendecido con los casos insulares es imponerle la obligación al Congreso y a la Rama Ejecutiva de que, al adquirir territorios, éstos estarán protegidos por todas las garantías constitucionales y serán parte íntegra de los Estados Unidos. De esa manera, las ramas políticas del gobierno federal lo pensarían mejor antes de emprender una misión imperialista. Como expresó el Tribunal en *Boumediene*:

Our basic charter cannot be contracted away like this. *The Constitution grants Congress and the President the power to acquire, dispose of and govern territory, not the power to decide when and where its terms apply.* Even when the United States acts outside its borders, its powers are not “absolute and unlimited” but are subject “to such restrictions as are expressed in the Constitution.” Abstaining from questions involving forward sovereignty and territorial governance is one thing. “To hold the political branches have the power to switch the Constitution on or off at will is quite another.”⁵⁸

B. Segunda propuesta: incorporación de facto

La segunda forma en que el Tribunal Supremo federal podría terminar con la doctrina de los casos insulares es expandiendo del *dictum* del juez Kennedy en *Boumediene* en donde expresó que “[i]t may well be that over time the ties between the United States and any of its unincorporated territories strengthen in ways that are of constitutional significance.”⁵⁹ La Corte podría formular un estándar (*test*) mediante el cual se encuentre que ciertos cambios constitucionales en la manera en que el gobierno federal gobierna a un territorio tiene el efecto de incorporarlo a los Estados Unidos. Con esta avenida, se eliminan las inconsistencias entre *Downes* y *Balzac*, y se concluye que un territorio puede quedar *de*

⁵⁸ *Boumediene*, 553 U.S. en la pág. 765 (énfasis suplido) (citas omitidas).

⁵⁹ *Id.* en la pág. 758.

facto incorporado a los Estados Unidos. Nótese que bajo esta avenida no se revoca la doctrina de *Downes*, pero se eliminan muchas de sus injusticias.

Por otra parte, esta opción elimina los problemas que podría tener la avenida que discutimos en la sección anterior. A través de una teoría de incorporación *de facto*, el Tribunal Supremo le sigue reconociendo al Congreso la potestad de gobernar los territorios como entienda necesario, pero mantiene un grado de control judicial al dejarle claro a éste que la *manera* en que gobierne a los territorios podría tener el efecto de incorporarlos jurídicamente a los Estados Unidos.

Ahora bien, no es nada sencillo desarrollar un estándar para determinar si ha ocurrido una incorporación *de facto*. Este artículo no pretende convertirse en un tratado profundo sobre todos y cada uno de los componentes de dicha teoría. Sin embargo, propongo que la base de ésta se encuentra en mirar la intención congresional para con los territorios: mientras más parezca que el Congreso intenta gobernar *temporalmente* al territorio, más difícil será concluir que es un territorio incorporado *de facto*. Por otra parte, mientras más actuaciones congresionales existan que demuestren que el Congreso concede poderes al territorio parecidos al de los estados federados, con la consecuencia de que no parece ser una relación temporal entre el gobierno federal y el territorio, más fácil será sostener que el territorio ha sido incorporado a través del tiempo, acreedor así de todas las garantías constitucionales de la federación norteamericana que no estén reservadas expresamente a los estados. Bajo esta alternativa, la corte le dejaría claro al Congreso que no tiene licencia libre para gobernar colonias por tiempo indeterminado.

Hace tres años, el juez federal de distrito Gustavo Gelpí emitió una opinión en el caso de *Consejo de Salud Playa de Ponce v. Rullán*⁶⁰ en la que concluye que el territorio de Puerto Rico se ha convertido en uno incorporado a la luz de la doctrina de los casos insulares. El juez Gelpí hace un análisis parecido al que propongo, que podría utilizarse bajo la teoría de la incorporación *de facto*. Sin embargo, hay que dejar claro que el juez Gelpí no propuso un nuevo estándar aplicable a los territorios, ni sugirió la revocación de los casos insulares (cosa que él bien sabe no tiene el poder para hacer). Lo que hizo el juez Gelpí en *Consejo de Salud* fue ampararse en el *dictum* de *Boumediene* para analizar si habían ocurrido cambios constitucionales en la relación de Puerto Rico y los Estados Unidos entre el año en que se resolvió *Downes* y el presente. Me parece prudente estudiar el análisis que realizó el juez Gelpí porque es muy parecido al tipo de análisis que podría utilizar el Tribunal Supremo federal si adopta la avenida de la incorporación *de facto*.

