

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

---

Tomo X

2014

---

**JUNTA EDITORA**  
**2013-2014**

Yaneili Costa Mundo  
Directora & Jefa Editora

Luis E. García Rosado  
Director Asociado

Catherine Trujillo Bracero  
Directora Asociada

Roseline M. Vélez Rodríguez  
Directora Asociada

**REDACTORES Y REDACTORAS**

**AÑO ACADÉMICO 2013-2014**

Frances Franceschi Nazario  
Grisel Ortiz Hernández  
Freddy Antonio Hernández Martínez  
Norliz Polanco Frontera  
Carmen L. Silva Romero  
Rogelio González Sánchez  
Alexandra Camacho Meléndez  
Josean M. Rivera Ortiz



**PRIMER SEMESTRE, AÑO ACADÉMICO 2013-2014**

Samary Rodríguez Estrada

Derick Ruíz Rosado

Laura I. Soto Santiago

Yitza Ruíz Rodríguez

John J. Feliciano Acosta

Rafelli González Cotto

Myriam K. Cruz González

**SEGUNDO SEMESTRE, AÑO ACADÉMICO 2013-2014**

Ariel A. Casas Galbán

Daniel Del Valle Báez

Anyeliz Rosado Montañez

**REDACTORES INVITADOS**

Rafael E. González Ramos

Miguel Call Ortiz

**Consejera/o Académica**

Prof. Yanira Reyes Gil

Prof. Pedro Juan Cabán Vales

TABLA DE CONTENIDO

<b>Prólogo</b> .....	v
<b>Trasfondo de la Revista</b> .....	vii
<b>El asomo de una Constitución de factura más estrecha: una mirada crítica al caso <i>Ex parte A.A.R.</i>, 187 D.P.R. 835 (2013)</b> <i>John J. Feliciano Acosta</i> .....	1
<b>Flexibilidad selectiva como brecha discriminatoria</b> <i>Ariel A. Casas Galbán</i> .....	23
<b>¿Qué vino primero, la solución o el problema? Una propuesta para el manejo de los métodos de reproducción asistida dentro de la jurisdicción del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.</b> <i>Rafael E. González Ramos</i> .....	47
<b>Legislación por Descargue: Análisis del desarrollo histórico de la rama legislativa y el descargue de comisiones.</b> <i>Freddy Antonio Hernández Martínez</i> .....	73
<b>Industrialización de alimentos transgénicos: violación a los derechos del consumidor</b> <i>Grisel Ortiz Hernández</i> .....	99
<b>La constitucionalización del derecho a un medio ambiente adecuado como derecho humano fundamental: Herramienta para mitigar el impacto de la pobreza en Puerto Rico.</b> <i>Norliz Polanco Frontera</i> .....	117
<b>Recusación electoral del voto por causal de domicilio en colindancia de precinto: Límites geográficos imaginarios que afectan el derecho constitucional de electores reales</b> <i>Carmen L. Silva Romero</i> .....	125

**Implicaciones del uso del G.P.S. en el contexto de los registros y allanamientos**

*Miguel Call Ortiz* ..... 139

**El desarrollo de los proyectos amortiguadores de injusticias: *Innocence Project***

*Alexandra Camacho Meléndez* ..... 161

**Una mirada crítica a la compra, venta, posesión y portación de armas de bala blanca en Puerto Rico**

*Josean M. Rivera Ortiz* ..... 169

## **Prólogo**

Con motivo del décimo tomo de nuestra *Revista Crítica del Derecho, CLAVE*, la Junta Editora recoge en esta publicación los artículos elaborados por los redactores y las redactoras del año académico del 2013-2014.

A través de los diversos temas abordados en los artículos, la Revista propone acercamientos críticos, basados en su misión de establecer conversaciones que trastocuen los límites del Derecho, para crear una sociedad más justa.

Con gran placer, la Junta Editora del Volumen X le dedica este tomo a nuestra distinguida Profesora, Catedrática y Decana de Asuntos Académicos, LCDA. YANIRA REYES GIL, reconociendo su compromiso inquebrantable con los postulados y preceptos de nuestra Revista y su apoyo incondicional en cada trabajo y actividad durante este tiempo.

Agradecemos, también, la colaboración de LATCRIT, Inc. y la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, ya que sin su aportación y ayuda esta publicación no sería posible.

Junta Editora 2013-2014



## Trasfondo de la Revista

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

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

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





## **El asomo de una Constitución de factura más estrecha: una mirada crítica al caso *Ex parte A.A.R.*, 187 D.P.R. 835 (2013)**

*John J. Feliciano Acosta*<sup>1</sup>

### **I. Introducción**

Tenía 14 o 15 años cuando en mis clases de religión se comenzó a discutir el homosexualismo y lesbianismo. Los maestros eran cautelosos al hablar del tema, pero no eran neutrales. En sus palabras había un tono subyacente: se respeta, pero es “pecado”. En ocasiones se realizaban debates sobre el tema. Mientras algunos de mis compañeros discutían, prefería arrinconarme en el último pupitre de la última fila como mero espectador con actitud de “eso no es conmigo”. Realmente, ¿eso no era conmigo? Mucho peor, era sobre los demás, sobre algunas de mis mejores amistades. Pero esto no lo comprendí hasta que uno de mis mejores amigos reveló que era homosexual. Fueron muchas las ocasiones en que asumí el rol de confidente, escuchando historias sobre el rechazo familiar que sufría. Como si años de crianza y cariño por parte de su familia, hubieran sido tachados por su orientación sexual. Nunca conoceré de primera mano las angustias de mi amigo. Sin embargo, este escrito aparece un sincero intento de aportar a la lucha contra el discrimen que sufre mi amigo y la comunidad LGBTT<sup>2</sup> en general.

Nos encontramos en un punto histórico en el cual, el debate sobre los derechos de la comunidad LGBTT está o ha llegado a su pico. El enfoque de la lucha por los derechos de la comunidad se ha fijado al matrimonio. No obstante, es de sospecharse que, como sucedió con *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), una decisión a favor de la comunidad LGBTT en torno al matrimonio, no dispone de todos los obstáculos que han impuesto las leyes, tanto en nuestro país como en los Estados Unidos.

---

<sup>1</sup> El autor es estudiante de tercer año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

<sup>2</sup> Comunidad lésbica, gay, bisexual, transexual y transgénero.

La Semana Santa fue la época que encuadró los debates sobre la igualdad. Las pancartas y los megáfonos fueron como las espadas en una batalla de grandes proporciones, solo que esta vez el lugar del enfrentamiento de ideas lo fue el Tribunal Supremo de Estados Unidos. Se trata de una escena similar a la de *Loving v. Virginia*, en la cual se invocaban pasajes de la Biblia para justificar el tan arraigado discrimen por raza en el contexto del matrimonio.<sup>3</sup>

Puerto Rico no fue un mero espectador de estos debates, pues un mes antes, el Capitolio fue el escenario de manifestaciones dicotómicas: en el ala norte se encontraban los defensores de la “familia” y en el ala sur los pocos, pero incansables luchadores por la igualdad.<sup>4</sup> Es preciso señalar que el propósito de la marcha religiosa o en pro de la “familia tradicional” era demostrar su oposición a un proyecto del Senado de Puerto Rico que busca extender ciertas protecciones a las parejas del mismo sexo.<sup>5</sup> Sin duda, si se tratara de una medición de números, existe una mayoría, por lo visto en la antedicha manifestación, que se opone al reconocimiento de los derechos de la comunidad LGBTT. Esto, sin embargo, nos plantea una interrogante que resurge en debates constitucionales: ¿se deben democratizar los derechos de las minorías? En otras palabras, ¿debe una mayoría obstaculizar el reconocimiento de los derechos de una minoría precisamente porque “esa es la visión de la mayoría y vivimos en una sociedad democrática”? La contestación a esta pregunta constituye uno de los principios subyacentes de este escrito. En primera instancia, parecería que la contestación a esta interrogante debe ser en la afirmativa. No obstante, serios cuestionamientos a esta visión nos inclinan a contestar en la negativa.

En el ámbito jurídico no hemos estado huérfanos de estos debates.<sup>6</sup> Parece ser que el mundo académico favorece en su gran mayoría el reconocimiento de los llamados “gay rights”. No empece a esta posición de la academia, no está muy claro el estándar, escrutinio o principio que debe guiar las opiniones judiciales de nuestro Tribunal Supremo o el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

---

<sup>3</sup> El caso de *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), se discutirá de manera más profunda adelante. No obstante, vale aclarar que dicho caso fue enfático en que la prohibición de matrimonios interraciales era un discrimen por raza, independientemente de que la ley en Virginia aplicara a los negros y blancos por igual.

<sup>4</sup> Véase: El Nuevo Día. “*Miles protestan en contra de enmiendas que protegen a la comunidad LGBTT*”, sitio web “El Nuevo Día”, entrada del 18 de febrero de 2013, consultado el 24 de marzo de 2013. URL: <http://www.elnuevodia.com/milesprotestanencontradeenmiendasqueprotegenalacomunidadlgbtt-1451294.html>

<sup>5</sup> Véase: *Pueblo v. Ruíz Martínez*, 159 D.P.R. 194 (2003)

<sup>6</sup> Se trata de un debate tan polarizante que ocho de 9 Jueces que componen el Tribunal Supremo de Puerto Rico escribieron opiniones en el caso eje de este escrito.

El eje del escrito es el reciente caso de nuestro Tribunal Supremo: *Ex parte A.A.R.*, 187 D.P.R. 835 (2013). El caso es generalmente conocido por resolver que una persona no puede adoptar el hijo o la hija de su compañera/o sentimental, quien es del mismo sexo. La indignación por el caso fue inmediata. De hecho, tan inmediata que comenzó a circular el rumor de la decisión antes de su oficialización.

Los hechos del caso son simples, pero importantes. La peticionaria lleva en una relación sentimental de 20 años con su compañera. Esta última se había sometido a un procedimiento de inseminación artificial. A raíz de esto, nació la menor cuya adopción se solicita. Esta menor, al momento del caso llegar al Tribunal Supremo, tenía 12 años y había vivido con sus dos madres desde que nació. El Tribunal de Primera Instancia declaró “no ha lugar” la petición de adopción y el Tribunal de Apelaciones confirmó.<sup>7</sup>

Ante este cuadro fáctico, específicamente, debemos intentar de esclarecer las siguientes interrogantes: ¿bajo qué cláusula o derecho constitucional debe analizarse la prohibición de la adopción por parejas del mismo sexo? ¿La Igual Protección a las Leyes? ¿Como corolario del derecho a la intimidad? Y, finalmente, ¿si fue correcto y justo el resultado del caso? Claro está, nunca debemos perder de vista en toda la discusión constitucional el *mejor bienestar del o la menor*.

## II. Figura de Adopción

La adopción es regulada de manera rigurosa por nuestro Código Civil. La figura de la adopción se ha definido por nuestro Tribunal Supremo como “un acto jurídico solemne, el cual supone una ruptura total del vínculo jurídico-familiar de una persona con su parentela biológica y la consecuente filiación de éste con aquel o aquellos que han expresado la voluntad de que legalmente sea su hijo.”<sup>8</sup> El efecto último que tiene la figura de la adopción es equiparar la filiación natural con la adoptiva.<sup>9</sup>

Las disposiciones sustantivas de la adopción están regidas por nuestro Código Civil. En específico, el caso *Ex parte A.A.R.* atiende dos artículos en detalle: art. 137<sup>10</sup> y 138.<sup>11</sup> Como regla general, “la adopción por decreto final y firme extinguirá todo el vínculo jurídico entre el adoptado y su familia biológica”.<sup>12</sup> Sin embargo,

---

<sup>7</sup> Es digno de mención que el Tribunal de Primera Instancia celebró una vista evidenciaria en el cual se sometieron evaluaciones psicológicas y sociales que recomendaban la adopción.

<sup>8</sup> *López v. E.L.A.*, 165 D.P.R. 280, 298 (2005)

<sup>9</sup> *Id. Véase: Zapata et al v. Zapata et al.*, 156 D.P.R. 278 (2002)

<sup>10</sup> 31 L.P.R.A. §538

<sup>11</sup> *Id.* §539

<sup>12</sup> *Id.* §538

el Art. 138 del Código Civil establece una importante excepción que la Opinión del Tribunal aplica directamente en el caso en discusión. Este artículo dispone:

No obstante lo dispuesto en la sec. 538 de este título, los vínculos jurídicos del adoptado con su familia paterna o materna anterior subsistirán cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el padre o madre hubiere fallecido a la fecha de la presentación de la petición de adopción, o cuando el adoptado proviene de una única filiación y es adoptado por persona de distinto sexo al del padre o madre que lo ha reconocido como su hijo.<sup>13</sup>

Nos parece interesante que no existe en la Opinión de la Jueza Pabón Charneco discusión alguna sobre el requisito de matrimonio para la adopción conjunta, sino que la redacción distingue entre el Art. 133 y 138 del Código Civil. El Art. 133 dispone que “[n]adie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que los adoptantes estén casados entre sí, en cuyo caso se podrá adoptar conjuntamente.”<sup>14</sup> En adelante, el referido artículo señala que el o la cónyuge podrá adoptar individualmente “[c]uando desee adoptar al hijo menor de edad del otro cónyuge”.<sup>15</sup> Es definitivo que el Tribunal Supremo no partió de la premisa de que el matrimonio era un requisito indispensable, sino que hace entender que es posible la adopción conjunta por una pareja no casada, siempre que exista diversidad de sexo.<sup>16</sup> El caso *Pérez Vega v. Procuradora* contiene las siguientes expresiones:

A pesar de que el legislador se dio la tarea de eliminar obstáculos innecesarios y agilizar los mecanismos para facilitar la adopción, éste eligió conservar el carácter excepcional de la adopción conjunta, y mantuvo el requisito de que sólo podrían adoptar conjuntamente un hombre y una mujer casados entre sí.<sup>17</sup>

El Tribunal en *Ex parte A.A.R.* presenta la situación en la cual ya existe un vínculo biológico y la pareja consensual de la madre o el padre es la que pretende adoptar individualmente, limitando entonces el requisito del matrimonio a la adopción conjunta.<sup>18</sup> De haber aplicado dicho requisito, el caso se hubiera tornado

---

<sup>13</sup> *Id.* §539

<sup>14</sup> *Id.* §534.

<sup>15</sup> *Id.*

<sup>16</sup> En *Peerz Vega v. Procuradora*, 148 D.P.R. 201 (1999), el Tribunal Supremo resolvió que una pareja no casada no podía adoptar conjuntamente. No obstante, dicho caso fue resuelto bajo la ley antecesora a la Ley de Adopción actual.

<sup>17</sup> *Id.* pág. 209.

<sup>18</sup> Véase, además: *Virella v. Procuradora*, 154 D.P.R. 742 (2001)

mucho más complicado, puesto que en nuestra jurisdicción las parejas del mismo sexo no se pueden casar.<sup>19</sup> Sin embargo, del articulado del Código Civil, y así lo ha interpretado nuestra jurisprudencia, es derivable que es posible la adopción individual por una persona soltera.<sup>20</sup> Incluso, el Tribunal fue más lejos y determinó “[n]ada hay en la ley que impida que el adoptado, al adquirir un padre adoptivo siga vinculado en su parentesco natural con su madre biológica, y viceversa.”<sup>21</sup>

Por lo tanto, la Opinión de la Jueza Pabón Charneco correctamente señala que se trata de una adopción individual, aplicando directamente el Art. 138 del Código Civil que establece que los vínculos subsistirán “cuando el adoptado proviene de una única filiación y es adoptado por persona de distinto sexo al del padre o madre que lo ha reconocido como su hijo.”<sup>22</sup> Así, lo que está directamente en controversia es la constitucionalidad del Art. 138.<sup>23</sup>

Por último, el principio que debe guiar toda adopción es el mejor bienestar del menor reiterado por toda la jurisprudencia relativa a la figura en discusión.<sup>24</sup> Este concepto será discutido más adelante.

En aplicación de todo lo anterior, el Tribunal Supremo no prohíbe que la pareja o madre no biológica adopte a la niña. Más bien, concluye que para que la madre no biológica pueda adoptar, los vínculos entre la madre biológica y la menor no podrían subsistir, algo que en la realidad es inaceptable.

### III. Análisis Constitucional

#### A. Igual Protección a las Leyes

El derecho a la Igual Protección de las leyes emana de la sección 7 del Artículo II de nuestra Constitución, el cual reza que “[n]inguna persona será privada de su libertad o propiedad sin debido proceso de ley, ni se negará a persona alguna en

---

<sup>19</sup> La Opinión de Conformidad del Juez Martínez Torres a la cual se unió Feliberti Cintrón (el único Juez que no escribió opinión) en un fuerte ataque a la Opinión del Juez Estrella Martínez trae este punto. El Juez Martínez Torres razona que como no es posible a dos personas del mismo sexo contraer matrimonio, pues no es posible la adopción conjunta por personas del mismo sexo.

<sup>20</sup> *Ex parte J.A.A.*, 104 D.P.R. 551 (1976).

<sup>21</sup> *Íd.* pág. 558

<sup>22</sup> 31 L.P.R.A. §539

<sup>23</sup> “La menor J.M.A.V. proviene de una única filiación, por lo que a tenor con los dispuesto en el Art. 138 . . . esta no puede ser adoptada por la peticionaria ya que es del mismo sexo de la madre de la menor.” *Ex parte A.A.R.*, 2013 T.S.P.R., pág. 860.

<sup>24</sup> *Ex parte J.A.A.*, 104 D.P.R. págs. 559; *Zapata et al. v. Zapata et al.*, 156 D.P.R. pág. 300; *Ex parte A.A.R.*, 187 D.P.R. pág. 857.

Puerto Rico la igual protección a las leyes.”<sup>25</sup> Este precepto también se encuentra consagrado en la Constitución de los Estados Unidos.<sup>26</sup> A base de estos preceptos, la peticionaria del caso *Ex parte A.A.R.* cuestiona la constitucionalidad del Art. 138<sup>27</sup> del Código Civil. Específicamente, alegan que el Art. 138<sup>28</sup> establece una clasificación por sexo. Basta decir que así no lo entendió la mayoría del Tribunal, sino que estableció que se discriminaba por razón de orientación sexual.

La base de la Opinión de la Jueza Pabón Charneco es el caso de *Romer v. Evans*<sup>29</sup>. En *Romer* el Tribunal Supremo de Estados Unidos invalidó una enmienda a la Constitución del estado de Colorado que prohibía que las municipalidades, el ejecutivo o la legislatura de dicho estado otorgaran protección a las personas homosexuales o lesbianas. El argumento principal del estado era que no se le estaba quitando derechos a este grupo, sino obstaculizando que se le reconocieran derechos especiales.<sup>30</sup> El Juez Kennedy<sup>31</sup>, quien escribió la Opinión Mayoritaria, empleó un escrutinio de mera racionalidad para justificar la invalidación de la enmienda. El estado, simplemente, no puede discriminar por el discrimen en sí.<sup>32</sup> El Tribunal explica lo siguiente: “[i]f the constitutional conception of equal protection of the laws means anything, it must at the very least mean that a bare . . . desire to harm a politically unpopular group cannot constitute a legitimate governmental interest.”<sup>33</sup>

A finales de Siglo XX, se comenzó a generar un extenso debate sobre cuál debía ser la clasificación por la cual las leyes discriminaban contra los homosexuales y lesbianas. Todo el debate comenzó con una decisión del Tribunal Supremo de Hawái. Sorpresivamente, este Tribunal, para el año 1993, invalidó la prohibición al matrimonio por parejas del mismo sexo.<sup>34</sup> Si bien este caso se resolvió a base de la Igual Protección a las Leyes, lo hizo tomando como base la propia Constitución de Hawaii en su Sección V del Art. I que reza: “No person shall . . . be denied the equal protection of the laws, nor be denied the enjoyment of the person’s civilrights

---

<sup>25</sup> Const. P.R. Art. II, § 7.

<sup>26</sup> Ver: Const. EE.UU. Enm. XIV, § 1.

<sup>27</sup> 31 L.P.R.A. § 539

<sup>28</sup> *Id.*

<sup>29</sup> 517 U.S. 620 (1996).

<sup>30</sup> *Id.* pág. 626.

<sup>31</sup> El Juez Anthony Kennedy es considerado el “swing voter” en casos como el de *Romer, supra*. Las dos decisiones más importantes relacionadas a los derechos de la comunidad LGTB han sido escritas por el Juez Kennedy. Véase: *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003)

<sup>32</sup> *Íd.* págs. 635-636.

<sup>33</sup> *Department v. Moreno*, 413 U.S. 528, 534; *Romer*, 517 U.S. págs. 634-635.

<sup>34</sup> *Baehr v. Lewin*, 74 Haw. 530 (1993).

or be discriminated against in the exercise thereof because of race, religion, sex or ancestry.”<sup>35</sup> A los efectos el Tribunal Supremo de Hawaii dejó claro que “[t]he equal protection clauses of the United States and Hawaii Constitutions are not mirror images of one another.”<sup>36</sup>

No obstante este proceder, el Tribunal sí decidió adoptar un elemento indispensable de la Constitución federal: el análisis que había realizado el Tribunal Supremo de Estados Unidos al interpretar la cláusula federal de la Igual Protección a las Leyes.<sup>37</sup> El Tribunal de Hawaii entendió, siguiendo a *Loving*, que el matrimonio discriminaba por sexo.<sup>38</sup> Luego de concluir sobre ese aspecto, determinó que debía aplicarse un escrutinio estricto debido a que su Constitución establecía el sexo como una clasificación sospechosa.<sup>39</sup>

La analogía de *Loving* tiene cierta lógica. En primera instancia, parecería que el discrimen en leyes que prohíben la adopción por parejas del mismo sexo o que prohíben el matrimonio del mismo sexo es por orientación sexual. A pesar de esto, se ha esgrimido una teoría, como vimos en *Baehr*, de que el discrimen, por lo menos en el ámbito del matrimonio, es uno por sexo.

En *Loving*, se prohibía el matrimonio interracial. El estado argumentó que no se trataba de una clasificación por raza debido a que la ley se aplicó igualmente a los blancos y negros.<sup>40</sup> El Tribunal de Virginia le dio la razón al estado.<sup>41</sup> El Tribunal Supremo federal revocó. En esencia, expresó que no había duda de que el interés del estado era mantener la “supremacía de la raza blanca”, por lo que debía aplicarse un escrutinio estricto, el cual la débil ley no podía sobrevivir. Es menester examinar las siguientes expresiones del Tribunal:

[b]ecause we reject the notion that the mere “equal application” of a statute containing racial classifications is enough to remove from

---

<sup>35</sup> Const. Haw. Art. I, §5.

<sup>36</sup> *Baehr*, 74 Haw. pág. 562.

<sup>37</sup> Ver: *Baehr*, 74 Haw. pág. 567 citando a *Loving v. Virginia*.

<sup>38</sup> *Id.* pág. 580

<sup>39</sup> *Id.* Este análisis no es el que siguen los Tribunales Federales. Bajo la Constitución federal, las clasificaciones por sexo activan el escrutinio intermedio. Esto es, el estado debe demostrar que tiene un interés importante y que dicho interés tenga una relación cercana a los objetivos del estado. Véase: *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190.

<sup>40</sup> Se decía que la aplicación fue igualitaria a Mrs. Loving y Mr. Loving porque se encarceló a ambos. *Loving*, 288 U.S. pág. 8.

<sup>41</sup> En el recuento de los hechos en *Loving*, el Tribunal Supremo federal cita al Tribunal de Virginia, el cual hace las siguientes aterrantas expresiones: “Almighty God creather the races white, black, yello, malay and red, and he placed them on separate continents. And but for the interference of his arrangement there would be no cause for such marriages. The fact that he separated the races shows that he did not intend for the races to mix. *Loving*, 388 U.S. pág. 3.

the Fourteenth Amendment's proscription of all invidious racial discriminations, we do not accept the State's contention that these statutes should be upheld if there is any possible basis for concluding that they serve a rational purpose.<sup>42</sup>

Como se puede observar, el Tribunal entendió que no se podía partir de una premisa tan legalista como la que proponía el estado. Ahora bien, extrapolando lo resuelto en *Loving* es necesario cuestionarse cómo se puede trazar la analogía entre este y los casos de adopción o matrimonio por parejas del mismo sexo.

Primero, podría argumentarse que, similar a *Loving*, la prohibición al matrimonio u adopción del mismo sexo no discrimina por sexo, pues aplica al hombre y a la mujer. Esto, según *Loving*, no sería correcto. Explicado de manera simple, la razón de por qué se prohíbe que una mujer, por ejemplo, adopte la hija de su pareja, quien también es mujer, es porque es del mismo sexo. Es bajo ese razonamiento que estaríamos ante una clasificación por sexo.

La Jueza Pabón Charneco en *Ex parte A.A.R.* nos dice lo siguiente:

[e]l Art. 138, *supra*, no contiene una clasificación basada en nociones arcaicas o estereotipadas de uno de los sexos, con el efecto que se le nieguen a uno beneficios o se les trate de manera distinta entre sí. Eso sería el discrimen por razón de sexo que prohíbe nuestra Constitución. El Art. 138, *supra*, garantiza a ambos – hombres y mujeres – los mismos derechos de adopción en casos en que se pretendan mantener vínculos jurídicos entre el abogado y su familia biológica. *En otras palabras, la prohibición que contiene el Art. 138. . . se extiende por igual a hombres y mujeres.*” (Énfasis nuestro).<sup>43</sup>

Como vimos anteriormente, el Tribunal Supremo federal en *Loving* rechazó ese tipo de razonamiento para la Igual Protección a las Leyes.<sup>44</sup> El hecho de que se aplique igualmente una ley, tanto a los hombres o mujeres, no implica de por sí la inexistencia de una clasificación por sexo. Ahora bien, existe otra dimensión a la discusión de las clasificaciones por sexo. El profesor Koppelman esbozó otro razonamiento que, aunque parecido, no es el mismo que utilizó el Tribunal Supremo de Hawái en *Baehr*. Koppelman resume su tesis expresando que:

[I]aws that discriminate against gays rest upon a normative stereotype: the bald conviction that certain behavior – for example with women – is

<sup>42</sup> *Id.* pág. 8.

<sup>43</sup> *Ex parte*, 187 D.P.R. pág. 867.

<sup>44</sup> Charneco: “el Art. 138, *supra*, garantiza tanto al hombre como a la mujer el mismo derecho de adopción en aquellas instancias en que se pretenda mantener vínculos jurídicos entre el adoptando y su familia biológica”. *Ex parte A.A.R.*, 2013 T.S.P.R. pág. 165-166, 2013 J.T.S.



appropriate for member of one sex, but not for members of the other sex. Such laws therefore flatly violate the constitutional prohibition on sex discrimination as it has been interpreted by the Supreme Court.<sup>45</sup>

Los discursos de una gran parte de las sociedades históricamente han definido los roles que deben emplear la mujer y el hombre.<sup>46</sup> En el caso de los hombres, por ejemplo, la sociedad tiene cierta expectativa de que su preferencia sexual se encamine hacia las mujeres. Los homosexuales y las lesbianas rompen estos esquemas. En otras palabras, toda clasificación que discrimine contra homosexuales o lesbianas es una clasificación por sexo en la medida en que las leyes señalen a los homosexuales por no adoptar características que generalmente corresponden a su sexo. Nos parece que el siguiente ejemplo que nos ofrece Koppelman es ilustrativo del razonamiento que pretendemos esbozar:

As a matter of definition, if the same conduct is prohibited or stigmatized when engaged in by a person of one sex, while it is tolerated when engaged in by a person of the other sex, then the party imposing the prohibition or stigma discriminated against. . . . If a business fires Ricky, or if the state prosecutes him, because of his sexual activities with Fred, while these actions would not be taken against Lucy if she did exactly the same things with Fred, then Ricky is being discriminate against because of his sex. If Lucy is permitted to marry Fred, but Ricky may not marry Fred, then (assuming that Fred be a desirable spouse for either) Ricky is being discriminated against because of his sex.<sup>47</sup>

El ejemplo que ofrece el profesor Koppelman es reconciliable con la decisión de *Baehr*. No obstante, el profesor Evan Gerstmann entiende que existen ciertos problemas teóricos con la analogía de *Loving*. Dicho autor se cuestiona lo siguiente:

“So how strong is the analogy to *Loving*? . . . [I]t is not a good analogy at all. It is true that there are some important similarities between *Baehr* and *Loving*. Ms. Loving could not marry the person she loved because of her race and Ms. Baehr could not marry the person she loves because of her gender. In both cases the state argued that it was treating all persons

---

<sup>45</sup> A. Koppelman, *Why Discrimination Against Lesbians and Gay Men Is Sex Discrimination*, 69 N.Y.U. L. Rev. 197, 219 (1994)

<sup>46</sup> El Profesor Richards de la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York tiene una sección interesante en su libro *The Case for Gay Rights: From Bowers to Lawrence and Beyond* en la cual detalla el desarrollo constitucional y las luchas por los derechos de la mujer. Véase: D. Richards, *The Case for Gay Rights: From Bowers to Lawrence and Beyond*, pág. 50-62 (1era ed., University Press of Kansas 2005)

<sup>47</sup> Koppelman, *supra* n. 44, pág. 23.

equally even thought state barriers to marriage turned upon people's race or gender, respectively. These are not trivial similarities, but they are not enough to make the cases legally analogous."<sup>48</sup>

Primeramente, Gerstmann explica que el interés que perseguía el estado en *Loving* era claramente uno para oprimir a los negros y mantener una supremacía de la raza blanca. El segundo punto que critica el autor es, precisamente, la aproximación feminista a las leyes que prohíben el matrimonio del mismo sexo. Ello debido a que se requiere una especie de gimnasia sociológica para llegar a la conclusión de que el homosexualismo y el lesbianismo atentan contra modelos tradicionales de cada sexo. A base de este razonamiento, según Gerstmann, se tendrían que invalidar las leyes que permitan equipos de deportes para hombres y mujeres. Por último, el autor entiende que la doctrina constitucional respecto a las clasificaciones sospechosas está seriamente erosionada.<sup>49</sup>

El Prof. Richards difiere en este punto y entiende que la homofobia está basada en el miedo a que se reten las figuras tradicionales de lo que debe ser un hombre o una mujer. Nos dice: "we can no see what underlies and explains such discrimination: uncritical forms of patriarchal culture and religion that enforce their unjust claims precisely against those men and women who challenge the unjust gender stereotypes that traditionally condemn gays and lesbians as unspeakable".<sup>50</sup> Como podemos ver, Richards está conteste con lo esbozado por Koppelman.

## B. ¿Debido Proceso de Ley Sustantivo?

Habiendo discutido la Igual Protección a las Leyes, es de suma importancia hacer una aclaración sobre los planteamientos del Profesor Gerstmann. Este autor dedica su libro al tema del matrimonio entre parejas del mismo sexo. Aunque este no encuentra argumentos sostenibles que invalidarían la prohibición del matrimonio homosexual a la luz de la Igual Protección de las Leyes, sí concluye que siendo el matrimonio un derecho fundamental en virtud del caso *Skinner v. Oklahoma*<sup>51</sup> dicha prohibición sería inconstitucional siguiendo el esquema de análisis del Debido Proceso de Ley Sustantivo.<sup>52</sup>

---

<sup>48</sup> E. Gerstmann, *Same-sex Marriage and the Constitution*, pág. 54 (2da ed. Cambridge University Press)

<sup>49</sup> "For all practical purposes the constitutional doctrine regarding suspect classes is a dead letter." Gerstmann, *supra* n. , pág. 69.

<sup>50</sup> Richards, *supra* n. , pág. 114

<sup>51</sup> 316 U.S. 535 (1942)

<sup>52</sup> Véase: *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965)

En lo que respecta a la prohibición del matrimonio homosexual es factible que se pueda invalidar por medio del Debido Proceso de Ley Sustantivo. Ello se debe a que la prohibición atenta contra una libertad fundamental: el matrimonio. Esto, por consiguiente, activaría un escrutinio estricto. Aunque esto no significa que se invalidaría automáticamente, sino que el estado debe demostrar un interés apremiante y que la ley sea necesaria para adelantar dicho interés, la carga que este escrutinio le impone al estado para sobrepasar la injusticia sería, en estos casos, muy pesada. Tomemos de ejemplo el interés argumentado en el caso *Perry v. Brown*.<sup>53</sup> Allí los proponentes de la Enmienda Constitucional “Proposition 8” de California que constitucionalizaba el matrimonio heterosexual, adujeron que el requisito de diversidad sexual tenía su base en la procreación.<sup>54</sup> En ese caso, la ley no sería necesaria para adelantar el interés del estado, porque no hay prohibición contra parejas heterosexuales que no puedan tener hijos. Claro está, para efectos del ejemplo partimos de la premisa de que la procreación es un interés apremiante, pues puede que no lo sea.

La Corte de Apelaciones para el Noveno Circuito invalidó “Proposition 8” utilizando un escrutinio legítimo.<sup>55</sup> El razonamiento de dicho foro fue controlado por el caso de *Romer*. En otras palabras, se encontró que la prohibición al matrimonio homosexual violaba la Igual Protección a las Leyes. La mayoría del Tribunal en *Perry* no estuvo convencida de los intereses que se invocaban, aun aplicando un escrutinio de mera racionalidad.<sup>56</sup>

A pesar de la conclusión llegada por el Noveno Circuito, entendemos que los casos sobre la prohibición al matrimonio por parejas del mismo sexo deben ser examinados a base del caso de *Lawrence*. El Tribunal Supremo en ese caso invalidó las leyes que prohibían la sodomía. Uno de los planteamientos que atiende el tribunal en dicho caso es si se debe aplicar la Igual Protección a las Leyes o el Debido Proceso de Ley Sustantivo. El Tribunal optó por la última.

El Juez Kennedy en una explicación sobre la aplicación de la Igual Protección a las Leyes al caso, dice lo siguiente:

Equality of treatment and the due process right to demand respect for conduct protecto by the substantive guarantee of liberty are linked in

---

<sup>53</sup> 671 F.3d 1052 (9no Cir. 2012)

<sup>54</sup> *Id.* pág. 1086.

<sup>55</sup> *Id.* pág. 1095

<sup>56</sup> “It is enough to say that Proposition 8 operates with no apparent purpose but to impose on gays and lesbians, through the public law, a majority’s private disapproval of them and their relationships, by taking away from them the official designation of ‘marriage,’ with its societally recognized status. Proposition 8 therefore violates the Equal Protection Clause.” *Id.*

important respects, and a decisión on the latter point advances both interests. *If protected conduct is made criminal and the which does so remains unexamined for its substantive validity, its stigma might remain even if it were no enforceable as drawn for equal protection reasons.*<sup>57</sup>

En aplicación, lo dicho por el Juez Kennedy reflejaba el miedo a que el estado queriendo esquivar la Igual Protección de las Leyes prohibiera por igual, tanto parejas heterosexuales como homosexuales, algún tipo de actividad consensual.<sup>58</sup>

Ahora bien, en el caso de adopción por parejas del mismo sexo nos topamos con un obstáculo que impide que se utilice el escrutinio estricto para invalidar el Art. 138 de nuestro Código Civil<sup>59</sup> a la luz del Debido Proceso de Ley sustantivo. El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha dicho que “la adopción no es un derecho fundamental protegido por el derecho a la intimidad.”<sup>60</sup> Por tanto, como no hay derecho fundamental sobre la adopción, el escrutinio aplicable es uno de mera racionalidad.

### C. Orientación Sexual como Clasificación Cuasi- sospechosa

Como debe haber notado el lector, en ninguna parte del artículo se ha mencionado el escrutinio intermedio. Es menester explicar en qué consiste esta fórmula intermedia. Bajo este nivel de análisis, primero, tiene que existir un interés importante del estado y una relación cercana (“close fit”) entre la ley y el interés.<sup>61</sup> Este escrutinio no se ha adoptado en Puerto Rico. Sin embargo, debemos preguntarnos si se debería adoptar. La pregunta, más bien, debería ser a la inversa: ¿por qué no? Al mismo tiempo debemos auscultar la posibilidad de la orientación sexual como una clasificación cuasi-sospechosa.

El Juez Presidente del Tribunal Supremo en *Hermina González v. Secretario del Trabajo*, 107 D.P.R. 667 (1978), escribió una fuerte opinión disidente en la que propuso el establecimiento de un escrutinio intermedio. Aunque el Juez Trías

<sup>57</sup> *Lawrence*, 539 U.S. pág. 575

<sup>58</sup> La Jueza Pabón Charneco nos dice: “el Tribunal Supremo de Estados Unidos reconoció que bajo el ámbito de libertad garantizado por la Cláusula de Debido Proceso de Ley . . . las personas homosexuales tienen derecho a incurrir en lo que denominó “conducta homosexual” sin la intervención del Estado.” *Ex parte A.A.R.*, 187 D.P.R. 881. Parecería, según lo citado, que el *ratio decidendi* de *Lawrence* es muy limitado. Ello no es así, pues el Tribunal Supremo federal invalidó la leyes que prohibían actividad sexual por adultos en consentimiento, sin importar que fuera “conducta homosexual” o “conducta heterosexual”.

<sup>59</sup> 32 L.P.R.A § 539

<sup>60</sup> *López v. E.L.A.*, 165 D.P.R. 280, 307 (2005)

<sup>61</sup> “[C]lasifications by gender must serve important governmental objectives and must be substantially related to achievement of those objectives. *Craig v. Boren*, 429 U.S. pág. 197

discute muy poco sobre esto, cita al Juez Marshall para exponer su desacuerdo con la mayoría del tribunal:

To begin, I must once voice my disagreement with the court's rigidified approach to equal protection analysis. The court apparently seeks to establish today that equal protection cases fall into one of two neat categories which dictate the appropriate standard of review – strict scrutiny or mere rationality. But this Court's decision in the field of equal protection defies such easy categorization.<sup>62</sup> (Citas omitidas)

Como habíamos advertido anteriormente, el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el 1976 en *Craig* adoptó el escrutinio intermedio para clasificaciones por sexo. Bajo nuestra Constitución la clasificación por sexo provoca un escrutinio estricto por estar expreso dentro de los discrimines prohibidos.<sup>63</sup> Se ha establecido jurisprudencialmente que toda clasificación expresa en la Sección 1 de nuestra Constitución activa el escrutinio estricto.<sup>64</sup> Las nuevas corrientes jurisprudenciales están comenzando a atisbar la idea que los homosexuales y lesbianas constituyen un grupo que activa una clasificación cuasi sospechosa. Algunos tribunales no lo han señalado expresamente, pero otros sí. Veamos.

El Tribunal Supremo de Vermont en el año de 1999 resolvió que el estado no puede excluir a los homosexuales y lesbianas de los mismos derechos.<sup>65</sup> No obstante, es importante notar que en el caso de *Baker* se estaba interpretando la cláusula de Común Beneficio de la Constitución de Vermont<sup>66</sup> y no la Constitución federal.<sup>67</sup> Este Tribunal se fundamentó en parte en la característica cuasi-sospechosa de las leyes que discriminaban contra homosexuales. Asimismo, dijo:

First, to the extent that state action historically has been motivated by an animus against a class, that history cannot provide a legitimate basis for continued application of the lay . . . Second, whatever claim may

---

<sup>62</sup> *San Antonio v. Rodríguez*, 411 U.S. 1, 98 (1973)

<sup>63</sup> “No podrá establecerse discrimen alguno por motivo de raza, color, nacimiento, origen o condición social, ni ideas políticas o religiosas.” Const. P.R. Art. II § 1

<sup>64</sup> *Zachary*, 104 D.P.R. págs. 281-282

<sup>65</sup> *Baker v. State*, 174 Vt. 194 (1999)

<sup>66</sup> La Constitución de Vermont dice: “The government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people, nation, or community, and not for the particular emolument or advantage of any single person, family, or set of persons, who are a part only of that community; and that the community hath an indubitable, unalienable, and infeasible right, to reform or alter government, in such manner as shall be, by that community, judged most conducive to the public weal.” Const. Vt. Ch. 1, Art. 7

<sup>67</sup> *Íd.* pág. 201-201.

be made in light of the undeniable fact that federal and state statutes – including those Vermont – have historically disfavored same sex relationships, more recent legislation plainly undermines the contention.<sup>68</sup> [Citas omitidas]

Como vemos, el Tribunal de Vermont entendió que los homosexuales por ser un grupo históricamente oprimido constituían una clasificación cuasi-sospechosa.

El Tribunal Supremo de Nueva Jersey estableció un precedente similar al de *Barker*. Sin embargo, utilizó como fundamento la Igual Protección a las Leyes de su Constitución para determinar que la ley de uniones de hecho era inconstitucional.<sup>69</sup> Dicho Tribunal encontró que no existía un derecho fundamental al matrimonio homosexual por no ser uno que esté “deeply rooted in the traditions, history and conscience of the people”.<sup>70</sup> Al no encontrar una solución en el concepto de Libertad consagrado en el Debido Proceso de Ley, el Tribunal de Nueva Jersey procedió a analizar la prohibición al matrimonio por parejas del mismo sexo bajo la Igual Protección. En un riguroso examen de la Ley de uniones de hecho, era claro que ésta no era igualitaria en comparación a los beneficios de un matrimonio, pues no reconocía, por ejemplo, los beneficios de seguro médico brindados por un patrono.<sup>71</sup> Aunque dicho foro no trató a los homosexuales como un grupo sospechoso expresamente, sí lo hizo implícitamente. Éste dijo que su Constitución no sólo protege los derechos de la mayoría, sino también los derechos de los más desfavorecidos y desventajados.<sup>72</sup> Nos parece interesante que dicho Tribunal le dio a la legislatura dos opciones para corregir los vicios constitucionales de la ley de uniones de hecho: ésta podía enmendar la ley que regía el matrimonio para incluir a parejas del mismo sexo o podía crear un nuevo esquema legal como las uniones civiles que reconociera a las parejas del mismo sexo.<sup>73</sup>

El caso de *Lewis* citó el caso de *Goodridge v. Department of Public Health*, 440 Mass. 309 (2003), como fuente persuasiva. Este también determinó que el estado no perseguía un interés legítimo.<sup>74</sup> Este análisis se basó en un escrutinio de mera racionalidad. Aunque este estándar es el más débil, el estado de Massachusetts no pudo demostrar que la procreación, el cuidado de los niños por una familia de padres de distinto sexo y la preservación de los recursos financieros del estado se relacionaban razonablemente al interés legítimo.

---

<sup>68</sup> *Baker*, pág. 223-224.

<sup>69</sup> *Lewis v. Harris*, 188 N.J. 415 (2006); Véase: Const. N.J. Art.1, 5

<sup>70</sup> *Lewis*, pág. 441.

<sup>71</sup> *Id.* pág. 448-449.

<sup>72</sup> *Id.* pág. 457.

<sup>73</sup> *Id.* pág. 457-458.

<sup>74</sup> *Id.* pág. 961.

Se ha establecido por el Tribunal Supremo de Estados Unidos que se puede identificar una clasificación sospechosa por medio de los siguientes factores: que el grupo sea uno sujeto históricamente a trato desigual, o que esté tan políticamente desapoderado que necesite protección extraordinaria de un proceso político mayoritario.<sup>75</sup> Anteriormente se había requerido que las características de una clasificación sospechosa fueran inmutables. Sin embargo, en el caso de *Nyquist v. Mauclet*, 432 U.S. 1, 9 (1977), se estableció que este requisito no era necesario para todas las clasificaciones sospechosas y se dio más énfasis en el desapoderamiento político del grupo. En *Kerrigan v. Commissioner*, 289 Conn. 135, 251 (2008), el Tribunal Supremo de Connecticut reconoció que los homosexuales son una clasificación sospechosa que ameritan una protección de las cortes y un estándar riguroso de revisión. El Tribunal estatal utiliza los criterios esbozados por el Tribunal Supremo federal para auscultar la interrogante de si los homosexuales constituyen un “suspect class”. Gran parte del caso discute uno de los argumentos más fuertes propuestos por aquellos se oponen a reconocer el matrimonio entre parejas del mismo sexo: los homosexuales no son un “suspect class” porque han sido efectivos en llevar sus luchas en el terreno político. El Tribunal de Connecticut utiliza el caso de *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 para minar dicho argumento. En *Frontiero* el Tribunal Supremo federal reconoció que las mujeres habían mejorado sustancialmente su posición en diferentes ámbitos sociales.<sup>76</sup> El Tribunal estatal comparó al grupo de mujeres con los homosexuales y dijo lo siguiente:

In sum, because, in 1973, (1) women constituted a majority of the population, (2) they possessed enormous potential electoral strength due to their majority status, (3) they were protected by comprehensive federal antidiscrimination legislation, and (4) imminent ratification of the equal rights amendment to the federal constitution appeared certain, there can be no question that women possessed more political power nationally in 1973 than gay persons possess in this state.<sup>77</sup>

Claramente, el Tribunal estatal interpretó que el caso de *Frontiero*, a pesar de reconocer que las mujeres habían adquirido fuerza política, ello no era obstáculo a que dicho grupo fuera considerado como un “suspect class” y, por lo tanto, meritorio de un análisis riguroso a las leyes discriminatorias. Por último, dicho Tribunal concluyó que la orientación sexual era una clasificación sospechosa e invalidó el esquema legal que definía el matrimonio como entre un hombre y una mujer con exclusión de parejas del mismo sexo.

---

<sup>75</sup> *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*, 427 U.S. 307, 313 (1976)

<sup>76</sup> *Frontiero v. Richardson*, pág. 685-686.

<sup>77</sup> *Id.* pág. 222.

El Tribunal Supremo de Iowa, citando el caso de *Kerrigan*, determinó que a raíz de los factores para determinar si cierto grupo constituía un “suspect class”, las clasificaciones por orientación sexual requieren un escrutinio riguroso.<sup>78</sup>

Consideramos que existe demasiada distancia entre el escrutinio estricto y el de mera racionalidad. En la práctica, los tribunales se van a enfrentar a una multiplicidad de casos, cada uno con sus detalles y pormenores. Pretender encajar todos los casos en dos escrutinios resulta prácticamente problemático. Es entendible que la doctrina señale que todas las clasificaciones expresadas en la Constitución deban examinarse bajo el escrutinio estricto. No obstante, es irracional promover el pensamiento de que si no es lo uno, tiene que ser lo otro. También, es inconcebible que se pretendan colocar en la misma balanza las clasificaciones por edad con aquellas relativas a la orientación sexual y que ambas ameriten un mismo estándar de análisis.

Lo que más nos sorprende es la renuencia de la Jueza Pabón Charneco en la nota al calce 16 hacia la posibilidad de la aplicación de un escrutinio intermedio. Antes de *Craig*, el Tribunal Supremo no había adoptado un escrutinio intermedio. Ello no fue óbice a que lo aplicara eventualmente. Nos parece que tener dos escrutinios como herramientas para una multitud de clasificaciones es contrario a la justicia y limitativo de la facultad del Tribunal Supremo de Nuestro País como último intérprete de la Constitución de Puerto Rico.