El juez Gelpí comienza analizando el desarrollo histórico que ya hemos mencionado entre el gobierno federal y Puerto Rico durante los primeros veinte años del Siglo XX. Menciona el otorgamiento de la ciudadanía norteamericana en 1917, así como el servicio militar de los puertorriqueños durante la Segunda Guerra Mundial. Gelpí enfatiza en la aprobación de la Ley 600 y su producto

60 *Consejo de Salud Playa de Ponce*, 586 F. Supp. 2d 22.

clásico: la Constitución del Estado Libre Asociado de 1952. Observa que el Congreso ordenó mediante la Ley 600 que la constitución que crearan los puertorriqueños tenía que proveer una serie de garantías que eran requisito para los territorios que pedían anexión a los Estados Unidos: carta de derechos, sistema democrático y forma republicana de gobierno. El único otro territorio no incorporado de los Estados Unidos que tiene un documento constitucional es el territorio de Samoa Americana.

Mucho énfasis hace el juez Gelpí en la estructura judicial que el gobierno federal ha creado para sus cortes en Puerto Rico. Previo a la década de los sesenta, las decisiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico eran revisadas por la Corte de Apelaciones para el Primer Circuito. Sin embargo, el Congreso legisló en 1961 para transferir las apelaciones del máximo foro judicial puertorriqueño al Tribunal Supremo federal, igualando así las condiciones judiciales del territorio a la de los estados federados.⁶¹ Más aun, Gelpí encuentra importante el hecho de que en 1967 el Congreso convirtió a la Corte Federal de la Isla en una de Distrito bajo el Artículo III de la Constitución.⁶² Dicho evento es constitucionalmente importante porque, como dice el Juez:

*This Act of Congress was not conducted pursuant to Article IV of the Constitution, the Territorial Clause, but rather under Article III. This marks the first and only occasion in United States history in which Congress establishes an Article III Court in a territory other than the District of Columbia.*⁶³

En otras palabras, el Congreso le dio una corte federal de distrito al territorio de Puerto Rico con los mismos poderes de las cortes federales de distrito en los estados federados: *el único territorio con dicha distinción.*

Finalmente, el juez Gelpí menciona factores como la presencia de las agencias federales en Puerto Rico, el nombramiento de puertorriqueños a puestos de embajadores en otros países, y el hecho de que tanto el inglés como el español son idiomas oficiales de la Isla. Aunque me parecen factores importantes, no creo que sean extremadamente relevantes para un análisis bajo la teoría de incorporación *de facto*, ya que el Congreso podría hacer lo mismo con otros territorios sin necesariamente demostrar que quiere incorporar el territorio. En mi opinión, la base del análisis debe ser buscar elementos que demuestran la intención congressional de gobernar el territorio indefinidamente.

Luego del análisis de los factores históricos que encuentra el juez Gelpí, éste concluye diciendo:

Contrary to the Philippine Islands, where since 1916 Congress, pursuant to Article IX of the Treaty of Paris, announced and subsequently began to relinquish sovereignty, in the case of Puerto Rico it did exactly the contrary in exponentially

61 *Id.* en la pág. 36.

62 *Id.*

63 *Id.*

increasing constitutional terms. As such, the ties between the United States and Puerto Rico have strengthened in a constitutionally significant manner. Congress, thus, is no longer justified in treating Puerto Rico as an unincorporated territory of dissimilar traditions and institutions, when the Constitutional reality is otherwise. . . .⁶⁴

En mi opinión, el caso de *Consejo de Salud* es un buen ejemplo de cómo se puede desarrollar la teoría de incorporación *de facto*. Al encontrar acciones congresionales que demuestran una intención de no gobernar el territorio temporalmente, el Tribunal Supremo podría erradicar la doctrina de los casos insulares diciéndole al Congreso que sus acciones han creado un territorio incorporado *de facto*.

Un caso posterior a *Consejo de Salud* resulta interesante porque demuestra el tipo de análisis que deberían realizar las cortes federales de apelación cuando se enfrentan a conflictos sobre la relación de los Estados Unidos con sus territorios. En *United States v. Laboy-Torres*⁶⁵ la Corte de Apelaciones para el Tercer Circuito se enfrentó a un acusado procesado bajo una ley federal que imponía una pena carcelaria más fuerte a aquellas personas que ya habían sido condenadas bajo *otras cortes domésticas*. El acusado puertorriqueño había sido convicto en un tribunal de Mayagüez y argumentó que dicha convicción no podía ser utilizada en su contra para propósitos de imponer una pena más severa *porque el tribunal de Mayagüez era uno extranjero*.

De manera unánime el Tercer Circuito contestó de forma negativa la novel teoría constitucional del acusado. La opinión fue emitida por la exjueza asociada del Tribunal Supremo federal, Sandra Day O'Connor, quien se encontraba designada temporalmente al panel que atendió el caso. La opinión es interesante porque la jueza O'Connor no utiliza la doctrina de los casos insulares para determinar si las cortes de Puerto Rico son extranjeras o domésticas. Me parece eso curioso, porque se sabe que bajo *Downes* Puerto Rico es *foreign in a domestic sense*. El siguiente pasaje de la opinión demuestra que los propios tribunales federales ya le hacen caso omiso a los casos insulares:

It is thus not surprising that "although Puerto Rico is not a state in the federal Union, 'it . . . seem[s] to have become a State within a common and accepted meaning of the word.'" Consistent with this common and accepted understanding, Congress frequently uses the term "State" to refer also to Puerto Rico . . . *conducting this inquiry, courts routinely conclude that Congress intended to include Puerto Rico even when a statute is silent on that front.*⁶⁶

Vemos que en vez conformarse con un análisis jurídico, la jueza O'Connor parece hacer también un análisis de sentido común: Puerto Rico no es extranjero

64 *Id.* en la pág. 43 (citas omitidas).

65 *United States v. Laboy-Torres*, 553 F.3d 715 (3er Cir. 2009).

66 *Id.* en las págs. 721-22 (énfasis suplido) (citas omitidas).

en ningún sentido; es rutina en el gobierno federal tratar a la Isla como un estado más. Es ese tipo de análisis el que debe ser fundamental a la hora de determinar si existe un territorio incorporado *de facto*. Si el gobierno federal trata al territorio como uno que es parte íntegra de la federación bajo la cláusula territorial y están ausentes medidas para ir tratando al territorio como una jurisdicción extranjera, no debe existir razón legal alguna para seguir utilizando la anticuada teoría de *Downes* y *Balzac*: se trata de un territorio incorporado al cual le aplica la totalidad de la Constitución federal.

Recientemente, la administración del gobernador Luis Fortuño ha esbozado y defendido una interpretación amplia del *dictum* del juez Kennedy en *Boumediene*. Dicha propuesta parece ser un intento de colocar a los tribunales federales en posición de realizar un nuevo análisis de los casos insulares que podría, por fin, abrir la puerta a avenidas como las que propongo en este artículo.

Sin embargo, en el reciente caso de *Igartúa de la Rosa v. United States IV*⁶⁷ la invitación a leer ampliamente el *dictum* de *Boumediene* cayó en oídos sordos. En ese caso —nueva batalla en la interminable cruzada de Gregorio Igartúa por conseguir una expresión judicial que altere los postulados de los casos insulares— se argumentó que Puerto Rico era *de facto* un *estado* para propósitos del Artículo I de la Constitución federal. Por ende, la Isla estaba facultada para elegir representantes y senadores al Congreso federal. La jueza Sandra Lynch descartó la proposición de que Puerto Rico había pasado por el proceso de cambios constitucionales que lo llevaran a una incorporación *de facto*. En un ejercicio de formalismo extremo, dijo la jueza Lynch sobre el tan comentado pasaje de *Boumediene*:

On the basis of these quotations, concerned with an entirely different question, the government [of Puerto Rico] argues that the Supreme Court has adopted a functional, *de facto* approach to *all* questions of the effect of territorial status. It further argues that the degree of integration between Puerto Rico and the United States has led to a relationship that is comparable to the relationship between the national government and one of the fifty *de jure* states of the Union.

The government's argument both misapplies and overreaches. As the United States points out, the *Boumediene* court was concerned only with the Suspension Clause and not with Article I, Section 2, or any other constitutional text. No question is raised in this case about the extraterritorial availability of habeas corpus under the Suspension Clause. . . .

. . . .

. . . Even if the ties between the United States and Puerto Rico were strengthened in ways that might have some constitutional significance as to habeas corpus, that would have no bearing on the Article I question before us.⁶⁸

Como vemos, la jueza Lynch se basa en la noción de que *Boumediene* era un caso que versaba *exclusivamente* sobre la cláusula de suspensión del hábeas cor-

⁶⁷ *Igartúa de la Rosa v. United States*, 626 F.3d 592 (1er Cir. 2010).