#### IV. Conclusión

En síntesis, en el artículo hemos esbozado cuatro teorías que podrían esgrimirse para el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo. En primer lugar, examinamos la teoría relativa a la inclusión de género en la clasificación de sexo, lo que provocaría un escrutinio estricto.<sup>79</sup> Segundo, observamos con detenimiento que mediante una analogía con el caso de *Loving* es viable que el discrimen contra los homosexuales y lesbianas sea discrimen por sexo. Tercero, el debido proceso de ley sustantivo no nos provee una solución justa sobre la adopción por parejas del mismo sexo. Por último, razonamos que el Tribunal Supremo de Puerto Rico puede crear una clasificación cuasi-sospechosa en relación a la orientación sexual.

Como explicamos anteriormente, Koppelman propone que las clasificaciones por sexo incluyan aquellas por género. Para ello explicamos que el género es una categoría amplia que incluye cualquier discrimen por conducta o preferencias que rompan los esquemas tradicionales de lo que debe ser un hombre y una mujer.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> *Varnum v. Brien*, 783 N.W.2d 862, 895-897 (2009).

<sup>79</sup> Véase: Koppelman, *supra* n. 44.

<sup>80</sup> *Id.*



A medida en que la comunidad LGBTTT rompe estas visiones tradicionales, se les está discriminando por sexo. No obstante, *Loving* nos provee una manera fácil de llegar a la misma conclusión sin tener que estirar la Constitución. En *Loving* el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dijo que el hecho de que se aplique una ley equitativamente, no implica que no hay un problema de Igual Protección a las Leyes.<sup>81</sup> Por tal razón, trazamos la analogía de los matrimonios inter raciales y las parejas del mismo sexo. La razón de por qué una mujer no puede adoptar la hija de su pareja, quien también es mujer, es precisamente por su sexo, pues sería válido si la petición de adopción se hiciera por un hombre.<sup>82</sup>

Nos parece que es innecesario tener que recurrir a la inclusión de género en la clasificación por sexo. Esta teoría requiere una especie de gimnasia mental y da la impresión de que se está estirando excesivamente la Constitución, lo que representaría problemas para convencer a aquellos jueces de visión más formalista. De igual manera, no es posible provocar un escrutinio estricto mediante el Debido Proceso de Ley Sustantivo porque “la adopción no es un derecho fundamental protegido por el derecho a la intimidad.”<sup>83</sup>

Ahora bien, los Tribunales de otras jurisdicciones han ido gradualmente reconociendo que la orientación sexual es una clasificación cuasi-sospechosa. Parecería ser que la teoría de Koppelman y aquella adoptada por el Tribunal Supremo de Hawaii en el caso de *Baehr* se ha quedado en la década de los noventa. Por tal razón, debemos prestar atención a la nueva casuística, la cual provee un análisis justo y equitativo en cuanto a las leyes discriminatorias por orientación sexual. No existe obstáculo para que el Nuestro Tribunal Supremo ausculte la controversia sobre si los homosexuales y lesbianas constituyen lo que el Tribunal Supremo federal ha denominado como “suspect class”. Los opositores al reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo argumentarán que ya el Tribunal Supremo federal resolvió esta controversia al aplicar un escrutinio de mera racionalidad en *Romer* y *Lawrence*. Pero ello no es del todo preciso, pues dicho Tribunal nunca exploró la idea de la clasificación por orientación sexual como una clasificación cuasi-sospechosa.

Como indicamos anteriormente, no vemos cuál es el obstáculo que impide que el Tribunal Supremo de Puerto Rico reconozca la orientación sexual como una clasificación cuasi-sospechosa y aplicar un escrutinio intermedio. Es un argumento muy escueto y tautológico razonar que no se debe adoptar un escrutinio intermedio en nuestra jurisdicción porque nunca se ha hecho. Si ese mismo pensamiento hubiese permeado las mentes de los Jueces del Tribunal Supremo

<sup>81</sup> *Loving*, 388 U.S. pág. 3;

<sup>82</sup> Koppelman, *supra* n. 44, pág. 23.

<sup>83</sup> *López v. E.L.A.*, 165 D.P.R., pág. 307 (2005)

de Estados Unidos, nunca se hubiese adoptado un escrutinio intermedio para las clasificaciones por sexo en el caso de *Craig*. Aunque la Jueza Rodríguez Rodríguez entendió que el discrimen por orientación sexual era por género, el cual a su vez está incluido dentro de la clasificación sospechosa de sexo, también consideró la idea de la orientación sexual como clasificación cuasi-sospechosa como posible solución al caso *Ex parte A.A.R.*<sup>84</sup>

Nunca debemos olvidar que lo que está en juego, en realidad, es el mejor bienestar del menor. A los efectos, el Juez Kolthoff Caraballo cita un estudio del Dr. Regnerus<sup>85</sup> para intentar de demostrar que hay una teoría generalizada de que los niños que tienen dos padres o dos madres sufren de defectos psicológicos y sociales.<sup>86</sup> A pesar de que el Dr. Regnerus no fue sancionado por la Universidad de Texas por el estudio, sí fue sujeto a fuertes críticas por parte de otros colegas sociólogos.<sup>87</sup>

A continuación citamos una porción de la disidencia de la Jueza Rodríguez Rodríguez:

Respecto al mejor bienestar de JMAV[la menor], amerita destacar la prueba pericial no refutada que obra en autos. Recordemos que nos corresponde hacer nuestra determinación basándonos en el expediente del caso. Las peticionarias lograron demostrar a cabalidad que el nacimiento de JMAV fue bien planificado, que siempre ha existido un núcleo familiar entre las dos madres y JMAV, que la menor tiene vínculos de apego muy estrechos con AAR y que tanto como CVV poseen capacidades protectoras, cognoscitivas y emocionales ideales para garantizar el desarrollo pleno y saludable de la menor. Además, la prueba pericial demostró que JMAV goza de estabilidad psicológica, que tiene un aprovechamiento académico sobresaliente y que se relaciona muy bien con niños de su edad. Asimismo, se probó que ambas madres participan activa y equitativamente en la crianza, desarrollo y aprendizaje de la menor.<sup>88</sup>

---

<sup>84</sup> *Ex parte A.A.R.*, 187 D.P.R. pág. 1053-1057 (Rodríguez Rodríguez, disidente).

<sup>85</sup> M. Regnerus, *How different are the adult children of parent who have same-sex relationships? Findings from the New Family Structures*, 41 Social Science Research (2012).

<sup>86</sup> *Ex parte A.A.R.*, 187 D.P.R. pág. 924-928 (Kolthoff Caraballo, conformidad).

<sup>87</sup> Véase: Ilana Yurkiewicz, *Why Mark Regnerus' study shouldn't matter, even if it were the most scientifically robust study in the world*, <http://blogs.scientificamerican.com/unofficial-prognosis/2012/06/16/why-mark-regnerus-study-shouldnt-matter-even-if-it-were-the-most-scientifically-robust-study-in-the-world/> (accedido el 27 de febrero de 2013); Mark Oppenheimer, *Sociologist's paper raises questions on role of faith in scholarship*, <http://www.nytimes.com/2012/10/13/us/mark-regnerus-and-the-role-of-faith-in-academics.html>, (accedido el 25 de febrero de 2013).

<sup>88</sup> *Ex parte A.A.R.*, 187 D.P.R. pág. 988-990 (Rodríguez Rodríguez, disidente).

Después de todo, “[s]obre toda consideración, sin embargo, la decisión sobre si se autoriza o no la adopción descansa principalmente sobre la premisa de la conveniencia y el bienestar del menor”.<sup>89</sup> Como vemos, la jurisprudencia es clara que se refiere al bienestar del menor y no de los menores. El recuento de los hechos en las Opiniones disidentes de la Jueza Rodríguez Rodríguez y el Juez Estrella Martínez parten de la premisa de que el bienestar del menor o la menor debe ser examinado individualmente: caso a caso.

En conclusión, la orientación sexual, a nuestro juicio, es una clasificación sospechosa, por lo que debería aplicarse un escrutinio intermedio al Art. 138<sup>90</sup> de nuestro Código Civil. Esta conclusión se atempera al principio del mejor bienestar del o de la menor. Cualquier generalización sobre el mejor bienestar del menor o la menor es una ignorancia absoluta de los hechos particulares de este caso. No se trata, pues, de un “deseo del adulto”<sup>91</sup>, sino del valor intangible de lo que significa tener el cariño de dos madres para la menor. Ese valor no es sustituible por el de otra persona. En una ponencia en la legislatura del estado de Iowa, el joven Zach Wahls, criado por dos madres, dijo lo siguiente:

I’m not really so different from any of your children. My family really isn’t so different from yours. After all, your family doesn’t derive its sense of worth from being told by the state: ‘You’re married. Congratulations.’ No. The sense of family comes from the commitment we make to each other. To work through the hard times so we can enjoy the good ones. It comes from the love that binds us. That’s what makes a family.<sup>92</sup>

## V. El asomo de una Constitución de factura más estrecha

Con frecuencia se alude a nuestra Constitución en tono orgulloso como una de factura más ancha que la Constitución federal.<sup>93</sup> Ahora bien, a la luz de lo resuelto en *Ex parte A.A.R.*, ¿realmente tenemos una Constitución de factura más ancha? Vemos, pues que los tribunales de diferentes estados examinados anteriormente

---

<sup>89</sup> *Virella v. Procurador*, 154 D.P.R. 742, pág. 754; *Zapata*, 156 D.P.R. pág. 287

<sup>90</sup> 31 L.P.R.A. §539

<sup>91</sup> *Ex parte A.A.R.*, 2013 T.S.P.R. pág. 207, 2013 J.T.S. pág. \_\_\_\_ (Rivera García, conformidad)

<sup>92</sup> Zach Wahls, *Zach Wahls speaks about family*, <http://lybio.net/tag/zach-wahls-transcript/>, (accedido el 25 de febrero de 2013)

<sup>93</sup> *Serrano Vélez v. E.L.A.*, 154 D.P.R. 418, pág. 462 (Hernández Denton, disidente); *Empresas Puertorriqueñas v. Hermandad*, 150 D.P.R. 924, pág. 948-949; *Blassini v. DRNA*, 176 D.P.R. 454, pág. 486 (Hernández Denton, conformidad) *E.L.A. v. Saint James Security*, 171 D.P.R. 911, pág. 926 (Fiol Matta, concurrente); *Pueblo v. Yip Berríos*, 142 D.P.R. 386, pág. 398.

optaron por hacer un análisis expansivo de los derechos de los homosexuales y lesbianas. Es ilógico que de nuestra Carta de Derechos, considerada de primerísimo orden, no emanen más derechos que los consignados en la Constitución de Estados Unidos. En *Griswold*, el Tribunal Supremo federal resolvió que prohibir los servicios de anticonceptivos constituía una intromisión inconstitucional por parte del estado. En dicho caso, se comenzó a hilar un derecho a la intimidad que formaba parte de las penumbras de la Constitución. Es menester señalar que esto fue por vía de interpretación judicial. Ya el Juez Negrón García lo había dicho hace tiempo:

El fin de la Constitución es la conveniencia social con respeto y justicia para todos. Su vitalidad descansa en su dinamismo. Es un documento que rebasa las preferencias personales de sus autores y plasma las esperanzas de ulteriores generaciones. Su factura es moderna, de lenguaje claro y sencillo, susceptible a una continua renovación. No está escrito en lengua extinta, arduo de descifrar y referente a asuntos esotéricos. *Interpretamos una Constitución, no los Rollos del Mar Muerto.*<sup>94</sup> (Énfasis nuestro)

Sin duda, la mayoría del Tribunal Supremo en el caso *Ex parte A.A.R.* ve la Constitución como los *Rollos del Mar Muerto*. Sociológicamente, el Tribunal parte de la premisa de que las instituciones socio-políticas son estáticas. Ello nos obliga a cuestionar qué sucederá cuando el derecho Constitucional ya no se ajuste a las realidades y cambios sociales.

Es más preocupante aún las opiniones de conformidad de los Jueces Kolthoff Carballo y Rivera García en las que se critica las disidencias por insertar un criterio personal. Pero no vemos como no se les puede señalar la misma crítica a los Jueces antes mencionados.<sup>95</sup> No vemos cómo mediante la denegación de la adopción se esté fomentando el mejor bienestar del menor.

Claro está, quien no sea partidario del reconocimiento de derechos a las minorías siempre invocará el formalismo interpretativo que tanto impregna la Opinión Mayoritaria. Por tal razón, gran parte del esfuerzo del escrito fue dirigido a demostrar que existe base constitucional para concederle a una madre lesbiana la petición de adopción de su hija. Fuimos meticulosos en evitar interpretaciones constitucionales amplias, pero no vacilamos en señalar el análisis correcto y justo.

---

<sup>94</sup> *Puerto Rico Telephone v. Marínez Cardona*, 114 D.P.R. 328, 349-359.

<sup>95</sup> El Juez Rivera García nos dice: “[e]l dinamismo judicial en el que creo, lo promulgo, no cuando otros miembros de esta Curia personalmente lo entendían necesario, sino cuando mi conciencia me lo dicte, y así lo avalen la razón y la realidad natural”. *Ex parte A.A.R.*, 187 D.P.R. pág. 960 (Rivera García, conformidad)

Por último, nos vemos en la obligación de lanzar una breve crítica a las disparatadas propuestas de enmiendas constitucionales para decidir los derechos de las minorías en forma de referéndum.<sup>96</sup> Esto presenta problemas teóricos, pues es imposible que una minoría por sí sola pueda resultar victoriosa en su lucha por el reconocimiento de sus derechos. Al respecto el Juez Jackson nos dice:

The very purpose of a Bill of Rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts. One's right to life, liberty, and property, to free speech, a free press, freedom of worship and assembly, and other fundamental rights may not be submitted to vote; they depend on the outcome of no elections.<sup>97</sup>

Tampoco debemos tomar en ánimo festivo los futuros precedentes que pudiere establecer el Tribunal Supremo de Estados Unidos. Lo ideal sería que nuestro Tribunal Supremo adelante el reconocimiento de derechos constitucionales, siendo nuestra Constitución de “factura más ancha”. Las Constituciones están redactadas en términos generales con ese propósito. El llamado a nuestro foro Supremo es que se mantenga la Constitución viva mediante una interpretación responsable y justa. ¿De qué otra manera ha podido sobrevivir la Constitución de Estados Unidos, la cual tiene 225 años, si no es por interpretaciones del Tribunal Supremo federal? Y es que en fin: poco se puede lograr con una Constitución de factura ancha, pero con mentes estrechas.

---

<sup>96</sup> Véase: C. Gorrín Peralta, *Ponencia contra la constitucionalización del matrimonio heterosexual*, 42 Rev. Jurídica U. Inter. P.R. 259 (2008)

<sup>97</sup> *West Virginia v. Barnette*, 319 U.S. 624, 638 (1943)



## **Flexibilidad selectiva como brecha discriminatoria**

*Ariel A. Casas Galbán<sup>1</sup>*

### **I. Introducción**

Supongamos que una pareja desee ampliar su familia y las únicas opciones que tienen son a través de adopción o sometándose a un proceso de inseminación artificial, siendo este último el de elección. Al proyectar esa imagen, normalmente podría inferirse que es un proceso relativamente viable y común. Por lo tanto, que no existen trabas irracionales y que es una alternativa amigable para cualquier persona que se encuentre en una posición similar. Ahora bien, ¿qué sucede si el estado, en un esfuerzo por regular esta práctica, implementa un requisito de sexo como condición? Queriendo decir que el Estado solo permitiría esta práctica cuando la persona que le interesa demuestre que su relación actual es heterosexual. Esto implicaría que solo se podrá llevar a cabo este proceso cuando la persona pruebe una relación existente con una persona de sexo diferente. ¿Estaría esto en armonía con los principios fundamentales dentro del Estado de Derecho? ¿Tendría la Rama Judicial el poder de intervenir en esta situación? Estas interrogantes parecen obvias dentro del marco de la situación. Existen fundamentos apremiantes que envuelven derechos individuales al momento de permitir esta práctica como lo es la autonomía reproductiva como corolario del derecho a la intimidad expresado en nuestra Constitución. Se configuraría un discrimen por razón de sexo y orientación sexual, lo que supone que el Estado necesitaría probar la adecuación de la medida bajo un escrutinio estricto. Por otro lado, si esta medida de alguna manera fuera aprobada, el Tribunal tendría la facultad de intervenir en contra del estatuto aprobado y a favor de la protección constitucional. Sin que afecte el concepto de Separación de Poderes bajo la doctrina de Revisión Judicial<sup>2</sup>. De

---

<sup>1</sup> Estudiante de cuarto año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de puerto Rico.

<sup>2</sup> Const. P.R. Art V, §4.

esta manera, teóricamente se construye nuestro Estado de Derecho, aunque no siempre el ideal teórico es consistente con la realidad.

Continuando con el ejemplo, imaginemos el supuesto en donde esta medida fue aprobada, pero no se efectúa el escrutinio adecuado y el Tribunal decide que no debe intervenir. Esto dejaría a la persona sin recurso alguno ante nuestro sistema de derecho. Privándole de sus derechos inherentes y convirtiendo nuestro Estado de Derecho en una mera ficción teórica. De esta manera quedaría expuesta una brecha discriminatoria en nuestro sistema de derecho, siempre que existan unas garantías fundamentales que sólo se apliquen convenientemente cuando se trate de temas ajenos a la orientación sexual y el sexo. Suena un poco exagerado el ejemplo, pero la realidad lamentablemente no está muy lejos. En este caso que resulta un tanto obvio, se podría deducir que de ninguna manera podría aprobarse dicha medida y de así serlo, existirían remedios por vía judicial para corregirlo, pero ¿qué pasa cuando la libertad de escoger una pareja y formar una familia se ve condicionada ante un requisito igual al de este ejemplo? Un ejemplo de esto es la figura de adopción actual en nuestro ordenamiento jurídico. Dentro de este análisis, se puede identificar una tendencia discriminatoria latente en nuestra sociedad que lamentablemente es respaldada por las acciones del Estado.

A través de este escrito, no se pretende dar una clase de derecho constitucional con el fin de identificar si existen o no remedios para proteger este tipo de discrimen, ya que en teoría existen. Tampoco se pretende señalar con miras a determinar culpa ni responsabilidad. Más bien se pretende identificar una tendencia que representa un esquema discriminatorio actual que se manifiesta a través de una serie de actuaciones selectivas e incongruentes. Se ha construido un escudo bajo interpretaciones no concordantes de doctrinas como la Separación de Poderes, Separación de Iglesia y Estado y hasta interpretaciones controversiales de derechos fundamentales encontrados.

Se evaluará el curso de acción ejercido por las ramas pertinentes en los últimos años con el fin de identificar las brechas construidas y su base dentro de nuestro esquema social actual. Es imperativo, cuando existe una tendencia discriminatoria respaldada por estatutos, evaluar las influencias sociales que moldearon el desarrollo del mismo. De esta manera se puede desarrollar una perspectiva fundamentada al momento de proponer soluciones adecuadas. En un contexto histórico, siempre han existido tendencias discriminatorias desapercibidas por la mayoría en un contexto de conciencia social. Teniendo esto en mente, es prudente evaluar más allá de nuestra estructura política estas tendencias para poder determinar si, en efecto, es algo que puede corregirse a través de una estructura normativa. Aunque no se debe perder de perspectiva el hecho de que un esquema social es, por así definirlo, “progresista”. Lo que significa que nunca dejará de existir la necesidad de reevaluar el esquema “vigente” para proponer los cambios



adecuados de acuerdo a la situación social. Por lo tanto, existe cierto margen de error al momento de evaluar un esquema discriminatorio presente, pero para esto es imperativo que se adopte una posición progresista, en vez de fijarse en una posición conservadora.

Como base de ejemplo, se examinará legislación reciente sobre este tema como el P. del S. 238<sup>3</sup> sobre discrimen por razón de género, la enmienda a Ley 54<sup>4</sup>, además de jurisprudencia como *Ex Parte A.A.R.*<sup>5</sup> con el fin de identificar fundamentos y doctrinas que han influenciado la acción del Estado al momento de atender esta situación. Además se atenderá, desde una perspectiva sociológica, algunas teorías relacionadas al surgimiento y desarrollo de conductas discriminatorias con el propósito de ofrecer un análisis fundamentado de mucha importancia al momento de legislar o decidir sobre el tema, debido que no se le ha dado la importancia necesaria en el pasado.

## II. Alcance Judicial

En el 2013 el Tribunal Supremo de Puerto Rico, emitió una sentencia en cuanto al derecho de adopción de una pareja del mismo sexo. En el caso *Ex Parte A.A.R.*<sup>6</sup>, la peticionaria alegó una violación a sus derechos constitucionales, al impedirle formalizar un vínculo, que dicho Tribunal en su opinión emitida por la Juez Asociada Pabón Charneco, relacionó con uno de crianza. La peticionaria llevaba una relación por alrededor de 20 años con su pareja y su hija surgió como consecuencia de un proceso de inseminación artificial con el propósito de formar una familia. A fin de cuentas, el Tribunal Supremo, en una decisión dividida cinco (5) a cuatro (4), descartó los argumentos de la peticionaria y procedió a delegar la responsabilidad de este tema a la rama legislativa, utilizando el argumento de Separación de Poderes entre otros.

Es evidente como el Tribunal decidió no entrar a decidir sobre el tema de adopción de parejas del mismo sexo, estableciendo que dicha decisión debía ser responsabilidad de la Asamblea Legislativa. Se entiende que es una cuestión controvertida en cuanto a las figuras jurídicas vigentes en Puerto Rico, pero cabe preguntar si el Tribunal ha decidido contrario a los principios que pretende acatar

---

<sup>3</sup> P. del S. 238, 17ma Asamblea Legislativa, 1ra Sesión Ordinaria (24 de mayo de 2013).

<sup>4</sup> P. de la C. 488, 17ma Asamblea Legislativa, 1ra Sesión Ordinaria (23 de mayo de 2013).

<sup>5</sup> *Ex Parte A.A.R.*, 187 D.P.R. 835 (2013).

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

en esta decisión. Al referirme a principios me enfoco en la aplicación del derecho positivo y la deferencia que reserva basado en la figura de Separación de Poderes. En este caso existe deferencia en cuanto a las expresiones de la legislatura al momento de interpretar la letra de la ley dado a las motivaciones que tuvo el legislador. Parece un tanto contradictoria y selectiva la decisión en este caso y el hecho de que se trate de un asunto que socialmente se considera como uno controversial merece especial atención. Claramente el tema de homosexualidad es un tema latente en la sociedad puertorriqueña que no contempla un nexo racional al momento de aplicarlo a una norma jurídica como la presente, aparte de consideraciones “morales” o dogmáticas. Se puede entender que el concepto de moralidad comprende, en parte, ciertas opiniones subjetivas que no necesariamente fomenta una armonía ideal dentro de un marco social, al igual que ciertos dogmas que actualmente son utilizados como mecanismo de opresión en nuestra sociedad.

A modo de ejemplo, se podría examinar la controversia sobre el aborto, un tanto diferente a este, pero plasma un principio “absolutista” basado en consideraciones “morales” y dogmáticas. Lo cual es prudente analizar para explicar un principio un poco confuso, pero guarda relación con el tema en discusión. Se puede decir que la única manera de discriminar en un tema como el aborto se daría estableciendo una norma “absolutista” como la prohibición. Al decir el término “absolutista”, me refiero a una norma que prohíba una conducta en su totalidad dado a una creencia subjetiva que no es de aplicación a la generalidad de la sociedad. Claramente el concepto de aborto arropa unas garantías fundamentales relacionadas con el derecho a la intimidad. Si se fuese a legislar a base de posiciones “morales” o dogmáticas, lo que constituye solo una parte de la sociedad, se estaría privando a las personas que no comparten esa ideología de este derecho. Mientras que si se permite el aborto, atemperando la realidad social y natural que debe regir el derecho, entonces no existe discriminación dado a que cada persona dispone según su percepción. Realmente lo que se debe considerar sería el interés público del Estado en cuanto a seguridad y capacidad de regular esta práctica, para asegurar que se ejecute de manera que represente el menor riesgo a la salud física y mental de las mujeres.

Aplicando esta visión, podemos interpretar los estatutos que prohíben un vínculo consensual, legítimo y análogo a la figura de hombre y mujer, para las parejas del mismo sexo. Esto es una situación que debe levantar una bandera roja en nuestra sociedad ya que se ve reflejada en nuestro sistema de derecho. En la jurisprudencia que toca de alguna manera este tipo de controversia, no se adjudica una razón concreta y prudente para fundamentar y sostener un trato desigual basado en la orientación sexual, fuera de la aplicación del derecho positivo. No existe criterio más allá de lo que se pueda considerar como constructos sociales e interpretaciones dogmáticas, que sustente esta segregación.

En cuanto al análisis constitucional es necesario considerar factores culturales y costumbres como fuente de derecho ya que se acoplan a la realidad social. Aunque estas fuentes deben analizarse en conjunto con los intereses que se consideran fundamentales e inherentes en relación a la figura del ser humano y garantizados por nuestra Constitución. Al igual que a una persona heterosexual no lo pueden privar de un derecho de suma importancia en nuestra sociedad, como lo es el matrimonio y la adopción, ¿por qué entonces no se puede racionalizar lo mismo a la inversa? Se puede interpretar que los fundamentos religiosos juegan un papel subyacente en este tipo de percepción, lo cual debe respetarse en cuanto a opiniones individuales. Pero si el sistema de derecho llega a contemplar posiciones o se cohibe influenciado por estos fundamentos, se derrumban todo los objetivos que persigue el Estado de Derecho.

Por otro lado, el Tribunal Supremo, en varias ocasiones, se ha encontrado ante la difícil posición de interpretar cuestiones constitucionales referentes a estatutos que adolecen de las debidas garantías fundamentales. Esto se fundamenta en nuestro sistema de derechos bajo la doctrina de Revisión Judicial<sup>7</sup>, lo que permite al Tribunal interpretar reclamos constitucionales, sin quebrantar el principio teórico que da forma al estado de derecho y es definido bajo la figura de Separación de Poderes. Es importante, al momento de atender un reclamo sobre la constitucionalidad de un estatuto, evaluar las decisiones previas del Tribunal para poder delimitar de manera subjetiva la capacidad interpretativa del mismo. De esta manera se mantiene cierta uniformidad forjada con precedentes.

En cuanto al argumento presentado bajo la figura de Separación de Poderes en *Ex Parte A. A. R.*<sup>8</sup>, es prudente evaluar la jurisprudencia pertinente a esta figura con el fin de trazar un marco adecuado que delimite el poder interpretativo del Tribunal. Resulta interesante comparar la posición interpretativa del Tribunal ya que demuestra cierta contradicción dependiendo del tema en controversia. Para tener una mejor visión en cuanto a esto, se puede comparar decisiones que van más allá del límite que se quiere establecer en *Ex Parte A. A. R.* Un caso normativo es *Figueroa Ferrer v. E.L.A.*<sup>9</sup>, en donde el Tribunal decide a favor de los principios constitucionales aplicando una interpretación racional afín con la realidad social. Desviándose así del derecho positivo. En el mismo expresa:

*El divorcio basado en criterios de culpa ha sido motivo de severos ataques desde considerable tiempo. Se ha señalado repetidamente que la insistencia en el concepto de culpa ha producido inexorablemente un*

---

<sup>7</sup> *Id.* § 2

<sup>8</sup> *Id.*

<sup>9</sup> *Figueroa Ferrer v. E.L.A.*, 107 D. P. R. 250, 266 (1978).

*lamentable distanciamiento entre el derecho escrito y el derecho en acción; que es común el perjurio y el irrespeto al mandato legislativo en este género de casos; que en la realidad el tipo de divorcio que prevalece es el divorcio por consentimiento, oculto tras la tambaleante fachada del divorcio por actos culposos o por ruptura irreparable del vínculo matrimonial.*<sup>10</sup>

Da gusto ver cuando el tribunal emite decisiones con fundamentos basados en razón y realidad, apartadas de objetivos personales y parcializados. Esta interpretación se apartó del estatuto e integró una realidad, no tan solo social, sino fundamental. Bajo el análisis que provee el tribunal en este caso, se ve una aplicación al derecho que contempla una realidad caso a caso y utiliza su poder para moldear la interpretación del derecho positivo. Afín con la intención que promulga el estatuto sin necesidad de que la legislatura tome acción inmediata. Aunque sí hace un llamado a la Rama Legislativa, se ve un principio aplicado considerando que dejar el caso desatendido hasta que la legislatura tome acción, lesionaría derechos fundamentales y el propósito de la acción judicial en este tipo de casos se vería derrotado. Entonces es prudente preguntar ¿Por qué no se aplica el mismo principio en el caso de adopción? Está claro que la Rama Judicial tiene poder de revisión y puede interpretar las leyes conforme a los principios fundamentales, aunque esto modifique de alguna forma el derecho positivo. De esta manera se manifiesta una interpretación selectiva y contradictoria que derrota la función de la Rama Judicial. En *Ex Parte A. A. R.*, el Tribunal se fundamenta bajo la aplicación del derecho positivo como impedimento para evitar sobrepasar su capacidad de revisión. Entre los argumentos emitidos en la opinión, el Tribunal expresa:

*“Las disposiciones contenidas en los Arts. 137 y 138 del Código Civil, supra, no son meras directrices que los jueces podemos obviar cuando nos puedan resultar antipáticas. Se trata de requisitos cuyo incumplimiento anula el poder que ostenta un tribunal para otorgar solicitudes de adopción. Estos requisitos estatutarios no surgieron de un vacío, sino de un sosegado y cuidadoso juicio del ente que en nuestro ordenamiento está encomendado a establecer la política pública: la Rama Legislativa.”*<sup>11</sup>

Es inevitable observar una contradicción expresa, selectiva y perjudicial. En *Figuroa Ferrer v. E.L.A.*, el Tribunal se aparta completamente del estatuto para adaptarse a una realidad contradictoria, sin embargo, en el caso de adopción

<sup>10</sup> *Id.* (énfasis nuestro)

<sup>11</sup> *Ex Parte A.A.R.*, 187 D.P.R. pág. 886. (énfasis nuestro)

promulga la negativa de interpretar fuera del derecho positivo sin preocuparse por acoplar la realidad social. Esto no es por falta de conocimiento, en *Ex Parte A. A. R.* el Tribunal conoce del vínculo que tiene la peticionaria con la niña. Así lo expresa en su opinión; “**Obviamente, lo que hoy resolvemos no elimina la realidad social de la peticionaria de autos. Sin embargo, como jueces estamos obligados a aplicar estrictamente el texto de las leyes.**”<sup>12</sup>. Por lo tanto, se puede entender que ha contemplado la realidad social en la controversia.

De esta manera se refuerza una posición contradictoria y selectiva en cuanto a este tema. Es un tanto alarmante la realidad política que enfrenta el país cuando se habla de este tipo de segregación. Además, en *Figuroa Ferrer v. E.L.A.*, se expone un punto de vista interesante que se puede aplicar al caso de adopción y que demuestra la consciencia al momento de fundamentar su decisión tomando en consideración la realidad social. Bajo el mismo, se demuestra un proceso de deliberación que contempla ciertos factores culturales pertinentes a la figura de divorcio vigente al momento cuando expone:

*“El resultado ha sido la creación de un doloroso dilema para muchos seres humanos forzados a escoger entre hacer entrega de su **derecho a la intimidad** o convertirse en **cómplices de una triste comedia** para obtener el divorcio a **tono con la “ley” y en burla de la ley.** Es inevitable la **brecha** entre derecho y realidad en tales circunstancias.”*<sup>13</sup>

De esta manera el Tribunal pone en la balanza ciertos fundamentos culturales necesarios que deben ser parte del análisis constitucional. Como parte del análisis, también aplica la figura del derecho a la intimidad para fundamentar en parte su decisión dentro de su capacidad revisoria. Este argumento también se expone en *Ex Parte A. A. R.*, aunque podemos ver como se aplica de una manera superficial dado que no existe análisis racional para vincular la letra de la ley de esta manera. Resulta difícil justificar este tipo de prohibición dejando afuera el hecho de que, en efecto, la orientación sexual de la persona juega un papel principal. Uno de los argumentos que utiliza el Tribunal para fundamentar su posición sobre los reclamos en cuanto al derecho a la intimidad es:

*“Por ende, no podemos aceptar la invitación de la peticionaria y varios amicus curiae, a darle una lectura a estos precedentes más extensiva de lo que en Derecho requieren. **El Art. 138, supra, no incide de manera alguna en la decisión de la peticionaria de incurrir en la conducta sexual que desee. Ninguna actuación íntima de ella y su pareja ha sido criminalizada o prohibida por el Estado.**”*

<sup>12</sup> *Ex Parte A.A.R.*, 187 D.P.R. pág. 889.

<sup>13</sup> *Figuroa Ferrer*, 107 D. P. R. pág. 272 (énfasis nuestro)

*Siendo ello así, y ante la conclusión de que el Art. 138 del Código Civil, supra, persigue un interés estatal legítimo, este no incide de manera inconstitucional con el derecho a la intimidad de la peticionaria ni con sus intereses libertarios a tenor con Romer v. Evans, supra, y Lawrence v. Texas, supra.”*<sup>14</sup>

Expone la influencia de un interés legítimo como motivo para censurar este tipo de filiación. Sin tocar el tema de lo que representa la orientación sexual de la persona como factor determinante. Sin embargo, para sustentar la idea de lo que se considera como interés legítimo, no se contempla con mayor profundidad la interpretación judicial del estatuto fuera de un argumento superficial que expone la idea del mejor bienestar del menor:

*“Por otro lado, no cabe duda que el **mejor bienestar del menor** es el principio rector que guía todo el procedimiento de adopción. Sin embargo, los tribunales deben considerar ese principio sin dejar de observar los requisitos jurisdiccionales y sustantivos que la Asamblea Legislativa estableció en el Código Civil. El principio del **mejor bienestar del menor está atado inexorablemente a los requisitos procesales de la adopción**. Véase *Virella v. Proc. Esp. Rel. Fam*, supra, pág. 759. Valga señalar que el elemento significativo del mejor bienestar del menor no concede discreción a los tribunales para obviar las disposiciones que la Asamblea Legislativa adoptó legítimamente, como proponen todos los disensos que hoy se emiten.”*<sup>15</sup>

Para entender mejor lo que la legislatura se refiere al manifestar su preocupación en cuanto a “el mejor bienestar del menor”, en interés del Estado en su acción como *Parens Patrie*, compete acudir a la intención del legislador conforme a lo que representa esta frase en la *Ley de Reforma Integral de Procedimientos de Adopción*, que se interpreta como:

*“Aun cuando el principio de unidad familiar es esencial, no podemos perder de perspectiva que el fundamento principal siempre debe ser el **bienestar y la seguridad del menor**, brindarle un **ambiente adecuado en el hogar, de modo que se sienta amado y que se pueda desarrollar física, mental, social y moralmente, además de proveerle una convivencia sana, llena de orden, paz y tranquilidad**.”*<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> *Ex Parte A.A.R.*, 187 D.P.R. pág. 883. (énfasis nuestro)

<sup>15</sup> *Ex Parte A.A.R.*, 187 D.P.R. pág. 886. (énfasis nuestro)

<sup>16</sup> Exposición de Motivos, *Ley de Reforma Integral de Procedimientos de Adopción*, Ley Núm. 186 de 2009. (énfasis nuestro)

Así expresa la exposición de motivos de la ley, esto representa la intención fundamental detrás del desarrollo de la misma. De la interpretación del legislador no surge, como un interés a considerar, la orientación sexual de los padres. Parece un tanto irresponsable estrechar la interpretación de lo que representa el mejor bienestar del menor conforme a un requisito estatutario de sexo. De esta manera se decide y legisla, aplicando un requisito que toma en consideración la orientación sexual de la persona como “capacidad” para el “propósito” de la ley. En la interpretación que provee el legislador en cuanto al mejor bienestar del menor, no existe segregación, ni expresa, ni implícita. Más bien se atiende una preocupación del Estado en cuanto al desarrollo social del menor. ¿Cómo el hecho de que sea una pareja del mismo sexo, en efecto perjudica la intención? Resulta incongruente que el tribunal se acate a interpretaciones obviando la realidad que, independientemente se conceda la adopción o no, la niña seguirá siendo criada por una pareja del mismo sexo. Si realmente el bienestar de la menor se viera afectado por esta situación, es prudente asumir que se hubiesen tomado medidas adicionales para separar a la menor de su hogar. Esto abre una brecha que sirve como entrada a interpretaciones que refuerzan la influencia opresora en cuanto a este tema.

Cabe mencionar lo expuesto por el Juez Kolthoff Caraballo en su opinión de conformidad donde hace la mención de un estudio del psicólogo Dr. Regnerus referente al tema que recoge el “mejor bienestar del menor”<sup>17</sup>. Este estudio expone una serie de datos objetivos, realmente es más bien una encuesta enfocada específicamente a recopilar una serie de datos que conciernen a los individuos criados por parejas del mismo sexo. A su vez, trata de establecer una inclinación negativa hacia el hecho de que una persona sea criada por una pareja del mismo sexo. Pero el enfoque de este estudio es meramente objetivo, no recoge impactos de la segregación ni influencias sociales en un contexto de “causa”. Más bien trata de desacreditar la capacidad de crianza basada en una encuesta complicada con un solo enfoque. Independientemente de los resultados, no se podría llegar a una conclusión racional ni teórica sobre cuál sería el impacto de esta crianza, sin acoplar los principios de influencias sociales y como la segregación de este tipo de conducta afecta la crianza.

Luego, para completar el planteamiento del mejor bienestar del menor, recurrir a descartar el estudio al que hizo mención por no recoger todos los principios esenciales para considerar una decisión prudente. Es sólo parte de la prueba pericial presentada por lo que compete evaluarla, pero crea cierta duda al expresarlo en la opinión ya que le da cierto énfasis innecesario a los resultados del mismo. Tampoco hace mención en cuanto a la participación de la Asociación de Psico-

---

<sup>17</sup> *Id.* pág. 923 (Kolthoff Caraballo, J., conformidad).

logía de Puerto Rico apoyando a la peticionaria y a su vez otros argumentos que se hicieron con relación a este tema, sobre estudios que demuestran por igual, que no hay diferencia entre las facultades de crianza basado en la orientación sexual de la persona. Se fundamenta además que el ajuste social y psicológico de un niño no guarda relación con las preferencias sexuales de su figura paterna o materna, si no con sus aptitudes en el proceso de crianza. Según lo expresado por la Asociación de Psicología, ser buen padre o madre figura en saber enseñar con afecto y respeto, disciplinar positivamente y atender las necesidades que los niños manifiestan<sup>18</sup>.

Para tener una visión mas concreta de este principio, podemos evaluar los fundamentos pertinentes que incluyen los principios antes mencionados sobre el mejor bienestar del menor y Separación de Poderes en el caso de *Ex Parte J. A. A.*, que curiosamente atiende una controversia sobre adopción. Este caso, aunque se decide antes de la última enmienda a la ley pertinente a procedimientos de adopción, refleja de manera más cruda el interés apremiante del tribunal de intervenir en este tipo de situación y en donde expresamente descarta la letra de la ley en interés del “mejor bienestar del menor”:

*“Más adelante, en la pág. 1292 del mismo Diario, dijo el representante Polanco Abréu:*

*“El propósito de la adopción, tal como lo entiende la Comisión, es proveer, es **dar padres a niños que no los tienen**, o cuyos padres no los quieren, o no los pueden atender debidamente. En estos casos los padres adoptivos pasan a ser los sustitutos de los padres biológicos.”* (Énfasis nuestro.)

*No hay duda que cuando la adopción se hace por un hombre y una mujer casados entre sí éstos vienen a ser los verdaderos y únicos padres del adoptado, quedando desde luego disuelto el vínculo de parentesco entre el adoptado y su familia biológica, tanto por línea paterna como materna. La **situación puede variar cuando la adopción la hace una sola persona**, como es el caso de la peticionaria.*

*Cuando el adoptante sea una sola persona, y ésta **no sea cónyuge del padre o madre del niño** caso contemplado en el segundo párrafo del Art. 131-el tribunal, en vista de las **circunstancias específicas de cada caso**, deberá decidir si la ruptura del parentesco biológico del*

---

<sup>18</sup> CyberNews, *Asociación de psicología apoya adopción por parejas homosexuales*, [http://www.wapa.tv/noticias/locales/asociacion-de-psicologia-apoya-la-adopcion-por-parejas-homosexuales\\_20130322131905.html](http://www.wapa.tv/noticias/locales/asociacion-de-psicologia-apoya-la-adopcion-por-parejas-homosexuales_20130322131905.html) (actualizado el 22 de marzo de 2013)



*adoptado opera respecto de ambas líneas, la paterna y la materna, o respecto de una sola.”<sup>19</sup>*

De esta manera queda manifestada nuevamente una contradicción ante la posición del Tribunal al momento de interpretar este tipo de situación. Ya hemos visto como el tribunal se ha contradicho en cuanto a esto, entonces, ¿Esta tendencia hace más probable la influencia de algún tipo de discrimen? Es una manifestación un poco confusa dado a que demuestra una tendencia a continuar marginando a las personas debido a su orientación sexual, siempre que el alcance de la Revisión Judicial se determine selectivamente basado sobre materias que no guarde relación con este tema. Esto no solo fomenta una intromisión irracional ante el derecho a la intimidad, sino que además puede interpretarse como un discrimen por razón de sexo, el cual también se descarta de una manera un poco superficial. En *Ex Parte A. A. R.*, el tribunal descarta la alegación de discriminación por razón de sexo, básicamente con dos argumentos, el primero radica en el origen de la alegación de la peticionaria y se fundamenta dentro de la primera oración de la siguiente expresión:

*“El Art. 138, supra, no contiene una clasificación basada en **nociones arcaicas o estereotipadas de uno de los sexos**, con el efecto que se le nieguen a uno beneficios o se les trate de manera distinta entre sí. **Eso sería el discrimen por razón de sexo que prohíbe nuestra Constitución.** El Art. 138, supra, garantiza a **ambos** –hombres y mujeres- los mismos derechos de adopción en casos en que se pretendan mantener vínculos jurídicos entre el adoptando y su familia biológica. En otras palabras, **la prohibición que contiene el Art. 138, supra, se extiende por igual a hombres y mujeres.**”<sup>20</sup>*

En cuanto a la argumentación de la peticionaria, se pudo descartar con mayor facilidad ya que pretendía vincular el discrimen por orientación sexual como un discrimen a base de género y por lo tanto alegaba que esto constituía una modalidad de discrimen por razón de sexo. Pero no hay que irse muy lejos, ni tratar el asunto como si fuese un asunto novel para que pueda considerarse una argumentación más razonable o sencilla que plantee discrimen por razón de sexo en esta situación. Una de las expresiones del tribunal al descartar este planteamiento fue que “*El Art. 138, supra, no contiene una clasificación basada en nociones*

<sup>19</sup> *Ex Parte J. A. A.*, 104 D.P.R. 551, 558 (1976). (énfasis nuestro)

<sup>20</sup> *Ex Parte A.A.R.*, 187 D.P.R. pág. 868. (énfasis nuestro)

*arcaicas o estereotipadas de uno de los sexos, con el efecto que se le nieguen a uno beneficios o se les trate de manera distinta entre sí*<sup>21</sup>. Este razonamiento de discrimen por sexo no comprende un trato preferente por motivos de sexo, ni infiere que es necesario el concepto del patriarcado para que se configure un discrimen por razón de sexo. Más bien se fundamenta en un razonamiento más lógico que toma en consideración la naturaleza “progresiva” de la percepción social y por lo tanto provee un análisis subjetivo de las tendencias sociales que den margen a un trato distinto o desigual por motivos del sexo de la persona. Esto no tiene que ver con la preferencia sexual per se, ya que la orientación sexual no cambia aspectos biológicos de la persona. Aunque esa interpretación se podría profundizar más con el propósito de establecer alguna analogía por motivos de orientación sexual, ciertamente no es necesario para que en este caso se manifieste una figura discriminatoria.

El segundo argumento está fundamentado dentro de la segunda oración de la expresión mencionada. El mismo recoge la visión de que el referido artículo “*se extiende por igual a hombres y mujeres*”<sup>22</sup>. Aunque muy cierto si lo vemos desde una perspectiva individual ya que la ley provee para que ambos sexos puedan llevar a cabo un proceso de adopción, nos compete preguntarnos si esta es la aplicación correcta con respecto a la figura que es pertinente evaluar. Supongamos que el argumento, en vez de enfocarse en la premisa de que la ley confiere derechos a ambos sexos de manera individual, que sea enfocado en la figura tradicional que comprende el matrimonio o las relaciones íntimas y por lo tanto el concepto de la figura familiar. Este concepto ha sido base de discusión por el Tribunal que ha decidido que las figuras que comprenden este tipo de relaciones, como el matrimonio, se componen por un hombre y una mujer. Partiendo de esta premisa, suponemos que para que exista este tipo de relación es necesario que exista un sexo, queriendo decir que es imposible que se determine la existencia de una relación, según la interpretación del Tribunal y la legislatura, sin que el sexo sea parte esencial que determine realmente si existe una relación íntima y legítima para estos fines.

De esta manera se ha definido y se sigue definiendo la legitimidad de las relaciones, basado en un aspecto de sexo. La situación, sin duda, levanta algunas interrogantes como: ¿Quiere decir que el concepto de relación naturalmente queda limitado por un criterio objetivo?, ¿Es inexistente una relación íntima si no se configuran los requisitos biológicos?, ¿No configura una realidad social y natural la idea de institución familiar entre parejas del mismo sexo? No solo en la actualidad, sino a través de toda la historia, han existido relaciones homosexuales.

---

<sup>21</sup> *Id.*

<sup>22</sup> *Id.* (énfasis nuestro)

No existe certeza alguna de qué motiva este tipo de conducta en términos psicológicos, pero si existe certeza de que la figura de la familia se ha manifestado y sigue haciéndolo, entre parejas del mismo sexo. Esta figura no constituye un mero hecho biológico, sino una relación que configura un constructo tanto social como personal, es la base fundamental por la cual una persona comprende unos criterios morales que hace posible una integración “normal” a la sociedad.

La visión de hombre y mujer acapara solo un criterio de procreación y no comprende la figura como requisito para una formación moral “saludable”. Más que claro está, que el simple hecho de que una persona pueda procrear, no lo hace por sí solo, capaz de criar. Por lo tanto, esta interpretación de lo que comprende el matrimonio y la figura familiar que proclama el Estado, configura una discriminación por razón sexo. Siempre que una persona pueda verse afectada por su sexo para fines de derecho. El tribunal expresa que el estatuto se aplica por igual a ambos sexos, pero deja al margen el hecho de que la aplicación de ese estatuto depende de otra persona cuyo criterio esencial para la filiación es el sexo. No existe otro requisito estatutariamente que tenga mayor prioridad que el sexo para establecer la existencia de un vínculo matrimonial o relación consensual, o por lo menos así se puede interpretar. No existe criterio objetivo que establezca que una relación (para estos fines) esencialmente se determina por la existencia de sexos opuestos. Sí mas no es una realidad, como en el caso de *Ex Parte A. A. R.*, que la institución familiar y la figura que se supone que represente al matrimonio como se conoce, si existe dentro del concepto de parejas del mismo sexo. Esto constituye una contradicción expresa del Tribunal en este mismo caso donde dice:

*“No debe quedar espacio para dudar que esa disposición constitucional representa una aspiración para derrumbar en Puerto Rico los cimientos de la institución del patriarcado, específicamente en cuanto a sus visiones retrógradas y arcaicas del rol de la mujer en la sociedad”*<sup>23</sup>

El concepto de la integración de esta norma se da, como bien señala en la cita anterior, para prevenir la aplicación del derecho basado en visiones arcaicas y estereotipadas dentro de un marco de realidad social. ¿No configura una visión arcaica y estereotipada definir un vínculo de esta naturaleza basado esencialmente en el sexo? Si ponemos el estatuto a la inversa, de manera que este tipo de vínculo solo pueda concederse en derecho por parejas del mismo sexo, de ninguna manera podría considerarse constitucional. Tampoco sería razonable tratar de moldear el argumento sobre el mejor bienestar del menor a favor de la medida. El estatuto en cuestión ciertamente discrimina por motivo de sexo dado que el vínculo no

---

<sup>23</sup> *Id.* pág. 867. (énfasis nuestro)

depende de una sola persona. Por lo tanto, resulta incoherente aplicar un principio superficial basado en que “*se extiende por igual a hombres y mujeres*”, esta figura va más allá de este razonamiento e ignorarlo constituye la derrota de los principios que se promulga.

Cabe mencionar que el 6 de marzo de 2013 se radico el P. del S. 437<sup>24</sup>, que procura resolver la controversia presentada en *Ex Parte A. A. R.* El mismo propone enmendar el señalado Artículo 138 del Código Civil de Puerto Rico para que pueda concederse una adopción entre personas del mismo sexo. Ahora solo queda esperar los resultados, mientras tanto se sigue marginando esta conducta según lo resuelto en este caso. Es por esto que es necesaria la intervención de la Rama Judicial cuando se lesionan derechos constitucionales como los señalados.

### III. Legislatura

Imaginemos que existe una formula con precisión numérica que valore el peso individual de cada derecho fundamental establecido en nuestra Constitución. Queriendo decir que podría establecerse un orden preferencial de estos de manera objetiva e inequívoca, con el propósito de determinar qué derecho se considera de mayor importancia a la hora de legislar. De esta manera existiría una vía simple y objetiva para determinar qué derecho debe subsistir. Aunque teóricamente podría presentar una solución, realmente es imposible establecer dicho esquema dado a que los principios que recogen los derechos fundamentales se derivan de unos ideales subjetivos. Es una visión fundamental de las leyes naturales plasmada a través del conjunto de derechos estatuidos en nuestra Constitución. Es por esto que al momento de establecer una política pública a través de una legislación, es necesario llevar a cabo un análisis minucioso con el propósito de darle el valor necesario al derecho que se pretende proteger dentro de las circunstancias particulares.

En cuanto al tema de discrimen, una doctrina que resalta al momento de tomar en consideración una nueva legislación es la separación de Iglesia y Estado. Por medio de esta doctrina el Estado justifica el sostenimiento de una de las principales influencias discriminatorias en nuestra sociedad. Si alguna medida propuesta llegase a censurar de alguna manera ciertas expresiones por considerarse discriminatorias, como algunas posiciones morales basadas en dogmas, podrían verse encontrados varios derechos fundamentales garantizados en nuestra Constitución. A modo de ejemplo, podría argumentarse el derecho a la libre expresión o la libertad de culto y en contraposición el derecho a la intimidad

---

<sup>24</sup> P. del S. 437, 17ma Asamblea Legislativa, 1ra Sesión Ordinaria (6 de marzo 2013).

o la protección a favor de la dignidad. Es una tarea difícil descifrar, dentro de las circunstancias particulares, la medida que sería mejor para poder mantener cierta armonía, por lo que puede verse lesionado alguno de estos derechos frecuentemente. Es por esto que se ha implementado doctrinas como la Revisión Judicial para poder enderezar la balanza en estos casos.

Al presente, existe legislación vigente y bastante reciente que puede ilustrar este problema con mayor claridad, como la llamada “Ley que prohíbe discrimen por orientación sexual e identidad de género en el empleo”<sup>25</sup>. Este proyecto procura establecer la Política Pública del Gobierno de Puerto Rico en contra del discrimen por orientación sexual e identidad de género en el trabajo. A la vez enmienda varias leyes pertinentes con el fin de introducir el principio de orientación sexual como forma de discrimen protegido por la Constitución bajo los principios de igualdad y dignidad. En la exposición de motivos, la legislación propone como uno de los argumentos principales la protección de la dignidad según expresada en nuestra Constitución. Aunque luego llega a excluir de la medida a ciertas organizaciones de fe cobijándose dentro del concepto de separación de Iglesia y Estado. Esto presenta una polémica en cuanto al análisis pertinente de la medida.

Los principios constitucionales surgen como una protección de los derechos que se consideran inherentes del ser humano. No es necesario que exista un estatuto que contenga esta prohibición ya que los derechos fundamentales son un principio subjetivo de garantías que muchas veces envuelve un análisis por analogía. Es decir, el principio de prohibición sobre discriminación racial no surge como consecuencia del derecho positivo ni es un ideal objetivo que necesita estar en el estatuto para que se configure. Esa configuración de discrimen surge como consecuencia de unos principios generales que moldean el desarrollo del estatuto. Por lo tanto, derrotaría los mismos principios decidir que no existe dicho discrimen solo porque no está expresamente pactado en una ley. De esta manera el Estado se escuda dentro de conceptos objetivos. De manera que produzca una ilusión de justicia aplicada a través del derecho positivo que se interpreta como fuente de los principios fundamentales. Lamentablemente esta aplicación estatutaria es con frecuencia aceptada en la sociedad y como consecuencia les da mayor poder a las figuras dentro de nuestra estructura política para llevar a cabo este tipo de discrimen.

Existe una ilusión social de justicia que se presenta bajo interpretaciones objetivas del derecho positivo y como resultado surge una brecha que lesiona algunos conceptos que se supone garantiza el Estado de Derecho. De esta manera cuando se levanta una figura como la separación de Iglesia y Estado, regularmente es interpretada bajo un análisis más literal de modo que derrota los principios

---

<sup>25</sup> Ley que prohíbe discrimen por orientación sexual e identidad de género en el empleo Ley Núm. 22 del 29 de mayo de 2013, 2013 L.P.R. 22.

subjetivos. En la Ley que prohíbe discrimen por orientación sexual e identidad de género en el empleo, supra, según aprobada, se aplica este principio y se exime a organizaciones religiosas de la protección que pretende crear por medio de las enmiendas, dándole rienda suelta a que se discrimine y de esta manera sigue construyéndose en la sociedad. Es como tener una goma perforada y solucionar el problema echándole aire cada vez que esté a punto de vaciarse. Es un círculo vicioso donde se construye una sociedad separada y sin este tipo de segregación, la sociedad como se conoce no existiría. Se mantiene una separación entre Iglesia y Estado aunque esto perfore los principios fundamentales y solo se soluciona echándole un aire constituido por derecho positivo. Así se derrota el propósito de esta ley ya que sigue fomentándose expresiones discriminatorias siempre que el concepto de separación se acate de una manera literal.

En una de las ponencias presentadas ante este proyecto, se presentó un artículo por el Dr. Gazir Sued titulado *Homofobia: ciencia, derecho y religión y Derecho constitucional y preferencia sexual*, éste expresa ciertos puntos interesantes que sin duda deben tomarse en consideración al momento de evaluar la influencia discriminatoria basada en dogmas. El mismo expone algunos fragmentos de las escrituras que son utilizados para marginar este tipo de conducta, como los siguientes:

*“El discrimen contra la homosexualidad en la Isla es engendro de la intolerancia religiosa de la cristiandad; y el desprecio bíblico hacia los seres humanos que la practican cultiva y fomenta las condiciones psicosociales que todavía degeneran en todo tipo de prejuicios irracionales y que, de una forma u otra, se materializan en actos de violencia física y emocional contra los ciudadanos homosexuales. La mitología de la fe cristiana estigmatiza a estas personas como sodomitas y pecadoras, inmorales y abominables (Levítico: 18:22). Según las sagradas escrituras, deben ser reprendidas severamente de modo similar a cualquier otro criminal (asesinos, incrédulos, hechiceros, idólatras, etc.); y, a la vez, condenadas a arder en el lago de fuego y azufre durante su “segunda muerte” (Apocalipsis 21:8). La primera muerte, sin embargo, no acontece en la perturbada imaginación o en los deseos sádicos de los religiosos, sino en esta cruda realidad: “Si alguno se acuesta con varón como los que se acuestan con mujer, los dos han cometido abominación; ciertamente han de morir. Su culpa de sangre sea sobre ellos.” (Levítico 20:13)”<sup>26</sup>*

---

<sup>26</sup> Dr. Gazir Sued, “Derecho y preferencia sexual”, en *El Nuevo Día*, miércoles, 20 de mayo de 2009.

De esta manera se puede observar una tendencia discriminatoria bastante marcada a través de estas manifestaciones. Realmente es una controversia bastante difícil dado a que envuelve muchos principios encontrados, pero es preciso señalar algunas manifestaciones principales con el propósito de poder identificar ciertas influencias. Sería prudente evaluar desde una perspectiva psicosocial el impacto en el desarrollo de las personas para poder identificar unos constructos discriminatorios, que por su naturaleza pasan desapercibido por la realización consciente de la persona que lo manifiesta. Aplicar el concepto de separación entre Iglesia y Estado, sin considerar estas influencias promueve la formación de un Estado de Derecho de manera irresponsable.

Hay estudios que vinculan ciertos trastornos como el Síndrome de Estocolmo con la influencia de las manifestaciones en grupos sectarios. Sería un tanto negligente determinar que estas manifestaciones no influyen negativamente en el desarrollo de ciertos constructos sin evaluarlo más allá que la aplicación estricta de una doctrina. Es necesario poner este análisis en la balanza al momento de tomar una decisión pertinente a la separación de Iglesia y Estado dado a que constituye una realidad teórica bastante fundamentada. Si se pretende eliminar un patrón de conducta, es imperativo evaluar la base de la misma, al igual que una persona adicta no deja de serlo con simplemente quitarle la sustancia que consume.

Podemos observar una tendencia discriminatoria al momento de evaluar las ponencias presentadas. En las vistas públicas celebradas antes de la aprobación del P. del S. 238, supra, se presentaron cuarenta (40) ponencias de las cuales treinta y nueve (39) de estas expresaron su voto. De estos treinta y nueve (39), veinte y seis (26) fueron a favor de la medida, mientras que trece (13) fueron en contra. Es preciso enfatizar que once (11) de los votos en contra, fueron presentados por organizaciones religiosas de las cuales comparecieron trece (13). Los restantes dos (2) fueron presentados por una ciudadana que se identificó como “*católica, apostólica y romana*” y por La Sociedad para la Gerencia de los Recursos Humanos, Capítulo de Puerto Rico, argumentando que “*las secciones 1 y 8 de la Carta de Derechos de la Constitución de Puerto Rico ya proveen protección de discriminación por orientación sexual o identidad de género*”. Esto demuestra una tendencia en la influencia de oposición en cuanto al progreso que propone este tipo de medida en nuestra sociedad.

Dentro del mismo análisis podemos evaluar las ponencias presentadas en las vistas del P. de la C. 488<sup>27</sup>. A través de este proyecto se enmienda algunos artículos de la Ley Núm. 54<sup>28</sup>, conocida como “Ley de Prevención e Intervención con la Violencia Doméstica” a fin de incluir en el alcance de la protección que ésta

---

<sup>27</sup> P. de la C. 488.

<sup>28</sup> Ley de Violencia Domestica, Ley Núm. 54 del 15 de agosto de 1989.

ofrece a todas las personas sin importar orientación sexual e identidad de género. En estas vistas, se presentaron treinta y ocho (38) ponencias, de las cuales solo cuatro (4) fueron en contra de la medida y curiosamente presentadas por organizaciones religiosas. Queriendo decir que los únicos opositores de esta medida fueron organizaciones religiosas. Esto no refleja una demostración *prima facie* de una influencia represora, aunque sí indica una tendencia opositora en proyectos donde el Estado trata de implementar una visión “progresista” dentro de nuestra sociedad. Lo cual debe levantar algunas interrogantes al momento de analizar la situación.

De esta manera puede identificarse un patrón de oposición que es representado en su totalidad por posiciones dogmáticas. Es tiempo de evaluar con mayor profundidad estas manifestaciones, si es que realmente se persigue adoptar una estructura progresista en nuestra sociedad. Sería contradictorio imponer doctrinas de manera superficial con el propósito de mantener una armonía en la estructura sociológica, sin tomar en consideración los factores sociológicos en juego. Es necesario llevar a cabo los estudios psicosociales pertinentes para garantizarle al ciudadano la mayor protección de manera informada y racional, lo que a fin de cuentas, es el ideal que se persigue dentro del Estado de Derecho.

#### **IV. Fundamentos psicosociales**

Es pertinente, además de analizar la estructura como sistema de opresión, enfocarse en una perspectiva individual que puede darnos un mayor entendimiento en cuanto a la base y motivación de estas conductas. No necesariamente hace falta una estructura como la religión para que el ser humano desarrolle estas tendencias, esta solo comprende un conducto conveniente dentro de nuestra estructura social. A través de un enfoque psicológico, puede racionalizarse las influencias que se consideran como naturales dentro de un marco de interacción social con el objetivo de reflexionar sobre las consecuencias en un contexto de evolución y desarrollo social. Con este enfoque se puede evaluar una perspectiva más amplia sobre los conceptos de raza y género. De esta manera podemos concentrarnos más en la naturaleza humana y no tanto en un sistema de rencor o represión.

Se han visto movimientos que procuran reparar el enfoque histórico sobre la segregación, ya sea por género, raza o clase social, algunos de estos han prosperado y otros se han visto limitados debido a que fácilmente se puede dar una discriminación a la inversa en la búsqueda en contra de la misma. Es por esto que es pertinente brindar un enfoque más objetivo al evaluar estos acontecimientos dentro de un marco psicológico. Lo cual sería lo prudente al momento de identificar figuras de represión y proponer soluciones realistas, tomando en consideración la



alta probabilidad de que el desarrollo de un sistema “equitativo” se vea viciado por percepciones, como ha pasado a través de la historia.

Hay quienes visualizan estas luchas como una carrera, aunque ese enfoque conlleva una percepción, es decir, no necesariamente podría considerarse como un enfoque objetivo dado que de cierta manera se está personalizando estos acontecimientos. El enfoque es uno más parcializado ya que se les está dando cierto grado de competencia a estas manifestaciones. Cuando se habla de una carrera, podría interpretarse objetivamente que se refieren a una situación social en donde se le ha reconocido más libertades a ciertos grupos que a otros, por lo tanto quedaría un grupo atrás. El problema que podría presentar esa metáfora radica en que no debería enfocarse la atención de un tema tan importante a través de una suposición competitiva. De esa manera se podría promover una discriminación a la inversa convirtiéndose en un círculo vicioso. Además la segregación social surge a base de una serie de opresiones, en donde un grupo se ve limitado como consecuencia de una marginación injusta en donde no importa la capacidad. Se trata de una generalidad, mientras que en una carrera se trata de un sentido de competencia justa y objetiva, en donde no se gana a base de oprimir, el primero no restringe ni margina a los demás. Idealmente, todos los participantes tienen la misma capacidad y se persigue un resultado objetivo con una meta específica. En un sentido político, los movimientos en contra de la discriminación sí tienen un objetivo, pero el objetivo es la igualdad, no determinar si existe un grupo superior ni destacarlo, no es para nada un ideal competitivo. Este enfoque promueve el mismo mal que pretende eliminar, como describe el filósofo Friedrich Nietzsche: *“Debemos tener cuidado al mirar al fondo del abismo porque el abismo también nos mira”*: el que lucha contra monstruos no debe convertirse en uno de ellos.

Existen varias teorías en el campo de la psicología social que se dirigen a explicar, de una manera natural y más primitiva, el surgimiento de diferentes manifestaciones de esta índole. Lo que provee esto es un entendimiento de la conducta humana como desarrollo natural, fuera del control de la persona misma, por lo tanto, teóricamente inevitable. Teorías como la de construcción social o los enfoques socio-económicos de Marx tienen un enfoque menos personal, que si se evalúa a través de una perspectiva sociológica tiene cierto sentido, pero si solo se evalúa desde ese punto de vista, se nublaría la objetividad del tema dado a que no comprende una raíz individual. Lo que quiere decir que habría mayor margen de interpretación sobre los motivos de las conductas, permitiendo mayor grado de interpretación personal que podría motivar unas conductas parcializadas. El grupo se constituye por muchos individuos, pero no se puede llegar a una conclusión general objetiva, sin interpretar las motivaciones individuales.

A través de la historia, se han visto diversas segregaciones sociales, por lo que cabe preguntar, ¿Es esto inevitable?, ¿Se podrá conseguir la igualdad social a

través de un sistema político? Al momento en que existían las marginaciones tan marcadas por las que hoy día se lucha, se tomaban como cierto, ¿Qué nos asegura que no estemos haciendo lo mismo? Estas preguntas tienen gran relevancia para evaluar este tema dado a que provee cierta humildad al momento de considerar soluciones.

Cuando hablamos de discriminación, nos referimos a unos prejuicios y una formación de estereotipo. La palabra prejuicio constituye una evaluación de alguien basado en la raza, sexo, religión o grupo social. Cuando hablamos de estereotipos nos referimos a una convicción; que los miembros de un grupo comparten una característica en particular, se refiere a una cognición mientras que los prejuicios incorporan una carga emocional. Varios investigadores opinan que el racismo es un problema actual, se entiende que las normas acerca de las ideas raciales aceptables han cambiado. Por lo tanto se han modificado las expresiones abiertas de esas ideas; pero éstas no han cambiado mucho. McConahay (1986)<sup>29</sup> argumenta que ha habido algunos cambios en las convicciones, pero que fundamentalmente han consistido en el remplazo de un tipo de racismo con otro. A partir de estos argumentos se podría deducir una tendencia natural al manifestar esta conducta, significando que sería inevitable desarrollar este tipo de ideas, se denomina como racismo simbólico. Esta tendencia se debe a la impresión de que cierto grupo amenaza algunos símbolos fundamentales del que lo percibe, por ejemplo, en el caso de la homosexualidad, se podría interpretar que esta figura de la sexualidad amenaza la percepción tradicional de la figura femenina por una mas “dominante” tanto en un aspecto físico como emocional. Lo curioso de esto es que son una serie de asociaciones inconscientes, lo cual tiene como consecuencia que la figura del opresor no se percate de la totalidad de su proceso irracional debido a una capa de mecanismos de defensa que conscientemente le “protege” emocionalmente. Esto se manifiesta usualmente a través de ciertos mecanismos de defensa como justificaciones, negación, interpretación selectiva, entre otros.

Se ha teorizado ciertas motivaciones como un mecanismo que impulsa los prejuicios. Desde ese punto de vista, los prejuicios son el resultado de tensiones, emociones, miedos y ciertas necesidades elementales de la persona. Berkowitz (1969)<sup>30</sup> argumentó que existe una relación entre la frustración y muchas formas de comportamiento agresivo. Así, no es sorpresa que la frustración haya sido postulada como la causa de prejuicios y conductas de discriminación. Se entiende

---

<sup>29</sup> McConahay, John B.; Hardee, Betty B.; Batts, Valerie (December 1981). “*Has Racism Declined in America? It Depends on Who is Asking and What is Asked*”, *Journal of Conflict Resolution*, vol. 25 no. 4 p563-579.

<sup>30</sup> Berkowitz, Leonard (1969). *The frustration-aggression hypothesis revisited*, in: Berkowitz, *Roots of aggression*, Atherton Press, New York.

que los más probables destinatarios de los desahogos emocionales son los grupos ajenos, los grupos a los que sentimos que no pertenecemos, estos representan un blanco conveniente para la persona que se manifiesta. De esta manera se va construyendo un análisis individualizado dentro de los conceptos de racismo y conductas discriminatorias.

Otro enfoque de análisis para estas manifestaciones es la teoría de la identidad social que comprende la motivación individual de mantener una evaluación general del “yo” positiva que surge a través de dos componentes: la identidad personal y la identidad social. De este modo se entiende que dentro del sentido de identidad que desarrolla una persona, está incluido el factor social, cuando la persona compara su situación personal con lo que representa en la sociedad. Los psicólogos Tajfel y Turner<sup>31</sup> opinan que casi siempre clasificamos a las personas, incluyéndonos, en diversos grupos con base en prácticamente todas las características notables que nos permiten establecer distinciones. Por ejemplo, la diferencia entre sexos es muy visible y, por lo tanto, clasificamos en diferentes grupos. Estas clasificaciones generalmente se desarrollan de una perspectiva conveniente lo que nos hace pensar que nuestra identidad social es positiva. Mientras más favorezca el grupo más le favorece a la persona. Todo esto surge a base de una necesidad de tener logros y mantener un nivel elevado de autoestima.

Algunos psicólogos relacionan esto con el inicio del holocausto. Se han desarrollado teorías sobre las influencias socioculturales que motivaron a Hitler a manifestar sus teorías raciales. A través de la discriminación que ya existía en Alemania y las conductas aprendidas, se desarrollaron ciertas teorías que enfocan las manifestaciones de Hitler como un producto de su ambiente, por medio de unos constructos sociales y asociaciones. Si hablamos de influencias sociales, existen diferentes instituciones, como lo es la religión, la cual compone una gran parte del desarrollo cognitivo. Dentro del esquema social, cabe mencionar que se ha postulado ciertas influencias a través de manipulaciones sociales y coerción que forman parte del desarrollo cognitivo. En un aspecto coercitivo, se ha desarrollado teorías de síndromes y trastornos relacionados con influencia de grupos sectarios. Aunque, por analogía podría argumentarse que la religión puede influenciar por igual con respecto a ese tema, a través de las técnicas de persuasión que se utiliza y la dependencia que se pretende crear en ciertos grupos. Existen muchas formas de interpretar los dogmas y estos se incorporan a base de una perspectiva de vida eterna. Esto se puede interpretar de muchas maneras, dependiendo de la percepción individual. Lo cual puede llegar a desarrollar cierto miedo legítimo al

---

<sup>31</sup> Tajfel, H., & Turner, J. C. (1986). The social identity theory of intergroup behaviour. In S. Worchel & W. G. Austin (Eds.), *Psychology of Intergroup Relations* (pp. 7–24). Chicago, IL: Nelson-Hall.

momento de aplicar las enseñanzas o interpretar escrituras. Ciertas religiones han fomentado la idea de segregación de género y raza por lo cual indudablemente hace a esta institución un factor determinante.

Estos son algunos, entre un universo de probabilidades teóricas del desarrollo individual que influyen el ejercicio de la segregación. En fin, se debe considerar la influencia individual al momento de analizar los factores sociológicos dado a que estas manifestaciones surgen como un sentido de necesidad individual. El yo, el egoísmo, la necesidad de sentirse aceptado, de desarrollar una autoestima relativamente positiva, la motivación individual de desahogo como mecanismo inconsciente, todos estos, entre muchos más, son factores que hacen que se desarrolle ciertas distinciones discriminatorias que pueden ser evaluadas de una perspectiva sociológica. Estos componen unas motivaciones instintivas que se manifiestan de manera inconsciente y por lo tanto son, hasta cierto punto, inevitables.

Razonablemente se puede asumir que siempre va a existir la propencidad natural a desarrollar conductas discriminatorias, pero la educación y la consciencia colectiva pueden brindar paz, aunque no una solución. Parte de esta educación debe concentrarse en la comprensión social de que los dogmas y la moralidad en apoyo a estas tendencias son unos ideales subjetivos, no literales ni absolutos, por lo tanto va atado a la percepción social presente y es relativa en cuanto al “progreso” social. Una política pública nunca logrará por si sola reparar esta estructura, solo atenta a controlarla. Es necesario incluir estos fundamentos psicosociales en la formación educativa de las personas para así poder lograr un entendimiento colectivo de nuestras propias conductas, promoviendo el progreso social. Deben considerarse reformas Educativas modernas que reflejen una visión progresista que a su vez eduquen a las personas sobre los conceptos psicológicos básicos dentro de un marco de convivencia. De esta manera se puede ampliar la percepción social al momento de interpretar la base discriminatoria de constructos sociales y no simplemente descartar la existencia de las tendencias discriminatorias por falta de educación sobre los procesos inconscientes envueltos en el desarrollo de constructos. Así se podría armonizar la visión social, de una manera educada y no solo con fundamentos irracionales basados en dogmas y posiciones morales que históricamente han sido el motivo de algunos de los escenarios más trágicos.

A través de la racionalización se pueden integrar las teorías a la autoevaluación y como consecuencia desarrollar un sistema objetivo de derechos integrado. Por otro lado, mientras la sociedad no se preocupe por enfatizar estos temas, sólo se podrán desarrollar estructuras que controlen este tipo de conducta, pero que no son completamente comprendidas. Como es el caso de la homosexualidad, que existen interpretaciones legales separadas de ideales sociales o religiosos, ¿Qué realmente resuelve eso? La persona sigue percibiendo la marginación pero se abstiene en el sentido de que los estatutos proveen métodos para permitir

estas conductas. El discrimen sigue existiendo, solo existe más cautela de la manera en que se manifiesta. Sí provee cierta estructura que podría tener como consecuencia la evolución de un pensamiento más racional a largo plazo (desde cierta perspectiva), pero el propósito es que exista una equidad natural y real, no en papeles ni selectivamente.

## **V. Conclusión**

El análisis presentado no comprende una demostración objetiva de un esquema discriminatorio actual. Los criterios a evaluar conforme a los ejemplos expuestos surgen de una base teórica con un amplio margen de interpretación. Es preciso mantener en perspectiva que este mismo margen de interpretación se puede utilizar a favor o en contra al momento de decidir posiciones. Es por esto que debe evaluarse con mayor cautela estos temas para poder desarrollar una posición fundamentada antes de descartar o exponer planteamientos superficiales. De lo contrario se estaría promoviendo una realidad separada del ideal teórico que se persigue. Por el momento, no se ha podido identificar un sistema político perfecto, pero esto no debe servir de excusa para mantener una posición conservadora cuando la mira es el progreso bajo un sistema democrático.

Los ejemplos expuestos demuestran una tendencia que actualmente lesiona los derechos fundamentales de un grupo dentro de nuestra sociedad. Esta parte es real y no subjetiva, en efecto existe una situación social en donde un grupo se ve limitado por unos estatutos arcaicos y patriarcales. Esto no sólo se manifiesta a través de la jurisprudencia y los proyectos citados, existen muchas otras figuras que atentan al mismo propósito. Se podría extender este análisis a las disposiciones relativas al matrimonio y como consecuencia a los derechos sucesorales, también a las reglas de evidencia pertinente a privilegios entre cónyuges o hasta una posición controversial sobre ideales religiosos y libertad de culto como la bigamia, entre muchos otros. En fin, lo que sí se puede demostrar es que existe un sistema de derechos que respalda una tendencia segregacional a través de la inacción de las figuras encargadas de mantener una equidad.

En las últimas décadas se ha demostrado una visión reformista reforzada por movimientos sociales. Sólo queda esperar y observar un progreso generacional, aunque es lamentable que por el momento se vean afectados algunos derechos fundamentales dado que no existe remedio fuera de los impuestos por el Estado. Indudablemente la educación pavimenta la vía adecuada para derrumbar dichas tendencias. Por lo que es prudente evaluar si el sistema educativo actual provee las herramientas necesarias para esto. Evaluar los estatutos sólo promueve una solución superficial, por lo que es necesario integrar dentro de la percepción

colectiva un entendimiento de la conducta humana y sus tendencias. De esta manera se podría estar un paso más cerca de desarrollar una mejor convivencia y poder enfocar nuestros recursos y esfuerzos en temas que realmente promuevan un mejor futuro, antes de concentrarnos en determinar si una preferencia sexual se debe marginar o no, cuando esto sólo le atañe a la persona que la manifieste. En la actualidad, existe una segregación con relación a este tema y es correcto asumir que esta no será la última tendencia discriminatoria. Por lo tanto, una sociedad educada y más consciente podría manifestar una posición comprensiva, evitando que se construyan estas brechas que sirven para reprimir a base de posiciones apartadas de ideales fundamentales.

## ¿Qué vino primero, la solución o el problema? Una propuesta para el manejo de los métodos de reproducción asistida dentro de la jurisdicción del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.

Rafael E. González Ramos<sup>1</sup>

### I. Introducción

Hace ya algunas décadas, las prácticas de reproducción asistida han incrementando su efectividad, permitiendo que miles de padres, que de otro modo sólo podrían recurrir a la adopción puedan concretizar la posibilidad de tener hijos *propios*.<sup>2</sup> Sin embargo, a raíz de estos adelantos han surgido diversas controversias en torno a la filiación, la clasificación de los hijos en aquellos países donde existen hijos matrimoniales y no matrimoniales, así como también los derechos sucesorales de los hijos nacidos luego de la muerte del causante. Incluso, se ha llegado a cuestionar la legalidad de los métodos de reproducción asistida. Por otra parte, existe presión del que llamaremos *sector religioso* para que se reglamente particularmente la reproducción asistida, de modo que esté alineada su práctica con los preceptos religiosos, que aunque diversos, entendemos se mueven principalmente en un frente común.

---

<sup>1</sup> Abogado admitido el ejercicio de la profesión legal dentro del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Egresado *Cum Laude* de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. Pasado miembro de la Junta Editorial del Volumen 4 del *University of Puerto Rico Business Law Journal* (UPRBLJ). *Certified Compensation Professional* (C.C.P.). Parte de lo discutido en este artículo fue planteado en la ponencia presentada por el autor. Véase: Rafael E. González Ramos, Ponencia: P. del S. 1568, *¿Qué vino primero la solución o el problema?: análisis y propuestas para la no criminalización de la reproducción asistida y la subrogación de vientres dentro de la jurisdicción del Estado Libre Asociado de Puerto Rico*, Senado de Puerto Rico, 29 de septiembre de 2010, <http://www.oslpr.org/2009-2012/ponencias/C2KXBV1U.pdf>. La versión modificada fue publicada en la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico (R.E. González Ramos, Autor Estudiante, *P. del S. 1568, ¿Qué vino primero la solución o el problema?: análisis y propuestas para la no criminalización de la reproducción asistida y la subrogación de vientres dentro de la jurisdicción del Estado Libre Asociado de Puerto Rico*, 80 Rev. Jurídica U.P.R. 321 (2011)).

<sup>2</sup> Ubicamos la palabra *propio* en bastardillas dado que nos referimos con esa palabra únicamente al vínculo genético y biológico.

Frente a esta controversia se propuso en el Senado de Puerto Rico el Proyecto del Senado 1568,<sup>3</sup> el cual tenía como fin criminalizar los métodos de reproducción asistida. Aún cuando el proyecto fue derrotado, al recibir un informe negativo de la Comisión de lo Jurídico Penal del Senado, dirigida en aquel momento por el entonces Senador José E. González Velázquez, entendemos que la temática que dio génesis al mencionado proyecto es una recurrente que merece ser discutida y analizada. Existe una alta posibilidad de que haya un intento futuro de reglamentar, sea civil o penalmente, la reproducción asistida y la inseminación *post-mortem* en Puerto Rico, y nos parece necesario que exista una discusión que agrupe los distintos pasos que han dado otros ordenamientos jurídicos, tanto estadounidenses como extranjeros, para de ese modo facilitar el proceso investigativo de nuestros legisladores, académicos y cualquier otra persona interesada en el tema. Advertimos al lector que favorecemos la reglamentación de la reproducción asistida por medio de la vía civil, y no así la vía penal propuesta por el P. del S. 1568.

En la parte II describiremos brevemente lo que se propone en el P. del S. 1568. En la parte III, repasaremos distintas medidas que han tomado algunas jurisdicciones, tanto dentro como fuera de los Estados Unidos de América (E.U.A.). En la parte IV expondremos nuestra propuesta para una ley que regule, por la vía civil, las prácticas de reproducción asistida. Finalmente, en la parte V comentaremos brevemente sobre algunos temas que, aunque no están intrínsecamente relacionados con el tema de este escrito, sí guardan relación con el mismo y fueron parte del P. del S. 1568.

## II. Proyecto del Senado 1568

El proyecto del Senado 1568 (“el proyecto”) fue presentado, por petición, el 7 de mayo de 2010 por la senadora Luz Z. (“Lucy”) Arce Ferrer. El mismo día fue referido a la Comisión de lo Jurídico Penal, presidida por el senador José E. González Velázquez. Se ofreció la oportunidad al público de expresar su sentir en dos vistas públicas: la primera el 24 de agosto de 2010 y la segunda el 29 de septiembre de 2010.

Aun cuando la senadora Lucy Arce expresó que “[l]a intención no es prohibir (la reproducción asistida) sino regular”,<sup>4</sup> lo cierto es que el proyecto sugiere:

<sup>3</sup> P. del S. 1568, 16ta Asamblea Legislativa, 3ra Sesión Ordinaria (7 de mayo de 2010), <http://www.senadopr.us/Proyectos%20del%20Senado/ps1568-10.pdf>. Última visita el 5 de marzo de 2013.

<sup>4</sup> Daniel Rivera Vargas, *Joven de 13 años defiende la reproducción asistida*, El Nuevo Día, 30 de septiembre de 2010, <http://www.elnuevodia.com/jovende13anosdefiendelareproduccionasistida-789403.html>.



[A]ñadir los nuevos Artículos 116 (a), 116 (b) y 118 (a) al Título-Delitos Contra la Persona, Capítulo 1- Delitos Contra la Vida, Sección Cuarta- De la Ingeniería Genética y la Reproducción Asistida a la Ley Núm. 149 de 18 de junio de 2004, según enmendada, conocida como “Código Penal del Estado Libre Asociado de Puerto Rico”, a los fines de *prohibir* la utilización de las técnicas de reproducción asistida para procrear embriones humanos que no tendrán un padre y una madre biológicos de una identidad conocida al momento del nacimiento, ... la utilización de gametos de personas difuntas para la concepción post mortem, ... la utilización de gametos, cigotos, embriones o material genético de procedencia desconocida y ... la compraventa de gametos, cigotos, embriones y alquiler de vientres.<sup>5</sup>

Es decir, el proyecto buscaba prohibir las fertilizaciones in vitro, la concepción post mortem y la donación y/o la compraventa de esperma, óvulos, embriones, entre otros.<sup>6</sup> Para esto, proponía convertir en delito grave de tercer grado tales prácticas. Esto implicaba que todo aquel que fuere declarado culpable por tales prácticas podría enfrentar una pena de reclusión de entre tres (3) años y un (1) día a ocho (8) años.<sup>7</sup> Bajo las disposiciones del nuevo y vigente Código Penal, ello conllevaría una pena fija de ocho (8) años.<sup>8</sup> Además, el médico o profesional licenciado en la medicina que fuere declarado culpable de llevar a cabo estos actos, así como la institución que lo permitiere, podría enfrentar una suspensión y/o revocación de su licencia.<sup>9</sup> Respecto a este último planteamiento debemos enfatizar una diferencia palpable entre la disposición del Código Penal de 2004 y la del Código Penal de 2012, la cual estriba en que bajo el primero, la pena era mandatoria y en el segundo la pena se tornó discrecional.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> Exposición de Motivos, P. del S. 168, supra n. 3, pág. 1. (Énfasis suplido).

<sup>6</sup> Cabe mencionar que, según se desprende de la interpretación del actual Código Penal, dicha práctica está permitida. Véase Código Penal de Puerto Rico, Ley Núm. 146, 30 de julio de 2012. Véase también Dora Nevárez-Muñiz, *Código Penal de Puerto Rico Comentado* 161-162 (1ra ed., Instituto para el Desarrollo del Derecho 2012). También estaba permitido bajo la interpretación del Código Penal vigente al momento de presentarse el proyecto de ley. Véase Código Penal de Puerto Rico, Ley Núm. 149 de 18 de junio de 2004, según enmendada, 33 L.P.R.A. §§ 4629 *et. seq.* (Lexis-Nexis P.R., 2010) (Derogado) donde los métodos de reproducción asistida son permitidos en Puerto Rico. Véase también Dora Nevárez-Muñiz, *Nuevo Código Penal de Puerto Rico Comentado* 163 (3ra ed., Instituto para el Desarrollo del Derecho 2008). (Al momento de presentarse en proyecto, estaba vigente el Código Penal de Puerto Rico de 2004).

<sup>7</sup> 33 L.P.R.A. § 4644(c), Art. 16(c) (Lexis-Nexis P.R., 2010) (Derogado).

<sup>8</sup> Ley Núm. 146, supra, Art. 107.

<sup>9</sup> *Id.*, § 4748, Art. 120 (derogado).

<sup>10</sup> Véase Dora Nevárez-Muñiz, *Código Penal de Puerto Rico Comentado*, supra n. 6, Pág. 162; Ramón M. Mendoza, *Código Penal de Puerto Rico Comentado* 78 (1ra ed., Situm 2012).

Para justificar dichas penalidades, y tal como expusimos en la ponencia presentada el pasado 29 de septiembre de 2010, el proyecto de ley plantea:

(1) [L]os niños procreados con gametos de donantes anónimos no poseerán ninguno de los derechos reconocidos por ley a los demás hijos biológicos del donante; (2) [L]os tratamientos de procreación asistida pactan acuerdos de maternidad subrogada para dar a luz un hijo que no tendrá madre ante la ley; (3) [L]os pactos de maternidad subrogada, así como otros acuerdos de procreación asistida, lesionan gravemente los derechos del no nacido, **lo convierte en un hijo ilegítimo [creando discriminación por origen de nacimiento]**, y lo exponen a cometer un acto de incesto dado que desconoce a sus hermanos biológicos. (4) [L]os pactos entre particulares [concernientes a reproducción asistida] harían irrelevante la adopción; (5) [L]a venta de órganos, tejidos y células es considerado algo deplorable, tanto por la sociedad como por las organizaciones médicas; (6) [e]ste tipo de pactos afectaría adversamente a los económicamente más vulnerables; (7) [n]uestro ordenamiento jurídico considera la institución de la familia matrimonial como fuente de estabilidad, protección y educación.<sup>11</sup>

A los argumentos antes presentados deberíamos añadir: primero, la necesidad que tiene el estado en propiciar la adopción, dado que esta población de menores representa una carga onerosa para el mismo; y segundo, las complicaciones de índole sucesoral que podría acarrear el nacimiento de un hijo a través de una inseminación post mortem **en el caso de que ya se haya dividido y repartido la herencia del causante.**

### III. Derecho comparado

#### A. Estados Unidos de América

Han sido ya varios los estados que se han enfrentado a controversias relacionadas con los métodos de reproducción asistida, creando legislación que podría servirnos como marco de referencia. Dividiremos la discusión en tres incisos: inseminación artificial, maternidad subrogada e inseminación post mortem.

---

<sup>11</sup> R.E. González Ramos, supra n. 1, pág. 322.

## 1. Inseminación Artificial

Si observamos lo expuesto en la legislación de Illinois, veremos que si una esposa es inseminada por el semen de un donante, previo consentimiento por escrito del esposo y la realización del procedimiento de inseminación por un profesional autorizado a ejercer dicha práctica, el esposo será tratado como el padre biológico del niño. En caso de mostrar justa causa, dicha paternidad puede ser evaluada.<sup>12</sup> Por otra parte, en el caso de Ohio, se propone algo similar a lo establecido por Illinois,<sup>13</sup> salvo que no ofrece la opción de impugnar la paternidad una vez adjudicada. De hecho, establece que si el padre y la madre firman un acuerdo de buena fe, y éste luego resulta ser inválido, no se revoca la presunción de paternidad.<sup>14</sup> Asimismo en Ohio, jurisprudencialmente, se ha establecido que una vez asignada la paternidad en un caso de inseminación artificial heteróloga,<sup>15</sup> la misma no puede ser revocada, dado que iría en contra de la política pública del estado.<sup>16</sup> En

<sup>12</sup> 750 ILCS 40/3 (WL current through P.A. 97-1165 of the 2012 Reg. Sess., and through P.A. 98-2 of the 2013 Reg. Sess.).

<sup>13</sup> R.C. § 3111.95 (WL current through all 2012 laws and statewide issues of the 129th GA).

<sup>14</sup> *Id.*, § 3111.96.

<sup>15</sup> Inseminación heteróloga es aquella donde uno de los gametos (óvulo o espermatozoide) pertenece a alguien ajeno al matrimonio. Generalmente se refiere a cuando se hace uso de donaciones. Véase Raúl Serrano Geyls, *Derecho de Familia de Puerto Rico y Legislación Comparada*, vol. II §5, a las págs. 1234-1236 (2da reimp., InterJuris 2007).

<sup>16</sup> Véase *Brooks v. Fair*, 532 N.E.2d 208, 212-13 (1988), en el mismo se expone:

*the court held that under these particular circumstances it would be against public policy for the court to find that Kenneth was not Amanda's natural father. We agree with the trial court that public policy dictates that Kenneth should remain the father of Amanda Ann. This is an unusual case. In most situations the biological father of a child may be identified if the husband in a relationship is not the biological father. In this case the biological father could never be determined because he is an unknown third-party donor. If Maxine were allowed to prove the nonexistence of the father and child relationship between Amanda and Kenneth, Amanda, a child of legitimate birth, would become illegitimate, and since her biological father is unknown, she would never have the opportunity to be legitimized by him. It has never been the policy of this state to encourage the illegitimatization of children.*

*Further, this court could also place Amanda in the position of becoming a ward of the state. If Maxine were successful in her efforts to prove the nonexistence of the father and child relationship Kenneth would no longer be financially responsible for Amanda. Thereafter, if Amanda's mother was unable to support her, the responsibility would fall on the state. In Johnson v. Adams (1985), 18 Ohio St.3d 48, 52, 18 OBR 83, 86, 479 N.E.2d 866, 869, the court held:*

*" [A] child should not be made a 'ward of the state' when some individual, other than the state, justifiably is responsible for that child's welfare."*

*This court agrees that Kenneth is the person justifiably responsible for Amanda's welfare.*

el caso de Colorado, se presume al esposo como padre del hijo resultante de una fecundación con espermatozoides donados así como a la esposa madre de una fecundación con un óvulo donado (si éste no es ofrecido con el propósito de que se realice una subrogación de vientre). **Para que ello sea válido, los esposos deben firmar un consentimiento, el cual quedará certificado por el profesional que realice el procedimiento.** Este profesional es quien someterá los documentos a las agencias pertinentes, en donde permanecerán sellados, junto a la evidencia del procedimiento con la debida certificación y la fecha en que se realizó el mismo. Sin embargo, una falla en el debido proceso no afectará las relaciones entre la criatura nacida y su padre/madre. Al igual que en Illinois, la presunción puede evaluarse si se presenta justa causa.<sup>17</sup> Sin embargo, cabe mencionar que en la jurisdicción de Colorado, se presume la paternidad si al momento de la implantación del huevo o embrión, en el caso de una inseminación heteróloga, la pareja *tenía algún vínculo*. Si se disuelve el matrimonio antes de ese momento, no se presume que el esposo sea el padre de la criatura.<sup>18</sup> Algo similar ocurre en Texas, donde el esposo de una mujer quien se ha sometido a un proceso de inseminación artificial será considerado como padre de la criatura resultante<sup>19</sup> siempre que haya prestado su consentimiento por escrito, firmado y entregado a un médico licenciado para realizar el procedimiento.<sup>20</sup> En caso de invalidez del consentimiento, se tomará en consideración los actos propios para determinar la existencia de paternidad.<sup>21</sup> Si el padre quisiera impugnar la paternidad, debe hacerlo antes de cumplir un término de cuatro (4) años contados a partir del momento desde el cual advino en conocimiento de que la criatura no era su hijo(a) o cuando la corte determine que no consintió al procedimiento, ni antes ni después del procedimiento de inseminación artificial heteróloga, antes o después del nacimiento, o no donó parte del material genético.<sup>22</sup> Para determinar si prosigue o no una impugnación de paternidad, el Tribunal observará si (1) el esposo prestó o no su consentimiento para con el procedimiento de inseminación artificial antes o después del nacimiento de la criatura;<sup>23</sup> (2) si el marido y la mujer cohabitaron durante el periodo en que se pudo llevar a cabo la inseminación artificial; (3) el trato que tuvo el esposo para con la criatura (doctrina de actos propios).

---

<sup>17</sup> C.R.S.A. § 19-4-106 (1) (WL current through Ch. 2 of the First Regular Session of the 69th General Assembly (2013)).

<sup>18</sup> *Id.*, (7) (a) y (b) & (8)

<sup>19</sup> V.T.C.A., Family Code § 160.703 (WL current through the end of the 2011 Regular Session and First Called Session of the 82nd Legislature).

<sup>20</sup> *Id.*, § 160.704 (a).

<sup>21</sup> *Id.*, § 160.704 (b).

<sup>22</sup> *Id.*, § 160.705 (a) (1) y (2).

<sup>23</sup> *Id.*, § 160.705 (b) (1), (2), y (3).

Para cerrar esta discusión, podemos observar que aun cuando se les reconoce el anonimato a los donantes, los hijos, salvo algunas excepciones, tienen padre y madre reconocidos ante la ley. Es menester señalar que en el proceso de adjudicación de paternidad a criaturas fruto del coito, existen también excepciones al hecho de que la criatura tenga padre y madre reconocido. Un ejemplo de ello es donde un padre no reconozca a la criatura, ya sea por desconocimiento o por elección.