⁶⁸ *Id.* en la pág. 600 (citas omitidas).

pus para decir que el gobierno de Puerto Rico estaba estirando demasiado las palabras del juez Kennedy. No obstante, me parece muy simplista desechar los argumentos del gobierno de Puerto Rico porque *Boumediene* no era un caso que exclusivamente tratara sobre los territorios de los Estados Unidos. El Derecho Constitucional no se estudia de una manera tan miope. Cualquier estudiante de Derecho de primer año puede entender que *Griswold v. Connecticut*⁶⁹ no era un caso sobre el derecho al aborto, pero su razonamiento es la semilla del árbol de *Roe v. Wade*.⁷⁰ La tinta de los *U.S. Reports* no se derrama sobre un vacío. Precisamente eso fue lo que asumió la mayoría del Primer Circuito en *Igartúa IV*. Como muy bien explica el juez Torruella en su disenso:

But perhaps even more egregious is the fact that it is this judiciary that has mechanically parroted the outdated and retrograde underpinnings on which this invented inferiority is perpetuated. *This result is now reached without so much as a minimum of analysis or consideration for the passage of time and the changed conditions, both legal and societal.* These changed conditions have long undermined the foundations of these judge-made rules, which were established in a by-gone era in consonance with the distorted views of that epoch. . . .⁷¹

Ahora bien, en lo que sí concuerdo con la opinión de la jueza Lynch es que Igartúa exageró un poco su lectura del dictum de *Boumediene*. No creo que lo que dijo el juez Kennedy pueda llevarse al extremo de decir que Puerto Rico es *de facto* un *estado*: la concesión de la estidadad, ya hemos visto, es un procedimiento exclusivamente congresional. Las cortes federales no pueden darle la vuelta al texto constitucional y reconocer nuevos estados. Lo que sí pueden hacer es reescribir la doctrina de los casos insulares y reconocer que pueden existir territorios incorporados de facto. Nada impide arreglar un invento judicial malo con un invento nuevo. El camino futuro que tomen esos territorios, ya sea hacia la estidadad o la independencia, está en manos del Congreso y sus habitantes, no de las cortes.

VI. ANÁLISIS SOCIOLÓGICO

Como hemos visto a través de la Historia, los imperios sólo actúan cuando les conviene. ¿Existe alguna razón de peso por la cual el Tribunal Supremo federal actuaría para revocar los casos insulares? Es difícil contestar esa interrogante, pero a través de mi investigación para este artículo me sorprendió encontrar tantos pronunciamientos que atacan la médula de *Downes* y *Balzac*. Aunque no existe un movimiento social activo en Puerto Rico como existía en los Estados Unidos para revocar *Plessy v. Ferguson*, los jueces están evidentemente incómo-

69 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

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

71 *Igartúa de la Rosa*, 62 F.3d en la pág. 613 (énfasis suplido).

dos con la doctrina de los casos insulares. Parecen saber que dichas decisiones perpetuaron el colonialismo norteamericano de principios del Siglo XX.

Robert A. Katz, en un artículo de revista jurídica publicado en la década de los noventa, hace un análisis sociológico sobre las razones por las cuales dos cortes federales de circuito utilizan diferentes *tests* para resolver casos provenientes de los territorios. Katz concluye que la razón para esas diferencias es que las cortes tienen que buscar la forma de legitimar lo que a todas luces es una doctrina constitucional que choca directamente con los principios del constitucionalismo norteamericano:

According to America's public philosophy, government justifies its exercise of political power over individuals on the basis of two broad legitimizing principles or systems: democracy and liberal constitutionalism. Democratic government derives its legitimacy from the formal consent and ongoing participation of the governed, who are considered the ultimate source of political authority. Constitutional government is a government created and limited by its constituent act. In the United States, constitutionalism means a liberal or rights-based regime which limits government in favor of individual rights and liberties.

....

In the preceding sections, the Comment has exposed the extra-legal concerns that have driven the lower courts' development of territorial jurisprudence. Their diverging elaborations of this jurisprudence reflect the fact that the United States justifies its authority over different territories on different grounds—stressing the inhabitants' consent to American dominion in one place; the constitutional limits on American control in another. As a result, lower federal courts have culled and crafted the Supreme Court's territorial precedents to reflect these varying moral and political realities.⁷²

Concurro con las expresiones de Katz en el sentido de que la razón sociológica principal para que las cortes federales revoquen los casos insulares es que se hace difícil seguir legitimando constitucionalmente el colonialismo. Aun cuando no parece haber un movimiento sociopolítico que presione al gobierno federal para que revise su postura territorial, les cuesta a los jueces sentarse a escribir opiniones controladas por casos que patentemente contravienen los principios democráticos de esa nación. Es como una receta de arroz blanco que dice que no se debe utilizar sal para cocinarlo: podrás seguir las instrucciones de la receta, pero sabes que te va a quedar muy malo.