## 2. Maternidad subrogada

La ley de New Hampshire requiere una vista de pre-aprobación para los pactos de maternidad subrogada. En ésta tienen que estar presentes todas las partes involucradas, es decir el padre y la madre intencional así como la madre subrogada.<sup>24</sup> El propósito es que el tribunal (1) requiera, de ser necesario, cualquier información adicional que considere pertinente; (2) constate que todas las partes ofrecieron un consentimiento informado; (3) se asegure que el contrato de subrogación de vientre esté firmado por los padres subrogantes, así como la madre subrogada y, si está casada, el esposo de ésta;<sup>25</sup> (4) que los padres subrogantes estén conscientes de sus responsabilidades como padres custodios y así como de la posibilidad de que los padres subrogados pueden renunciar a la entrega de custodia, aceptando los últimos la paternidad y custodia de la criatura, siempre que sea dentro de un periodo de setenta y dos (72) horas y lo notifiquen, personalmente,<sup>26</sup> por escrito a los padres subrogantes, el médico de turno o el encargado de la institución hospitalaria;<sup>27</sup> (5) que los participantes fueron cualificados por las evaluaciones requeridas por el estado<sup>28</sup> y; (6) que el contrato de subrogación sea considerando el mejor interés del menor. En cuanto a las evaluaciones requeridas por el estado, éstas son dos. Una de ellas debe ser realizada por un psiquiatra, psicólogo, consejero pastoral,<sup>29</sup> o trabajador social debidamente licenciado para ejercer en el estado, quien documentará hallazgos y conclusiones concernientes a la capacidad de los padres subrogantes para ofrecer cuidado y amor a la criatura por venir.<sup>30</sup> Éste también evaluará las instalaciones

---

<sup>24</sup> N.H. Rev. Stat. § 168-B:23 (I), (II) y (III)(a) (WL current through Chapter 2 of the 2013 Reg. Sess., not including changes and corrections made by the State of New Hampshire, Office of Legislative Services)

<sup>25</sup> *Id.*, § 168-B:25.

<sup>26</sup> En este caso *personalmente* se refiere a que sólo puede ser realizado por la madre subrogada y no algún representante de ésta.

<sup>27</sup> N.H. Rev. Stat. § 168-B:23 (IV) (a) y (b).

<sup>28</sup> *Id.*, § 168-B:23 (III) (c).

<sup>29</sup> Presumimos que se refiere a “religioso” en el sentido amplio.

<sup>30</sup> N.H. Rev. Stat. § 168-B:18 II (a)

físicas de la propiedad donde vivirá<sup>31</sup> así como la capacidad y disposición de los subrogantes a enfrentar los riesgos del proceso<sup>32</sup>. La otra evaluación es una médica y, si la madre subrogada es mayor de treinta y cinco (35) años, deberá someterse a una consejería genética. *De mediar compensación* a la madre subrogada, la misma sólo puede circunscribirse a gastos relacionados a la gestación hasta un periodo de seis (6) semanas luego del parto; ingresos dejados de devengar por ausencias en el trabajo relacionadas con el proceso de parto y post parto; seguro médico, por incapacidad y de vida por hasta un periodo de seis (6) meses luego del parto; gastos y honorarios de abogado y de procesos judiciales; y, costos relacionados con las evaluaciones no clínicas.<sup>33</sup> En Virginia, también es necesario pedirle permiso a la corte para dar paso a una maternidad subrogada.<sup>34</sup> Los requisitos son bastante parecidos a los de la ley de New Hampshire, pero con algunos elementos distintos. El primero es el hecho de que la ley exige que la fuente de pago de los gastos médicos y auxiliares de la madre subrogada esté identificada, ya sea a través de bonos, dinero en efectivo, entre otros, así como las debidas provisiones en caso de que el embarazo y/o el contrato sea terminado o una de las partes incurra en violación del mismo.<sup>35</sup> En cuanto a este señalamiento, otros estados, como por ejemplo Illinois, establecen que la suma de dinero previamente acordada tiene que ponerse en custodia de algún tercero independiente al proceso.<sup>36</sup> Cabe señalar que, salvo pacto en contrario, todos los gastos relacionados con la vista le corresponden a los padres subrogantes.<sup>37</sup>

En Virginia, se prohíbe expresamente la compensación a la madre subrogada más allá de los gastos médicos y auxiliares.<sup>38</sup> Al igual que el *Gestational Surrogacy Act* de 2004 de Illinois<sup>39</sup>, en Virginia se exige que la madre subrogada haya tenido, al menos, un hijo.<sup>40</sup> Además, exige que un médico evidencie que tener otro hijo no provocará daños físicos ni mentales a ésta. De igual manera, en Virginia se requiere que la madre subrogante presente evidencia médica de que es infértil, incapaz de dar a luz un niño o que representa un riesgo sustancial

---

<sup>31</sup> *Id.*, 168-B:18 (III)

<sup>32</sup> N.H. Rev. Stat., § 168-B:23 (II) (b)

<sup>33</sup> N.H. Rev. Stat. § 168-B:25, V (a)-(e).

<sup>34</sup> Va. Code Ann. § 20-160 A (WL current through End of the 2012 Reg. Sess. and 2012 Sp. S. I. and include 2013 Reg. Sess. c. 2).

<sup>35</sup> *Id.*, § 20-160 B(5)

<sup>36</sup> Gestational Surrogacy Act of 2004 (2009), 750 ILCS 47/25 (4) (WL Current through P.A. 97-1165 of the 2012 Reg. Sess., and through P.A. 98-2 of the 2013 Reg. Sess.).

<sup>37</sup> Va. Code Ann., § 20-160 C.

<sup>38</sup> Va. Code Ann., § 20-160 (4).

<sup>39</sup> 750 ILCS 47/25.

<sup>40</sup> Va. Code Ann., § 20-160 (B)(6); 750 ILCS 47/25 (2).

para la salud de la criatura por nacer, o la salud mental y/o física de la madre subrogante, pasar por un proceso de embarazo.<sup>41</sup> También se exige que el último procedimiento de subrogación de vientre de la madre subrogada se haya llevado a cabo no menos de trescientos (300) días<sup>42</sup>, y que, al menos, uno de los padres subrogantes aporte gametos para el proceso de concepción.<sup>43</sup>

### 3. Inseminación *post mortem*

Lo reglamentado en cuanto a la inseminación *post mortem* dentro de los E.U.A. no ha sido muy extenso. En Luisiana se establece que un hijo(a) necesita probar dicha paternidad de manera clara y convincente.<sup>44</sup> También, y más dirigido al asunto de la inseminación *post mortem*, se establece que cualquier criatura nacida luego de la muerte del padre, y previo consentimiento escrito de éste autorizando a la esposa supérstite a utilizar sus gametos con el propósito de dar vida a la criatura, gozará de todos los derechos y privilegios del cónyuge fallecido, siempre que la inseminación se lleve a cabo dentro de un periodo de tres (3) años luego de la muerte del cónyuge.<sup>45</sup> De haber un heredero que quiera impugnar la paternidad de la criatura nacida póstuma a la muerte del causante, tendrá un periodo de un (1) año para llevar dicha acción a la consideración de un tribunal.<sup>46</sup> En California, por su parte, se requiere que dicha criatura haya sido considerada durante la vida del padre cuyo material genético será utilizado póstumamente.<sup>47</sup> Requiere también que se haga constar por escrito que el material genético utilizado estaba destinado para una inseminación *post mortem*.<sup>48</sup> Además, debe designarse a una persona que vele por la correcta utilización de dicho material genético y que éste se utilice hasta dos (2) años después de notificada la muerte del causante.<sup>49</sup> En Virginia se pondera algo muy interesante. Además de que, en caso de muerte, la criatura que nazca dentro de un periodo de diez (10) meses luego de la muerte del cónyuge, será reconocido como hijo del causante, se propone que si la implantación del gameto se realizó luego de la muerte del causante, el niño no sea reconocido a no ser que (1) la muerte haya ocurrido antes de que, razonablemente, se haya

---

<sup>41</sup> Va. Code Ann., § 20-160 (B)(8).

<sup>42</sup> *Id.*, § 20-160 (D).

<sup>43</sup> *Id.*, § 20-160 (B)(9).

<sup>44</sup> LSA-C.C. Art. 197 (WL Current through the 2012 Regular Session).

<sup>45</sup> LSA-R.S. 9:391.1 (A) (WL Current through the 2012 Regular Session)

<sup>46</sup> *Id.*, 9:391.1 (B).

<sup>47</sup> West's Ann.Cal.Prob.Code § 249.5 (WL Current with all 2012 Reg.Sess. laws, Gov.Reorg.Plan No. 2 of 2011-2012, and all propositions on 2012 ballots).

<sup>48</sup> *Id.*, § 249.5 (A) (1)-(3).

<sup>49</sup> *Id.*, § 249.5 (B) y (C)

podido notificar al médico y/o (2) que la persona (el causante) haya prestado consentimiento antes o después de la implantación.<sup>50</sup>

## B. Jurisdicciones extranjeras

### 1. Inseminación artificial

Respecto a este tema, comenzaremos con el caso de Colombia. Debido a la inexistencia de una ley que reglamente la inseminación artificial, las controversias han de resolverse según lo dispuesto en el Código Civil Colombiano (C.C.C.). Esto da paso a una ambivalencia. Según el artículo 35 del C.C.C. la criatura producto de una inseminación artificial homóloga sería automáticamente declarado(a) hijo(a) legítimo(a) dado el parentesco sanguíneo que existe entre el padre, la madre y la criatura.<sup>51</sup> Sin embargo, algunos autores señalan que al no existir conocimiento carnal entre la pareja, dado que la inseminación artificial sustituye el mismo, podría alegarse que no existe parentesco entre el padre y la criatura.<sup>52</sup> Cuando se trata de una inseminación heteróloga, “el hijo procreado ... adquiere con su padre putativo parentesco de afinidad en línea recta en primer grado, por la razón de ser consanguíneo (hijo) de la mujer”.<sup>53</sup> Por otra parte, debemos destacar que aquella criatura concebida mediante inseminación artificial homóloga se considera hijo legítimo o matrimonial, mientras que aquella concebida mediante inseminación heteróloga se considera hijo ilegítimo, aun cuando el esposo haya prestado su consentimiento.<sup>54</sup> En el caso de Alemania, la inseminación artificial es permitida pero tiene ciertas limitaciones. Entre éstas podemos mencionar: (1) que no se transfiera a una mujer el óvulo de otra mujer cual no haya sido fertilizado; (2) la razón para fertilizar el óvulo debe ser el concebir una criatura; (3) se permite implantar sólo un máximo de tres (3) óvulos fertilizados por ciclo de inseminación artificial; (4) se prohíbe la maternidad subrogada; (5) se prohíbe extraer un embrión por un propósito ajeno a su conservación.<sup>55</sup>

---

<sup>50</sup> Va. Code Ann. § 20-158 (B).

<sup>51</sup> Código Civil Colombiano, Art. 35, Pág. 11, [http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_Colombia.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Colombia.pdf), (5 de marzo de 2013).

<sup>52</sup> Véase R. Suárez Franco, Derecho de Familia 38 (8va ed., 2001), citado por A.L. Suarez Parada, Reproducción Humana Asistida y Filiación en el Derecho de Familia Colombiano, Revista *Via Inveniendi et Iudicandi*, Núm. 6, Junio 2008, pág. 88.

<sup>53</sup> *Id.*

<sup>54</sup> *Id.*, pág. 89.

<sup>55</sup> Embryonenschutzgesetz – ESchG Of 13th December 1990 [Act for the Protection of Embryos], §1.1 (1), (2), (3), (6) y (7). Citado y traducido por el Federal Law Gazette, Part I, No. 69, issued in Bonn, 19th December 1990, page 1, <http://www.auswaertiges-amt.de/cae/servlet/contentblob/480804/publicationFile/5162/Embryo%20%20ProtectionAct.pdf>, (5 de marzo de 2013).



Bajo el Código Civil de Quebec (C.C.Q.), la utilización de métodos asistidos de reproducción está permitida.<sup>56</sup> Este Código dispone que la filiación de una criatura concebida por métodos de reproducción asistida se determina por el parto y que dicha filiación crea los mismos derechos y obligaciones que una filiación por sangre. Sin embargo, los actos propios son determinantes para establecer filiación. Incluso, en los casos de reproducción asistida, es fundamental para establecer dicha filiación.<sup>57</sup> Para que la inseminación artificial cree vínculo de filiación, debe haber consentimiento de la persona (si se trata de un solo individuo) o de ambos componentes del matrimonio y/o unión civil.<sup>58</sup> De no existir dicho consentimiento, la filiación no le aplica a la persona que no consintió al método de reproducción asistida. De igual modo no aplicaría, si se prueba que la criatura no nació como resultado de la utilización de la reproducción asistida.<sup>59</sup> Finalmente, en el caso de España se establece que una vez prestado el consentimiento de ambos cónyuges para con la utilización de los métodos de inseminación artificial (o algún método de reproducción asistida permitida por ley) no se podrá impugnar la filiación matrimonial de la criatura resultante.<sup>60</sup>

## 2. Maternidad subrogada

En el caso de Colombia, y según lo dispuesto en el C.C.C., la maternidad subrogada no puede tener lugar, dado que no habría forma de que la madre subrogante obtuviese la maternidad de la criatura. Esto dado que el C.C.C. en su artículo 335 establece que la madre de la criatura es aquella quien la da a luz.<sup>61</sup> Sin embargo cabe destacar, tal como menciona SUAREZ PARADA, que el C.C.C. parte de la premisa de que “existe una coincidencia entre la mujer que aporta el óvulo, la que sobrelleva el embarazo y la que da a luz”.<sup>62</sup> Ante una situación de reproducción asistida, SUAREZ PARADA afirma que:

... si se trata de aportar la prueba del DNA para demostrar la falta del vínculo de sangre entre la presunta madre y su supuesto hijo, el

---

<sup>56</sup> Véase Código Civil de Québec, S.Q. 1991, c. 64, [http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CCQ\\_1991/CCQ1991\\_A.html](http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CCQ_1991/CCQ1991_A.html), (5 de marzo de 2013).

<sup>57</sup> *Id.*, Art. 538.1.

<sup>58</sup> En Puerto Rico también se les conoce como *parejas de hecho* o *uniones civiles*.

<sup>59</sup> Código Civil de Quebec, supra n. 56, Art. 539.

<sup>60</sup> LEY 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, Art. 8 (1), Pág. 4 <http://www.boe.es/boe/dias/2006/05/27/pdfs/A19947-19956.pdf>, (5 de marzo de 2013).

<sup>61</sup> Código Civil Colombiano, supra n. 51, Art. 335, Pág. 132. Véase Ana Lucia Suarez Parada, supra n. 52, pág. 89.

<sup>62</sup> Ana Lucía Suarez Parada, supra n. 52, pág. 90.

juez está en la obligación de aclarar la causa del embarazo y si se trata del empleo de una técnica de reproducción asistida, objeto de esta investigación, dar por sentado que el consentimiento prestado para que dicha técnica se hubiera llevado a cabo, es causal suficiente para aceptar y prohijar como propio el hijo que está por nacer; no por el vínculo de sangre, sino por un acto voluntario de aceptar la concepción de ese hijo, asemejándose esa manifestación de voluntad a la que se presta en la adopción para prohijar como propio al hijo que no lo es y con el cual no se mantiene ningún vínculo de consanguinidad.<sup>63</sup>

Un caso más parecido al propuesto P. del S. 1568 es el de Alemania, donde se prohíbe la maternidad subrogada y se criminaliza esta práctica, imponiendo una pena de cárcel de hasta tres (3) años o una multa.<sup>64</sup> En el C.C.Q, la maternidad subrogada queda expresamente prohibida en el artículo 541.<sup>65</sup> Cabe recalcar que, aun cuando existe tal prohibición, el Tribunal puede hacer una excepción y ordenar poner una criatura en adopción para que los padres subrogantes puedan adoptarla. Esta fue la determinación que tomó el Tribunal frente a un pacto de maternidad subrogada, donde la madre subrogada donó el óvulo, el padre subrogante donó el esperma y nacieron gemelos. En este caso, el Tribunal ordenó que se pusiera a uno de los gemelos en adopción, velando, según expresan, por el mejor interés del menor.<sup>66</sup> **España, por su parte, y al igual que Quebec, prohíbe expresamente la maternidad subrogada, disponiendo que la maternidad se determina por el parto,<sup>67</sup> tal como ocurre en el caso de Colombia.**

Por último, debemos mencionar el caso de Méjico, en donde recientemente se aprobó una legislación que regula la subrogación de vientres. En este país se requiere que la madre intencional evidencie mediante certificación médica que padece una imposibilidad permanente de procrear o tiene alguna contraindicación médica a tales efectos.<sup>68</sup> También se establece que los padres intencionales, como primera opción, deberán buscar a una madre subrogada (o gestadora, como lee la ley) que guarde algún grado de consanguinidad con alguno de ellos. De no

---

<sup>63</sup> *Id.* (Énfasis suplido).

<sup>64</sup> Embryonenschutzgesetz – ESchG, supra n. 55, §1.1 (7).

<sup>65</sup> Código Civil de Québec, supra n. 56, Art. 541.

<sup>66</sup> Dans la situation de X., sub nom Adoption – 09184, EYB 2009- 165653 (C.Q), judge Claude Tremblay citado por Henry Kélada, Code civile du Québec: texte annoté 78/ DE LA FAMILLE (1ra ed., 1993) (2010).

<sup>67</sup> LEY 14/2006, supra n. 60, Art. 10 (1) y (3), pág. 4.

<sup>68</sup> Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Boletín # 726, *Aprueban en Comisiones Ley de Maternidad Subrogada en Distrito Federal*, 13, 20 de Julio de 2010, <http://www.aldf.gob.mx/comsoc-aprueban-comisiones-ley-maternidad-subrogada-distrito-federal--6274.html>, (5 de marzo de 2013).

encontrar alguna gestadora que cumpla con este requisito, podrán recurrir a un tercero.<sup>69</sup> Tanto la gestadora como los padres intencionales tendrán que someterse a pruebas psicológicas previo al procedimiento así como deberán, luego de emitida la valoración correspondiente por las agencias pertinentes, acudir ante notario para redactar el contrato de subrogación de vientre.<sup>70</sup> El **contrato** debe incluir: (1) que la gestadora está autorizada a continuar el embarazo hasta el término; (2) la obligación de la madre biológica y el padre de hacerse cargo de todos los gastos médicos que se generen a partir de la gestación, hasta la total recuperación de la mujer gestante, certificado por el médico tratante, con independencia de si se logra o no el nacimiento; (3) la obligación de la mujer gestante de entregar a la madre biológica y al padre, al menor después del nacimiento y de éstos a recibirlo;<sup>71</sup> (4) la declaración de que las partes conocen el derecho de la mujer gestante a decidir respecto a la interrupción del embarazo en los términos que establece el Código Penal de Méjico, de modo que estén conscientes que no podrán recurrir a una causa de acción civil o una acusación penal si se practicase un aborto, dentro de los parámetros de la ley.<sup>72</sup> La gestadora deberá certificar que no ha tenido embarazos en un periodo de 365 días previo a la implantación de los gametos, que no se encuentra embarazada y que no está recibiendo remuneración alguna más allá de lo que permite la ley.<sup>73</sup> También deberá someterse a exámenes para evidenciar que no tiene ninguna condición que pudiese afectarle a ella o la criatura por venir<sup>74</sup> así como al escrutinio de las autoridades pertinentes para verificar que el entorno sea uno apropiado<sup>75</sup>. Asimismo, deberá notificar a su pareja, casada o concubina, de su interés de participar en el proceso de subrogación de vientres.<sup>76</sup> Por último, y no menos importante, se le concede a la gestadora una causa de acción de acción por el pago de gastos médicos por alguna patología derivada de el trato pre y post natal inadecuado.<sup>77</sup> Por su parte, permite una reclamación en la

---

<sup>69</sup> *Id.*, 3 & 4.

<sup>70</sup> *Id.*, 4 & 5.

<sup>71</sup> *Id.*, 6.

<sup>72</sup> *Id.*, 7.

<sup>73</sup> *Id.*, 16.

<sup>74</sup> *Id.*, 14

<sup>75</sup> *Id.*, 15

<sup>76</sup> *Id.*, 17 . Según se desprende de lo antes descrito, sólo parejas heterosexuales están facultadas para utilizar la subrogación de vientres, aunque parece existir un vacío en cuanto a si parejas homosexuales pueden utilizar la subrogación de vientres, a raíz de la aceptación de matrimonios del mismo sexo en Méjico. Véase: A. Hernández Ramírez y J. L. Santiago Figueroa, *Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLIV, núm. 132, septiembre-diciembre de 2011, pp. 1335-1348, 1344, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/132/el/el11.pdf>, (5 de marzo de 2013).

<sup>77</sup> Asamblea Legislativa del Distrito Federal, supra n. 68, 18.

eventualidad de que se divulgue la información del proceso con el propósito de afectar la reputación de la gestadora.<sup>78</sup>

### 3. Inseminación *post mortem*

En materia de inseminación *post mortem* el C.C.C. tiene una disposición que raya en la penumbra. Aunque reconoce que puede ocurrir un nacimiento póstumo al fallecimiento del causante, y provee remedios para resolver este tipo de controversias, no menciona nada en cuanto a la inseminación *post mortem*. Sin embargo, dispone que si se reconoce a un heredero expresamente en el testamento u otro documento público, éste será tratado como cualquier heredero.<sup>79</sup> Cabe preguntarse si esto aplicaría al reconocimiento de una inseminación artificial *post mortem* y si el límite de ciento cuarenta (140) días<sup>80</sup> para impugnar la legitimidad de un hijo sería el término provisto para llevar a cabo la inseminación. **Alemania prohíbe explícitamente la inseminación *post mortem*.** No obstante, la ley castiga a la persona quien practicó la inseminación artificial sabiendo el hecho de la muerte del dueño del gameto y no a la mujer a quien se le practicó.<sup>81</sup> Canadá, por su parte, no contiene disposición expresa que atienda este asunto. Sin embargo, presenta un artículo que establece que toda aquella criatura que nazca hasta trescientos (300) días luego de disuelto o anulado el matrimonio o la unión civil, será reconocida como hijo(a) legítimo(a) de ambas partes.<sup>82</sup> Esto podría dar paso a que si una mujer es inseminada luego de que su pareja muere y la criatura nace durante los trescientos (300) días, será reconocida como legítima. Finalmente, en España se establece que de no mediar consentimiento de parte del marido, la criatura será reconocida como hijo(a) sólo si el material genético del marido, al momento de su muerte, se encontraba dentro de su esposa.<sup>83</sup> Sin embargo, si mediase consentimiento del marido mediante escritura pública, documento de consentimiento, testamento o documento de instrucciones previas, la esposa tendrá un periodo de doce (12) meses para quedar embarazada.<sup>84</sup> Se presumirá consentimiento del cónyuge fallecido si al momento de su muerte el

---

<sup>78</sup> *Id.*, 19.

<sup>79</sup> Código Civil Colombiano, supra n. 51, Art. 219 (Según enmendado).

<sup>80</sup> El término surge del artículo 219 del Código Civil Colombiano. Equivale, aproximadamente, a 4.5 meses.

<sup>81</sup> Embryonenschutzgesetz – ESchG, supra n. 55, §. 4.1 (3) y 2.

<sup>82</sup> Código Civil de Québec, supra n. 56, Art. 538.3. (Esto se asemeja al art. Del Código Civil de Puerto Rico, el cual establece que toda criatura nacida dentro de un periodo de 300 días será reconocido como hijo de la pareja). Cód. Civ. PR, ART. 113, 31 LPRA § 461 (Lexis-Nexis P.R. 1993 & Supl. 2010).

<sup>83</sup> LEY 14/2006, supra n. 60, Art. 9 (1), pág. 4.

<sup>84</sup> *Id.*, Art. 9 (2).

cónyuge superviviente estaba siendo “sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido”.<sup>85</sup> Un varón no unido por vínculo matrimonial podrá utilizar las disposiciones del Art. 9 (2) de la ley española.<sup>86</sup>

#### IV. Discusión y Propuesta

La constitución concede igualdad jurídica a todos los hijos.<sup>87</sup> Entendemos que para hacer justicia a este principio constitucional, se debería aceptar en Puerto Rico la utilización de todos los métodos de reproducción asistida. Proponemos la utilización de un híbrido de legislaciones, tanto estadounidenses como extranjeras, así como el borrador del Nuevo Código Civil de Puerto Rico<sup>88</sup> (“borrador del Código Civil”), para atender el asunto en controversia. Para comenzar, podríamos dar por aceptados los métodos de reproducción asistida utilizando como modelo el artículo 286 del borrador del Código Civil el cual plantea:

[s]e admite el uso de las técnicas de procreación humana asistida a los fines de: lograr la procreación cuando no es posible alcanzarla a través del método tradicional; prevenir y tratar enfermedades de origen genético; crio-conservar material genético; investigar con fines terapéuticos; y lograr otros fines permitidos en guías médicas o aprobados en legislaciones complementarias. Las técnicas se realizarán en condiciones clínicas y sanitarias óptimas, por peritos médicos debidamente entrenados y acreditados.<sup>89</sup>

Con lo antes expuesto, *estableceríamos una cadena de eventos a satisfacer previo a recurrir a este tipo de procedimiento, y la finalidad y alcance del*

---

<sup>85</sup> *Id.*

<sup>86</sup> *Id.*, Art. 9 (3).

<sup>87</sup> Ruth E. Ortega-Vélez, 25 Lecciones de Derecho De Familia 169 (3ra ed., Situm 2011).

<sup>88</sup> Asamblea Legislativa de P.R., Com. Conj. Perm. para la Rev. y Reforma Del Código Civil de P.R., Borrador para la Discusión Del Código Civil de P.R., Título VI: La Filiación Natural, Art. 286, págs. 407-08 (2007), [www.oslpr.org/DocumentosBorradorCodigoCivil.asp](http://www.oslpr.org/DocumentosBorradorCodigoCivil.asp). (Énfasis suplido). (Cabe señalar que dicha Comisión (creada por la ley 85 del 16 de agosto de 1997). (Junto con la propuesta del Código Civil, fueron eliminados y ya el Código no está siendo evaluado para aprobación. Véase Yanira Hernández Cabiya, Eliminan la Comisión sobre el Código Civil, El Nuevo Día (1ro de noviembre de 2010), <http://www.elnuevodia.com/eliminacomisionsobreelcodigocivil-765592.html> (visitado el 29 de septiembre de 2013); Yanira Hernández Cabiya, Eliminada la Comisión para Revisar el Código Civil, El Nuevo Día (3 de noviembre de 2010), <http://www.elnuevodia.com/eliminadalacomisionpararevisarelcodigocivil-765429.html> (visitado el 29 de septiembre de 2013).

<sup>89</sup> Borrador para la Discusión Del Código Civil de P.R., supra n. 88, pág. 408. Énfasis suplido.

*mismo*. Como dice el borrador del Código Civil “[l]a norma busca regular el uso de las técnicas para fines exclusivamente médicos. La finalidad principal y de conocimiento generalizado es la procreación humana asistida cuando no es posible alcanzarla a través de métodos tradicionales o el coito”.<sup>90</sup>

El texto antes mencionado también incluye la “prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estén estrictamente indicadas”.<sup>91</sup> De modo que el otro motivo por el cual se permitiría utilizar las técnicas de reproducción asistida sería para el tratamiento y/o prevención de enfermedades de origen genético,<sup>92</sup> siempre que medien diagnósticos, tratamientos a seguir y evidencia médica. (¿No crees que permitirlo para (1) procrear cuando no es posible por coito tiene unos argumentos muy diferentes a los de (2) tratamiento y/o prevención de enfermedades de origen genético? ¿No sería problemático presentarlo en conjunto?)

A las condiciones antes mencionadas, debe añadirse la incapacidad de una mujer para cumplir con el término completo de un embarazo, dando esto espacio para la subrogación de un vientre. Una mujer puede ser fértil para quedar embarazada pero incapaz de poder concluir satisfactoriamente con el periodo de gestación, con lo cual se pondría en riesgo su integridad física y emocional. El borrador del Código Civil proponía una solución a este problema. La misma planteaba que “cuando una mujer no puede cargar a término un embarazo por razones médicas, se permite el acuerdo de maternidad subrogada mediante el cual se conviene la gestación de un hijo a petición de otra persona”.<sup>93</sup> Nuevamente vemos la utilización de la tecnología de asistencia reproductiva enmarcada en necesidades y circunstancias médicas reales.

En materia de adjudicación de maternidad y paternidad, el borrador del Código Civil nos expone, en cuanto a la determinación de la primera, que:

[l]a procreación humana asistida en la que la mujer aporta sus óvulos o recibe óvulos de una donante, anónima o conocida, con la intención de asumir la maternidad, tiene como consecuencia la imputación irrefutable de maternidad sobre el hijo así engendrado.

---

<sup>90</sup> *Id.* pág. 248.

<sup>91</sup> Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida de España, Ley 14/2006 de 26 de mayo de 2006, Boletín Oficial del Estado (BOE) no. 126/2006, Artículo 1(b) citada por el Borrador para la Discusión Del Código Civil de P.R., supra n. 85, Pág. 248.

<sup>92</sup> Para un caso interesante relacionado con este tema leer Jairo Rivera Sierra, *Ética, ciencia, tecnología y relaciones familiares: selección y transferencia de embriones con la finalidad de salvar la vida de un hijo*, 41 Rev. Jurídica U. Inter P.R. 481.

<sup>93</sup> Borrador para la Discusión del Código Civil de P.R., supra n. 87, art. 300, pág. 435.

La imputación de maternidad será irrefutable si su consentimiento consta por escrito.<sup>94</sup>

En cuanto a paternidad, nos ofrece dos escenarios. El primero plantea que:

La procreación humana asistida en la que la mujer recibe espermatozoides de su marido, o de un donante anónimo o conocido, con el consentimiento de ambos cónyuges y la intención de asumir la paternidad, tiene como consecuencia la imputación de paternidad del marido sobre el hijo así engendrado. Para que esta imputación sea irrevocable, el consentimiento del hombre debe constar por escrito.<sup>95</sup>

El segundo, por su parte, propone:

La procreación humana asistida de la mujer en la que se utilice espermatozoides de un hombre conocido que consiente al uso de las técnicas con la intención de convertirse en padre, tiene el efecto del reconocimiento voluntario que regula este Código. Igual efecto se produce si un (1) hombre, motivado por el propósito de compartir con la mujer gestante la paternidad y la crianza del hijo así procreado, consiente que la mujer procrea un hijo con espermatozoides de un donante. Para que este reconocimiento sea irrevocable, el consentimiento del hombre debe constar por escrito.<sup>96</sup>

Como podemos apreciar, aunque todas las propuestas plantean la posibilidad de una presunción de maternidad o paternidad, *existe un requisito de consentimiento por escrito necesario para hacer de las presunciones un hecho irrevocable*. En los casos de inseminación artificial, basta con firmar un consentimiento entre las partes. Donde se complica el asunto es en los casos de maternidad subrogada, esto dado que la gestora es una persona, y la que otorga el material genético es otra. Para resolver este impase, proponemos una fusión entre algunos elementos de la *Uniform Parentage Act*<sup>97</sup> con la *Gestational Surrogacy Act* de 2004 de Illinois.<sup>98</sup> Del *Uniform Parentage Act* podríamos utilizar el requerimiento de una pre-aprobación judicial (o de alguna entidad gubernamental capacitada para ello como el Departamento de la Familia) para llevar a cabo el

<sup>94</sup> *Id.*, Art. 295, Pág. 426. (Énfasis suplido).

<sup>95</sup> *Id.*, Art. 293, Pág. 421.

<sup>96</sup> *Id.*, Art. 294, págs. 424- 425.

<sup>97</sup> Unif. Parentage Act of 2000, según enmendado en el 2002.

<sup>98</sup> Gestational Surrogacy Act of 2004, 750 ILCS 47/5 (Current through P.A. 97-1165 of the 2012 Reg. Sess., and through P.A. 98-2 of the 2013 Reg. Sess.).

proceso.<sup>99</sup> El mismo, cual sería obligatorio amparado en el poder de *parens patriae* que tiene el estado sobre el mejor interés de la criatura por nacer, ofrecería la protección de los acuerdos pactados entre las partes y cierto control al estado sobre dichos procesos.<sup>100</sup> En cuanto a los requisitos para otorgar dicha autorización judicial, el *Gestational Surrogacy Act*<sup>101</sup> nos ofrece una serie de guías. La madre subrogada deberá (1) ser mayor de edad; (2) haber tenido al menos un (1) hijo; (3) haber completado una evaluación médica física y mental; (4) haber tenido asesoría legal [y médica];<sup>102</sup> (5) tener seguro médico que cubra el tratamiento, hospitalización y cuidado post parto por un término de tiempo a determinarse al momento de redacción de la pieza legislativa;<sup>103</sup> y que la fuente de pago de los gastos médicos y auxiliares de la madre subrogada esté debidamente identificada, ya sea a través de bonos, dinero en efectivo, entre otros, así como las debidas provisiones en caso de que el embarazo y/o el contrato sea terminado o una de las partes incurra en violación del mismo.<sup>104</sup> Debemos señalar que existe una preocupación generalizada, la cual se reflejó en algunos de los ponentes del P. del S. 1568, de que la subrogación de vientres se preste para la explotación de las personas económicamente desventajadas.<sup>105</sup> Esto podría solucionarse imponiendo requisitos mínimos económicos para poder participar como madre subrogada.<sup>106</sup>

Los padres intencionales, con el propósito de adquirir la paternidad, deberán (1) contribuir con al menos uno de los gametos que resulten en el embrión que la madre subrogada gestará<sup>107</sup> [en circunstancias excepcionales en que ambos padres intencionales sean portadores de una condición genética hereditaria grave o sean estériles, se podrán utilizar todos los gametos donados. En el caso de que la madre subrogada sea donante de un gameto, ésta tendrá un plazo de setenta y dos (72) horas para reclamar la maternidad del niño, si luego de ese plazo, la madre subrogada no ha tomado determinación alguna, por escrito, la paternidad se le

---

<sup>99</sup> Véase Unif. Parentage Act, §§. 801 (c) y 803.

<sup>100</sup> Partimos de la premisa que el objeto de intercambio en un pacto de vientre subrogado no es el niño en sí, sino el gesto de contribuir a la formación del niño por parte de la madre subrogada ante la incapacidad de la madre biológica (ya sea por aportación de un gen o por la obtención de una donación).

<sup>101</sup> Gestational Surrogacy Act of 2004, 750 ILCS 47/5 (2009).

<sup>102</sup> Véase *Id.*, §20 (a) (1) – (5).

<sup>103</sup> Véase Gestational Surrogacy Act of 2004, (a) (6). El texto original de la ley de Illinois sugiere ocho (8) semanas.

<sup>104</sup> Véase Va. Code Ann. § 20-160, Sec. B(5).

<sup>105</sup> Véase Comisión de Derechos Civiles de Puerto Rico, Ponencia, 16 de agosto de 2010, <http://www.oslpr.org/2009-2012/ponencias/B2KWC821.pdf>.

<sup>106</sup> K. Tuininga, *The Ethics of Surrogacy Contracts and Nebraska's Surrogacy Law*, 41 Creighton L. Rev. 185, 195 (2008).

<sup>107</sup> Véase Gestational Surrogacy Act of 2004, 20 (b) (1).



otorgará a los padres intencionales, siempre y cuando no haya mediado un vicio de consentimiento];<sup>108</sup> (2) tener una necesidad médica real para una subrogación de vientre y que ésta conste por escrito, mediante declaración jurada;<sup>109</sup> (3) completar una evaluación mental;<sup>110</sup> (4) haber tenido asesoría legal [ y médica].

Un asunto que posiblemente preocupa a los legisladores a la hora de enfrentarse al tema de los contratos de reproducción asistida es el hecho de cómo poner en vigor los mismos, salvaguardando la voluntad de las partes, el interés del estado y, sobre todo, el mejor interés del menor. **Consideramos que una metodología multi-circunstancial sería idónea para atacar el problema.** Dicha metodología integra las diversas maneras en que varias jurisdicciones dentro de los E.U.A. han decidido controversias relacionadas con la reproducción asistida, y la cual fue adoptada por el Estado de Tennessee. Estas son: intención, parentesco genético, parentesco por gestación y el mejor interés del menor.<sup>111</sup> Por intención entendemos lo pactado entre las partes involucradas en el proceso de inseminación artificial y/o maternidad subrogada. Podríamos, también incluir los actos propios o preparatorios que las partes, en especial los subrogantes y/o recipientes, hayan realizado durante el proceso pre-alumbramiento y/o periodo de cumplimiento del contrato. Por su parte, el *parentesco genético* es aquel que, mediando pruebas genéticas, puede establecer un vínculo genético entre la criatura y una o dos de las partes involucradas. Esto se utilizaría ante ausencia de contrato y cuando una de las partes en el proceso, donante o donatario, subrogante o subrogado, aportó material genético, y posee un vínculo con la criatura resultante. El parentesco por gestación es la solución que provee nuestro Código Civil, en el cual se establece que la madre es aquella mediante la cual nace la criatura. Esta modalidad se utilizaría ante ausencia de contrato y vínculo genético. Por último, el mejor interés del menor se debe utilizar en todas las situaciones. En éste se tomará en consideración, por sobre todas las cosas, el bienestar del menor en su desarrollo biológico, psicológico, social y espiritual. La discreción del juez para determinar según el mejor interés del menor, únicamente debe estar limitada a cuando evidentemente se obraría en perjuicio de la criatura. Es decir, no debe convertirse el mejor interés del menor en una opción para que los contratantes incumplan las obligaciones incurridas. Ahora bien, entendemos también que las controversias deben evaluarse caso a caso.

En cuanto a la Inseminación post mortem es nuestro parecer que lo propuesto por el borrador de Código Civil resulta bastante idóneo. El mismo plantea, en su artículo 303, que

---

<sup>108</sup> *Id.*, (2). Fragmento añadido por el autor.

<sup>109</sup> *Id.*, (3).

<sup>110</sup> *Id.*, (4). Fragmento añadido por el autor.

<sup>111</sup> Véase C. Blackburn, *Family Law-Who is a Mother? Determining Legal Maternity in Surrogacy Arrangements in Tennessee*, 39 U. Mem. L. Rev. 349, 353- 368 (2009).

No puede imputarse la filiación, ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el nacido mediante la procreación asistida y un hombre o una mujer fallecidos, a menos que la transferencia del material genético al útero de la mujer gestante se realizara previo a la fecha del fallecimiento.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el hombre o la mujer puede consentir, en un documento público, en un testamento, o en el consentimiento informado, que su material genético pueda utilizarse para fecundar a una mujer cuya identidad sea indubitada. Tal procreación produce los efectos legales que se derivan de la filiación natural, siempre que la fecundación se logre en el año siguiente a su fallecimiento.<sup>112</sup>

Al artículo antes mencionado, el cual resulta igual que el de la ley española discutida anteriormente, añadiríamos, que una mujer u hombre no casado podría hacer uso de ésta disposición, siempre que cumpla con los requisitos ahí establecidos.<sup>113</sup> Añadiríamos también que se requiera que alguien designado vele por la correcta utilización de los gametos dejados por el o la causante. El mismo debe ser designado por el causante mediante escritura pública.<sup>114</sup> Es importante señalar que dicha fecha de caducidad deberá ser improrrogable, para imponer así un término a dicha inseminación, además de proveer tranquilidad tanto a la madre como a los herederos nacidos. Finalmente, y no menos importante, cabe señalar que, aun cuando en Puerto Rico no está regulada la inseminación post mortem explícitamente, podría argumentarse que nuestro Código Civil, en su § 461, provee un plazo de trescientos (300) días para realizar dicha inseminación.<sup>115</sup> Dicha sección se limita a proveer el término de trescientos (300) días para que la criatura resultante luego de la disolución de un matrimonio sea reconocida como hijo de ambas partes y *no* establece requisitos más allá de que la criatura haya nacido dentro de dicho término. Esto, por otra parte, no menoscaba los derechos de los otros herederos, pues nuestro Código Civil les permite impugnar al nacido luego de la muerte del causante, sirviendo ésto para corroborar que la criatura nacida es legítima.<sup>116</sup> A estos efectos RAÚL SERRANO GEYLS nos dice que “[s]i se trata de un hijo póstumo, es decir, nacido dentro de los trescientos días del

---

<sup>112</sup> Borrador para la Discusión Del Código Civil de P.R., supra n. 87, Art. 303, pág. 441.

<sup>113</sup> Véase LEY 14/2006, supra n. 60, Art. 9 (1-3), pág. 4.

<sup>114</sup> Véase West's Ann.Cal.Prob.Code § 249.5 (B) y (C).

<sup>115</sup> Véase Código Civil P.R., 31 L.P.R.A. § 461 Art. 113 (Lexis-Nexis P.R., 1993 & Supl. 2010). Véase también: Raúl Serrano Geyls, supra n. 15, §5, Págs. 916-918.

<sup>116</sup> Véase *Id.*, 31 L.P.R.A. § 464, Art.116.

fallecimiento del marido, la presunción funcionará a partir de la inscripción del nacimiento en el Registro Demográfico, como hijo de la madre y de su marido premuerto”.<sup>117</sup>

## V. Algunos comentarios finales

### A. Los métodos de reproducción asistida y la donación de órganos: una breve comparación

Nos parece meritorio abordar otro tema que trae sobre la mesa el P. del S. 1568. Además de los asuntos relacionados con la prohibición de los métodos de reproducción asistida, el P. del S. 1568 busca restringir la utilización de gametos, cigotos, embriones o material genético de procedencia desconocida y la compraventa de gametos, cigotos y material genético. Como argumento expone que, además de producir hijos sin padres, esto está considerado como algo deplorable por la comunidad médica.<sup>118</sup> Debemos señalar que aunque existe debate sobre la venta de órganos y tejidos, la práctica sólo es considerada como “deplorable” por un sector de la comunidad médica. Consideramos, sin embargo, que la compra y venta de órganos y tejidos podría estar implícitamente permitida en nuestro ordenamiento aun cuando la política pública lo prohíbe. De no ser así, ¿cómo justificamos los altos precios de un trasplante de órgano? ¿Oferta y demanda? ¿Complejidad del manejo e intervención? Entendemos que nuestra Ley de Donaciones Anatómicas de Puerto Rico<sup>119</sup> establece un protocolo sobre el correcto manejo de órganos y tejidos, pero eso no es garantía suficiente para que, dentro de los costos por el servicio de trasplante, se facture el *valor* del órgano en cuestión.

En cuanto a la donación de gametos, cigotos, embriones y material genético de procedencia desconocida, existe también un debate. Algunos favorecen su utilización mientras otros se oponen. Del mismo modo algunos defienden el anonimato de los donantes como medio para auspiciar la donación mientras otros creen que el donante no debe ser anónimo, e incluso, debe responder por las criaturas resultantes. La política pública, en asunto de manejo de gametos, tanto en Puerto Rico como en los E.U.A. es el mantener a los donantes en anonimato con el propósito de auspiciar la donación de gametos.

---

<sup>117</sup> Raúl Serrano Geyls, *supra* n. 15, §5, pág. 917.

<sup>118</sup> Véase P. del S. 1568, *supra* n. 3, págs. 1-2.

<sup>119</sup> Ley de Donaciones Anatómicas de Puerto Rico, Ley Núm. 296, 25 de diciembre de 2002, 24 L.P.R.A. §§ 3620-3620y.

## B. Un acercamiento a la visión del sector religioso

Generalmente, cuando se presenta un proyecto de ley relacionado con el tema de la reproducción asistida existe una fuerte oposición de grupos representantes del sector religioso del país. Dicha oposición está compuesta principalmente por grupos cristianos de distintas denominaciones. Cabe resaltar que intentaremos atender todas las visiones en conjunto dado que son bastante cónsonas y, a su vez, evitamos la impresión de estar señalando denominaciones en particular, dado que nuestro acercamiento busca explorar la oposición desde un punto de vista analítico no antagónico.

La oposición a este tipo de proyectos puede encontrar su génesis en cinco vertientes principales, es decir (1) la insubordinación de la voluntad del ser humano a la voluntad de Dios; (2) la visión de la inseminación heteróloga y la maternidad subrogada como un acto de adulterio, cuando se trata de parejas casadas; (3) la concepción de que se trata de *sexo* fuera del matrimonio cuando se trata de personas solteras, particularmente mujeres; (4) la utilización, experimentación, conservación y eliminación de embriones, los cuales son considerados como un ser humano desde el punto de vista religioso y atado a éste el quinto cual es la oposición al tráfico humano. Respecto a la insubordinación de la voluntad del ser humano a la voluntad de Dios, este planteamiento es piedra angular en la doctrina religiosa.<sup>120</sup> Ello implica que si una pareja no puede procrear criatura alguna luego de intentar aquellos métodos permitidos por la iglesia, los cuales generalmente incluyen prácticas que no involucren la intervención de un tercero en el acto en sí de la procreación, se deben considerar otras alternativas cónsonas con el pensamiento cristiano, tales como la adopción o el servicio al prójimo, entre otras.<sup>121</sup> Asimismo, cuando traemos el tema de la inseminación heteróloga, existe un consenso en la doctrina religiosa que establece que ello constituye adulterio.<sup>122</sup> Ello amparado en que el matrimonio está constituido por el esposo

---

<sup>120</sup> Véase e.g. Génesis 9:6; Deuteronomio 32:39; Véase también e.g. Cardinal William Levada, *The Role of the Magisterium in Bioethics*, 11 de febrero de 2007, disponible en [http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_20070208\\_levada-dallas\\_en.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20070208_levada-dallas_en.html) (visitado el 11 de octubre de 2013); Congregation for the Doctrine of the Faith, *Instruction on Respect for Human Life in its Origin and on the Dignity of Procreation Replies to Certain Questions of the Day*, 22 de febrero de 1987, disponible en [http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_19870222\\_respect-for-human-life\\_en.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_en.html) (visitado el 11 de octubre de 2013, 2013); Paul VI, *Humanae Vitae*, 25 de julio de 1968, disponible en [http://www.vatican.va/holy\\_father/paul\\_vi/encyclicals/documents/hf\\_p-vi\\_enc\\_25071968\\_humanae-vitae\\_en.html](http://www.vatican.va/holy_father/paul_vi/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_25071968_humanae-vitae_en.html) (visitado el 11 de octubre de 2013).

<sup>121</sup> Véase Congregation of the Doctrine of Faith, supra n. 119.

<sup>122</sup> Véase Cardinal W. Levada, supra n. 120; Congregation of the Doctrine of Faith, supra n. 120; The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints, *Selected Church Policies*, §§ 21.4.7 &

y la esposa y todo contacto íntimo que propenda a la procreación debe ser entre éstos. Cualquier intervención de un tercero para aportar material genético o un vientre constituye adulterio.<sup>123</sup> Los argumentos anteriores pueden utilizarse para establecer que la inseminación artificial de una mujer soltera constituye una violación a los principios religiosos ya que sería el equivalente de consumir un intercambio carnal entre dos personas no casadas.<sup>124</sup> Además esto constituiría la comercialización y tráfico de seres humanos debido a la utilización de embriones en el proceso.<sup>125</sup> Dicha comercialización se consume al vender los embriones, dado que acorde a la doctrina religiosa se consideran seres humanos. Asimismo, según las Sagradas Escrituras y varios analistas y tratadistas de la iglesia, el poder de dar y quitar la vida sólo le corresponde a Dios.<sup>126</sup> Al este sector considerar que un ser humano está vivo desde el momento de la concepción, todo procedimiento que involucre la creación de embriones para otro fin que no sea culminar con la creación de una criatura y/o que involucre descartarlos, es considerado un asesinato.<sup>127</sup>

Luego de una breve exposición de los fundamentos principales que, a nuestro entender, pueden dar paso a la oposición del Sector Religioso a una medida que busque permitir los métodos de reproducción asistida en su acepción más amplia, resulta necesario indagar si puede existir una zona donde la doctrina religiosa y la doctrina legal puedan unirse sin frustrar los propósitos de una y otra. Si bien reconocemos la importancia de considerar la posibilidad de alguna armonía o conjunción de ideas sobre esta temática, reconocemos desde nuestra perspectiva, que ello resulta imposible. Existen, según nuestro parecer, dos maneras principales de tratar el asunto. La primera sería amparar el proceso legislativo en el precepto constitucional sobre la separación de iglesia y estado. Este modo, el cual avalamos, dejaría únicamente en manos del proceso legislativo la aprobación de alguna disposición que reglamente la reproducción asistida en nuestra jurisdicción, según

---

21.4.16, disponible en <http://www.lds.org/handbook/handbook-2-administering-the-church/selected-church-policies?lang=eng#21.4.7> (visitado el 11 de octubre de 2013).

<sup>123</sup> Cardinal W. Levada, supra n. 120, 4<sup>th</sup> Principle.

<sup>124</sup> The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints, supra n. 120, §§ 21.4.3 2 & 21.4.5. Véase e.g. Cardinal W. Levada, supra n. 119, 4<sup>th</sup> Principle.

<sup>125</sup> Congregation of the Doctrine of Faith, supra n. 119.

<sup>126</sup> Véase e.g. Génesis 9:6; John H. Walton, Victor H. Matthews & Mark W. Chavalas, Comentario del Contexto Cultural de la Biblia. Antiguo Testamento 29 (3era ed., Editorial Mundo Hispano 2008).

<sup>127</sup> Véase e.g. Cardinal W. Levada, supra n. 120; Congregation of the Doctrine of Faith, supra n. 120; Sacred Congregation for the Doctrine of the Faith, *Declaration on Procured Abortion*, 18 de noviembre de 1974, disponible en [http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_19741118\\_declaration-abortion\\_en.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19741118_declaration-abortion_en.html) (visitado el 11 de octubre de 2013).

el Derecho vigente. Sin embargo, no podemos abstraernos de la realidad del que el proceso legislativo acarrea en sí un proceso de cabildeo, al cual los miembros de las distintas denominaciones tienen derecho por ser ciudadanos de Puerto Rico. A raíz de ello cabe decir que es a los miembros de la Asamblea Legislativa, al poder Ejecutivo y a la Rama Judicial a quienes corresponde mantener el proceso de legislación e interpretación de la ley separado de toda intromisión indebida de la doctrina religiosa. Sin embargo, otra opción más neutral sería asumir una postura similar a la presentada frente al tema del aborto, donde el Tribunal Supremo Estadounidense ha establecido unas normas relativas al proceso, sin prohibir tajantemente el mismo, tales como informar a los participantes con información verídica de los procedimientos, requerir ciertos parámetros de información a las organizaciones que realicen los distintos procedimientos, otorgar a los padres subrogantes y/o subrogados un periodo razonable para determinar si comienzan el proceso, entre otros. Sin embargo entendemos que esta segunda opción creará una situación igual de tensa que el tema del aborto, por lo que no resulta muy práctica.

## **VI. Conclusión**

Entendemos que es cuestión de tiempo para que la controversia vuelva a resurgir, ya sea por que se presente alguna otra medida que pretenda criminalizar la práctica, regular civilmente la misma o replantearla como parte de un nuevo intento de enmendar o recrear el Código Civil de Puerto Rico. Existe una alta posibilidad de que la medida no sea recibida con beneplácito por diversos sectores en nuestra sociedad, particularmente por sectores conservadores y religiosos. Ello debido a que los métodos de reproducción asistida generalmente van contrapuestos a elementos fundamentales de diversos grupos religiosos, tales como la fidelidad entre cónyuges, la voluntad divina, entre otros. Esa visión se encontrará con un acercamiento legal dirigido a proteger el derecho a la intimidad y la autonomía personal. Ello dificulta un consenso entre la visión estrictamente legal y la visión religiosa, dado que el conflicto surge entre elementos que constituyen principios para cada una de las visiones. Para abordar este conflicto pueden asumirse dos vertientes: (1) ampararse en la separación de iglesia y estado reconocida tanto por la Constitución puertorriqueña y la estadounidense o (2) presentar algunas regulaciones respecto al modo en que se llevan a cabo los métodos de reproducción asistida, desde un punto de vista laico. Respecto a estas dos vertientes, entendemos que la más práctica es la primera, debido a la imposibilidad de llevar a los grupos antagónicos a algún tipo de consenso dado la delicadeza y lo fundamental del tema dentro de los respectivos modos de pensamiento. Por otra parte entendemos que el proyecto debe presentarse de una manera directa, conteniendo todos los elementos relacionados a la reproducción

asistida, es decir, desde elementos estrictamente de reproducción hasta elementos de índole terapéutico de modo que se discutan todas las objeciones y propuestas y sea el proceso legislativo el que depure la medida. Por último, es menester atender el asunto de la reproducción asistida en Puerto Rico, dado que ante la ausencia de legislación, corresponderá a los tribunales resolver las controversias que se susciten a la luz del Derecho comparado y nuestra legislación, en su mayoría necesitada de una revisión profunda respecto al tema, lo que podría ocasionar una discusión acelerada del asunto unido a la complejidad de armonizar sentencias diversas.

Asimismo, entendemos que las controversias relacionadas a los métodos de reproducción asistida son inminentes dentro de la jurisdicción del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, razón por la cual resulta imperativo crear reglamentación y legislación que sirva de guía a nuestros jueces(zas), abogados(as), médicos y ciudadanos(as) a la hora de enfrentarse a éstas. Sin embargo, consideramos que la criminalización no es la vía correcta de atajar el problema, dado que iría en contra de la política pública que se quiere establecer en la isla; la bio-isla y la economía del conocimiento. Constituiría, también, una violación al derecho a la intimidad celosamente protegido por nuestra Constitución y por la Constitución de los E.U.A. Por otra parte, nos parece que la criminalización sólo causaría un éxodo de personas que buscarían utilizar dichos métodos en el exterior, pero que regresarían con las criaturas resultantes de los mismos, trayendo consigo los posibles conflictos que de esto puedan emanar. A su vez, crearía al Estado una carga onerosa debido a que si encarcelamos a todos los participantes del proceso, ¿quién o quiénes se harían cargo de la criatura? Entendemos que la vía civil es la correcta para tratar el asunto ya que provee una esfera en la cual se protegen los derechos de las partes, le brinda a los (las) jueces(zas), abogados(as), médicos y ciudadanos(as) un marco de referencia y orientación sobre las posturas y decisiones jurídicas que deben tomarse y a la vez resultaría cónsono con la política pública que ha comenzado a perfilarse en otros asuntos análogos, tales como la adopción.<sup>128</sup>

---

<sup>128</sup> Véase Ley de Reforma Integral de Procedimientos de Adopción de 2009, según enmendada, Ley Núm. 186-2009, §§ 3-8, aprobada el 18 de diciembre de 2009. (Nos referimos particularmente a la capacidad de contratación que tienen los padres adoptivos con la madre biológica a la criatura de la última mientras está en estado de embarazo. Por apartarse del propósito de este escrito no discutimos más a fondo este particular).





## Legislación por Descargue: Análisis del desarrollo histórico de la rama legislativa y el descargue de comisiones

*Freddy Antonio Hernández Martínez<sup>1</sup>*

*“[M]e acompaña el temor de que a fuer de insistir en la verdad del progreso logrado, se afloje la voluntad de lucha de nuestro pueblo; que las clases dirigentes. . .puedan caer en un estado de complacencia, de indiferencia o de anestesia social”*

Ernesto Ramos Antonini<sup>2</sup>

### I. Introducción

El tema central de este artículo surge del profundo interés que genera la discusión sobre la aprobación de proyectos, mediante el recurso de descargue de comisión. A medida que comenzamos nuestra investigación, nos topamos con que, aun cuando escuchamos mencionar a menudo el descargue en la palestra pública, es muy poca la recopilación de material jurídico local que aborde con especificidad el desarrollo legislativo. Por lo que deseamos aportar con nuestros esfuerzos a un mayor entendimiento.

En la actualidad, el descargue es conocido en la comunidad como una práctica legislativa cuestionable, toda vez que su aplicación limita que las comisiones estudien los proyectos de ley o resoluciones<sup>3</sup> para realizar investigaciones, consultar

---

<sup>1</sup> Estudiante de tercer año nocturno, presidente del la organización Movimiento Pro Justicia Social de la facultad de Derecho de la Universidad Interamericana. Para deliberaciones ulteriores y referencias favor de comunicarse al correo electrónico: [freddyantoniohernandez@yahoo.com](mailto:freddyantoniohernandez@yahoo.com).

<sup>2</sup> Ernesto Ramos Antonini, *La educación, la democracia y la igualdad social y humana*. Discurso en ocasión de los ejercicios de graduación de la Universidad interamericana, 1962. <http://www.ramosantonini.com/PDFFiles/libro%20la%20educacion.pdf> (accedido el 22 de marzo de 2014).

<sup>3</sup> Una resolución es una legislación con un propósito específico, su vigencia culmina al realizarse la obra o cumplirse la finalidad que persigue. Esta sigue el mismo trámite que los

fuentes pertinentes, celebrar vistas públicas y redactar informes. De ordinario, el descargue de comisión es un concepto adoptado del proceso constitucional legislativo de los Estados Unidos. Estos, a su vez, lo heredaron del sistema de representación parlamentario inglés, el cual fue la base para la organización de nuestro congreso bicameral. Sin embargo, se conoce que tan lejano en la historia, como en la antigua Grecia, los gobernantes utilizaban procedimientos similares para la toma de decisiones de sus cuerpos legislativos.<sup>4</sup>

El mecanismo de descargue ha sido utilizado en el pasado por puertorriqueños y puertorriqueñas prominentes de nuestra historia. Sin embargo, una diferencia en la aplicación de la herramienta aparenta desprenderse del tipo de proyectos a los cuales este método se emplea en la actualidad, en comparación con el pasado, y a la posible práctica arbitraria del proceso.

En el actual cuatrienio, el mecanismo de descargue se ha utilizado para la legislación de distintos proyectos y resoluciones de leyes conocidas, entre estos, el Proyecto de la Cámara 509, para atender la crisis económica y de desempleo con la “Ley de Empleos Ahora”<sup>5</sup> y el Proyecto del Senado 267,<sup>6</sup> para enmendar el Artículo 3 de la Ley Núm. 97 de 19 de junio de 1968, con el propósito de eliminar las dietas de los legisladores. También se han sometido bajo descargue resoluciones como la Resolución del Senado 404,<sup>7</sup> para expresar el pésame a la familia de Yiye Ávila por la muerte del evangelista, y la encomiable la Resolución del Senado 14,<sup>8</sup> para solicitarle al Presidente de los Estados Unidos, la inmediata e incondicional liberación de Oscar López Rivera.

Por otro lado, en el cuatrienio pasado podemos encontrar el Proyecto de la Cámara 152,<sup>9</sup> para eliminar la colegiación compulsoria a los abogados y abogadas de Puerto Rico, el Proyecto del Senado 894,<sup>10</sup> para crear la “Ley Especial de

---

proyectos de ley, regularmente se utiliza para destinar fondos para un propósito específico, tal como las asignaciones para el distrito de un legislador, extender una sesión ordinaria de la Asamblea Legislativa o, aunque menos frecuente, para establecer una comisión o comité especial conjunto de las Ramas Legislativa y Ejecutiva para llevar a cabo una tarea específica, entre otras. Las resoluciones no forman parte de los estatutos permanentes de Puerto Rico. Definición de términos, (portal del Gobierno de Puerto Rico) <http://www2.pr.gov/presupuestos/presupuesto20112012/Informacin%20General/Definición%20de%20Términos.pdf> (accedido 22 de marzo de 2014).

<sup>4</sup> Néstor Rigual, *El poder legislativo de Puerto Rico*, 18 (Editorial Edil, Inc. 1974).

<sup>5</sup> Proyecto de la Cámara 599, 1ra Sesión Ordinaria (10 de febrero de 2013).

<sup>6</sup> Proyecto del Senado 267, 1ra Sesión Ordinaria (7 de marzo de 2013).

<sup>7</sup> Resolución del Senado 404, 1ra Sesión Ordinaria (28 de junio de 2013).

<sup>8</sup> Resolución Concurrente del Senado 14, 1ra Sesión Ordinaria (30 de mayo de 2013).

<sup>9</sup> Proyecto de la Cámara 152, 2da Sesión Ordinaria (13 de octubre 2009).

<sup>10</sup> Proyecto del Senado 894, 1ra Sesión Ordinaria (11 de agosto del 2009).

Justicia Tarifaria de Utilidades para Residenciales Públicos” y el Proyecto de la Cámara 1326,<sup>11</sup> para aprobar la conocida Ley 7.<sup>12</sup>

Un análisis somero sobre las legislaciones del cuatrienio 2009-2012 nos muestra que más del sesenta por ciento de las medidas descargadas fueron resoluciones, entre estas la Resolución del Senado 178,<sup>13</sup> para felicitar al Boxeador Miguel Cotto por recibir su tercera correa de campeonato, la Resolución del Senado 218,<sup>14</sup> para expresar la solidaridad del Senado con la Séptima Marcha “Dios alumbró a Puerto Rico”, y la Resolución 743,<sup>15</sup> Para expresar la más cálida felicitación a la poetisa, Millie Díaz en ocasión de dedicársele el Festival de la Yuca.

En cuanto a una comparativa entre los pasados tres cuatrienios y cuatrienio en curso, podemos observar marcadas diferencias en las cantidades de proyectos y resoluciones conjuntas descargadas en cada uno de ellos. En lo que va de cuatrienio, se han descargado aproximadamente 96 medidas en cámara y senado. En el cuatrienio pasado de 2009 a 2012, se descargaron aproximadamente 801 medidas. Para el cuatrienio de 2005-2008 se descargaron aproximadamente 10,021 medidas. El cuatrienio de 2001 a 2004 fue el periodo con mayor número de medidas descargadas, alcanzando aproximadamente unas 16,503 medidas descargadas en Cámara y Senado. Por último, de los datos recopilados se puede apreciar una relación entre el partido con mayoría legislativa y el partido con mayor cantidad de medidas descargadas.<sup>16</sup>

Varias interrogantes dan forma a nuestra investigación, entre ellas: ¿Cómo llegó a Puerto Rico el método de legislación por descargue?; ¿Cuál es su propósito?; ¿Es posible regularlo? ¿Servirá su regulación a un interés apremiante? Estas representan algunas de las preguntas que intentaremos contestar a lo largo de este artículo.

A efectos de lograr ese objetivo, repasaremos la evolución histórica de nuestro proceso legislativo, desde los primeros parlamentos hasta la coyuntura en la que convergemos hoy. Posteriormente, analizaremos las particularidades del desarrollo de nuestro gobierno y sistema legislativo. Por último presentaremos soluciones al problema establecido mediante propuestas de enmiendas a las reglas

---

<sup>11</sup> Proyecto de la Cámara 1326, 1ra Sesión Ordinaria (9 de marzo de 2009).

<sup>12</sup> Ley Especial Declarando Estado de Emergencia Fiscal y Estableciendo Plan Integral de Estabilización Fiscal para Salvar el Crédito de Puerto Rico, Ley Núm. 7-2009, 13 L.P.R.A. §§ 64 et seq. (Westlaw 2014).

<sup>13</sup> Resolución del Senado 178, 1ra Sesión Ordinaria (23 de febrero de 2009).

<sup>14</sup> Resolución del Senado 218, 1ra Sesión Ordinaria (6 de marzo de 2009).

<sup>15</sup> Resolución del Senado 743, 2da Sesión Ordinaria (22 de octubre de 2009).

<sup>16</sup> Los resultados presentados surgen de datos recopilados por el autor del sistema de trámite legislativo de la oficina de servicios legislativos, [http://www.oslpr.org/legislatura/tl2013/tl\\_busca\\_avanzada.asp](http://www.oslpr.org/legislatura/tl2013/tl_busca_avanzada.asp) (accedido el 22 de marzo del 2014).

aplicables al mecanismo de descargue con el propósito de alcanzar un proceso menos arbitrario a la hora de legislar y que a la vez no pierda la flexibilidad necesaria para casos que verdaderamente lo ameriten.

## II. Trasfondo Histórico del Poder Legislativo

El congreso estadounidense es una de las legislaturas con mayor autonomía a nivel mundial y su independencia de la Rama Ejecutiva es su rasgo más fuerte. Aunque su sistema se compone actualmente de una asamblea no parlamentaria, su desarrollo como gobierno representativo, se debe mucho al periodo medieval, renacentista y de la ilustración.<sup>17</sup>

Las primeras asambleas se remontan a la época medieval, utilizadas por emperadores como paneles de asesores comúnmente para acordar aumentos de impuestos y proclamaciones de guerra. Durante su desarrollo estos primeros parlamentos estaban compuestos por miembros de la nobleza, el clero, y la burguesía.<sup>18</sup> Durante este siglo y el siguiente, el concepto de asambleas comenzó a surgir en la mayor parte del oeste de Europa.<sup>19</sup> A medida que se consolidaron y los asambleístas comenzaron a presentar sus problemas en forma de peticiones a los monarcas, hubo una evolución en las funciones de las asambleas, las cuales se comenzaron a involucrar en el desarrollo y mejoramiento del reino, a través de la promulgación de leyes.<sup>20</sup>

De la misma manera en la que el pueblo romano diseñó un gobierno republicano como respuesta al repudio de los principados. Las instituciones creadas por los fundadores de los Estados Unidos respondieron a un claro rechazo al modelo europeo monárquico. Sin embargo, al ser este el sistema político que conocían, fue utilizado como punto partida en el desarrollo colectivo de ideas descentralizadoras.

En general, el gobierno federal refleja la constante inclinación de actuar como un freno al poder del ejecutivo. Sobre esto encontramos en los ensayos publicados por James Madison, conocidos como “The Federalist Papers”,<sup>21</sup> una

---

<sup>17</sup> Connie A. Veillette & Christopher J. Deering, *Evolution of the American Parliament*, 1 (Department of Political Science, The George Washington University, 2003) <http://home.gwu.edu/~rocket/American%20Parliament.doc> (accedido el 22 de marzo de 2014).

<sup>18</sup> Rigual, *supra* n. 4.

<sup>19</sup> Véase Joseph R. Strayer, *On the Medieval Origins of the Modern State*, (Princeton University Press 1970).

<sup>20</sup> Connie A. Veillette & Christopher J. Deering, *supra* n. 6 pág. 3.

<sup>21</sup> James Madison, *The Federalist Papers No. 47*, [http://thomas.loc.gov/home/histdox/fed\\_47.html](http://thomas.loc.gov/home/histdox/fed_47.html) (accedido el 22 de marzo de 2014).

idea clara de la visión que hubo en los fundadores de los Estados Unidos. Estos ensayos, publicados en forma de cartas y bajo distintos pseudónimos, adoptaron un rol importante en su Constitución. En uno de estos ensayos o cartas, Madison, quién luego fuera el cuarto presidente de los Estados Unidos, abordó el tema de la acumulación de poderes como sinónimo de tiranía: “the accumulation of all powers, legislative, executive, and judiciary, in the same hands whether of one, a few, or many, and whether hereditary, self-appointed, or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny”.<sup>22</sup>

### A. El Poder Legislativo en EE.UU.

Redactada en 1787 y ratificada al año siguiente, la Constitución de los Estados Unidos es la constitución vigente más antigua del mundo. En ella se plasman los elementos fundamentales de su gobierno. El texto constitucional se expresa ampliamente sobre la administración de la rama legislativa desde su primer artículo.<sup>23</sup> En el cual se establece la supremacía del pueblo mediante el sufragio y se eleva el congreso bicameral a rango constitucional. Además, el mismo le asigna al Congreso la ineludible responsabilidad de organizar sus distintas ramas de gobierno, aumentar ingresos, realizar declaraciones de guerra y crear leyes necesarias y apropiadas para la ejecución de estos poderes.

En términos procesales, el artículo establece los requisitos para la elección de senadores y representantes, el proceso para que se llenen las vacantes y la elección y remoción de oficiales.<sup>24</sup> Además, sobre la rama Legislativa la Constitución ordena a cada cámara crear su propio sistema disciplinario y reglamentario.<sup>25</sup> En relación al proceso de creación de leyes, el Artículo I<sup>26</sup> resalta las características de la cláusula de presentación y la vertiente sustantiva.<sup>27</sup> Ello, mediante la declaración de los poderes enumerados del gobierno delegados al Congreso y la protección de poderes estatales con el poder nacional.

Aunque la Constitución Federal reguló los asuntos medulares del gobierno, en relación a los que nos compete la constitución no incluyó consideraciones del trámite parlamentario. Esto significó que durante las primeras sesiones del congreso, ambos cuerpos procedían conforme a las antiguas reglas de orden parlamentario.<sup>28</sup>

---

<sup>22</sup> *Id.*

<sup>23</sup> Const. EE.UU. Art. I.

<sup>24</sup> *Id.* § 2-4.

<sup>25</sup> *Id.* § 5.

<sup>26</sup> *Id.* § 7.

<sup>27</sup> *Id.* § 8.

<sup>28</sup> Asher C. Hinds, *Hinds' Precedents of the House of Representatives of the United States*, Cap. 91 § 3364, 2002 (U.S. Government Printing Office 1907).

El proceso parlamentario, conocido también como las Reglas de Orden, estaba compuesto de precedentes aceptados generalmente en los parlamentos ingleses del 1500.<sup>29</sup> En los Estados Unidos, el primer trabajo que interpretó y definió los principios parlamentarios para el recién creado gobierno Americano fue el Manual de Práctica Parlamentaria,<sup>30</sup> escrito por el tercer presidente de Estados Unidos, Tomas Jefferson. En la actualidad, el manual es la Ley parlamentaria que suplementa las reglas legislativas de Puerto Rico y Estados Unidos.<sup>31</sup>

Cuando Thomas Jefferson prevaleció en las elecciones de 1796, tras las cuales fungiría como Vicepresidente durante la presidencia de John Adams, una de sus preocupaciones fue la falta de reglas que dirigieran las funciones del cuerpo senatorial.<sup>32</sup> Sobre esto, Jefferson escribió: “It is now so long since I have acted in the legislative line that I am entirely rusty in the Parliamentary rules of procedure”. Por esta razón, Jefferson comenzó a investigar sobre el tema desde antes de ser electo a la vicepresidencia. Estas investigaciones dieron paso a que Jefferson publicara el “Manual de la Práctica Parlamentaria” para el Senado de los Estados Unidos en 1801, como Presidente del Senado y Vicepresidente de Estados Unidos.<sup>33</sup> En 1837, la Cámara de Representantes estableció que las disposiciones del Manual “regirán en la Cámara los casos en que sean aplicables y no estén en pugna con las reglas y órdenes permanentes de la Cámara”.<sup>34</sup> El Manual de Jefferson es considerado la mejor exposición de la ley parlamentaria de su tiempo, del cual surgen los fundamentos<sup>35</sup> de algunas de las prácticas más importantes de la legislatura.<sup>36</sup>

El Manual no menciona el descargue de comisión como lo conocemos. No obstante permite, que por medio de aprobación y votación, se decida qué proyectos

---

<sup>29</sup> Enciclopedia Británica, *Parliamentary Procedure* <http://global.britannica.com/EBchecked/topic/444328/parliamentary-procedure#ref186334> (accedido el 22 de marzo de 2014).

<sup>30</sup> Thomas Jefferson, *Manual de Práctica Parlamentaria* (Cámara de Representantes de Puerto Rico, 1976).

<sup>31</sup> Rigual *supra* n. 4, pág. 146; Reglamento de la Cámara de Representantes de Puerto Rico, 1917 Regla 1.5 (b).

<sup>32</sup> The Thomas Jefferson Encyclopedia, *Manual of Parliamentary Practice*, [http://www.monticello.org/site/research-and-collections/Manual-parliamentary-practice#\\_ref-0](http://www.monticello.org/site/research-and-collections/Manual-parliamentary-practice#_ref-0) (accedido el 22 de marzo 2014).

<sup>33</sup> *Id.*

<sup>34</sup> Jefferson, *supra* n.19 art. I nota alcalde (a).

<sup>35</sup> El primer sistema ordenado de reglas de procedimiento puede acreditarse al Rey Edgardo de Inglaterra, quien en el 959 instituyó un sistema para resolver las diferencias y hacer decisiones en una manera ordenada y democrática. Los colonos americanos llevaron el procedimiento parlamentario a las legislaturas de las colonias. H.E. Hellman, *Parliamentary Procedure*, 57 (Ed. MacMillan 1966).

<sup>36</sup> *Id.* pág. 2.

se enviarán a comisión. Aunque sin razones específicas, el manual convierte a la rama legislativa en una cuasi-comisión que luego evalúa el proyecto y hace las enmiendas requeridas.<sup>37</sup>

Para el 1820, el método parlamentario había sido abandonado para ejercer control sobre las decisiones, temas y la presentación de sus leyes.<sup>38</sup> De esta forma, el Manual de Jefferson pasó a ser una herramienta supletoria para llenar vacíos en el ámbito estrictamente procesal de la legislación.

Después de décadas de conflicto y confusión sobre radicación de proyectos, en el 1880 se simplificó la práctica con el método –hasta hoy vigente– de introducir proyectos, iniciados bajo la firma del legislador. En ese año también se estableció la regla, no constitucional, que exige someter los proyectos a las comisiones con jurisdicción sobre el tema en discusión. De esta forma, los legisladores del Congreso disfrutaban de una completa libertad de presentar leyes y resoluciones, sin embargo, son inmediatamente referidos a la comisión capacitada para realizar un análisis del tema específico presentado. Esta es una de las razones por las cuales las comisiones son conocidas como los guardianes o “gatekeepers” de la legislación.

Debido a la dificultad en la jurisdicción federal para llevar a cabo el proceso de descargue, las comisiones tienen la libertad de informar sobre proyectos y resoluciones, pero no tienen ningún poder para obligar a los cuerpos a aceptarlos. Sobre el trámite legislativo de las Leyes, la Constitución de Estados Unidos establece de manera expresa:

Every Bill which shall have passed the House of Representatives and the Senate, shall, before it become a Law, be presented to the President of the United States; If he approve he shall sign it, but if not he shall return it, with his Objections to that House in which it shall have originated, who shall enter the Objections at large on their Journal, and proceed to reconsider it.<sup>39</sup>

De esta manera, resulta evidente que la Constitución de Estados Unidos no hace referencia a las comisiones legislativas lo que trae como consecuencia, que ésta no incluya expresamente el proceso de descargue como parte de su texto.

---

<sup>37</sup> En su Artículo sobre la Cuasi-Comisión, el Manual se expresa sobre la eventualidad de que no se presente ninguna moción para el envío de un proyecto a una comisión, o en que igualmente –mediante moción y votación– se haya decidido no enviar un proyecto. De igual manera, no se hace mención del procedimiento de descargue de comisión. *Id.* Art. XXX pág. 62.

<sup>38</sup> Joseph Cooper & Cheryl D. Young, *Bill Introduction in the Nineteenth Century: A Study in Institutional Change*, 67-105 (Legislative Studies Quarterly 1989).

<sup>39</sup> Const. EE.UU. Art. I § 7.

### III. Desarrollo legislativo puertorriqueño

Aunque Puerto Rico estuvo bajo el gobierno español desde principios del año 1500, el desarrollo histórico legislativo puertorriqueño, no se entiende iniciado hasta pasados más de 300 años después, en el 1809, con la elección de Ramón Power y Girald como primer diputado a las Cortes de España en lo que fue el corto<sup>40</sup> periodo de las Cortes de Cádiz.<sup>41</sup> Esto se debe a que durante la mayor parte de los cuatro siglos de Puerto Rico bajo el imperio español, las estructuras de gobierno en la isla no fueron más que una extensión del poder monárquico del rey sobre sus territorios ultramarinos. Como nos comenta Trías Monge, entre este importante periodo de las cortes hasta la cesión de Puerto Rico por España a los Estados Unidos en el 1898, la isla se sometió a nueve regímenes de orden constitucional. Sin embargo, en ninguno de ellos se permitió la participación de puertorriqueños en las estructuras de poder, más allá de los niveles inferiores.

No es hasta luego de implementarse el gobierno estadounidense por medio de la adquisición de Puerto Rico, en el 1898,<sup>42</sup> que se establece en nuestra jurisdicción la supremacía política estadounidense por medio de La Ley Foraker<sup>43</sup> del 12 de abril de 1900. Esta ley es la que crea finalmente la Asamblea Legislativa de Puerto Rico. No obstante, sería una Asamblea a medias, al estar compuesta por una Cámara de Delegados elegidos por el pueblo, pero con un Consejo ejecutivo designado por el Presidente de los Estados Unidos.<sup>44</sup>

Es importante resaltar que como parte de esta ley que formó nuestro primer gobierno civil, no se pactó una obligación para la Rama Legislativa de enviar los proyectos a ser evaluados por las comisiones, y por ende, tampoco la excepción para poder llevarse a cabo el proceso de descargue. Su sección 31, relacionada con la aprobación de leyes, La Ley Foraker dispuso:

Todo proyecto de ley deberá originar en cualquiera de las dos Cámaras; pero ningún proyecto pasará a ser ley a menos que no se vote en ambas

---

<sup>40</sup> Se conoce como Cortes de Cádiz a una Asamblea constituyente celebrada en España durante la Guerra de la Independencia Española. Estas Cortes tuvieron un tiempo de duración relativamente corto de 4 años cuando en el 1814 el Rey Fernando VII la disolvió junto con su obra legislativa. José Trías Monge, *Historia Constitucional de Puerto Rico* Vol. 1, 27-28 (Editorial Universitaria, Universidad de Puerto Rico, 1980).

<sup>41</sup> Sobre esta época cabe señalar que entre este importante periodo hasta la cesión de Puerto Rico por España a los Estados Unidos en el 1898, la isla se sometió a nueve regímenes de orden constitucional junto a otros territorios y provincias de España. *Id.*

<sup>42</sup> Tratado de Paris, L.P.R.A., Tomo 1.

<sup>43</sup> Ley Foraker, 1 L.P.R.A., § 31.

<sup>44</sup> José Ramón Morales, *Introducción a la función legislativa en Puerto Rico*, 28 (1992).



Cámaras por una mayoría absoluta de las mismas y lo apruebe el Gobernador dentro de los diez días siguientes.<sup>45</sup>

A partir de la aprobación de la Ley Jones,<sup>46</sup> y las elecciones locales del 16 de julio de 1917, desapareció del Cuerpo legislativo de la Isla el Consejo Ejecutivo designado por el Presidente de los Estados Unidos, dando paso a la creación de nuestra actual Asamblea Legislativa, compuesta de Cámara y Senado elegidos por el pueblo.<sup>47</sup> Esto, a través de la referida ley orgánica, la cual rigió la constitución del Gobierno de Puerto Rico desde la fecha de su aprobación hasta el 25 de julio de 1952, cuando se establece en su lugar la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.

Es a través de esta Ley que por primera vez se introduce el concepto de Descargue como la excepción a la también novel obligación de que toda Ley que se quiera aprobar tendría que ser remitida a una comisión. De manera muy similar a nuestra Constitución, la Ley Jones expresa:

Ningún proyecto de ley será considerado o pasará a ser ley, a menos que se remita a comisión, esta lo devuelva y se imprima para uso de los miembros; disponiéndose que cualquiera de las Cámaras podrá, por mayoría de votos, eximir a una comisión de tomar en consideración una medida, y traerla ante ella para ser considerada.<sup>48</sup>

El poder legislativo puertorriqueño está comprendido en el Artículo III de la Constitución de Puerto Rico.<sup>49</sup> En términos generales, esta rama crea las leyes que rigen a la ciudadanía y que son implementadas por la Rama Ejecutiva. En adelante, veremos como nuestra Constitución tiene la particularidad de extender estas facultades y delimitar su estructura parlamentaria a un nivel más detallado y específico que la Constitución de Estados Unidos<sup>50</sup>.

En lo pertinente al poder legislativo, este está compuesto por dos cuerpos: la Cámara de Representantes y el Senado de Puerto Rico. El Artículo III indica los términos, composición de las cámaras, candidatos, miembros y distritos representativos.<sup>51</sup> También declara sobre la representación de las minorías y miembros

---

<sup>45</sup> 1 L.P.R.A. § 31.

<sup>46</sup> Ley Jones, 1 L.P.R.A.

<sup>47</sup> Rigual *supra* n. 4, 60-61.

<sup>48</sup> 1 L.P.R.A. § 34.

<sup>49</sup> Const. P.R. Art. III.

<sup>50</sup> *Id.*

<sup>51</sup> *Id.* § 1-6.

adicionales sobre lo que se conoce públicamente como la “ley de minorías”.<sup>52</sup> Por otro lado, dispone las facultades de administración de vacantes<sup>53</sup> y procesos disciplinarios.<sup>54</sup> Las siguientes secciones del Artículo discuten el carácter y características de las sesiones ordinarias y extraordinarias,<sup>55</sup> la publicidad de las sesiones,<sup>56</sup> quórum,<sup>57</sup> método de suspensión de sesiones, la doctrina de inmunidad parlamentaria<sup>58</sup> y la prohibición de ostentar otros cargos en el gobierno.<sup>59</sup>

Al igual que la Constitución de Estados Unidos, nuestra Constitución eleva a rango constitucional la facultad del poder legislativo de crear, consolidar, reorganizar departamentos ejecutivos y definir funciones.<sup>60</sup> Sobre el lenguaje constitucional relacionado al procedimiento legislativo, la Sección 17 del Artículo III,<sup>61</sup> establece el procedimiento mediante el cual se aprueban las leyes en nuestro ordenamiento jurídico. Como parte de sus funciones, la Constitución de Puerto Rico establece requisitos obligatorios para que un proyecto pueda convertirse en ley. Entre estos, la obligación de cada proyecto de ser impreso, leído y remitido a comisión para que esta lo devuelva, con un informe escrito, para ser presentado y aprobado por ambos cuerpos.

Sobre lo que nos concierne, en este punto observamos una gran diferencia de Nuestra Constitución sobre la Constitución Federal en el contexto de que la nuestra en su Artículo III eleva a rango constitucional la obligación de remitir los proyectos a las comisiones para su debida evaluación. Dicha sección dispone, en lo pertinente a nuestro Artículo, de la manera siguiente:

Ningún proyecto de ley se convertirá en ley a menos que se imprima, se lea, se remita a comisión y esta lo devuelva con un informe escrito, pero la cámara correspondiente podrá descargar a la comisión del estudio e informe de cualquier proyecto y proceder a la consideración del mismo.<sup>62</sup>

---

<sup>52</sup> *Id.* § 7.

<sup>53</sup> *Id.* § 8.

<sup>54</sup> *Id.* § 9.

<sup>55</sup> *Id.* § 10.

<sup>56</sup> *Id.* § 11.

<sup>57</sup> *Id.* § 12.

<sup>58</sup> *Id.* § 14.

<sup>59</sup> *Id.* § 7.

<sup>60</sup> *Id.* §16.

<sup>61</sup> *Id.* § 17.

<sup>62</sup> Const. P.R. Art. III § 17.

En la parte final del Artículo se encuentra una excepción a la obligación constitucional de la Sección 19,<sup>63</sup> que define el descargue como una facultad constitucional de las cámaras. En esta se exige a las comisiones de su responsabilidad de investigar, estudiar e informar sobre los proyectos de ley, que de otra forma le competirían a las respectivas comisiones.

Aunque similar a la Ley Jones en cuanto a la inclusión del descargue de comisión, nuestra constitución eliminó la restricción impuesta en el momento de intentar descargar a una comisión de sus funciones. Esto lo podemos apreciar al comparar la sección 17 del Artículo III de nuestra Constitución, con la Sección 34 de la Ley Jones, la cual elimina la exigencia de una mayoría de votos para poder eximir a una comisión de la consideración una medida, resultando en una posible laxitud sobre la utilización de la regla de descargue.

#### IV. Orígenes de las Comisiones Legislativas

Desde su comienzo, el Congreso de los Estados Unidos se ha servido de la creación de comisiones para la asistencia en el desempeño de sus funciones.<sup>64</sup> Aun antes de que se creara los partidos políticos.<sup>65</sup> Las primeras comisiones se crearon como comisiones especiales, cuyas funciones –vida y marco de acción– eran limitadas, para luego ser sustituidas por unas permanentes.<sup>66</sup> Debido a la necesidad de legisladores especializados, el incremento en el trabajo parlamentario y la necesidad de distribuirlo, el Cuerpo Legislativo delega la labor primordial de investigar y estudiar los proyectos de ley y resoluciones al organismo constitucional de las comisiones. Estos son el medio por el cual se realiza, en mayor grado, la labor legislativa.<sup>67</sup>

Existen dos tipos de comisiones principales: permanentes y especiales. Las primeras tienen como génesis los reglamentos de las Cámaras. Las especiales,

---

<sup>63</sup> *Id.*

<sup>64</sup> W. Keefe & M. Ogul, *The American Legislative Process*, 163 (4ta ed., Prentice Hall, 1977).

<sup>65</sup> Aun antes de que se creara los partidos políticos. Debido a que en el Congreso, las comisiones se integraron antes que la estructura de los partidos. Algunos tratadistas observan que la legislatura federal desarrolló, además de la común división política partidista, una división entre los partidos políticos y las comisiones ambos en constante fricción, sobre el ejercicio de poder. La historia del Congreso Federal Moderno refleja la constante disparidad del flujo de poder entre ambas. Christopher J. Deering & Steven S. Smith, *supra* n.6.

<sup>66</sup> W. Wilson, *Congressional Government; A Study in American Politics*, 56 (Ed. Meridian, 1956).

<sup>67</sup> Francis, *Legislative Committees System, Optional Committee Size and the Cost of Decision Making*, 44 J. Pol. 822 (1982).

aunque creadas fuera del reglamento, tienen deberes similares a las comisiones permanentes, pero se crean con fines de investigación especial.<sup>68</sup> En relación al valor de los informes de las comisiones, podemos aclarar que, aunque no es necesariamente decisivo, el informe de una comisión es altamente persuasivo para determinar la intención legislativa. En relación a su importante labor, comenta quien fuera secretario de la Cámara de Representantes de la Asamblea Legislativa, el Sr. Néstor Rigual, en su obra “El Poder Legislativo”:

No se debe prescindir del requerimiento de datos, exposiciones y referencias de todas las personas que pueden tener algún conocimiento en el asunto que se considere, hasta que la comisión tenga todos los elementos de juicio que le permitan rendir un informe concienzudo y argumentado, cuya consideración final ilustre sobre la materia a los demás legisladores que han considerado en la sesión plenaria del Cuerpo legislativo . . . Actuar a base de obedecer exclusivamente a la exposición del funcionario citado y a los apuntes que este remite de su criterio respecto al asunto, sin tener en cuenta otras fuentes de información, si las hubiere, es acto de entregamiento que corroe la democracia.<sup>69</sup>

Según indica el también ex secretario de la cámara de representantes, José Ramón Morales, en su obra *Introducción a la Función Legislativa*,<sup>70</sup> el proceso de rendición de informes por parte de las comisiones se inicia con la aprobación del cuerpo en el que se origine la recomendación o por la referida moción de descargue.

Aunque no existe una limitación expresa en cuanto al tiempo del que pueden disponer las comisiones para la consideración de un asunto delegado, al momento de Rigual redactar su obra, las reglas legislativas disponían que “después que un asunto ha estado durante veintidós días en el seno de una Comisión y esta no ha informado o solicitado prórroga en el caso . . . el mismo puede ser objeto de una moción de descargue en el hemiciclo para traer al pleno el asunto pendiente”.<sup>71</sup> Actualmente, nuestros reglamentos legislativos no tienen ninguna regla expresa que limite el uso del descargue de comisión, más allá de las disposiciones de cámara y senado en cuanto al término para que las comisiones rindan sus informes.

---

<sup>68</sup> Carmelo J. Gorritz, *Reflexiones Sobre el Derecho Constitucional de Puerto Rico*, 218-219 (Editorial Campos 1960).

<sup>69</sup> Rigual, *supra* n.4 pág. 70.

<sup>70</sup> Jose Ramón Morales, *Introducción a la Función Legislativa*, 41 (1992).

<sup>71</sup> Rigual, *supra* n.4, 75-76.

Como menciona el Reglamento del Senado, las comisiones deberán rendir su informe, recomendando la aprobación o no aprobación, dentro de los noventa días naturales siguientes a la fecha en que se sometió la medida o asunto bajo su consideración.<sup>72</sup> Por su parte, la Cámara dispone que las comisiones deberán “[r]endir su informe en el plazo más breve posible a partir de la fecha en que se le refirió la medida legislativa o asunto para su consideración”.<sup>73</sup> No obstante, esto no es una limitación a la moción de descargue, la cual se puede someter en cualquier momento. Generalmente, ambos cuerpos legislativos reconocen las mismas facultades a las comisiones. En resumen, el Reglamento del Senado<sup>74</sup> asigna a las comisiones las siguientes funciones y facultades:<sup>75</sup>

a) Investigar, estudiar, evaluar, informar, hacer recomendaciones, enmendar o sustituir aquellas medidas o asuntos que estén comprendidos, relacionados con su jurisdicción o aquellos que le sean referidos. b) Celebrar audiencias públicas y reuniones ejecutivas, citar testigos, oír testimonios, inclusive bajo juramento y solicitar toda aquella información documental o de cualquier otra naturaleza que estime necesaria para su gestión. c) Redactar y radicar proyectos de ley, resoluciones y medidas sustitutivas. d) Evaluar, fiscalizar y dar continuo seguimiento a la organización y adecuado funcionamiento de aquellas agencias, departamentos, oficinas y entidades del Gobierno de Puerto Rico que estén dentro de su jurisdicción, a fin de determinar si las mismas están cumpliendo efectivamente con las leyes, reglamentos y programas que le correspondan, conforme a su propósito y mandato. g) Toda Comisión garantizará el derecho de todo ciudadano a expresarse y opinar sobre un asunto bajo su consideración, mediante la comparecencia a vistas públicas o por escrito. De igual forma, asegurará y facilitará la presencia de la prensa en las vistas públicas, permitiendo la transmisión de estas por radio y televisión. h) Todas las Comisiones Permanentes vendrán obligadas a revisar aquellas leyes existentes cuyo contenido o asunto están bajo la jurisdicción de sus respectivas comisiones para estar en posición de preparar y someter al Cuerpo un informe con sus hallazgos, conclusiones y recomendaciones. El propósito será actualizarlas a la realidad social y jurídica vigente.

---

<sup>72</sup> Reglamento del Senado de Puerto Rico, 2013 *Regla* 32.2.

<sup>73</sup> Reglamento de la Cámara de Puerto Rico, 2013 *Regla* 29.2.

<sup>74</sup> Nos referimos únicamente al reglamento del Senado por ser el que abarca con más detalle el proceso de descargue de comisión.

<sup>75</sup> Reglamento del Senado de Puerto Rico, 2013 *Regla* 13.1.

En su Sección 14.11, sobre la producción de Informes, ordena:<sup>76</sup>

a) Cada investigación debe concluir con un informe completo de la Comisión al Cuerpo. b) El informe contendrá una relación clara de los hallazgos de la investigación, así como una formulación de las recomendaciones de acción legislativa que dichos hallazgos aconsejan. c) Las Comisiones encargadas de una investigación podrán rendir, de tiempo en tiempo, informes parciales al Senado. d) La producción de informes finales y parciales responderá al calendario de trabajos que la Comisión o el Senado determinen. e) Cuando la investigación se le asigna a una comisión especial, una vez aceptado el informe, transferirá toda la documentación a una comisión permanente, acorde con la recomendación realizada por el Presidente.

El reglamento actual de la Cámara de Representantes de Puerto Rico, establece que los informes de comisiones “[c]onstituyen una parte esencial del proceso legislativo”, dado que son la manera en que el público tiene acceso a la intención de los cuerpos legislativos al momento de adoptar o enmendar una ley. Por tal razón, dichos informes deberán contener suficiente información, sobre las razones para la adopción o enmienda de la ley, que facilite la interpretación de cualquier duda o cuestionamiento sobre el propósito de tal ley o enmienda.<sup>77</sup>

## V. Moción de Descargue en Puerto Rico

Según nos comenta Rigual, la moción de descargue es la alternativa expedita de los legisladores puertorriqueños para aprobar un proyecto de ley. Aunque surge de la propia Constitución, es una manera expresa de aprobar una medida sin cumplir con los otros requisitos constitucionales para ello.<sup>78</sup> La medida propuesta no tiene que ser analizada por las comisiones correspondientes y va directo al pleno para votación.

El proceso de descargue de comisiones es el mismo en ambos cuerpos legislativos: la moción tiene que votarse sin opción a debate al día siguiente de su radicación. No obstante, el presidente podrá permitir –a modo de orientación– que el presidente de la comisión a la cual fue referida la medida o asunto exponga brevemente ante la cámara sus puntos de vista al respecto.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> R. del S. 14.11.

<sup>77</sup> Reglamento de la Cámara de Puerto Rico, 2013, *Regla* 29.3.

<sup>78</sup> Rigual, *supra* n. 4.

<sup>79</sup> R. del C. 21.5 y R. del S. 32.3.

Los cuerpos legislativos podrán considerar el proyecto luego que se formule, se vote y se apruebe expresamente una moción para incluir la medida en el correspondiente calendario. La moción de descargue tiene por objeto poner la medida a disposición del cuerpo legislativo, para que este determine el paso o etapa en que ha de entrar el proyecto o resolución descargado.<sup>80</sup>

Por su parte, Morales presenta la moción de descargue como una iniciativa particular de los legisladores de la minoría, o uno de la mayoría declarado en rebeldía, como fin táctico en la ocasión de pensar que bajo el procedimiento de trámite ordinario sus iniciativas legislativas no tendrían oportunidad de ser consideradas por el pleno.<sup>81</sup> Según abunda Morales, otra de las motivaciones para presentar una moción de descargue son las razones políticas a instancias de que una iniciativa confligiera con la posición programática de la mayoría o, por razones de impacto fiscal, estuviera fuera de toda posible consideración.