Por otra parte, me parece importante dejar claros dos puntos. Primero, ninguna de las alternativas que he propuesto en este artículo para erradicar la doctrina de los casos insulares resuelve el problema más grande del Puerto Rico actual: el estatus colonial de la Isla. No debe confundirse la lucha contra *Downes* y su progenie con la batalla por terminar con la estructura colonial que sostiene las relaciones constitucionales entre Puerto Rico y Estados Unidos. Esa batalla,

72 Robert A. Katz, *The Jurisprudence of Legitimacy: Applying the Constitution to U.S. Territories*, 59 U. CHI. L. REV. 779, 792, 803 (1992).

muy diferente y mucho más compleja que la lucha contra los casos insulares, no se gana derramando tinta en las revistas jurídicas o en los libros de Derecho Constitucional. Para eso, se necesita voluntad de las ramas políticas tanto del gobierno federal como del puertorriqueño.

Segundo, y más importante aún, la revocación de la doctrina de los casos insulares mediante alguna de las propuestas aquí discutidas no significa que el Tribunal Supremo federal avale la alternativa estadista para resolver el problema del estatus de Puerto Rico. Ya vimos que no existe manera alguna en que una corte federal pueda reconocer la existencia de un estado federado sin autorización congresional. Tampoco es cierta la llamada promesa de estadidad a la que son acreedores los territorios incorporados, porque la abrumadora mayoría de los estados actuales no pasaron por esa categoría. El único territorio incorporado actual —el atolón de Palmira— ni siquiera se menciona como un posible estado federado futuro. El reconocimiento judicial de Puerto Rico como un territorio al cual le aplique la totalidad de la Constitución federal es un paso afirmativo para erradicar los vestigios del imperialismo y racismo con el cual los Estados Unidos recibieron el siglo XX. Sostener que un gobierno democrático puede discriminar en contra de sus ciudadanos por razón de residencia en un territorio no incorporado es una postura irresponsable. La eliminación de la doctrina de los casos insulares no se trata de avanzar una agenda política en cuanto al estatus de Puerto Rico. Como he mencionado, dicho problema se resuelve mediante avenidas políticas, no jurídicas, y al final del día nos toca a nosotros como puertorriqueños enfrentarnos a dicha encrucijada. La batalla por la eliminación de la doctrina de *separate and unequal* se lleva para devolverle su verdadero significado a la cláusula territorial de la Constitución de los Estados Unidos.

CONCLUSIÓN

Mi meta con este artículo es demostrar que la doctrina de los casos insulares que todavía gobierna las relaciones entre Puerto Rico y los Estados Unidos no está tan fuerte como se piensa. Sostener que estos casos están escritos en piedra y que el Tribunal Supremo federal no se ha apartado de ellos es falso. En realidad se trata de fantasmas constitucionales que sólo esperan por el exorcismo final que los expulse del estado de derecho norteamericano. Como ha dicho el exgobernador Rosselló “[s]tare decisis has been invoked on a variety of occasions as if it were a dike or a dam: that is, as a barrier intended to prevent the onrushing tide of history from submerging doctrines that clearly have outlasted any legitimacy they may once have possessed.”⁷³ No debemos nosotros mismos como puertorriqueños construirnos murallas constitucionales impenetrables.

A pesar del futuro del debate sobre el estatus de Puerto Rico, me parece que cualquier estudioso del constitucionalismo norteamericano debe estar a favor de la erradicación de los fantasmas de *Downes* y *Balzac*. Sencillamente, sus doctri-

73 ROSSELLÓ, *supra* nota 22, en la pág. 308.

nas son inconstitucionales y no van a la par con la realidad de la relación de Puerto Rico y su metrópoli en el Siglo XXI. En manos del Tribunal Supremo federal está la llave. Como ha dicho el juez Torruella: “It is the Supreme Court which created the Insular Cases doctrine . . . [it] should correct this grave injustice. Thirty-odd years after the Court ruled that ‘separate and equal’ failed to pass constitutional muster, it should apply the same standard to what is separate and unequal.”⁷⁴

74 TORRUELLA, *supra* nota 4, en la pág. 268.