Por último, Morales también menciona como motivo “[l]a atención de algún clamor manifestado por sectores poblacionales, sociales, profesionales o cívicos de nuestra sociedad”. Según el autor, estas consideraciones son productoras de debates en el cuerpo legislativo en torno a si se debe o no estudiar o investigar sobre un proyecto de Ley.<sup>82</sup>

## VI. Moción de Descargue en el Congreso

La Sección 5 del Artículo I de la Constitución de Estados Unidos<sup>83</sup> provee que cada cámara determine las reglas de sus procedimientos. Bajo esta premisa, los fundadores de la Constitución—después de establecidas las pautas constitucionales—delegaron a discreción del congreso las particularidades del trámite parlamentario. Estas, a través de la historia, han alcanzado una complejidad excedente y propia de cada una de las cámaras. En el 2007, a base de la resolución concurrente 190 de ese año,<sup>84</sup> se publicó un folleto informativo para regular los asuntos internos de reglamentación en ambos cuerpos.

El congreso insertó la primera regla de descargue en el 1910, sin embargo, esta no adoptó las características esenciales de la actual regla hasta el 1931. Desde esa fecha hasta el día de hoy, la Cámara de Representantes ha enmendado continuamente la regla para asegurar su efectividad. Las enmiendas a la regla

---

<sup>80</sup> Rigual *supra* n. 4.

<sup>81</sup> Véase Jose Ramón Morales, *supra* n. 59 pág. 141.

<sup>82</sup> *Id.* pág. 41-43.

<sup>83</sup> Const. EE. UU. Art. I § 5.

<sup>84</sup> H.R. Con. Res. 190, 110th Cong. (Jul. 25, 2007).

de descargue fueron integradas en el 1935,<sup>85</sup> 1991,<sup>86</sup> 1993<sup>87</sup> y en el 1997.<sup>88</sup> A primera vista, justo como debe esperarse de un proceso de más de doscientos años y de una jurisdicción que se resiste a cualquier comparación con la nuestra, la reglamentación del congreso ha alcanzado un grado de complejidad exponencial. No obstante, en el ámbito de las mociones de descargue, aunque existen diferencias, estas no son diametralmente opuestas.

En el libro “The Discharge Rule in the House Of Representatives”,<sup>89</sup> Richard S. Beth<sup>90</sup> define la regla sobre descargue como un proceso que permite traer al pleno una medida para consideración aunque no haya sido informada por la Comisión de Referidos y sin que haya sido programada, ya sea de forma directa o mediante la adopción y consideración de una regla especial para ese propósito. En términos prácticos, la regla ofrece una de las pocas formas en que una mayoría de los miembros pueden asegurar la consideración de cualquier medida en la ausencia simultánea de cooperación de la Comisión de Jurisdicción, el liderato del partido mayoritario y de la Comisión de Reglas.<sup>91</sup>

Para iniciar esta acción, una mayoría de los miembros de una cámara deben primero firmar una petición para este propósito. Luego, esta moción es referida al calendario de mociones para el descargue de comisiones.<sup>92</sup> La regla permite que: (1) la comisión de referidos sea descargada de la medida como tal; o (2) que la comisión de reglas sea descargada a través de una regla especial para la consideración de la medida.<sup>93</sup>

Como resultado, cada medida presentada en la cámara es rutinariamente referida a una comisión, y no puede considerarse en el pleno hasta que la comisión finalice y presente su informe. Generalmente, las comisiones pueden prevenir la acción de la cámara para cualquier medida, simplemente al no tomar medidas

---

<sup>85</sup> Aumento en el número de firmas requeridas de 145 (un tercio de la cámara) a 218 (la mitad de la cámara).

<sup>86</sup> Eliminación de provisión que prevenía el debate o la enmienda de una regla especial al esta llegar al pleno por la vía de descargue.

<sup>87</sup> Obligación de hacer público los nombres de los firmantes de las peticiones de descargue aunque no hayan alcanzado el número de firmas total, de manera progresiva.

<sup>88</sup> Prohibición de peticionar el descargue de cualquier ley especial que tendría el efecto de permitir enmiendas a una ley completamente no relacionadas o “non germane amendments”.

<sup>89</sup> Richard S. Beth, “*The Discharge Rule in the House of Representatives*”, viii (Novinka Books 2008).

<sup>90</sup> Especialista en el proceso legislativo de la división de gobierno y finanzas, el libro forma parte del informe 97-552 preparado para el congreso.

<sup>91</sup> *Id.* pág. 2.

<sup>92</sup> H.R. Con. Res. 190, 110th § IX.

<sup>93</sup> Richard S. Beth, *supra* n.78 pág. 1.



sobre las mismas. Esta función de guardián o “gatekeeper” es una función clave para la posición central de las comisiones en la construcción de la agenda del congreso. La regla de descargue provee uno de los pocos métodos en los que la cámara puede esquivar el cargo de guardián de las comisiones.<sup>94</sup>

## VII. Conclusión y Recomendaciones

El primer diario de sesión impreso de forma fiel y completa en Puerto Rico fue el Diario de Sesiones de la Convención Constituyente, iniciado el 17 de septiembre de 1951. Los Diarios de sesiones son conocidos como una de las fuentes principales de información al momento de estudiar la intención y preceptos constitucionales de los fundadores de nuestro sistema de gobierno democrático.

En síntesis, nos remontamos al diario de la sesión celebrada el 5 de enero de 1952 en el cual, producto de un corto debate entre los delegados Alvarado y Negrón López, surge nuestra base para inferir un dato importante y concluyente sobre la facultad constitucional de la legislatura para reglamentar sus procesos. El fugaz intercambio entre ambos delegados comienza con la presentación de una enmienda al Artículo III, Sección 17<sup>95</sup> la cual, de haber sido aprobada, hubiera obligado a las Comisiones en sus funciones de redactar informes sobre los proyectos de ley, a explicar el estudio y exponer los fundamentos y las bases de la recomendación. En otras palabras, la enmienda propuesta habría obligado constitucionalmente a las comisiones a que al momento de informar, lo hicieran con mayor rigor, al explicar de manera objetiva las razones para su recomendación.<sup>96</sup>

El fundamento de esta enmienda se basó en que el texto, como estaba, sólo exigía que el proyecto se remitiera su comisión y esta lo devolviera con un informe escrito, sin expresarse nada respecto a qué debe contener ese informe escrito. En palabras del Delegado Alvarado:

[e]n las cámaras legislativas. . .Pasa un proyecto a la comisión, está en la comisión un periodo de tiempo y después viene a ser considerado por la cámara correspondiente, con un informe de la comisión que dice que, después de estudiarlo, recomienda que se apruebe o recomienda que se derrote. No es ese el lenguaje constitucional que estimularía el estudio adecuado de los problemas que vienen a ser considerados por los cuerpos legislativos. Creo que debe usarse un lenguaje constitucional,

<sup>94</sup> *Id.* pág. 2.

<sup>95</sup> Const. P.R. Art. III § 17.

<sup>96</sup> La discusión a continuación se encuentra en el Diario de Sesiones de la Asamblea Constituyente de Puerto Rico, vol. III, 2469-2270 (1951).

que conduzca a un verdadero estudio y a una verdadera profundización de la materia que va a ser objeto de legislación. Si adoptásemos el lenguaje que propongo, las comisiones vendrían obligadas a dar cuenta del estudio efectuado, así como a dar cuenta de las razones que tienen para la recomendación que hacen. Estimularía la profundización de los asuntos y la actuación más a conciencia de ambos cuerpos legislativos cuando entren a considerar las materias sobre las cuales tengan que decidir.

Sin embargo, el Senador Negrón López se opuso a la enmienda bajo el argumento de que la propuesta era de puro trámite parlamentario y no de categoría constitucional. Sobre esto, rectifica el Delegado Alvarado:

De mero trámite parlamentario también es la remisión del proyecto a la comisión, y ahí la necesidad de decirlo constitucionalmente para que se haga. De mero trámite parlamentario es la impresión del proyecto y realmente, si no se dispusiera eso constitucionalmente, no se legislaría de verdad, porque no habría debida publicidad para los proyectos. Lo que estamos proponiendo es una cuestión de trámite parlamentario que va a la raíz de la manera de legislar, porque hace que se legisle estudiando a fondo los asuntos, e imponiendo la obligación de explicar ese estudio y las recomendaciones que se hacen. Me parece que solo así, imponiendo constitucionalmente la necesidad de estudiar a fondo las cosas, es que se establecerá el hábito, la tradición y el sistema de estudiarlos profundamente y de verdad, como deben ser estudiados los asuntos legislativos.

No obstante sus argumentos, el Sr. Alvarado no tuvo los votos suficientes para que se adoptara la enmienda, por lo cual, en cierto modo, encontramos en la derrota del Delegado la raíz de nuestro argumento. La visión de la mayoría llamaba a la no regulación constitucional de cuestiones de trámite parlamentario. No obstante en nuestra constitución queda incluida una excepción bastante leniente a la obligación constitucional fundamental de la legislatura de legislar de manera responsable, escuchar las minorías y proveer información a los ciudadanos.

No podemos perder de perspectiva que aunque estemos ante el ejercicio de la Asamblea Legislativa de una facultad dentro de su poder constitucional. Ese poder gubernamental tiene límites inherentes cuando se vulnera algún Derecho Constitucional de la ciudadanía, en este sentido toda acción legislativa, aún la que se encuentra dentro de su poder constitucional, es revisable.<sup>97</sup>

---

<sup>97</sup> *Culebra Enterprises Corp. v. ELA*, 143 D.P.R. 935 (1997).

La legislación por descargue, fue un precepto adoptado de los Estados Unidos, a su vez heredado del modelo parlamentario inglés. Una vez establecidos, los fundadores del gobierno estadounidense crearon un método distinto de organizar y regir la nueva nación, el cual buscaría la descentralización del gobierno y la creación de un balance entre poderes. Así plasmaron en la Constitución pesos y contrapesos que ayudaron a nivelar el interés del estado en gobernar frente a los derechos y libertades de los gobernados. En efecto, el descargue como método de procedimiento en la jurisdicción federal, siempre se mantuvo como una regla de orden y de mero trámite parlamentario, sujeto a la revisión y enmienda de la Asamblea Legislativa y sin ninguna consideración como norma de categoría constitucional. No fue hasta la aprobación de la Ley Jones que el descargue se incorporó en nuestro sistema de gobierno, como mero trámite parlamentario.

Conforme a esta práctica que data de siglos, en nuestro ámbito local, las leyes de nuestro gobierno civil, invistieron a las instituciones legislativas, creadas por estas con la autoridad para regir sus procedimientos internos.<sup>98</sup> No obstante, en el proceso de redacción de nuestra Constitución se le impuso fuerza constitucional a una enmienda que hasta ese momento fue considerada de mero trámite legislativo por el Congreso.<sup>99</sup>

Lo anterior, dio paso a que una Constitución de factura ancha como la nuestra presente vestigios restrictivos sobre los derechos ciudadanos mediante una práctica de aparente inconstitucionalidad. Esto dado a la facilidad para evadir el proceso investigativo y de vistas públicas de los proyectos de ley propuestos. Esta laxitud, de ser utilizada de manera abusiva, arbitraria y desmedida, privaría a las minorías de sus derechos constitucionales al no estar representadas en las comisiones.

El Tribunal Supremo de Puerto Rico le reconoció facultad a la Legislatura de aprobar legislación que restrinja acceso a la información gubernamental en determinadas situaciones. Sin embargo, hizo la siguiente aclaración:

ninguna legislación que no contenga estándares apropiados para determinar el tipo de documento e información que habrá de estar sujeta al escrutinio público y que, por el contrario, establezca una norma de confidencialidad absoluta, puede superar el rigor de la cláusula constitucional en discusión.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> *De Diego et al. v. La Cámara, etc.*, 5 D.P.R. 114 (1904).

<sup>99</sup> *Hernández Agosto v. Betancourt*, 118 D.P.R. 79 (1986).

<sup>100</sup> *Soto v. Secretario de Justicia*, 112 D.P.R. 477 (1982).

Además, el Tribunal añadió que “[e]l Estado, como depositario de las funciones que emanan de la soberanía del Pueblo, no puede negar caprichosamente y sin justificación aparente la información recopilada en su gestión pública”.<sup>101</sup>

Como parte del Informe complementario de la Comisión de la Rama Legislativa de la Convención Constituyente, en lo relativo a las secciones que imponen procedimientos legislativos, la comisión presentó unos puntos importantes establecidos por una de las autoridades más notorias en el campo de la legislación en Estados Unidos:

‘La política saludable, al redactar una constitución, es imponer requisitos de procedimiento únicamente bajo las siguientes condiciones: (1) Que dichos requisitos tiendan a un fin de vital importancia; (2) que se puedan cumplir sin obstaculizar la marcha de los asuntos fundamentales; (3) que no se puedan evadir con un cumplimiento puramente formal o por anotaciones falsas en las actas o en el diario de sesiones; (4) que no den lugar a difíciles preguntas de interpretación; (5) que su cumplimiento pueda ser comprobado fácilmente con una inspección de esas actas. La aplicación de estas pruebas llevaría a descartar la mayoría de las disposiciones existentes sin ningún detrimento de la legislación’.<sup>102</sup>

Aunque la Comisión utiliza la cita anterior para llegar a una conclusión distinta,<sup>103</sup> pensamos que las restricciones y requisitos impuestos no deben buscar crear un gobierno débil, sino uno balanceado. Esto, debido a que la premisa de un gobierno de mayor eficiencia es contraproducente cuando no existen salvaguardas de sus distintas actuaciones gubernamentales. Ahora bien, ¿representará la constitucionalidad del descargo de comisión una restricción de derechos cons-

---

<sup>101</sup> *Id.*

<sup>102</sup> Diario de Sesiones de la Asamblea Constituyente de Puerto Rico, vol. I, 3202 (1951). (citando a Ernst Freund, *Standards of American Legislation*, 152 (University of Chicago Press 1917)).

<sup>103</sup> La mayoría de los requisitos de procedimiento a que se refiere la anterior cita surgió en una época de notable desconfianza hacia la gestión de gobierno a base de la creencia, motivada en factores políticos y económicos, de que el mejor gobierno es un gobierno débil. Las constituciones hechas durante esa época, entre las cuales se encuentran la gran mayoría de las constituciones de los estados de la Unión americana, contienen innumerables restricciones a la acción legislativa que han resultado en notables deficiencias en su procedimiento y en la inhabilidad creciente para enfrentarse adecuadamente a los problemas de gobierno. Esa ha sido la situación en Puerto Rico bajo la Ley Jones. Estas deficiencias no deben persistir en nuestra época. Hoy día no consideramos al gobierno como un malhechor potencial al cual se debe mantener a raya, sino, por el contrario, como el instrumento más poderoso que en un sistema democrático tiene el pueblo, para la más feliz resolución de sus dificultades. Este instrumento debe ser, por lo tanto, lo más eficiente posible.

tucionales o presentará igualmente una protección contra la arbitrariedad del poder de las comisiones?

En lo relativo a las Comisiones Legislativas, el poder parlamentario de investigar es inherente a la creación de la Rama Legislativa.<sup>104</sup> Restringir el proceso investigativo sobre los proyectos de ley, mediante un mecanismo arcaico y arbitrario, se puede considerar una afrenta contra el derecho de los ciudadanos a la información y privarlos desmedidamente de la participación en el desarrollo de su gobierno.

El preámbulo de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico es prueba clara de la intención de los representantes del pueblo, que desarrollaron lo que sería el ordenamiento jurídico de nuestro país, al redactar que “[e]l sistema democrático es fundamental para la vida puertorriqueña” y que éste es “aquel donde la voluntad del pueblo es la fuente del poder público. . . donde se asegura la libre participación del ciudadano en las decisiones colectivas”.<sup>105</sup> A estos elementos, el Artículo III<sup>106</sup> de la Constitución añadió como indispensable para el ejercicio pleno de la prerrogativa legislativa el informar al ciudadano, función que es inseparable al ejercicio de legislar.<sup>107</sup> De la misma forma que fiscalizar, informar y debatir asuntos de interés público son potestades constitucionales del legislador.

Cuando hablamos de asuntos de política pública, el ciudadano tiene pocas herramientas frente a la maquinaria gubernamental. Por razones que pudieran atribuirse al poco tiempo de vigencia de nuestro sistema constitucional encontramos, en Puerto Rico, una percepción general de impotencia ante la Rama Legislativa con respecto a la falta de adopción de normas procesales a nuestras condiciones. Como sabemos, la Rama Legislativa es la única que puede aprobar y derogar leyes. De igual manera tiene la facultad inherente de crear y eliminar departamentos y agencias, lo que en términos prácticos le otorga control sobre la Rama Ejecutiva. Por otro lado, aunque es la Rama Judicial el mayor intérprete de la constitución, son los legisladores quienes pautan la política pública e imposibilitan –mediante la aprobación del uso del presupuesto– la independencia fiscal, elemento importante para la independencia judicial.

---

<sup>104</sup> *Peña Clos v. Cartagena Ortiz*, 114 D.P.R. 576 (1983).

<sup>105</sup> Preámbulo de la Constitución de Puerto Rico.

<sup>106</sup> Const. P.R. Art. III.

<sup>107</sup> El Tribunal Supremo ha resuelto que el derecho a acceso a la información gubernamental surge de la Carta de Derechos como corolario al derecho de la libertad de expresión, prensa y asociación reconocidos en nuestra Ley Suprema. Por otra parte, también dispuso que “[e]l Estado, como depositario de las funciones que emanan de la soberanía del Pueblo, no puede negar caprichosamente y sin justificación aparente la información recopilada en su gestión pública”. *Soto*, 112 D.P.R. pág. 477.

En Puerto Rico, el proceso del sufragio está atado a un periodo de campañas superfluas, basadas en conceptos comerciales de repetición y falta de contenido. Como posible consecuencia, no hemos desarrollado una visión estrecha del derecho al sufragio, desde el momento de votar hasta nuestra acostumbrada desvinculación del gobierno. Por tal efecto, estamos convencidos que es en el proceso de la educación e integración ciudadana donde se encuentra la verdadera sustancia de este pilar constitucional. El cual, más allá del derecho a votar por líderes, radica sobre el derecho a escoger nuestro gobierno, no como un proceso mecánico, sino como parte de un proceso concienzudo y de constante reevaluación.

En este sentido, han sido muy pocas las reformas sustanciales al sistema y al proceso legislativo de Puerto Rico.<sup>108</sup> Por esto resulta urgente que se le facilite a los ciudadanos una mejor educación política, participación en el análisis y fiscalización de la Rama Legislativa, para que por medio de un interés genuino logremos cambiar los paradigmas de nuestro sistema. A estos elementos, la jurisprudencia ha establecido que los ciudadanos deben poseer el derecho a examinar y participar de cómo se conducen sus asuntos, sujetos solo a aquellas limitaciones que impone la más urgente necesidad pública.<sup>109</sup> Igualmente, como dijera una vez el Profesor Efrén Rivera: “Permitir que el gobierno maneje los asuntos públicos bajo el manto de secretividad es invitar a la arbitrariedad, la mala administración, la indiferencia gubernamental, la irresponsabilidad pública y la corrupción”.<sup>110</sup>

Para atender estas consideraciones, el informe a la Convención de la Escuela de Administración Pública discutió las virtudes y desventajas del sistema de comisiones y concluyó que estas constituían el “[c]orazón del cuerpo legislativo” en Puerto Rico.<sup>111</sup> Por su parte, un informe de la Comisión de la Rama Legislativa de la Convención Constituyente también destacó la importancia de las comisiones: “La remisión a las comisiones da rango constitucional a un sistema que se considera eje del proceso legislativo moderno”.<sup>112</sup> Desde entonces, ambas Cámaras han fortalecido y ampliado el poder de estas entidades, hasta constituir hoy el principal vehículo de fiscalización y legislación de la Rama Legislativa.

Por estas razones, aunque por una parte la obligación constitucional de referir los proyectos de ley a las comisiones puede representar una protección contra la

---

<sup>108</sup> José Ramón Morales, *supra* n. 59 pág. 57.

<sup>109</sup> *Dávila v. Superintendente de Elecciones*, 82 D.P.R. 264, 279 (1960).

<sup>110</sup> E. Rivera Ramos, *La libertad de información: necesidad de su reglamentación en Puerto Rico*, 44 Rev. Jur. U.P.R. 69 (1975).

<sup>111</sup> Escuela de Administración Pública, *La Nueva Constitución de Puerto Rico* pág. 411 (Ed. U.P.R., 1954).

<sup>112</sup> Diario de Sesiones de la Asamblea Constituyente de Puerto Rico, vol. IV, 2584 (1951).

arbitrariedad en la legislación; por otra, la elevación a rango constitucional del descargue de comisión sin las limitaciones adecuadas, ha sido una espada de doble filo en nuestra jurisdicción. Muestra de ello se percibe en la restricción pasada que limitaba a los legisladores de descargar comisiones sin que estas tuvieran la oportunidad de realizar una investigación veinte días antes de la fecha en que se refirió la medida.<sup>113</sup> Restricción que, aunque existió en un momento, actualmente se traduce a una recomendación de no dilación en la presentación de informes para las comisiones, encomienda que no refleja de ningún modo una limitación a la moción de descargue, la cual se puede someter en cualquier momento. De esta forma es necesaria la creación de límites y restricciones vinculantes que respondan a trámites procesales, ya sea mediante una elevación jurídica de la norma,<sup>114</sup> restricciones para limitar su enmienda<sup>115</sup> o un alza en la valoración de la regla de parte de los ciudadanos.<sup>116</sup> Esto, mediante la educación, discusión pública y la concienciación sobre alternativas reales para asegurar legislación producto de un análisis responsable y no a base de razones políticas o clamores manifiestos de sectores que no representen los mejores intereses colectivos.

A través de los años, el proceso de descargue en el congreso ha sido diseñado de forma tal que ha imposibilitado el uso indiscriminado de la regla. Esto es, con el propósito de desalentar a los miembros que intenten recurrir rutinariamente a un proceso que arrebatara el control de las agendas a las entidades normalmente responsables; un proceso que generalmente atrasa y desestabiliza el proceso legislativo.<sup>117</sup> En adelante, presentamos de manera general, según su orden cronológico, algunas alternativas de regulación basadas en el desarrollo legislativo del descargue en la jurisdicción federal. Estas no representan una copia fiel y exacta de las actuales, sino un escogido y adaptación preliminar de algunos cambios propuestos para la regulación necesaria del proceso.<sup>118</sup>

En el ámbito federal se han creado disposiciones que garantizan la protección de la función de las comisiones y el abuso de la agenda. Para propósitos del artículo le llamaremos medidas de control o balance a las siguientes: (1) Para poder

---

<sup>113</sup> Rigal *supra* n.4 pág. 59.

<sup>114</sup> En el sentido de elevar la norma que regule el uso del descargue de comisiones a rango constitucional.

<sup>115</sup> Es decir, que la norma sobre el proceso de descargue que se desarrolle contenga salvaguardas que de alguna manera imposibiliten que esta se enmiende fácilmente.

<sup>116</sup> Con esto nos referimos a que las personas entiendan la norma, para que cualquier intento de derogarla o enmendarla conlleve un mayor costo político.

<sup>117</sup> Rigal *supra* n.4 97.

<sup>118</sup> Las reglas enumeradas surgen de un extracto del procedimiento federal según redactado en el libro “*The Discharge Rule in the House of Representatives*”. Richard S. Beth, *supra* n.78 pág. 2-4.

considerarse una moción de descargue, esta primero deberá ser firmada por la mayoría de la membrecía total del cuerpo; (2) Podrá iniciar la petición después de que la medida ha permanecido en comisión por al menos 30 días legislativos sin haber un informe ni justa causa; (3) La regla de descargue no podrá utilizarse cuando se trate de leyes de interés privado;<sup>119</sup> (4) Las resoluciones para establecer comisiones investigativas deberán ser inmunes de descargue;<sup>120</sup> (5) Semanalmente, el último ejemplar del informe legislativo deberá incluir un listado de los miembros que han firmado (o removido sus firmas) de cada petición de descargue pendiente durante esa semana; (6) luego de tener las firmas necesarias, la moción se debe presentar solo al comienzo de la sesión diaria; (7) después de pasados 7 días legislativos de haber sido introducida la medida; (8) en un día de descargue que sea, el segundo o cuarto lunes de cada mes;<sup>121</sup> (9) no será posible realizar mociones de descargue durante los últimos 6 días de una sesión legislativa; (10) Luego de introducida, se debe permitir un tiempo mínimo en el que la moción será debatible por 20 minutos, divididos equitativamente entre los oponentes y promoventes de la moción;<sup>122</sup> (11) Si luego del debate una simple mayoría de los presentes vota a favor de adoptar la moción, el comité se entiende descargado;<sup>123</sup>

---

<sup>119</sup> En resumen, una ley de interés privado o un “private bill” es un proyecto de una ley que afecta a un interés particular o privado, esto a diferencia a las leyes de interés público que son a beneficio de toda la comunidad en general. Véase Bryan Garner, *Black's Law Dictionary*, (8th edition, West Publishing Company 2004). Esta prohibición se basa en que el proceso legislativo expedito del descargue de comisiones solo debe estar disponible en ocasión de medidas para el mejoramiento colectivo público y no individual o privado.

En ocasiones, individuos buscan remedios a través de legislación, cuando han agotado el recurso administrativo y judicial. La mayoría de los “private bills” se relacionan con asuntos migratorios y de ciudadanía o residencia permanente. Por otro lado, estos pueden ser presentados por individuos que tienen causas de acción contra el gobierno sea reclamos de beneficios para veteranos, reclamos de condecoraciones militares, o problemas de impuestos. En el Congreso, el título de la ley privada usualmente comienza con , “For the relief of. . .” si es aprobado en ambos cuerpos legislativos y firmado por el presidente, éste pasa a ser una Ley Privada. Véase *Legislative Process; Legislations, Laws and Acts* (United States Senate, Office of Public Records) [http://www.senate.gov/legislative/common/briefing/leg\\_laws\\_acts.htm](http://www.senate.gov/legislative/common/briefing/leg_laws_acts.htm) (accedido el 22 de marzo de 2014)

<sup>120</sup> Debido a la posibilidad de afectar derechos de intimidad, estas resoluciones deben pasar siempre por el crisol del debido proceso de ley.

<sup>121</sup> Las medidas de descargue solo podrán presentarse en los días dispuestos para ello en el calendario, que siguiendo el ejemplo del proceso federal sería cada segundo y cuarto lunes del mes.

<sup>122</sup> Luego de introducida la moción se debe permitir un tiempo mínimo de debate en el que las partes expongan argumentos para que los mismos estén registrados en el diario de sesiones para futura referencia.

<sup>123</sup> Requerir que sea aprobado por tres cuartas partes de los presentes proveerá una mayor protección a que la moción de descargue no quede al arbitrio de la mayoría política.



(12) Esto lo coloca en el orden del cuerpo legislativo para su consideración bajo sus respectivos procedimientos.

El desarrollo de la institución legislativa en Puerto Rico ha sido tardío e incompleto en comparación con otras partes de América. Esto se puede atribuir al lento desarrollo político, producto de décadas bajo el yugo colonial. Sin embargo existen otros factores que continuamente aportan a las deficiencias de nuestro sistema. Problemas como el control partidista sobre la dinámica interna de la Legislatura, su dominio sobre la plantilla legislativa y las prácticas deficientes de un sufragio desinformado basado en costumbre, opinión pública y consideraciones más allá de las ideas. Con realidades como estas es sumamente importante que los procesos de administración gubernamental estén en mayor medida protegidos ante la realidad bipartita y hegemónica de nuestro país. Es por ello que es necesario analizar la dicotomía entre los elementos que constituyen el trámite parlamentario.

A través de esta lectura hemos distinguido claramente entre el desarrollo histórico de la norma de descargue de la perspectiva local a la federal. De esta manera hemos presentado cómo el congreso, a través de los años, ha logrado la convivencia y desarrollo del precepto parlamentario mediante la reglamentación legislativa. Igualmente, hemos visto cómo dentro de este aparente desarrollo se ha regulado el uso del mecanismo de descargue a situaciones extraordinarias y de consenso real. Por estas razones estamos convencidos que, a través de la participación ciudadana y el empoderamiento de todos los componentes de nuestro país, es posible atemperar nuestro ordenamiento a las exigencias de nuestros tiempos. De esta forma podremos crear espacios de diálogo y consenso para alcanzar el fin honorable de una legislación responsable. Indudablemente, una reforma es necesaria.



## **Industrialización de alimentos transgénicos: violación a los derechos del consumidor**

*Grisel Ortiz Hernández<sup>1</sup>*

*Manipular la vida, toda la vida, no puede erigirnos en  
sobrevenidos “señores de la creación”, pero sí capacitarnos  
para entender el origen de los demás seres vivos y aprovechar  
tal conocimiento, responsablemente, en nuestro constante  
avance de dignificación como auténticos “seres” humanos.<sup>2</sup>*

### **I. Introducción**

Desde el 1990 la comunidad internacional se movilizaba hacia la discusión y aprobación de convenios para la protección de la transferencia y la seguridad en la biotecnología.<sup>3</sup> Como resultado en la actualidad existen regulaciones en numerosos países que permiten controles en el uso, consumo y siembra de cultivos transgénicos. Sin embargo en Puerto Rico muy poco se ha discutido este tema, a pesar de albergar en los suelos de Santa Isabela una de las compañías más relevantes, Monsanto. Y es que los Organismos Genéticamente Modificados (OGM) prometen una buena oportunidad de crecimiento económico a nivel mundial, no en pese a los recientes estudios que aseguran que éstos productos son nocivos al consumo humano, animal, al suelo y al medio ambiente.

Originalmente las semillas y alimentos OGM fueron creados para atender males sociales como la desnutrición, sin embargo continuamos experimentando muertes por dicha causa y hambre en el mundo. Entonces debemos reconsiderar

---

<sup>1</sup> Estudiante de Derecho en la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

<sup>2</sup> Lorenzo Mellado Ruiz, *Derecho de la Biotecnología vegetal: La regulación de las plantas transgénicas*, (2002). Pág. 38.

<sup>3</sup> Dr. Ramón Herrera Campos, María José Cazorla González, *Agricultura Transgénica y Medio Ambiente. Perspectiva Legal*, (Coord.) (2009). Pág. 24.

el porqué de su popularidad, ¿será verdaderamente por su capacidad de explotación económica? Este artículo pretende analizar cuáles son algunas de las ventajas comerciales de cosechar semillas transgénicas, y su impacto. Además se pretende exponer qué derechos del consumidor se pueden ver afectados al ingerir OGM sin su consentimiento.

## II. ¿Qué son los OGM?

La agricultura ha significado para el humano un acontecimiento histórico que modificó el rumbo de la sociedad.<sup>4</sup> Marcó la evolución de una vida nómada al acecho de cacería a la vida sedentaria en sociedad en la era del mesolítico.<sup>5</sup> Desde entonces con el paso de los siglos el ser humano hizo su selección de las mejores semillas, fuesen por producto de mutaciones casuales o mediante el cruce de distintos tipos de especies. Con el paso de los años se convirtió en una práctica habitual en la agricultura, de manera que la mejora de alimentos pasó a estar controlado por la humanidad.<sup>6</sup> Podríamos decir que ello fue el inicio de la biotecnología agrícola y técnicas de manipulación genética del ADN.

Para mediados del Siglo XIX se realizaba la mejora mediante selección y cruzamiento por los propios agricultores, quienes primaban determinados rasgos hereditarios frente a otros<sup>7</sup>, técnica perfeccionada por Gregor Mendel, quien postuló una serie de leyes sobre la herencia de los caracteres biológicos.<sup>8</sup> Sus descubrimientos hicieron posible que otros botánicos y científicos desarrollaran la selección y mejora de algunas especies de plantas como hoy las conocemos. Ya en el siglo XX, en las décadas del '50 y '70 aparecieron las primeras plantas precedentes de cultivos in Vitro. Para el 1973 investigadores desarrollaron una técnica para aislar genes, códigos específicos de genes para proteínas específicas. Estos avances tecnológicos han logrado dar paso a la creación de organismos transgénicos u OGM.

La UNESCO<sup>9</sup> define OGM como “organismos cuyo patrimonio genético ha sido transformado por la técnica de la transgénesis: la modificación de la

---

<sup>4</sup> Ramón Herrera de las Heras, *La responsabilidad derivada de los daños producidos por la biotecnología*, (2007). Pág. 26

<sup>5</sup> *Id*

<sup>6</sup> *Supra*, n.27

<sup>7</sup> Jimeno Fernández y otros, *Biología*, Ed. Santillana, 202, Págs. 268 y ss.

<sup>8</sup> González González, M.P. y otros., *Didácticas de las leyes de Mendel, Cuadernos de la UNED*, 1994, Págs. 36 y ss.

<sup>9</sup> UNESCO, “¿Porqué los OGM?”, <http://www.unesco.org/most/Dp1es.pdf> (fecha de acceso el 23 de febrero de 2014)

expresión de uno de sus genes o la adición de un gen ajeno”. Ello puede llevarse a cabo en todo organismo vivo como bacterias, virus, animales y plantas. “*La universalidad del soporte de la información genética, el ADN, nos ofrece la posibilidad teórica de que un organismo pueda manifestar una información procedente de cualquier otro ser vivo.*”<sup>10</sup> Esta tecnología puede utilizarse para numerosos fines y sobrepasar las barreras naturales entre la especies.<sup>11</sup> Una de las grandes ventajas de la biotecnología pudo apreciarse en 1982 con la producción de insulina humana para el tratamiento de diabetes.<sup>12</sup>

Estos procedimientos se utilizan en la agricultura y la jardinería para “crear” plantas transgénicas resistentes a insectos y herbicidas.<sup>13</sup> Se ha logrado eficientemente la obtención de plantas transgénicas a nivel comercial del tomate, soya, algodón, colza, alfalfa, etc., a las que se les ha incorporado un gen que produce la resistencia al principio activo (por ejemplo, el glifosato), por ejemplo el Roundup producido por la empresa Monsanto.<sup>14</sup> Ello permite eliminar las malas hierbas y malezas sin dañar el cultivo.

Monsanto lidera el mercado de la soya distribuyendo el herbicida Roundup y la semilla resistente al mismo: Soja Roundup Ready. Por su liberación comercial, es uno de los cultivos transgénicos de mayor difusión en Argentina y en el mundo, así como los maíces Bt que produce Novartis, que además de la resistencia a los insectos que le da la proteína Bt es inmune al herbicida Basta que distribuye la misma compañía.<sup>15</sup>

### III. Los OGM en el mercado actual

Los cultivos OGM han acaparado grandes extensiones de terreno a nivel mundial. En 1999 la superficie de plantaciones transgénicas cultivadas superaba las 41 millones de hectáreas, Norte América contaba con el 61% de la plantación mundial. Para el 2002 la superficie cultivada en el mundo era de 58.7 millones de

---

<sup>10</sup> *Id*

<sup>11</sup> John Charles Kunich, *Mother Frankenstein, Doctor Nature, and the Environmental Law of Genetic Engineering*, 74 S. Cal. L. Rev. 807 (2001)

<sup>12</sup> Dra. Teodora Zamudio, “In Re ChaKrabarty/s Materia Patentable”, <http://www.biotech.bioetica.org/vs3.htm>, (fecha de acceso el 12 de febrero de 2014)

<sup>13</sup> Monsanto Company, “Monsanto Homepage”, [www.monsanto.com](http://www.monsanto.com) (fecha de acceso el 15 de diciembre de 2013)

<sup>14</sup> *Id*

<sup>15</sup> Dra. Teodora Zamudio, “Los Derechos Humanos en relación con los alimentos transgénicos”, [http://www.biotech.bioetica.org/i14.htm#\\_Toc59845628](http://www.biotech.bioetica.org/i14.htm#_Toc59845628), (fecha de acceso el 15 de noviembre de 2013).

hectáreas. Desde que se comenzaron los cultivos transgénicos a escala comercial, se ha mantenido un ritmo del 10% anual. El 99% de la superficie cultivada se repartía principalmente entre Estados Unidos (66%), Argentina (23%), Canadá (6%), y China (4%). Estados Unidos es el país con mayor superficie cultivada de transgénicos, con 54.6 millones de hectáreas. Le sigue Argentina, con 18 millones de hectáreas de soya, maíz y algodón transgénico y tercero Brasil, quien ha experimentado un crecimiento del 22%. Por otro lado el líder europeo lo es España con 53.667 hectáreas de maíz OGM.

Por lo general en Norte América se comercializa el algodón, el maíz, la remolacha y el tabaco; en Europa, debido a las restricciones impuestas por la Unión Europea, solo puede comercializarse algunos tipos de maíz, colza, tabaco y claveles.<sup>16</sup> Todo esto para un valor económico de más de 4.700 millones de dólares. Se estima que para el año 2017 la industria estaría valorada aproximadamente en 2.2 billones de dólares, según el Global Industry Analysts.<sup>17</sup> La industria de la biotecnología representa un gran valor económico mundial, el cual es controlado por multinacionales como Monsanto, Genoma, Zeltia o Aventis.

El gran éxito comercial de las cosechas OGM se ha conseguido debido a que éstas “súper semillas” son realizadas para resistir el insecticida que la misma compañía produce. De manera que el agricultor puede evitar que sus cosechas se vean afectadas por plagas y a la vez producen alimentos menos perecederos y alegadamente más nutritivos. La compañía Monsanto en su página web asegura que sus productos son alimentos más nutritivos, deliciosos y duraderos, y ofrecen variedad de semillas Roundup Ready.<sup>18</sup> Con ésta tecnología producen canola, trigo, algodón, caña de azúcar, maíz, alfalfa, remolacha, sorgo y soya.<sup>19</sup> Sin embargo éstas promesas de éxito en los cultivos transgénicos han fracasado sobre todo en los campos de cultivos de algodón en India, en donde se ha relacionado la alta incidencia de suicidios de agricultores con las deudas producidas a causa de falsas garantías de Monsanto y al no poder sufragar los costos de adquisición de semillas cada año.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> *Id.*

<sup>17</sup> Report Linker, “*Genetically Modified Organism, GMO Industry: Market Research Reports, Statistics and Analysis*” <http://www.reportlinker.com/ci02236/Genetically-Modified-Organism-GMO.html>, (fecha de Acceso el 20 de diciembre de 2013).

<sup>18</sup> Monsanto Company, 2013 Research and Development Pipeline “*Specialty Crops*”, [www.monsanto.com/products/Pages/specialty-crop-pipeline.aspx](http://www.monsanto.com/products/Pages/specialty-crop-pipeline.aspx), (fecha de acceso el 10 de noviembre de 2013),

<sup>19</sup> Monsanto Company, “*Agricultural Seeds*”, [www.monsanto.com](http://www.monsanto.com) (fecha de acceso el 15 de diciembre de 2013).  
<http://www.monsanto.com/products/Pages/monsanto-agricultural-seeds.aspx>, (fecha de acceso 14 de noviembre de 2013).

<sup>20</sup> Global Research, “*The seeds of Suicide: How monsanto Destroys Farming*”, <http://www.globalresearch.ca>, (fecha de acceso el 23 de diciembre del 2013)..

No en pese a todo los perjuicios que causan los transgénicos podemos encontrar productos OGM o derivados de OGM en las alacenas de todos los supermercados e incluso en nuestros hogares, ello debido a la gran popularidad y comercialización de productos procesados en el mercado que tanto se consumen. Muchos de éstos utilizan soja, fructosa de maíz, canola, etc. Podemos encontrar OGM en productos como fórmula de infantes, aderezos, pan, cereal, cereal de maíz, hamburguesas, margarinas, mayonesa, galletas, chocolate, dulces, comida frita, hamburguesas vegetarianas, sustitutos de carnes, helado, yogurt helado, tofu, salsa soya, salsa de tomate, pasta, harinas, proteína de soya, ácido cítrico, ácido láctico, fructosa, dextrosa, maltodextrina, entre otras.<sup>21</sup> Entre las marcas de alimentos procesados más reconocidas encontramos que un gran número utiliza dichos productos o derivados. Algunas son: Nabisco (Philip Morris), Enfamil Infant Formula (Mead Johnson), Similac (Abbot Labs), Aunt Jemima (Quaker), Betty Croker (General Mills), Hungry Jack (Pillsbury), Hershey's y Nestlé (Kraft Foods), Campbell's, Holsum, Pepperidge Farms, Kellogs, General Mills y Post, Hunt's, Del Monte, Prego, Ragu, Hellman's, Keebler, Frito Lay-Pepsi, Healthy Choice (ConAgra), Heinz, Hormel, Lipton, Uncle Ben's, Pringles (Procter & Gamble), Coca Cola, Capri Sun, V8, Sunny Delight. Alrededor del 80% de los productos en el supermercado son transgénicos o contienen derivados de OGM.<sup>22</sup>

A pesar de la impresionante presencia en el mercado americano de productos y derivados OGM, existen numerosos países que prohíben o regulan la entrada a su mercado, pero no así en la mayoría de los Estados Unidos ni en Puerto Rico. En países europeos y algunos latinoamericanos comúnmente se exige a las compañías exportadoras que produzcan sus alimentos sin OGM o que lleven a cabo un proceso de etiquetado para permitirles la entrada a ciertos mercados más exigentes y conscientes de la salud del consumidor. Hay países más firmes en su posición que otros, por ejemplo: el Sur de Australia prohíbe plantaciones OGM<sup>23</sup>, Japón importa aceite de canola OGM pero no permite plantaciones de semillas transgénicas, Nueva Zelanda no permite plantaciones de OGM, Alemania prohíbe la plantación o venta de maíz transgénico, Irlanda prohibió todo cultivo OGM en el 2009, aunque el etiquetado es opcional, Austria, Grecia, Bulgaria y Luxemburgo han prohibido cultivos o la venta de OGM. Por otro lado países

---

<sup>21</sup> Institute for Responsible Technology, "*GMO Health Dangers*" <http://responsibletechnology.org>, (fecha de acceso 14 de noviembre de 2013).

<sup>22</sup> Alexis de Ponson, Diario la Tercera, "*Cuántos alimentos transgénicos comemos los chilenos*" <http://diario.latercera.com/2010/12/05/01/contenido/tendencias/16-46923-9-cuantos-alimentos-transgenicos-comemos-los-chilenos.shtmlb>, (fecha de acceso 14 de noviembre de 2013).

<sup>23</sup> Contributing Source, "*Natural Revolution*", <http://naturalrevolution.org/list-of-countries-that-ban-gmo-crops-and-require-ge-food-labels/#51osRw5LKdiYwTxy.99>, (fecha de acceso 20 de octubre de 2013).

como Estados Unidos, Sur África, China, Sur América, Canadá, Portugal, India, Inglaterra producen OGM, algunos sólo maíz, otros todo tipo de cultivos y en muchos de éstos países se prohíbe el no permitir la venta comercial de productos transgénicos.

#### IV. ¿Son seguros los OGM?

La Academia Americana de Medicina Ambiental (AAEM por sus siglas en inglés) no considera los productos y alimentos OGM como seguros. La Academia reportó que “diversos estudios con animales indican serios riesgos a la salud asociados con alimentos OGM”, que incluyen infertilidad, problemas inmunes, envejecimiento acelerado, desbalance de insulina y cambios en órganos importantes y en el sistema gastrointestinal. La AAEM incluso sugirió a los médicos que aconsejen a sus pacientes evitar alimentos OGM.<sup>24</sup>

OGM pueden crear efectos impredecibles, difíciles de detectar, incluyendo alergias, toxinas, nuevas enfermedades y problemas nutricionales.<sup>25</sup> Un estudio publicado el año pasado dio a conocer impresionantes resultados científicos sobre los efectos del consumo de alimentos OGM y transgénicos. Este estudio fue publicado en la revista *Food and Chemical Toxicology* y reveló que las ratas alimentadas con maíz transgénico o genéticamente modificado (GM) tolerante al Roundup, durante dos años desarrollaron tumores mamarios masivos, daño renal y hepático y otros problemas graves de salud. De acuerdo con un artículo publicado en *Le Nouvel Observateur* los investigadores utilizaron correos electrónicos con alta seguridad, prohibieron llamadas telefónicas y hasta lanzaron un estudio de señuelo para impedir su sabotaje.<sup>26</sup> Según el estudio las ratas hembras de todos los grupos tratados murieron de 2 a 3 veces más que los grupos de control y más rápido, desarrollaron más tumores mamarios y mucho antes, además encontraron que la pituitaria fue el segundo órgano más dañado y que el balance de la hormona sexual fue modificado por el tratamiento transgénico y Round-up. Los machos tratados, tuvieron congestiones hepáticas y necrosis de 2.5-5.5 veces más altas, presentaron tumores palpables cuatro veces mayores y mucho antes que el grupo control.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Institute for Responsible Technology, “Avoid Eating Genetically Engineered Foods” <http://responsibletechnology.org>, (fecha de acceso 14 de noviembre de 2013).

<sup>25</sup> *Id.*

<sup>26</sup> *Supra*, n.24.

<sup>27</sup> Science Direct, “RETRACTED: Long Term Toxicity of Roundup herbicide and a Roundup-tolerant genetically modified maize”. <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0278691512005637>, (fecha de acceso 15 de noviembre de 2013).



Además, otros estudios han demostrado que los OGM pueden causar alergias, daño al riñón y páncreas, mortalidad acelerada, crecimiento limitado, predisposición a células cancerígenas, entre otros.<sup>28</sup>

En Estados Unidos es el FDA (Federal Drug Administration) quienes supervisan los OGM como parte de un marco coordinado de las diferentes agencias federales, lo que también incluye la EPA (Environmental Protection Agency) y el USDA (United States Department of Agriculture). Este marco se encuentra disponible online y contiene una base de datos de los cultivos transgénicos que han sido destinados a la alimentación humana o animal que han completado las revisiones recomendadas o exigidas.<sup>29</sup> Sin embargo ésta política no es revisada desde el 1992. Aseguran que en última instancia es responsabilidad del fabricante de un alimento nuevo el evaluar la seguridad de los alimentos y asegurar que el requisito de seguridad de la ley se cumpla. En la actualidad no hay esquemas regulatorios, en los EE.UU. que le requiera a los productos OGM ser investigados para saber si verdaderamente son seguros para el consumo humano.<sup>30</sup>

Ambientalistas, políticos y la comunidad científica temen que la introducción de semillas y plantas GM puedan causar un efecto en detrimento por la contaminación genética debido a la polinización cruzada. Esto ocurre cuando una especie de OGM entra en contacto con una especie de planta cosechada o en campo abierto. Se teme que puedan crearse “naturalmente” súper-plantas que requieran cada vez más cantidad de herbicidas y tóxicos más fuertes para el manejo de fincas y cosechas, además ello representaría una amenaza a la biodiversidad de plantas e insectos, debido a los fuertes pesticidas y su uso en cantidades industriales. Estas amenazas se concretizan al comparar la venta de herbicidas en los últimos años, los datos demuestran que se han acelerado rápidamente. El uso de herbicidas aumentó 527 millones de libras en los primeros 16 años (1996-2011) y el uso de glifosato por acre para el cultivo de soya Roundup Ready aumentó un 227% y no así en los cultivos no de soya libres de OGM.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> INSTITUTE FOR RESPONSIBLE TECHNOLOGY, “*STATE-OF-THE-SCIENCE ON THE HEALTH RISKS OF GM FOODS*” <http://responsibletechnology.org/resources/state-of-the-science>, (fecha de acceso 15 de noviembre de 2013).

<sup>29</sup> ABA Health eSource, Ramona Bashshur, “*FDA Regulations of GMO’s*”, [http://www.americanbar.org/content/newsletter/publications/aba\\_health\\_esource\\_\(fecha de acceso el 12 de enero de 2013\)](http://www.americanbar.org/content/newsletter/publications/aba_health_esource_(fecha de acceso el 12 de enero de 2013)).

<sup>30</sup> Peter Melchett, “*The pro-GM lobby’s seven sins against science*” <http://www.soilassociation.org/motherearth/viewarticle/articleid/4752/the-pr 12/2012>, (fecha de acceso 12 de diciembre de 2013)

<sup>31</sup> *Supra*, n.28.

## V. La intervención del derecho en el campo de la biotecnología

Sin duda alguna la biotecnología ofrece instrumentos importantes para el desarrollo de la agricultura, la pesca, actividad forestal, e industrias alimentarias y avances científicos.<sup>32</sup> Puede ofrecer respuestas para una humanidad urbanizada y en vías de desarrollo. Ramón Herrera de la Heras en su libro afirma que el derecho se debe encargar de proteger y regular las posibles actuaciones de la biotecnología que puedan llegar a producir daños.<sup>33</sup> Que en ausencia de certeza científica, se debe aplicar un enfoque preventivo. Herrera Campos, por su parte, indica que un Estado debe adoptar las medias pertinentes para prevenir un riesgo en relación a la salud o el medio ambiente, aún cuando carezca de certeza científica<sup>34</sup>.

Este principio fue acogido por la comunidad internacional, en la Cumbre de Río 1992:

*[c]on el fin de proteger el medio ambiente, los estados deben aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.*<sup>35</sup>

Asimismo, basándose en este principio de precaución se ha firmado el Protocolo de Bioseguridad del 2000 en Montreal, la Convención del Cambio Climático<sup>36</sup>, la Organización Mundial del Comercio, entre otras más. Sin embargo los Estados Unidos, a nivel del Congreso, han sido renuentes a adoptar medidas y firmar convenios internacionales por considerar que los estudios científicos no son concluyentes.<sup>37</sup>

---

<sup>32</sup> Ramón Herrera de las Heras, *La responsabilidad derivada de los daños producidos por la biotecnología* (2007).

<sup>33</sup> *Supra*, n. 42

<sup>34</sup> Herrera Campos, “*La seguridad alimentaria, los alimentos transgénicos y el principio de precaución*”, Extraído del volumen *La responsabilidad derivada de los daños producidos por la biotecnología*, Ramón Herrera de las Heras, Págs. 44-45

<sup>35</sup> “*Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo*”, de 16 de junio de 1992, Extraído del volumen *La responsabilidad derivada de los daños producidos por la biotecnología*, Ramón Herrera de las Heras (2007).Pág. <sup>46</sup>

<sup>36</sup> Convención de Cambio Climático, 13 de junio de 1992, ratificado en Venezuela el 13 de diciembre de 1994. Extraído del volumen *La responsabilidad derivada de los daños producidos por la biotecnología*, Ramón Herrera de las Heras Pág. 47

<sup>37</sup> Estereuelas Henandez. L.M. y Pino Maeso, A., “*El conflicto euronorteamericano sobre hormonas*”. Extraído del volumen *La responsabilidad derivada de los daños producidos por la biotecnología*, Ramón Herrera de las Heras Págs. 48 y ss.

La falta de regulación de alimentos transgénicos y OGM puede considerarse como una violación a los derechos humanos. El derecho internacional establece el derecho de todas las personas a una alimentación adecuada, así como el derecho fundamental a vivir sin pasar hambre.<sup>38</sup> No en pese a ello en la Constitución de Puerto Rico el derecho a la salud y a la alimentación adecuada no es reconocido como un derecho fundamental. Pero la nuestra Constitución aunque no expresa directamente un derecho fundamental de la salud, debido a que la cláusula que contenía dicha disposición fue eliminada por la Resolución Núm.34, sí contiene el Artículo II, sección 12, que dispone:

*[1]a enumeración de derechos que antecede no se entenderá en forma restrictiva ni supone la exclusión de otros derechos pertenecientes al pueblo en una democracia, y no mencionados específicamente. Tampoco se entenderá como restrictiva de la facultad de la Asamblea Legislativa para aprobar leyes en protección de la vida, la salud y el bienestar del pueblo.*

## VI. En Estados Unidos

Los esfuerzos para fortalecer el control del gobierno federal de los Estados Unidos sobre los alimentos OGM han sido infructuosos hasta el momento. Sin embargo sí se han presentado diferentes esfuerzos bien intencionados. El representante Dennis J. Kucinich durante el 2011 introdujo una serie de proyectos, entre ellos el “Genetically Engineered Food Right to Know Act”, para de esta manera requerir etiquetados en los productos de alimentos biotecnológicos.<sup>39</sup> La propuesta iba dirigida a requerir el etiquetado de productos OGM o que utilizaran derivados para su producción, sin embargo la propuesta no fue aprobada.

Además el proyecto H.R. 4816, “Genetically Engineered Organism Liability Act”<sup>40</sup>, haría responsables a la compañías que causaran daños debido a la liberación de OGM en al ambiente. La lista de potenciales daños incluían pérdidas de cosechas sufridas por agricultores, polinización cruzada de fincas colindantes, incremento en la resistencia de los insectos, como también el impacto a la salud y el ambiente de los consumidores.<sup>41</sup> Sin embargo este esfuerzo tampoco fue avalado.

---

<sup>38</sup> Universidad de Buenos Aires, “Los Derechos Humanos con Relación a los Alimentos Transgénicos”, [http://www.biotech.bioetica.org/i14.htm#\\_Toc59845628](http://www.biotech.bioetica.org/i14.htm#_Toc59845628), (fecha de acceso 5 de noviembre de 2013).

<sup>39</sup> Genetically Engineered Food Right to Know Act, H.R. 4814, 107th Cong. (2002)

<sup>40</sup> Genetically Engineered Organism Liability Act of 2002, H.R. 4816, 107th Cong. (2002)

<sup>41</sup> *Id*

La legislación del Engineered Foods Act (GEFA), un proyecto de ley para enmendar la Federal Food and Drug, and Cosmetic Act requeriría consultas previa a la comercialización y la aprobación con respecto a los alimentos genéticamente modificados, y para otros fines. Esta legislación hubiera requerido que la FDA revisara y aprobara todos los alimentos genéticamente modificados antes de su introducción en el comercio interestatal. Autorizaba exenciones de aprobación de una categoría de alimentos considerados no ser un riesgo para la seguridad alimentaria y se destinarían a la protección del secreto comercial.<sup>42</sup> Específicamente, el GEFA dirigiría el Secretario de Salud y Servicios Humanos (HHS) para establecer 1) un programa para detectar la presencia de ingredientes genéticamente modificados en los alimentos de todas las etapas de la producción agrícola a la distribución al detal y 2) un registro de los alimentos genéticamente modificados que contiene la situación reglamentaria de todos los alimentos aprobados. El proyecto también designó disposiciones relativas a los medicamentos y productos adulterados de animales modificados genéticamente, establecer criterios de aplicación, incluidas las disposiciones para la protección de los secretos comerciales y las evaluaciones ambientales, y prohibiciones incorporadas contra el uso ilegal de información comercial secreta y alimentos adulterados. Mas este proyecto tampoco rindió resultados.

Mientras por un lado el Congreso de los EE.UU. toma acción para engavetar legislación que introduzca regulaciones a alimentos transgénicos, las legislaturas estatales ser están presentado como sede principal en cuestiones relativas a la agricultura biotecnológica.<sup>43</sup> Ello refleja que el tema de los OGM genera un alto interés para los consumidores, por lo que en el último año se ha visto un aumento en el número de proyectos de leyes presentados.<sup>44</sup>

Tan reciente como el pasado mes de enero de 2014, el estado de Hawaii aprobó un proyecto de ley (Bill 113) para la prohibición de transgénicos solo quedó exenta la producción de papayas, la cual es un pilar muy importante para ese estado.<sup>45</sup> El proyecto también regula el que las compañías productoras tengan que ofrecer información sobre los pesticidas utilizados. Ello tiene como intención principal fomentar el auspicio de granjeros locales y de esa manera prevenir los monopolios de las industrias transgénicas, restándole su importancia.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> Debra M. Strauss, “*The International Regulation of Genetically Modified Organisms: Importing Caution into the U.S. Food Supply*”, 61 Food & Drug L.J. 167, 184-85 (2006)

<sup>43</sup> H.R. Res. 252, 108th Cong. (2003); S. Res. 154, 108th Cong. (2003), <http://pewagbiotech.org/resources/factsheets/legislation/factsheet.php> [hereinafter PEW Legislative Activities], (fecha de acceso 20 de diciembre de 2013).

<sup>44</sup> *Id.*

<sup>45</sup> Natural Society, “Hawaii Bans GMO Biotech-Citizens Cheer in excitement”, <http://naturalsociety.com/big-island-hawaii-bans-gmo-biotech/>, (fecha de acceso 10 de marzo de 2014).

<sup>46</sup> *Id.*

## VII. Casos y Controversias en Estados Unidos

A. *Alliance for Bio-Integrity v Shalala*<sup>47</sup>, un grupo de ciudadanos preocupados por la FDA demandó alegando que la negativa de la agencia de exigir pruebas de etiquetado y seguridad plantea problemas a la salud y el medio ambiente y hace que sea difícil cumplir con sus creencias religiosas y sus reglas dietéticas. La demanda identificó treinta y seis alimentos modificados genéticamente que se consumen diariamente sin el conocimiento de los consumidores estadounidenses. Intentaron aplicar el razonamiento de procesamiento de alimentos utilizados para los alimentos irradiados, los demandantes exigieron que la FDA etiquetara obligatoriamente los alimentos GM sobre la base de que la alteración genética produce modificaciones a los alimentos. Los demandantes tomaron la posición de que el proceso de ser modificado genéticamente era en sí mismo un hecho material. El tribunal rechazó ambos argumentos, sin embargo confirmó la posición de FDA.<sup>48</sup>

B. *Monsanto Co. v. Geertson Seed Farms*<sup>49</sup>, en este caso se temía que la venta a gran escala de una nueva variedad de alfalfa de Monsanto resistente al Roundup, diera lugar a la polinización cruzada con Geertson y la variedad de alfalfa convencional de Trask y con ello llevarla a su desaparición. El tribunal de distrito concedió la medida cautelar en espera de una Declaración de Impacto Ambiental (“EIA”) sobre el efecto de la nueva variedad de alfalfa de Monsanto. En la apelación, el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de EE.UU. afirmó considerar que la medida cautelar era apropiada y que una audiencia de prueba no se requiere antes de la emisión de la orden.

La Corte Suprema dictaminó que los demandantes están legitimados para solicitar medidas cautelares. Sin embargo, la Corte sostuvo que el tribunal de distrito abusó de su discreción cuando entró en una orden judicial en ausencia del EIA. El Tribunal consideró que ningún factor que favorece la imposición de una medida cautelar existiese.

El juez Stevens disintió. Sostuvo que: (1) la nueva variedad de alfalfa podría contaminar otras plantas, (2) la contaminación podría tener lugar incluso en un entorno controlado, (3) el regulador correspondiente ha limitado capacidad de controlar o limitar las limitaciones en la plantación, y (4) la contaminación genética podría diezmar a los medios de subsistencia de los agricultores todos los admitidos.

---

<sup>47</sup> 116 F.Supp.2d 166.

<sup>48</sup> *Alliance for Bio-Integrity v. Shalala*, 116 F. Supp. 2d 166, 178 (D.D.C. 2000).

<sup>49</sup> 130 S.Ct. 2743.

C. *Center for Food Safety v. Vilsack*<sup>50</sup>, el 17 de mayo de 2013, el Noveno Circuito confirmó la Sanidad Animal y Vegetal del Servicio de Inspección (APHIS) la liberalización incondicional de la biotecnología rasgo Alfalfa Roundup Ready de Monsanto (RRA). El tribunal llegó a la conclusión de que: (1) APHIS determinó correctamente que RRA no es una “plaga” de la Ley de Protección Fitosanitaria, y (2) la desregulación de RRA del APHIS no requería de Especies en Peligro Ley de consulta o la Ley Nacional de Política Ambiental (ESA) (NEPA). Ello en análisis de que la agencia no tiene jurisdicción sobre los organismos que no son plagas de las plantas. Los demandantes presentaron una petición el 1 de julio 2013 pidiendo al panel completo del Noveno Circuito de revisión (revisión en banc) y la solicitud fue rechazada.

El dictamen del Noveno Circuito es importante porque hizo tres descubrimientos que podrían afectar a la revisión y regulación de los OGM.<sup>51</sup> Estos resultados son:

*-Las amenazas de la polinización cruzada , contaminación transgénica , o el aumento del uso de herbicidas en virtud de la Ley de Protección de las Plantas ( “ PPA “). Tales daños no entran en la definición de “lesión”, “daño”, o “ enfermedad” .*

*- Una vez APHIS determinó que no había riesgo de plagas de plantas , ya no tenía jurisdicción para regular la Alfalfa Roundup Ready y, por tanto , no tenía obligación de consultar bajo la Ley de Especies en Peligro de Extinción ( “SEC “) o analizar alternativas bajo la Ley Nacional de Política Ambiental ( “ NEPA “) .*

*- APHIS no está obligado a realizar un análisis de maleza nociva en combinación con un examen de una petición de la desregulación<sup>52</sup>.*

Esta decisión es importante porque proporciona una interpretación limitativa de “plaga” por el estrechamiento de la definición del tipo de daño que pudiera calificarse de “lesión”, “daño” o “enfermedad” a otras plantas en el PPA. En segundo lugar, en la decisión se afirma que la decisión de una agencia para desregular una planta bajo el PPA es un acto discrecional, lo que limita las obligaciones de la

---

<sup>50</sup> *Center for Food Safety v. Vilsack*, 718 F.3d 829, (2013).

<sup>51</sup> Christopher Marraro and Peter Whitfield, “*Ninth Circuit Affirms APHIS’s Deregulation of Roundup Ready Alfalfa; Denies Plaintiffs’ Request for Rehearing En Banc*”, <http://www.environmentallawstrategy.com/2013/08/ninth-circuit-affirms-aphiss-deregulation-of-roundup-ready-alfalfa-in-center-for-food-safety-v-vilsack-no-12-15052-9th-cir-may-17-2013/>, (fecha de acceso 15 de enero de 2014).

<sup>52</sup> *Id.*

agencia bajo la ESA y la NEPA. En tercer lugar, la decisión de la Corte reconoce que APHIS tiene obligación independiente para analizar una planta como una maleza nociva antes de tomar una determinación de la desregulación.

Los demandantes - apelantes solicitaron la reconsideración de estas cuestiones mediante la presentación de una petición solicitando una nueva audiencia en banc.<sup>53</sup>

D. Organic Seed Growers and Trade Assoc. v. Monsanto<sup>54</sup>, el Circuito Federal desestimó la acción declarativa de los demandantes en contra de Monsanto, pero al hacerlo, sostuvo que Monsanto está judicialmente impedido de hacer valer sus patentes en contra de agricultores por involuntariamente poseer rastros de cosecha transgénica en su producción, debido a la polinización cruzada.

### VIII. Proyecto de etiquetados de productos OGM en Puerto Rico

Los senadores Lawrence N. Seilhamer Rodríguez y María de L. Santiago Negrón presentaron el pasado 22 de abril 2013 un proyecto de ley para requerir que todo alimento preparado o procesado con ingeniería genética se rotule, para establecer penas civiles a quienes incumplan y para darle facultad al Departamento de Agricultura de adoptar los reglamentos necesarios para el cumplimiento de estas disposiciones.<sup>55</sup>

El proyecto de ley expone las preocupaciones que existen sobre los riesgos a la salud, dado la realidad de que *más del 90% del maíz, la soya y el algodón que se produce en los Estados Unidos están genéticamente alterados, según los datos del año 2012 del Departamento de Agricultura Federal (USDA)*.<sup>56</sup> Además expone que no habría manera de saber qué alimentos son modificados genéticamente por su mera apariencia, olor o sabor.

Este esfuerzo fue importante para exponer a la discusión pública los derechos que tenemos como ciudadanos y consumidores, tomando en cuenta que en Puerto Rico, mediante ley, se han impulsado propuestas para la experimentación con semillas y tecnología transgénica. Estas son la ley de incentivos aprobada por

---

<sup>53</sup> *Supra*, n.51

<sup>54</sup> *Organic Seed Growers and Trade Association v. Monsanto*, 718 F.3d 1350, (2013)

<sup>55</sup> Oficina de Servicios Legislativos, [http://www.oslpr.org/legislatura/tl2013/tl\\_busca\\_avanzada.asp](http://www.oslpr.org/legislatura/tl2013/tl_busca_avanzada.asp), (fecha de acceso 3 de enero de 2014)

<sup>56</sup> *Proyecto para enmendar los artículos 2 y 3 de la Ley Núm. 72 del 26 de abril de 1940, según enmendada, "Ley de Alimentos, Drogas y Cosméticos de Puerto Rico"*, Exposición de Motivos, P del S 524, 22 de abril de 2013.

Luis Fortuño, y la Ley de Promoción y Desarrollo de Empresas de Biotecnología Agrícola. La cual le facilita la adquisición de edificios, permisos, además de ofrecer incentivos económicos a través de la Compañía de Fomento Industrial y el Departamento de Agricultura.<sup>57</sup> También se le ofrece, mediante la Administración para el Desarrollo de Empresas Agropecuarias (ADEA), presupuestos anuales para subsidios salariales de \$38 millones. Se reembolsan a las semilleras \$2.72 por cada hora de trabajo pagadas. Pioneer Hi-Bred ha recibido \$7.6 millones en los últimos siete años. *Ésta última empresa pertenece a la química estadounidense DuPont, y es la principal competidora de Monsanto en el lucrativo negocio global de los transgénicos, con la que ha mantenido guerras por las patentes de sus semillas.*<sup>58</sup>

## IX. Tratamiento de los productos OGM en otros países

### A. En España

El Derecho interviene mediando dos vías, la sancionadora reservada al Derecho Penal y la reparadora canalizada por el Derecho Civil.<sup>59</sup> Lo penal se regirá por el Código Penal y los civiles por el Código civil, artículos 1902-1910, que regulan la responsabilidad extracontractual. Dice Ramón Herrera de las Heras en su libro que el Código Penal español del 1995 no regula los posibles delitos cometidos contra la utilización de la biotecnología, tampoco refiere al fraude alimentario, esencial para la protección de la salud de los consumidores, no aparece la posible punición de actividades biotecnológicas que pongan en grave peligro la salud de los consumidores. Por otro lado la responsabilidad administrativa juega un importante papel en el ámbito agroalimentario y que se deriva del incumplimiento de parte del empresario agrícola y que da lugar a sanciones que prescindirá en ocasiones de su propia culpa. El medio ambiente prevalece sobre la naturaleza culpable o no de su comportamiento, ya que quien asume el riesgo responde por él.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> Elvan Martínez, Centro de Periodismo Investigativo por el libre acceso a la información, “*El experimento caribeño de Monsanto*”, <http://cpipr.org>, (fecha de acceso el 15 de noviembre de 2013).

<sup>58</sup> Elvan Martínez, Centro de Periodismo Investigativo por el libre acceso a la información, “*El dinero público subsidia a Monsanto*”, <http://cpipr.org>, (fecha de acceso el 25 de noviembre de 2013).

<sup>59</sup> Ramón Herrera de las Heras, “*La responsabilidad derivada de los daños producidos por la biotecnología*”, (2007).Págs. 76 y ss.

<sup>60</sup> *Id.*



Actualmente una ley especial es la que regula el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, la Ley 9/2003 de 25 de abril. Esta establece el régimen sancionador, clasificando, las infracciones en leves, graves y muy graves, que pueden dar lugar a la imposición de multas, la clausura definitiva o cierre temporal de las instalaciones, el decomiso de los OGM, la inhabilitación para el ejercicio de las actividades o la publicación oportuna de las sanciones impuestas.<sup>61</sup> Además el incumplimiento de alguna de las disposiciones de ésta ley dará también paso a sanciones administrativas. Los responsables de una infracción estarán obligados a reponer las cosas al estado que estuvieran antes de la infracción.

## **B. En Italia**

En Italia existe un régimen especial para atender compensaciones y daños económicos como resultado de mezclas de OGM en cultivos no-GM.<sup>62</sup> En el 2004 el gobierno italiano adoptó medidas urgentes para la coexistencia de cultivos modificados genéticamente con cultivos convencionales y orgánicos, de acuerdo al Commission Recommendation 203/556/EC. Esto ofrece un marco normativo más flexible para proteger la biodiversidad del ambiente natural y garantizar a los diferentes productores agrícolas y a los consumidores alternativas de diversidad de tipos de productos. La reparación de daños va dirigida a cubrir las pérdidas sufridas tanto por el agricultor a quien se le ha contaminado su siembra y el causante quien haya sido hallado responsable de las mezclas. No existen reglas especiales respecto a establecer nexo causal entre el alegado daño y la presencia de cultivos transgénicos, como consecuencia la regla general de causación depende del artículo 40 y 41 del Código Italiano Penal y aplicar las reglas civiles sobre daños y perjuicios. El daño no se presume como consecuencia de incumplimiento de las medidas de coexistencia, pero el agricultor perjudicado debe probar el enlace entre el alegado daño y la conducta del demandado.

## **C. En Grecia**

En el 1986 el Parlamento Griego promulgó el marco de ley 1650/1986 para la protección del ambiente, de acuerdo con ello cualquier acto u omisión dirigida a la profanación, contaminación y degradación del medio ambiente y que resulte en efectos secundarios adversos en la medida en que los bienes ambientales como

---

<sup>61</sup> Según el artículo 35 de la Ley 9/2003.

<sup>62</sup> Bernhard A. Koch, *"Economic Loss Caused by Genetically Modified Organisms"*, (ed.) (2008).

a los seres humanos constituyen un delito. Haciendo responsable de los daños a quien provoque contaminación o cualquiera otra degradación del ambiente, a menos que pruebe que el daño fue un acto de Dios o fue el resultado del acto culpable de una tercera persona.

De acuerdo con las reglas generales del Código Griego de Procedimiento Civil, el peso de la prueba recae sobre el demandante, tiene que probar los elementos de la regla que invoca. En general las controversias generadas sobre OGM serán evaluadas a base de las reglas generales del régimen de responsabilidad.

## **X. Conclusión**

La industria de OGM se ha concentrado en proporcionar una solución a problemas de suma importancia para la humanidad. Pretende atender el problema de la desnutrición mundial y abaratamiento de costos de producción de alimentos, mediante el uso de semillas con capacidad de florecer en ambientes climáticos hostiles. Ello a la vez que ofrece mayor calidad y cantidad de alimentos para la creciente sobrepoblación mundial. Todo ello mientras alega disminuir el uso de pesticidas. Por otro lado tenemos el riesgo a la salud que conlleva el consumo de éstos alimentos, sustentado con las investigaciones científicas independientes que han sido publicadas recientemente y el daño ambiental que conlleva el cultivo de OGM a la tierra y a la biodiversidad.

Ambos argumentos son importantes y merecen un estudio profundo y concienzudo. El sector a favor de los OGM argumenta que el riesgo a la salud, es solo eso un riesgo en el abstracto. Sin embargo no podemos dejarlo a un lado, cuando son millones de personas en Puerto Rico y en el mundo quienes diariamente: desayuno, almuerzo y cena consumen OGM o sus derivados sin prestar su consentimiento. Las posibilidades de enfrentar consecuencias adversas a la salud, como problemas hepáticos, tumores e infertilidad pudieran ser muy altas. Diariamente se consumen alimentos transgénicos como el trigo (pan, pastas, cereales), el maíz, el arroz, el azúcar, el aceite de canola y productos derivados de la soya; sin necesariamente estar consientes.

La postura vigente en el debate puertorriqueño y en muchos de los estados de la nación americana, no es necesariamente prohibir los alimentos y las cosechas transgénicas, como sucede en países como Grecia, por ejemplo; si no es exigir el etiquetado correspondiente en los productos. De manera que el consumidor pueda brindar un consentimiento informado sobre los alimentos y productos que consume. En ese sentido me parece razonable exigir el etiquetado y que se reevalúen las regulaciones federales vigentes de la FDA, EPA y el USDA para que puedan exigir estudios independientes rigurosos sobre los alimentos y su seguridad al consumidor. El poder económico de las compañías biotecnológicas en los Estados

Unidos son tan influyentes como para haber logrado su desregulación y aprobar sus productos como seguros sin tener que llevar a cabo mayores investigaciones sobre el efecto a corto o largo plazo, ni sobre su impacto al ambiente.

Cada uno de nosotros debe poder ejercer su derecho a estar bien informado de lo que ingiere y debe poder tener acceso a educación adecuada sobre los transgénicos u OGM. Hago la analogía con las industrias del tabaco y el alcohol. Al igual que se conocen sobre sus efectos dañinos y se añaden advertencias sobre su consumo perjudicial a la salud en las etiquetas, debe de igual manera hacerse para los alimentos OGM. Sabemos que aún así las industrias mencionadas son económicamente poderosas, independientemente de esas advertencias. Por lo que no es razonable pensar que difundir dicha información le afectaría adversamente a la industria de los transgénicos y la biotecnología.

En nuestro mercado puertorriqueño es sumamente difícil reconocer cuales alimentos son OGM y cuales no, por la falta de conocimiento y de leyes sobre etiquetados que protejan al consumidor. Es muy relevante este tema en la actualidad porque más del 80% de los productos en nuestro mercado o son transgénicos o son producidos con ingredientes derivados. Estamos hablando de alimentos que consumimos a diario, como el pan, arroz, pastas, maíz, etc. Si no tenemos el privilegio de conocer, por lo menos, cuáles son los alimentos alterados, la realidad es que se nos está privando nuestro derecho a estar bien informados. Básicamente las opciones que tenemos los consumidores se reducen a enfermarnos por lo que comemos o a elegir productos orgánicos y etiquetados “NonGMO Verified” y todo esto a base de la información o conocimiento que podamos adquirir por nuestra propia cuenta. Sin embargo, no es un secreto que los productos orgánicos son más costosos y difíciles de conseguir. Si tuviésemos legislación para identificar en las etiquetas los productos OGM, ello sería un beneficio adicional para el bolsillo del consumidor que busca opciones más económicas, puesto que los productos orgánicos tienen que ser productos sin OGM (bajo los estándares de la USDA), pero los OGM no necesariamente tienen que ser orgánicos y ello se traduciría probablemente en un ahorro. Debemos tener el derecho a estar informados a través de los etiquetados y tener la opción de consumir productos más sanos aunque no sean orgánicos.

Todo ello contrasta con algunos países del mundo en donde han adoptado un enfoque de protección al consumo humano y al ambiente, sin embargo en Puerto Rico vemos cómo el Departamento de Agricultura ha otorgado más de \$20 millones en fondos públicos a la compañía Monsanto y otras siete multinacionales, para la experimentación de semillas modificadas genéticamente.<sup>63</sup> Además, en

---

<sup>63</sup> Elvan Martínez, “El dinero público subsidia a Monsanto”, <http://cpipr.org>, (fecha de acceso 4 de enero de 2014).

Puerto Rico, se ha permitido la siembra de transgénicos en prácticamente todas nuestras tierras agrícolas. Impera un campo de desregulación e interés comercial y no la protección hacia el ambiente y la integridad del ser humano y del derecho que debe tener todo consumidor a la información. Estará por verse si este tema cobra mayor importancia con el pasar del tiempo en los Estados Unidos y por ende también en nuestra Isla. Al menos ya algunos estados han alcanzado legislación al respecto, como Hawaii; aunque se haya vetado anteriormente a nivel federal; ello definitivamente representa un cambio positivo, aunque lento.

# **La constitucionalización del derecho a un medio ambiente adecuado como derecho humano fundamental: Herramienta para mitigar el impacto de la pobreza en Puerto Rico**

*Norliz Polanco Frontera*<sup>1</sup>

## **I. Introducción**

Cuando pensamos en derechos fundamentales recordamos palabras claves tales como: constitución, libertad, vida y propiedad. Es de conocimiento general que el Estado tiene ciertos deberes y obligaciones para con la ciudadanía, es decir que tiene que garantizar ciertos derechos. No obstante, cuando pensamos en nuestros derechos fundamentales casi nunca, o más bien nunca pensamos en el derecho a un medio ambiente adecuado como uno de ellos y mucho menos en lo que la obtención de este tipo de garantías puede implicar.

Sin embargo, a diario observamos el periódico y vemos noticias sobre contaminación, comunidades sin acceso al agua potable, sequías o eventos catastróficos que han azotado ciudades enteras, y comunidades sin acceso a pozos sépticos adecuados. Solo por mencionar algunas. Todo esto forma parte de lo que es nuestro medio ambiente. Saber que hay personas que no tienen acceso a muchas cosas que consideramos básicas para poder vivir nos debería causar preocupación y hasta indignación. Entonces cabe señalar, ¿nos hemos preguntado cómo es posible solucionar estos conflictos desde el punto de vista legal? ¿Tenemos herramientas adecuadas para ello?

Muchos académicos plantean como solución a estas situaciones la constitucionalización del derecho a un medio ambiente adecuado. Desde esta perspectiva, debe considerarse el derecho a un medio ambiente adecuado atado a un estándar de salud libre de peligros ambientales; agua y comida saludable y adecuada para el bienestar personal; derecho a la vivienda.<sup>2</sup> Debemos ver la

---

<sup>1</sup> Estudiante de Derecho de segundo año de la Escuela de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

<sup>2</sup> Tim Hayward, *Constitutional Environmental Rights*, 29- 31, Ed. Oxford (2005).

constitucionalización del derecho a un medio ambiente adecuado como un punto de partida del bienestar y la salud.

No obstante, el tema ha generado diversos debates debido a la complejidad que representa para algunos académicos elevar este derecho a rango constitucional. Las oposiciones a que este derecho sea reconocido se dividen en cuatro vertientes<sup>3</sup>. El profesor David Boyd resume las posiciones más importantes en torno a esta problemática.<sup>4</sup> Dichas oposiciones se centran en el contenido, en que son antidemocráticos, no son justiciables, y no son efectivos.

La tesis fundamental de este escrito será la de tratar de establecer una relación lógica entre la constitucionalización del derecho a un medio ambiente adecuado como derecho humano fundamental para ser utilizado como herramienta para mitigar el impacto de la pobreza en Puerto Rico. Para ello miraremos problemas reales que aquejan a la Isla y de qué forma el derecho a un ambiente saludable podría representar una solución viable.

## II. La cláusula ambiental en Puerto Rico

Resulta indispensable dar una mirada a la situación de Puerto Rico. El Derecho Ambiental en la Isla se ha visto trastocado en la última década por varias doctrinas que han sido utilizadas para poner freno a las controversias ambientales que han llegado a los tribunales. Se ha utilizado particularmente la objeción relacionada con la justiciabilidad de los derechos ambientales. Las doctrinas de deferencia judicial y la de legitimación activa han servido como herramientas para que los asuntos ambientales no sean atendidos por los tribunales. Quizás la decisión más perjudicial para el Derecho Ambiental lo ha sido la emitida en el caso de *Fundación Surfrider v. A.R.P.E.*<sup>5</sup>, en la cual el Tribunal Supremo de Puerto Rico determinó que la Fundación y uno de los vecinos de la comunidad afectada no tenían legitimación activa para impugnar la decisión tomada por la agencia administrativa. Esto tuvo el efecto de impedir que en controversias posteriores sobre Derecho Ambiental las organizaciones ambientales pudieran presentar sus reclamos ante los tribunales. Cabe entonces preguntarnos si elevar a rango constitucional el derecho a un medio ambiente adecuado tendría el efecto de abrir nuevamente las puertas del Tribunal a este tipo de litigios. Examinemos con

---

<sup>3</sup> David R. Boyd, *The Environmental Rights Revolution: A global study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, 33-43, UBC Press (2012).

<sup>4</sup> Id.

<sup>5</sup> *Fundación Surfrider v. A.R.P.E.*, 178 D.P.R. 563 (2010).

detenimiento nuestro ordenamiento constitucional para determinar la respuesta a la interrogante antes expuesta.

Con relación a lo anterior, es menester señalar que la Constitución de Puerto Rico contiene una cláusula ambiental. El artículo VI, sección 19 de la Constitución de Puerto Rico<sup>6</sup> dispone que:

“Será política pública del Estado Libre Asociado la más eficaz conservación de sus recursos naturales, así como el mayor desarrollo y aprovechamiento de los mismos para el beneficio general de la comunidad; la conservación y mantenimiento de los edificios y lugares que sean declarados de valor histórico o artístico por la Asamblea Legislativa; reglamentar las instituciones penales para que sirvan a sus propósitos en forma efectiva y propender, dentro de los recursos disponibles, al tratamiento adecuado de los delincuentes para hacer posible su rehabilitación moral y social.”

Sin embargo, resulta forzoso evaluar cómo ha sido utilizada la cláusula ambiental en Puerto Rico por el Tribunal Supremo. El profesor Luis E. Rodríguez Rivera ha discutido este tema y respecto a éste analiza la posición de la jueza del Tribunal Supremo Fiol Matta.<sup>7</sup> La jueza del Tribunal Supremo plantea que se ha estado configurando un estándar de revisión más riguroso con relación a la doctrina de revisión judicial cuando el Tribunal adjudica controversias ambientales.<sup>8</sup> La crítica del profesor Rodríguez a la opinión de la jueza Fiol Matta estriba en que si bien es cierto que ha habido avances en torno a las forma en que se revisan las controversias ambientales, éstas se revisan desde una perspectiva de revisión judicial administrativa y no de revisión de índole constitucional. Establece que del artículo VI, sección 19 de nuestra constitución emana un derecho o deber sustantivo que obliga a los tribunales a aplicar un escrutinio de revisión constitucional a casos ambientales.

Para hacer una evaluación más extensiva del uso que se la ha dado a la cláusula ambiental en Puerto Rico evaluaremos el caso de *Lozada Sánchez v. AEE*<sup>9</sup>. Este es el caso del Gasoducto donde Justo Lozada, Juan Cortés Lugo, y la Unión de Trabajadores de la Industria Eléctrica y Riego (UTIER), trataron de impugnar

---

<sup>6</sup> Const. P.R. Art. VI, § 19.

<sup>7</sup> L. Rodríguez Rivera, *No todo lo que brilla es oro: Apuntes sobre el desarrollo de la norma de revisión judicial en la jurisprudencia ambiental a la luz de la constitucionalización de la política pública ambiental puertorriqueña*, 72 Rev. Jurídica U.P.R. 113 (2003).

<sup>8</sup> Liana Fiol Matta, *De regreso al futuro: El hard look y la “nueva” revisión judicial rigurosa en casos ambientales*, REV. JUR UPR 71 (2003).

<sup>9</sup> *Lozada Sánchez v. AEE*, 184 D.P.R. 898 (2012).

la aprobación por parte de la Junta de Calidad Ambiental de la Declaración de Impacto Ambiental (DIA). Sin embargo, el Tribunal concluyó que los demandantes no probaron concretamente el daño que les causó la aprobación de la DIA y que por el contrario utilizaron especulaciones para concluir que les afectaba. A través de la lectura de toda la opinión del Tribunal resulta notorio que no se hace mención de la cláusula ambiental contenida en la Constitución de Puerto Rico. El asunto se descarta simple y llanamente por la falta de un daño palpable por parte de los demandantes. Esto resulta importante ya que el proyecto que se estaba cuestionando en este litigio era un gasoducto, el cual tenía el propósito de proveer energía a Puerto Rico por los próximos años. La opinión mayoritaria de este caso fue duramente criticada por la Jueza Fiol Matta. En la opinión disidente, ésta expresa que la opinión mayoritaria "... parece indicar que cuando una persona alega algún daño ambiental tiene que esperar a que suceda una catástrofe para poder ser escuchada en nuestros tribunales".<sup>10</sup>

Cabe preguntarnos entonces dónde queda la política pública del ELA de promover la más eficaz conservación de los recursos naturales, así como el mayor desarrollo y aprovechamiento de los mismos para el beneficio general de la comunidad si no se permite que se cuestionen los procedimientos utilizados para tan importante proyecto. Es por ello que resulta indispensable que la Constitución contenga una cláusula lo suficientemente estructurada y válida para la protección del medio ambiente y no un simple llamado de política pública.

### **III. La pobreza en Puerto Rico y la importancia de la constitucionalización del derecho a un medio ambiente adecuado**

El diccionario de la Real Academia de la Lengua española define la palabra pobre como: "Necesitado, que no tiene lo necesario para vivir".<sup>11</sup> Sobre esta definición podemos entender que la pobreza está relacionada con la salud, el aire, el agua, los alimentos. Estas son las cosas indispensables para que una persona pueda subsistir. Es indispensable para este escrito establecer lo que implica la pobreza, de forma tal que pueda ser relacionada con el Derecho a un medio ambiente adecuado.

La Oficina del Censo de los Estados Unidos anualmente mide por medio de estadísticas los niveles de pobreza tanto en Estados Unidos como en Puerto Rico. En las estadísticas reportadas del año 2010 por la Oficina del Censo<sup>12</sup> sobre un

<sup>10</sup> *Lozada Sánchez v. AEE*, 184 D.P.R. 927 (2012) (Liana Fiol Matta, J., disidente)

<sup>11</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, (<http://lema.rae.es/drae/?val=pobreza>) (8 de noviembre de 2013).

<sup>12</sup> Alemayehu Bishaw, *Poverty: 2009 and 2010 American Community Survey Briefs* (<http://www.census.gov/prod/2011pubs/acsbr10-01.pdf>) (7 de noviembre de 2013).



millón seiscientos cincuenta y nueve mil setecientas noventa y dos (1,659,792) personas vivían bajo los niveles de pobreza en Puerto Rico. Según los datos reportados esto representa 16 por ciento de la población o más. Hasta el año 2010 Puerto Rico cuenta con una población de 3.8 millones de personas, según el Censo realizado por la Junta de Planificación.<sup>13</sup>

La profesora Linda Colón Reyes<sup>14</sup>, ha definido lo que implica el concepto de pobreza. “El concepto pobreza se ha utilizado tradicionalmente para referirse a una condición o situación económica, política y social desigualdad que afecta a ciertos individuos”.<sup>15</sup> También establece la correlación que existe entre la opresión, la dependencia y la injusticia con la pobreza. Ello mantenido por unas instituciones, por unas estructuras.<sup>16</sup> Por otro lado, también discute que la pobreza trae consigo la falta de poder político. “Desde esta perspectiva, los pobres son ciudadanos de segunda clase para quienes la democracia se define de manera diferente”.<sup>17</sup> No obstante, señala que existen situaciones en las que los pobres toman el poder en sus manos. Este poder se manifiesta cuando vemos comunidades pobres que invaden terrenos o cuando crean grupos para luchar en contra de la contaminación en sus comunidades. La profesora Colón apunta hacia la carencia de acceso a la justicia que viven los pobres en Puerto Rico.

Teniendo en consideración los planteamientos esbozados sobre la pobreza, resulta menester destacar entonces el papel que tendría la constitucionalización del derecho a un medio ambiente adecuado para las personas y las comunidades pobres. Las áreas de mayor contaminación y los problemas de invasión de terrenos en Puerto Rico ocurren en comunidades pobres. Prueba de ello es la conocida historia del Caño Martín Peña.

Si bien es cierto que muchas veces los pobres no tienen acceso a la justicia, es necesario que se comiencen a abrir las puertas del Derecho para sectores desventajados. Cuando hablamos de derechos constitucionales, es sabido que gozan de gran prestigio y respeto. Los derechos fundamentales en nuestro sistema activan escrutinios estrictos que obligan a los tribunales a examinar estos reclamos

---

<sup>13</sup> Oficina del Censo de la Junta de Planificación

([ww2.pr.gov/agencias/censo/CensoPoblacionVivienda/Censo2000/Documents/Poblacion%20para%20los%20Municipios%20por%20Sexo%20en%20Edades%20Quinquenales/T\\_Age\\_SexMun\\_00.pdf](http://ww2.pr.gov/agencias/censo/CensoPoblacionVivienda/Censo2000/Documents/Poblacion%20para%20los%20Municipios%20por%20Sexo%20en%20Edades%20Quinquenales/T_Age_SexMun_00.pdf)) (10 de noviembre de 2013).

<sup>14</sup> Es profesora de la Facultad de Ciencias Sociales en la Universidad de Puerto Rico, recinto de Río Piedras. Además se desempeñó como Directora de la Oficina de Comunidades Especiales.

<sup>15</sup> Linda Colón Reyes, *Pobreza en Puerto Rico: Radiografía del Proyecto Americano*, 25-26, Editorial Luna Nueva, 2006.

<sup>16</sup> Id, p. 30.

<sup>17</sup> Id.

de forma tal que no puedan ser ignorados. El derecho a un medio ambiente adecuado incluye componentes relacionados a la calidad de vida, que a su vez está ligado a la salud, a espacios libres de contaminación. Constitucionalizar el derecho a un medio ambiente adecuado sería una herramienta para que las personas y las comunidades que no tienen acceso a una vida saludable ni a tener una expectativa de vida razonable puedan tener una causa de acción con la cual defenderse.

En Puerto Rico la situación precaria en la que viven algunas familias resulta sorprendente. Según ha sido discutido anteriormente, más del 16 por ciento de la población vivía bajo los niveles de pobreza en el 2010. Resulta indispensable señalar que en Puerto Rico existen familias y comunidades enteras que no gozan de los servicios básicos para poder vivir, en específico el servicio de agua potable. Recientemente un periódico de circulación general realizó un reportaje en el que plasmó las peripecias de una comunidad compuesta por 120 familias en el barrio Llanadas en Maricao para obtener agua. Estas familias recogen agua de la lluvia o de un manantial cercano para poder asearse, limpiar y realizar lo propio.<sup>18</sup> Según relatan los residentes, el Municipio y la Autoridad de Acueductos y Alcantarillados (AEE) hicieron un acuerdo en el que la AEE iba a suplir los materiales y la mano de obra para llevar agua a los residentes de esta comunidad.<sup>19</sup> Las tuberías que conducirán el agua a las casas fueron colocadas, más sin embargo aún faltan por instalar las bombas que van a distribuir el agua a las casas. En algún momento el Municipio construyó un pozo pero el mismo no cumplía con la reglamentación necesaria por encontrarse cerca de un pozo séptico. Algunos residentes expresaron las preocupación que sienten por los efectos que esta situación pueda acarrear para su salud, ya que muchas de estas familias se ven en la obligación de bañarse con agua de lluvia o con el agua que recogen de un manantial que se encuentra a diez minutos de sus residencias. Es preciso recalcar que en ambas situaciones el agua a la cual tienen acceso no es agua potable.

Con relación al problema del agua y el saneamiento, la Organización Mundial de la Salud ha dicho que: “Cuando se vulnera el derecho al agua, se menoscaban al mismo tiempo otros derechos como el derecho a un medio ambiente saludable, el derecho a la alimentación y el derecho a una vida digna”.<sup>20</sup> En otras palabras, el derecho a tener acceso al agua potable constituye una parte de las garantías que la

---

<sup>18</sup> Sandra Caquíás Cruz, *20 años sin agua en Maricao*, (<http://www.elnuevodia.com/aquinosbanamosconaguadelluvia-1633140.html>) (1 de noviembre de 2013).

<sup>19</sup> *Id.*

<sup>20</sup> Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud, *Agua y saneamiento*. ([http://www.paho.org/tierra/images/pdf/agua\\_y\\_saneamiento\\_web.pdf](http://www.paho.org/tierra/images/pdf/agua_y_saneamiento_web.pdf)) (4 de noviembre de 2013).

constitucionalización del derecho a un medio ambiente adecuado puede proveer ya que está visto que la cláusula ambiental que contiene nuestra Constitución no provee para ello.

Vinculando nuevamente la problemática del acceso al agua con la pobreza y la constitucionalización del derecho a un medio ambiente adecuado, un estudio realizado por la Organización Mundial de la Salud arrojó que la inequidad a tener acceso al agua por el nivel de ingresos es muy marcada en el mayoría de los países de América Latina y el Caribe ya que la mayoría de las personas sin acceso a los servicios de agua potable y saneamiento pertenecen a grupos de bajos ingresos.<sup>21</sup> Lo antes dicho contrasta perfectamente con la situación de las familias del barrio Llanadas en Maricao, para quienes la constitucionalización del derecho a un medio ambiente adecuado como derecho fundamental podría ser una solución y una herramienta para llegar a los Tribunales a reclamar su derecho a tener acceso a agua potable.

Para propósitos de este escrito se ha utilizado la falta de acceso al agua potable como indicador tanto de pobreza, como de la necesidad de una medida legal que permita menguar los efectos que sufren las personas que pertenecen a clases sociales desventajadas de tener derecho a un medio ambiente limpio y saludable. No obstante, existen muchas otras instancias que podríamos discutir y que resultarían certeras.

Si bien el componente de la salud representa un argumento muy favorecedor para propulsar el derecho a un medio ambiente adecuado, es necesario evaluar el asunto desde un punto de vista menos antropocéntrico, como señalan sus opositores. Pensemos ahora en las consecuencias que tiene para el medio ambiente no tener un derecho como este. De acuerdo con el Director de la División del Caribe de la Agencia Federal de Protección Ambiental<sup>22</sup>, en Puerto Rico la contribución por habitante al problema del calentamiento global y cambio climático es 230 por ciento mayor que el promedio por habitante a nivel mundial y 333 por ciento más por habitante que América Latina y el Caribe.<sup>23</sup> Además, en la Isla se consume la gasolina de siete países centroamericanos juntos. Estas cifras tan alarmantes se deben, según el director de la EPA a la cantidad de vehículos que existen. Se plantea que existe la posibilidad de que para el año 2020 tendremos 4.4 millones de vehículos.<sup>24</sup> La gran cantidad de autos redunda en el consumo de alrededor de 998 mil millones de galones de gasolina al año.<sup>25</sup> Estas cifras parecen indicar con

---

<sup>21</sup> *Id.*, p. 16. (4 de mayo de 2014).

<sup>22</sup> En adelante EPA.

<sup>23</sup> Carl A. Sodeberg, *Alto el nivel de contaminación en Puerto Rico* (Especial para El Nuevo Día) ([http://aceer.uprm.edu/pdfs/contaminacion\\_pr.pdf](http://aceer.uprm.edu/pdfs/contaminacion_pr.pdf)) (11 de noviembre de 2013).

<sup>24</sup> *Id.*

<sup>25</sup> *Id.*

certeza que necesitamos evaluar nuestro sistema de transportación y la forma en la que nos conducimos ante nuestro medio ambiente. Resulta imprescindible que se ponga en ejecución la cláusula constitucional de fomentar una política pública que conserve los recursos naturales. Es evidente que hasta el momento esto no ha ocurrido.

#### **IV. Conclusiones**

Ya hemos examinado los diferentes argumentos en oposición a la constitucionalización del derecho a un medio ambiente adecuado y cómo es posible rebatir los mismos. Además se ha ejemplificado con situaciones reales instancias en las que elevar a rango constitucional este derecho sería beneficioso para las comunidades desventajadas. Y si bien es cierto que la concesión del derecho a un medio ambiente adecuado no representa una solución mágica para los problemas que nos aquejan, sí representa una garantía sólida de que se empezará a cambiar la forma en que los tribunales acogen planteamientos relacionados a derechos ambientales. De esta forma se podría replantear el asunto de la legitimación activa desde una perspectiva distinta. También se podría lograr que las comunidades pobres tengan mayor acceso a la justicia.

Por otro lado, los niveles de contaminación en Puerto Rico según ya hemos visto resultan alarmantes. De no tomar medidas legales de forma tal que se pueda frenar y repensar la forma en la que nos relacionamos con el ambiente el desenlace puede ser fatal para las futuras generaciones que van a crecer en la Isla. Y no sólo se trata de pensar en las consecuencias para nosotros, sino en la contribución que hacemos de forma colectiva al calentamiento global y las emisiones de dióxido de carbono. Desde la perspectiva legal hay soluciones. Solo resta ponerlas en marcha efectivamente.

# **Recusación electoral del voto por causal de domicilio en colindancia de precinto: Límites geográficos imaginarios que afectan el derecho constitucional de electores reales**

*Carmen L. Silva Romero*<sup>1</sup>

## **I. Introducción**

Desde las primeras elecciones registradas bajo el mandato colonial de España, Puerto Rico ha tenido divisiones geográficas electorales que han servido de guía para los procesos y la formulación de reglas y normas electorales.

Históricamente, para el 1809, Puerto Rico fue dividido en cinco ayuntamientos. Desde el 1812 al 1814, bajo la corona Española, se celebraron dos elecciones, dividiéndose la isla en cuarenta y cinco parroquias y cinco partidos.<sup>2</sup> Actualmente, Puerto Rico está dividido en ocho distritos senatoriales, cuarenta distritos representativos, ciento diez precintos electorales y mil quinientas treinta y tres unidades electorales.<sup>3</sup> Además, se celebran elecciones cada cuatro años para todos los puestos electivos, concurrentemente.<sup>4</sup> La manera en que se dibujan en un mapa los distritos senatoriales, representativos, municipios, precintos, barrios y unidades electorales son los datos que configuran la geografía electoral.

Sin embargo, para realizar todas estas delimitaciones electorales, se utilizan los límites municipales y los límites de barrio, estipulados por la Junta de Planificación

---

<sup>1</sup> Carmen L. Silva Romero es estudiante de tercer año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, tiene el grado de Maestría en Ciencias en Geografía/Ciencias de Información Geográficas de la Universidad de Akron, Ohio y Bachiller en Artes con concentración en Ciencias Políticas y Geografía de la Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras.

<sup>2</sup> Comisión Estatal de Elecciones, *Determinación Final de la Junta Constitucional de Revisión de Distritos Senatoriales y Representativos*, 19 (1ra edición, CEE 1991).

<sup>3</sup> Fernando Bayrón Toro, *Manual de Derecho Electoral Puertorriqueño* 117 (1ra edición, Editorial Barco de Papel 1998).

<sup>4</sup> Const. P.R. Art VI § 4.

de Puerto Rico, como los límites legales.<sup>5</sup> Los límites legales de municipios y barrios son aprobados por la asamblea legislativa, que documentan los cambios a dichos lindes.<sup>6</sup> La configuración, en la forma de los distritos senatoriales y representativos, es realizada por la Junta Constitucional de Redistribución Electoral, cada diez años, cuando llegan los resultados poblacionales generados por el Negociado del Censo de los Estados Unidos.<sup>7</sup>

Las personas que son dueñas de una propiedad conocen cuánto mide la misma, ya sea porque está en las escrituras o existe una división concreta de su casa con la del vecino, como sería una verja, empalizada, seto o pared. Resulta fácil definir la extensión de su propiedad con indicadores tan concretos, que permanecen en el mismo lugar a través de un tiempo prolongado y con coordenadas. Las coordenadas son la localización absoluta de todas las cosas que ocupan espacio en la tierra; es una compilación de valores numéricos que provee una referencia espacial.<sup>8</sup>

Podemos contrastar la importancia de un límite concreto como puede ser una casa, en contraposición a un límite abstracto como lo son los límites de municipios, barrios y todas las divisiones geográficas electorales antes mencionadas. Pero, ¿cómo reconocemos los límites abstractos de los concretos para poder distinguir hasta donde llegan los límites municipales?

Los datos de las líneas que conforman los límites espaciales, como los límites geográficos, son desplegados en el Sistema de Ciencias de Información Geográfica, G.I.S., por sus siglas en inglés. Este programa computadorizado, nos permite acercarnos a ver una fotografía aérea, lo suficientemente cerca como para poder distinguir el límite imaginario geográfico electoral y las casas de los electores. Los sistemas de información geográfica, nos permiten hacer de lo abstracto algo concreto, en una computadora, e imprimirlo en papel. Con este sistema, se generan datos que hacen fiel la localización de electores en su precinto

---

<sup>5</sup> Mapa demostrativo de límite de municipios y barrios, autorización, Ley Núm. 68 del 7 de mayo de 1945 según enmendada, 23 L.P.R.A. § 121 (LexisNexis 2013). “Se autoriza y ordena a la Junta de Planificación de Puerto Rico a que prepare un mapa de la Isla de Puerto Rico que demuestre los límites de nuestros municipios y de sus barrios respectivos”.

<sup>6</sup> Mapa demostrativo de límites de municipios y barrios, Ley Núm. 68 del 7 de mayo de 1945, según enmendada, 23 L.P.R.A. § 124 (LexisNexis 2013). “Carácter oficial; cambios en límites y nombres. Los límites de cada municipio y sus barrios, dicho mapa tendrá carácter oficial y del mismo tomarán conocimiento todos los organismos gubernamentales de Puerto Rico, incluyendo los tribunales de justicia, y solamente podrán hacerse cambios o modificaciones de límites y nombres de los municipios y barrios en tal mapa por la propia Legislatura de Puerto Rico mediante ley adoptada al efecto”.

<sup>7</sup> Id, Art. III §4.

<sup>8</sup> Tasha Wade & Shelly Sommer, *A to Z: An Illustrated Dictionary of Geographic Information System* 42 (1<sup>st</sup> ed. Esri Press 2006).

y unidad electoral correcta. La instrumentación más común es la utilización del Sistema de Posicionamiento Global, mejor conocido como G.P.S. por sus siglas en inglés. El G.P.S. nos permite adquirir la localización absoluta en el terreno. La importancia de estudiar dichos lindes es que de ellos depende el derecho más importante de una democracia, el derecho fundamental al voto.

Todos los electores tienen que votar en el precinto electoral de su domicilio. Votar en un lugar equivocado, tiene como consecuencia la recusación del voto por razón de domicilio. La “[r]ecusación o exclusión es el procedimiento mediante el cual se requiere eliminar la inscripción de un elector del Registro del Cuerpo de Electores o cuya petición de inscripción, transferencia u otra transacción haya sido impugnada durante el proceso de inscripción”.<sup>9</sup> En este escrito nos enfocaremos en aquellos casos de electores que viven cerca de los lindes o que sus domicilios quedan en la colindancia de barrios o municipios.

El derecho al voto “nace de la punta de un lápiz y no de la punta de un revolver”,<sup>10</sup> por lo que el voto es la manera en que las sociedades democráticas expresan su sentir político en forma voluntaria. Se considera el sufragio universal como el “instrumento que iguala al rico y al pobre; al débil y al poderoso”.<sup>11</sup> Significa el poder de elegir a los líderes que guiarán y tomarán las riendas del país. Cada persona que tenga los requisitos para votar, puede ejercer su derecho y todos los votos tendrán el mismo valor. El objetivo de esta investigación es traer a luz las implicaciones que tiene vivir cerca de colindancias municipales o límites del precinto, con relación al derecho de ejercer el voto.

## II. Derecho al sufragio

El derecho al sufragio es de carácter constitucional y es, a su vez, la base del poder democrático del pueblo. La Constitución expone que “su poder político emana del pueblo y se ejercerá con arreglo a su voluntad”.<sup>12</sup> Se establece, además, en nuestra constitución que las “leyes garantizarán la expresión de la voluntad del pueblo mediante el sufragio universal, igual, directo y secreto, y protegerán al ciudadano contra toda coacción en el ejercicio de la prerrogativa electoral”.<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> Código Electoral de Puerto Rico para el Siglo XXI, Ley Núm. 78-2011, 16 L.P.R.A. §4077 (LexisNexis 2013).

<sup>10</sup> Héctor Luis Acevedo, *El valor del Voto: De Muñoz Marín a Nuestros Tiempos, diez principios, cinco peligros, una reflexión*, 1-11 (1ra ed. Fundación Luis Muñoz Marín 2005).

<sup>11</sup> *Id.*

<sup>12</sup> Const. P.R. Art I §1.

<sup>13</sup> *Id.* Art II, §2.

La exposición de motivos del Código Electoral de Puerto Rico para el Siglo XXI consagra el derecho al sufragio universal como la libertad del “ciudadano que puede emitir el voto con arreglo a los dictados de su conciencia. Tal garantía de expresión electoral representa el más eficaz instrumento de participación ciudadana y ha servido de ejemplo a otras jurisdicciones democráticas.”<sup>14</sup> En otras palabras, la participación de los ciudadanos es la fuerza motora que hace subir al poder a un gobernante. El servir de ejemplo a otras jurisdicciones democráticas, se refiere a la rigurosidad del proceso y cómo hemos evolucionado, según las necesidades y los cambios en la tecnología. Nuestro sistema electoral permite que lugares remotos tengan un centro de votación en sus propios barrios y un sistema unificado de procedimientos.

El sistema democrático esta predicado en la voluntad del pueblo, y es importante hacer hincapié a esta característica porque es la distintiva de otros sistemas políticos: “La voluntad del pueblo es la fuente del poder público, donde el orden político está subordinado a los derechos del hombre y donde se asegura la libre participación del ciudadano en las decisiones colectivas”.<sup>15</sup>

La garantía del derecho al voto es tal que “[a] no ser en virtud de lo dispuesto en esta Ley o de una orden emitida por un Tribunal de Justicia con competencia para ello, no se podrá rechazar, cancelar, invalidar o anular el registro o inscripción legal de un elector o privar a un elector calificado de su derecho al voto mediante reglamento, orden, resolución, interpretación o cualquier otra forma que impida lo anterior”.<sup>16</sup>

Para los fines de la elección de los miembros a la Asamblea Legislativa, Puerto Rico estará dividido en ocho distritos senatoriales y en cuarenta distritos representativos. Cada distrito senatorial elegirá dos senadores y cada distrito representativo un representante. Se elegirán además once senadores y once representantes por acumulación. Ningún elector podrá votar por más de un candidato a senador por acumulación ni por más de un candidato a Representante por Acumulación.<sup>17</sup> La Constitución establece que regirá la división en distritos senatoriales y representativos.<sup>18</sup>

La división de redistribución electoral será revisada después de cada censo decenal. La Junta Constitucional de Redistribución Electoral, conocida más adelante como Junta Constitucional, estará compuesta del Juez Presidente del

---

<sup>14</sup> Código Electoral de Puerto Rico para el Siglo XXI 16 L.P.R.A. §4001.

<sup>15</sup> Const. P.R. preámbulo.

<sup>16</sup> 16 L.P.R.A. §6006.

<sup>17</sup> Const. P.R. Art III §3.

<sup>18</sup> Const. P.R. Art VII.



Tribunal Supremo como presidente y dos miembros adicionales nombrados por el Gobernador, con el consejo y consentimiento del Senado. Los miembros escogidos son representantes de los partidos que llegaron en mayoría en las elecciones inmediatamente antes de redistribución electoral. Se mantendrá la cantidad de distritos senatoriales y representativos que indica la constitución. Los distritos deben de estar compuestos de territorios contiguos y compactos, cuya base será poblacional. Cada distrito senatorial incluirá siempre cinco distritos representativos. La junta adoptará sus acuerdos por mayoría y sus determinaciones regirán para las elecciones generales que se celebren después de cada revisión. La Junta Constitucional quedará disuelta después de practicada cada revisión.<sup>19</sup>

Además de los criterios constitucionales, esta junta adoptó entre sus principios otros factores tales como: preservar lineamientos históricos o configuraciones previas de pasadas juntas constitucionales; eliminar favoritismos políticos-partidistas en la formación de los distritos; mantener la integridad de las divisiones o subdivisiones políticas, evitando en la medida de lo posible, dividir municipios, barrios, unidades electorales, manzanas y conjuntos de vivienda; y evitar límites o fronteras imaginarias.<sup>20</sup>

La labor encomendada de la Junta Constitucional es de carácter eminentemente legislativo. En el sistema constitucional estadounidense la responsabilidad de determinar los medios de representación política ha descansado primordialmente en la Rama Legislativa, incluyendo en esa esfera de responsabilidad, naturalmente, la función de determinar con arreglo a la población y geografía de los lindes de los distritos electorales.<sup>21</sup>

Lo que se persigue es un balance poblacional entre los distritos representativos y senatoriales, cuyo número de miembros es fijo, a menos que entren en efecto las disposiciones constitucionales que garantizan representación adicional para las minorías.<sup>22</sup>

### III. Redistribución Electoral

La redistribución electoral está basada en la población ideal, que es la población que debe contener cada distrito electoral. Se toma el cálculo de la población total y se divide por la cantidad de distritos. Por ejemplo, si la población de Puerto

---

<sup>19</sup> *Id.* Art III §4.

<sup>20</sup> Comisión Estatal de Elecciones, *supra* n.1, *pág.* 13-22.

<sup>21</sup> Comisión Estatal de Elecciones, *supra* n1, *pág.* 2.

<sup>22</sup> Bayrón Toro, *supra* n3, *pág.* 30.

Rico fuera de cuatro millones de habitantes, serían cien mil personas por cada distrito representativo. Lo que nos daría un total de 40 distritos representativos.

Cuando se hace este cálculo para la Junta Constitucional es importante tomar en cuenta que la población varía, y es posible que difiera la realidad poblacional con el cálculo. Además, es importante tomar en consideración que la configuración de los distritos puede cambiar, así como también las poblaciones cambian y los electores migran de un lugar a otro.<sup>23</sup>

La desviación numérica que puede tener cada distrito es aquel número que se aleja del ideal. La desviación absoluta es la diferencia entre la población ideal más (+) o menos (-) del número ideal. Tomando el ejemplo anterior, de cuatro millones de habitantes, la población ideal es cien mil (100,000), pero tienes en un distrito ciento dos mil personas (102,000), ese exceso de dos mil (2,000) personas es la desviación absoluta. La desviación relativa, es la medida más utilizada cuando se trata de redistribución, se presenta en porcentos, con el ejemplo anterior la población se excedió en un dos por ciento (2%).<sup>24</sup>

Se reconoce que se debe tener lo menos posible de desviación de un distrito a otro, pero existen sus excepciones. Las desviaciones de “este criterio de igualdad numérica poblacional serán permisibles cuando sean necesarias e incidentales para atender los objetivos legítimos del estado, luego de un esfuerzo de buena fe para cumplir con dicho criterio de igualdad numérica”.<sup>25</sup>

La meta es que existan “desviaciones de la población ideal máxima o totales resultantes menores de un seis por ciento (6%), aún cuando se reconoce que podrían llegar de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos a un diez (10%)”.<sup>26</sup>

A partir del caso *Baker v. Carr*,<sup>27</sup> es revisable por los tribunales la creación de los nuevos distritos senatoriales y representativos efectuados por los organismos estatales competentes, bajo el principio contenido en la Constitución de los Estados Unidos de una persona un voto (one man, one vote). El caso de *Baker v. Carr*, estableció como precedente sobre el derecho electoral, que debe haber una reciprocidad proporcional entre la población y los representantes a escogerse.<sup>28</sup>

---

<sup>23</sup> National Conference of States Legislatures, *Redistricting Law 2010*, 24 (1<sup>st</sup>, NCSL 2009).

<sup>24</sup> National Conference of States Legislatures, *Redistricting Law 2010*, 24 (2009).

<sup>25</sup> Héctor Luis Acevedo, Curso de Derecho Electoral, *Principios para la Revisión, Reseña Histórica y Análisis Legal*, 133.

<sup>26</sup> *Id.*

<sup>27</sup> *Baker v Carr*, 369 U.S. 186 (1962)

<sup>28</sup> Raúl Serrano Geysls, *Derecho Constitucional de Estados Unidos y Puerto Rico* Vol. II, 680 (3ra reimpresión, Universidad de Interamericana de Derecho 2007).

Este balance poblacional entre los distintos distritos esta predicado al principio de “una persona, un voto”, principio alcanzado cuando se impugnó el prorrateo de los votantes para las elecciones de Alabama.<sup>29</sup> No obstante, el problema es que exista un “*gerrymandering*”, que “es la práctica de diseñar o establecer la demarcación de uno o más distritos electorales con el fin premeditado de favorecer a determinado partido político”.<sup>30</sup>

A principios de Siglo XX, existió el mismo fenómeno en Puerto Rico, llamado el “jorobao” en el área del Oeste de Puerto Rico, se había dividido a la isla a propósito para favorecer un partido político en particular.<sup>31</sup>

#### IV. Geografía Electoral

Todo comienza con el dibujo de un área en un papel. Hacemos el ejercicio de dividir y utilizar características y criterios para establecer un orden. Sin embargo, el uso de un mapa facilita la toma de decisiones y planificación. Un mapa es la representación geográfica de una parte de la superficie terrestre; un mapa oficial, es el plano con la posición exacta de lo trazado en un espacio.<sup>32</sup>

En Puerto Rico, se creó la primera documentación científica que delimitaba las colindancias de los municipios y barrios, para la década del 1940. El propósito de los mapas de límites territoriales es precisar con exactitud los límites oficiales de todos los municipios y barrios de Puerto Rico. Estos mapas indican las divisiones territoriales de forma separada para cada municipio y resultan de vital importancia para “facilitar la labor del Negociado Federal del Censo y preparar el registro y mensura de terrenos.

Los mapas de barrios pueden servir de base para la inscripción de las propiedades y para la medida de terrenos y facilitar la preparación de mapa catastral Puerto Rico”<sup>33</sup>.

Los mapas de límites territoriales, luego de ser aprobados por las Asambleas Municipales del término municipal al cual corresponden, adquieren carácter oficial, de acuerdo con las disposiciones de la ley Núm. 68 de 1945.

---

<sup>29</sup> *Reynolds v. Sims*, 317 U.S. 533 (1964).

<sup>30</sup> *Fuster v. Buso*, 102 D.P.R. 327 (1974).

<sup>31</sup> Comisión Estatal de Elecciones, Redistribución Electoral-Trayectoria Histórica, 24 (1ra ed. CEE 2010).

<sup>32</sup> Junta de Planificación, *Reglamento Conjunto*, 96 (2010).

<sup>33</sup> El primer documento que describe los límites territoriales de los municipios, con sus barrios y sub-barrios son las “Memorias”, una compilación escrita de 77 tomos, preparada por la Junta de Planificación de Puerto Rico, proyecto comenzado del 1944 hasta el 1949.

Todos los mapas de límites territoriales de municipios y Barrios fueron enviados a la Oficina del Servicio Geológico de los Estados Unidos para hacerse una impresión del Mapa Topográfico de Puerto Rico. Se completaron las investigaciones de los límites tomando la información de las fuentes de los municipios, oficinas de rentas internas y personas particulares que de buena fe y de acuerdo con su mejor saber y entender alegaron conocer las líneas que demarcan los límites de barrios por haber residido en ellos por muchos años, y por haber tenido propiedades en o cerca de dichas jurisdicciones por un extenso periodo de años.<sup>34</sup>

Cuando pensamos en la tecnología y el derecho al sufragio universal, pensamos únicamente en el proceso de contar votos y el escrutinio. En la actualidad, la máquina ha ido desplazando al ser humano, esa es la tendencia que posiblemente se implante para los próximos comicios electorales en Puerto Rico.

Sin embargo, la tecnología en el campo electoral ha estado presente en la manera en que realizamos y dividimos la redistribución electoral. Los límites oficiales provistos por la Junta de Planificación, junto a los datos poblacionales generados por el censo decenal, van a una base de datos geográficos donde son analizados para así cumplir con el precepto constitucional de equidad poblacional entre distritos senatoriales. Los instrumentos que nos ayudan a abordar los límites oficiales son los mapas generados por la Junta de Planificación, que es la agencia encargada de custodiar los datos jurisdiccionales de Puerto Rico. Además, dicha agencia, establece el mapa de Puerto Rico, sus municipios, barrios y sub-barrios, y éste no puede ser alterado ni modificado a menos que una medida legislativa otorgue el permiso para modificar el linde municipal o de barrios. De modificarse dicho límite imaginario, es deber de la agencia generadora del mapa, publicar dichas actualizaciones y cambios a las demás agencias que se nutren de la información oficial.<sup>35</sup>

No obstante, hemos notado las discrepancias en los mapas de barrios. Los cambios a los mapas ya no son en papel como los mapas topográficos de hace 30 años. Ahora son mapas digitales, creados en un formato que guarda una tabla con información, y esa tabla está unida a un dibujo con la forma del municipio o barrio.

---

<sup>34</sup> *Id.* pág. 6

<sup>35</sup> Sistema de Coordenadas Planas Estatales, Certificación de ubicaciones o posiciones geográficas, Ley Núm.264, 16 de noviembre de 2002, 23 L.P.R.A. § 134 (LexisNexis 2013).

## V. Ciencias de Información Geográfica

Desde hace mucho tiempo, las personas han estudiado el mundo usando modelos como mapas y globos terráqueos. En los pasados cuarenta años ha sido posible instalar esos modelos espaciales en computadoras o en equipos más complejos como en computadoras más pequeñas, como serían los Sistemas de Posicionamiento Global.

Las Ciencias de Información Geográficas, G.I.S., integran el uso de la computadora para capturar, manejar, analizar y desplegar todas las formas de información con alguna referencia geográfica.<sup>36</sup> El G.I.S., es un sistema central digital de información geográfica integrada y de mapas que interrelaciona diferentes bancos de información y sirve como depositario de toda información geográfica adquirida, comparada o producida por cualquier organismo gubernamental.<sup>37</sup> También, te permite contestar preguntas espaciales; cómo entender, interpretar y visualizar datos que revelan relaciones, patrones y tendencias, en forma de mapa, reportes y tablas. Esto ayuda a responder preguntas y solucionar problemas con tan solo observar un mapa, para entenderlo y compartirlo.<sup>38</sup>

Este programa almacena vectores que son puntos, líneas y polígonos; también fotografías, mapas topográficos e imágenes conocidas como rásteres. Los rásteres constan de una matriz de celdas o píxeles organizados en filas y columnas (también llamada cuadrícula), en la que cada celda contiene un valor que representa información, como por ejemplo, la temperatura.<sup>39</sup>

La importancia de este programa es que en él se genera la información que se utilizará en las divisiones geográficas. Las áreas geográficas legales son las establecidas por la Asamblea Legislativa de Puerto Rico. Las mismas responden a factores históricos, pues la mayor parte de sus límites legales fueron establecidos entre los años 1947 al 1952. Cualquier cambio a los límites o alteración debe ser mediante una petición a la asamblea legislativa de parte de la asamblea municipal del municipio correspondiente. El propósito principal de estas áreas es de carácter político y se utilizan para delimitar los distritos senatoriales y representativos.<sup>40</sup>

La precisión de los límites geográficos mediante la ubicación en mapas de precinto electoral, las colindancias o puntos de referencia entre municipios, pre-

---

<sup>36</sup> Tim Ormsby & Eileen Napoleon, *Getting to know Arc GIS Desktop*, 1 (1<sup>st</sup> ed. ESRI 2001).

<sup>37</sup> Fomento Comunal, 23 L.P.R.A. § 7712.

<sup>38</sup> Tasha Wade & Shelly Sommer, *supra* n.2, pág.42.

<sup>39</sup> Tim Ormsby & Eileen Napoleon, *supra* n.12, pág.3.

<sup>40</sup> Junta de Planificación, *Geografía Censal de Puerto Rico*, 5 (JP 2012)

cintos y unidades electorales son según los establecidos por la Junta de Planificación para los municipios.<sup>41</sup> Los Cuadrángulos Topográficos son la compilación de mapas preparados por el “United States Geological Survey” (USGS). A tenor con la Ley Núm. 68 de 7 de mayo de 1945, éstos constituyen el documento oficial que establece los límites de los municipios y barrios de Puerto Rico.<sup>42</sup>

La digitalización de la información en los mapas topográficos de papel es generada por la Junta de Planificación y distribuida con los cambios a las agencias afectadas. Es decir, cuando se realizaron los cuadrángulos topográficos y los sistemas de información geográfica, como lo conocemos hoy, estaban inaccesibles, por lo tanto, se utilizaba la interpretación de los mapas para distinguir los límites de municipio, barrios, precintos o de unidades electorales.

La llegada de la tecnología, ha facilitado que se utilice instrumentación como la del Sistema de Posicionamiento Global, como herramienta para adquirir datos en el campo. El GPS tiene varios elementos. Primero, necesita de una comunicación satelital para poder brindar los datos numéricos de localización absoluta; una serie de estaciones alrededor de la tierra que asegure el buen funcionamiento de los receptores satelitales. Por último, que los usuarios reciban la información emitida por el satélite al GPS para poder almacenarla y luego descargarla.<sup>43</sup>

Estos datos generados en el GPS o a través de la digitalización son información geográfica o geoespacial. Se identifica la localización geográfica y las características de los aspectos naturales o construidos y las fronteras de la tierra. Esta información puede obtenerse mediante la cartografía, la topografía o por sensores remotos. También podrá incluir información estadística.<sup>44</sup>

Los vectores generan unos archivos llamados “shapefile” porque contienen la forma de algún área geográfica y guardan información documental de dicho dibujo. La Junta de Planificación genera en este formato de *shapefile* los límites de municipios, barrios y sub-barrios, que publican como parte del compendio de los cambios al mapa de Puerto Rico. Los límites de municipio o barrios, no se pueden cambiar a menos que sea por la aprobación de la asamblea legislativa. Entonces nos cuestionamos, porqué existen muchos mapas de Puerto Rico que no concuerdan con la geometría numérica del área.

---

<sup>41</sup> Comisión Estatal de Elecciones, Reglamento para la Delimitación de Precintos y unidades electorales y para la selección de los centros de votación, 22 de febrero de 2012 pág. 2.

<sup>42</sup> *Id.*

<sup>43</sup> Tasha Wade & Shelly Sommer, *supra* n.2, pág. 20.

<sup>44</sup> Ley para para crear el Comité Coordinador para la Adquisición y Acceso a Información Geográfica de Puerto Rico, disponer su composición, organización, deberes y responsabilidades; autorizar el establecimiento del Sistema de Información Geográfica de Puerto Rico, Ley Núm. 398 del 9 de septiembre de 2000, 23 L.P.R.A. §7712 (LexisNexis 2013).

Mencionemos por ejemplo, que los datos en *shapefile* adquiridos del Negociado Federal de Censo 2009, no son los mismos que los datos que tiene la Junta de Planificación 2009 y a su vez, no son los mismos que los recibidos en el 2012. Hay muchos mapas oficiales y muchos electores viviendo en colindancias.

En un examen a simple vista, podemos observar que la delimitación es distinta en extensión territorial de la recibida en la capa de información del 2009 al 2012. Se supone que si no hay aprobación proveniente de la asamblea legislativa, no hay razón legítima para los cambios en el dibujo.

Exploremos las siguientes áreas: Barrio Pueblo de Camuy, Barrio Pueblo de Hatillo, Barrio Candelaria, Barrio Media Luna y Barrio Sabana Seca de Toa Baja, Barrio Tijeras de Juana Díaz, Barrio Cerro Gordo y Barrio Plata de Moca, Barrio Pueblo de Toa Alta, Barrio Pueblo de Guánica, Barrio Pueblo, Barrio Cambalache y Barrio Islote de Arecibo. Todas estas áreas mencionadas presentan cambios significativos en su delimitación espacial presentada por la Junta de Planificación de Puerto Rico. Estos barrios adquirieron o perdieron espacio en su delimitación. Así las cosas, nos trae la interrogante sobre qué información utilizar, la más reciente, o la que entendemos correcta por el mapa topográfico y las memorias. Ante tal incongruencia en dibujo, es la misma situación cuando tenemos los límites de municipio, en el cual el límite de barrios, no es igual a la extensión del municipio.

En el “Informe sobre discrepancias en los mapas de límites legales de la Junta de Planificación y los mapas de límites legales existentes”<sup>45</sup> presenta un estudio comparado sobre los mapas topográficos y los de la Junta de Planificación. La preocupación es que no deberían tener error en área territorial entre la versión original y la más reciente, excepto en los lugares donde han ocurrido modificaciones documentadas y aprobadas. Los datos de los mapas actualizados son entregados a la Comisión Estatal de Elecciones, por la Junta de Planificación, que debe notificar sobre los cambios de los límites legales de los municipios y barrios, y proveer copia de los documentos.

Volvamos al ejemplo del principio, imagínese una casa con verja y que de repente muevan un poco esa verja. Ahora, con ese cambio, la verja pertenecerá a otro municipio. Es decir, perdió terreno que otro ganó. Cuando el error es demasiado craso y su casa ya no está en el municipio en que la compró, y de repente está en otro, le pueden recusar el voto.

El Código Electoral define la recusación como un:

---

<sup>45</sup> Iván Santiago, Informe sobre discrepancia en los mapas de límites legales de la Junta de Planificación: comparados con los mapas topográficos originales, 2 (Oficina de Gerencia y Presupuesto, 2009).

“[p]rocedimiento mediante el cual se impugna el estado de un elector en el Registro General de Electores o su petición de inscripción o transferencia durante el proceso de inscripción. Recusación también significará el procedimiento mediante el cual se objeta el voto de un elector en una elección cuando en virtud hubiere motivos fundados para creer que una persona que se presenta a votar lo hace ilegalmente”.<sup>46</sup>

El reglamento para el trámite de recusaciones establece que cuando “el elector tiene anotada la dirección correcta, sea recusado por domicilio y se determine que es un asunto de límites o colindancias, ya transcurridos los términos establecidos en el Reglamento para la Delimitación de Precintos y Unidades Electorales y para la Selección de Centros de Votación vigente”<sup>47</sup>.

Bajo el programa de Revisión de Unidades Electorales y Límites de Precinto, se visitan las áreas que son grises, con un GPS y el *shapefile* de municipio, barrio o precinto. Este programa se pone en funcionamiento antes del año pre eleccionario y después de las elecciones.<sup>48</sup> De esta manera los analistas de los partidos, coordinadores y demás ayudantes reconocen las colindancias para luego poder hacer la recusación, de haber algún elector votando en el precinto que no le corresponde.<sup>49</sup>

Cuando las casas de las comunidades están divididas por el límite de precinto y el mismo pase sobre o “toque” unidades de vivienda a edificios de apartamentos, las estructuras de esas residencias tendrán el derecho a seleccionar el precinto de inscripción.<sup>50</sup> Estos electores permanecerán en el precinto escogido hasta que advenga la próxima redistribución electoral. Por ejemplo, si la casa está tocando el límite de Cataño con Guaynabo, el elector decide si quiere votar o no en Cataño. De escoger Guaynabo, debe permanecer votando en ese precinto electoral hasta que venga la nueva redistribución electoral. Estas premisas, establecidas para poder recusar, están predicadas en los estudios de campo que confirman que, en efecto, esa casa es tocada por el límite. Por lo tanto, instrumentación como el GPS es necesaria.

La controversia es cuando la Junta de Planificación genera el mapa oficial de Puerto Rico en distintas fechas y con distintos datos. Es decir, geoméricamente, algunos municipios no tienen un área igual a la expuesta en estas memorias o en

---

<sup>46</sup> Código Electoral de Puerto Rico para el Siglo XXI, supra n. 7, pág. 15.

<sup>47</sup> Comisión Estatal de Elecciones, *Reglamento para el Trámite de Recusaciones* 1-9 (2012).

<sup>48</sup> Comisión Estatal de Elecciones, *Reglamento para la delimitación de Precintos y Unidades Electorales* 3 (2012).

<sup>49</sup> *Id.* pág. 14.

<sup>50</sup> *Id.* pág. 15.



el mapa topográfico. En estos casos, los electores podrían enfrentar un posible proceso de recusación.

El problema radica en que la Junta Constitucional utilizó unos datos basados en la población de los bloques censales y los mapas de barrios provistos por la Junta de Planificación, disponibles para ese momento. Cuando existe un cambio en el ínterin de la espera de la próxima redistribución, la información ya no es la misma a la establecida por la Junta Constitucional vigente. Por ejemplo, en el trascurso de estar aprobada la redistribución del 2010, en el 2012, la Junta de Planificación, publicó un mapa de barrios que no concuerda con el utilizado para la redistribución electoral. Las líneas divisorias de municipios o de barrios ya no son las mismas. Los cambios en el dibujo en los límites de barrios y municipios son esencialmente área y forma. Es posible que las líneas imaginarias que pasaban antes por una hilera de casas, para cuando se hizo la redistribución, ahora en la actualización, la línea pase por la carretera. Cuando los electores residentes en colindancias, van a la Junta de Inscripción Permanente a inscribirse, se dan cuenta de que ya la línea imaginaria de precinto, no pasa sobre su casa, y que ahora pasa sobre la carretera. En otras palabras, en menos de un término de diez años, algunos electores podrían votar en precintos electorales distintos, contrario a lo establecido en el Código Electoral.

## **VI. Conclusión**

El derecho al voto, y todo lo que esto conlleva, se debe trabajar con sumo cuidado, en especial cuando la agencia generadora de los datos los imparte de manera inconsistente con los mapas topográficos y memorias. El uso de la tecnología del modelaje del mundo real en el virtual, debería facilitar la apertura de derechos y no crear impedimentos para obtenerlos. La necesidad de que el derecho vaya a la par con los adelantos tecnológicos, es importante. Cuando la tecnología se adelanta demasiado a lo que el derecho puede regular o contemplar como posibles incidencias, se pueden quebrantar derechos fundamentales como el voto.

Existen diferentes fuentes de información, todas oficiales, el peligro radica en que se tienda a escoger la que más beneficie al grupo de poder de turno. Y, aún más, si lo que se desea es discriminar en cuestión de crear nuevos datos y hacer que los electores que votaban por algún candidato, ya no voten por él, la Junta de Planificación muy astutamente emite otro mapa oficial. Actualmente no hay un procedimiento que exima el uso de un mapa sobre el otro. Es de esperarse que en los tribunales se decida, de haber alguna controversia, qué mapa seguir; el más actualizado o el generado por la redistribución electoral.

Lo ideal es “que se adopten los límites legales de barrios y municipio que aparecen en los mapas originales, se inscriban los cambios en los límites de barrios y municipios que ya están documentados”.<sup>51</sup>

El Código Electoral debería contestar la interrogante sobre la prevalencia de los mapas oficiales cuando existen varios vigentes. El peligro radica en la producción de mapas oficiales con infinidad de cambios a los establecidos en la redistribución electoral vigente, con el objetivo de adelantar alguna meta política.

Una manera de verlo mejor es que, por ejemplo, una persona que ha votado toda su vida en San Juan, puede que esté mal ubicada y tenga que escoger entre Trujillo Alto o Caguas, para ejercer su derecho al voto, pero no podrá votar San Juan debido a que el límite fue desplazado muy al frente de su hogar. La consecuencia de todo esto es que el electorado que reside en estas colindancias decide no ir a votar por las dificultades que enfrentan al ejercer su derecho. Ello, debido a que los datos están en constante cambio lo que al final logra trastocar su derecho constitucional al sufragio.

---

<sup>51</sup> Iván Santiago, *Supra* N. 44. Pág. 20. Este informe expone “este asunto no debería despacharse diciendo que los mapas oficiales de límites municipales y barrios son los actuales, y subsiguientes sin corrección o evaluación. Esa decisión dejaría el problema sin resolver y podría repercutir en problemas legales en el futuro. Por ejemplo los problemas de localización para fines electorales son uno de tantos que podrían surgir, además de los mapas que se producen los municipios para fines de ordenación y las posibles pugnas territoriales entre municipios y zonas de interés económico o zonas que por alguna razón sean de especial interés entre municipios.

# **Implicaciones del uso del G.P.S. en el contexto de los registros y allanamientos**

*Miguel Call Ortiz*<sup>1</sup>

## **I. Introducción**

Los procedimientos de investigación criminal han sido impactados por los adelantos de la era tecnológica. Uno de esos cambios ha sido la incorporación de dispositivos de rastreo electrónico para facilitar la recopilación de evidencia relacionada con la comisión de delitos. El dispositivo conocido como “Global Positioning System” (en adelante G.P.S.) es utilizado por las autoridades como mecanismo de vigilancia para el rastreo de movimientos de vehículos. El uso del G.P.S. por parte del Estado, ha despertado la polémica respecto a las circunstancias adecuadas para su utilización y la activación de la protección constitucional contenida en la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.<sup>2</sup>

En Puerto Rico contamos con vasta jurisprudencia sobre los temas de expectativa razonable de intimidad y la protección contra registros y allanamientos irrazonables, sin embargo, hasta ahora nuestros tribunales no han considerado casos relacionados con el uso de G.P.S. Por otra parte, aunque las cortes de distrito federales no han establecido un consenso respecto a esta controversia, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos emitió recientemente su primera opinión<sup>3</sup> sobre el uso del G.P.S. en el contexto de los registros y allanamientos. Entendemos que la misma servirá de base a los tribunales inferiores para resolver futuros casos sobre esta materia. Aún así, persiste la preocupación en lo relativo a la necesidad de que la legislatura establezca específicamente el requisito de orden previa a la instalación y uso del G.P.S.

En este artículo discutiremos las doctrinas y jurisprudencia relevante a este tema, y examinaremos las preocupaciones e implicaciones del uso del G.P.S. en

---

<sup>1</sup> Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. El autor dedica este artículo a su hijo Daniel Armando Call Reboyras.

<sup>2</sup> Const. de EE. UU., Enmienda IV.

<sup>3</sup> *U.S. v. Jones*, 132 S. Ct. 945; 181 L. Ed. 2d 911 (2012).

el contexto de los registros y allanamientos desde una perspectiva crítica, a la luz de los pronunciamientos jurídicos más recientes.

## II. Registros y allanamientos

La protección contra registros y allanamientos irrazonables se refiere a que las cosas o propiedades de las cuales las personas tienen una expectativa razonable de intimidad, están protegidas. Dicha protección cubre la penetración al hogar o propiedad con el propósito de realizar un registro y tomar posesión de evidencia, que podría ser utilizada en su contra en un proceso criminal.<sup>4</sup> Dicha entrada al hogar se conoce como allanamiento, mientras que incautación es la ocupación de la cosa objeto de evidencia.<sup>5</sup>

La cláusula contra registros y allanamientos irrazonables consagrada en la Sección 10 de la Carta de Derechos<sup>6</sup> de la Constitución de Puerto Rico, es un mecanismo para salvaguardar los postulados fundamentales contenidos en las Secciones 1 y 8 de la misma Carta, referentes al derecho a la intimidad del ser humano.<sup>7</sup> La Sección 8 se refiere a la protección contra ataques abusivos a la honra, reputación y la vida privada o familiar. A su vez, la Sección 1 dispone que la dignidad del ser humano es inviolable. Sin embargo, la cláusula del Artículo II, Sección 10, posee sustantividad propia,<sup>8</sup> es decir, la protección contra registros y allanamientos está estrechamente vinculada al derecho a la intimidad y posee amplitud concedida a través de las secciones aludidas.<sup>9</sup> No obstante, debe ser interpretada dentro del contexto particular de cada caso.<sup>10</sup>

La Cuarta Enmienda de la Constitución Federal, al igual que el Artículo II, Sección 10 de nuestra Constitución, han sido generalmente interpretadas como que protegen primordialmente a las personas, no a los lugares o las cosas por sí solas. Es decir, al determinar si dicha persona le cobija la protección contra registros y allanamientos irrazonables, no se enfoca en el concepto de penetración, sino en el concepto de la expectativa de intimidad de quién lo invoca.<sup>11</sup> La expectativa de

---

<sup>4</sup> Fontanet Maldonado, Julio E., *El Proceso Penal de Puerto Rico*, Tomo I, (2008), pág. 106.

<sup>5</sup> *Id.* págs. 105 y 106.

<sup>6</sup> Const. de P.R., Art. II § 10.

<sup>7</sup> *Id.* §§ 1 y 8.

<sup>8</sup> Véanse: *Pueblo v. Soto Soto*, 168 D.P.R. 46 (2006); *Pueblo v. Malavé González*, 120 D.P.R. 470 (1988); *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente*, 2567 (1952).

<sup>9</sup> *Supra* n. 7.

<sup>10</sup> Lo que requiere un análisis circunstancial. Véanse: *Pueblo v. De León Martínez*, 132 D.P.R. 746 (1993); *E.L.A v. P.R. Tel. Co.*, 114 D.P.R. 394 (1984); *Pueblo v. Domínguez Fraguada*, 105 D.P.R. 537 (1977); *Pueblo v. Yip Berríos*, 142 D.P.R. 386 (1997).

<sup>11</sup> *Katz v. U.S.*, 389 U.S. 347 (1967) citado afirmativamente en el caso *Pueblo v. Lebrón*, 108 D.P.R.324 (1979).

intimididad está relacionada a la actividad que se realice. El Tribunal Supremo de Puerto Rico reafirmó en *Pueblo v. Muñoz*,<sup>12</sup> que la expectativa de intimididad cobija fundamentalmente a las personas y no a lugares específicos. En *Katz v. U.S.*,<sup>13</sup> se establece en palabras del Juez Stewart que: “lo que una persona a sabiendas expone al público, aún en su hogar u oficina, no es objeto de la protección de la Enmienda IV”. Esta norma fue reiterada en *California v. Greenwood*, cuando se señaló que: “la policía no puede mostrarse ciega a lo que está expuesto a cualquier miembro del público”<sup>14</sup> (traducción nuestra).

A pesar de que todo registro sin orden se presume ilegal o inconstitucional, la jurisprudencia ha establecido ciertas normas para validar un registro o arresto sin orden judicial. Basta que se cumplan adecuadamente con los criterios de razonabilidad establecidos para casos excepcionales. Entre otros, se han considerado como casos excepcionales: cuando es consecuencia de un registro incidental al arresto, evidencia abandonada, evidencia en campo abierto, evidencia a plena vista, registro de emergencia.<sup>15</sup>

La Regla 231 de las *Reglas de Procedimiento Criminal*,<sup>16</sup> establece los requisitos para el libramiento de una orden de registro y allanamiento en cuanto a su forma y contenido. En lo pertinente, dispone que si de la declaración jurada y del examen del declarante, el magistrado quedare convencido de que existe causa probable para el registro o allanamiento, libraré la orden en la cual se nombrarán o describirán con particularidad la persona o el lugar a ser registrado y las cosas o propiedades a ocuparse.<sup>17</sup>

En su apoyo, el Tribunal Supremo en *Pueblo v. Tribunal Superior*,<sup>18</sup> citó con aprobación a *United States v. Robinson*,<sup>19</sup> caso en que se dictaminó que los funcionarios que llevan a cabo un registro legal de acuerdo a la correspondiente orden, pueden incautar cualquier fruto, instrumento o prueba del delito con posibilidad de ser descubribles como evidencia. De conformidad, el Tribunal

---

<sup>12</sup> 131 D.P.R. 965 (1992).

<sup>13</sup> 389 U.S. 347 (1967).

<sup>14</sup> 486 U.S. 35, 41 (1988).

<sup>15</sup> Además, véase: *Toll v. Adorno Medina*, 130 D.P.R. 352 (1992). La evidencia del juego de bolita fue suprimida al amparo de la regla de exclusión y se determinó el registro fue ilegal. En cambio, distinto a letra del Art. II § 10, el Tribunal Supremo reconoce que dicha evidencia puede ser utilizada en pleito civil de incumplimiento de contrato. Además, véase la Opinión Disidente del Hon. Rebollo López, pág. 369.

<sup>16</sup> 34 L.P.R.A. Ap. II, R. 231.

<sup>17</sup> *Pueblo v. Soto Zaragoza*, 99 D.P.R. 762 (1971); *Pueblo v. Tribunal Superior*, 97 D.P.R. 517 (1969).

<sup>18</sup> *Pueblo v. Tribunal Superior*, supra n. 17.

<sup>19</sup> 287 F. Supp. 245 (D.C. Ind. 1968).

Supremo de Puerto Rico sostuvo que es válida una orden de allanamiento en la que no se nombraron de forma específica los artículos o cosas a ocuparse, sino que de forma genérica señala los instrumentos del crimen.<sup>20</sup> Mientras que en *Pueblo v. Ortiz Rodríguez*,<sup>21</sup> el Tribunal Supremo de Puerto Rico expresó que el ordenamiento procesal de Puerto Rico no contempla de *per se* una orden judicial para autorizar la vigilancia, distinto al registro.

En la esfera federal, la Regla 41 de Procedimiento Criminal,<sup>22</sup> la cual aplica específicamente a la instalación de dispositivos de rastreo electrónico, fue enmendada en el 2006. Esta regla no limita la expedición de una orden para el uso de G.P.S. al establecimiento de causa probable, ya que la misma puede ser emitida bajo el criterio menor de sospecha razonable, requiriendo únicamente hechos claros y articulados.<sup>23</sup>

Aún en presencia de todas las normas, doctrinas y la jurisprudencia que existe sobre este tema, en muchas ocasiones las técnicas investigativas pueden infringir las disposiciones de registros y allanamientos válidos. En estos casos los tribunales federales y estatales, mediante las reglas de exclusión, están obligados a ordenar la supresión de la evidencia ilegalmente obtenida en violación a la Cuarta Enmienda de la Constitución Federal o al Artículo II, Sección 10 de nuestra Carta Magna.<sup>24</sup>

### III. Antecedentes a la jurisprudencia federal sobre el uso de G.P.S. (Las cuatro K)<sup>25</sup>

La doctrina federal sobre la expectativa de intimidad y el procedimiento de registro a través de tecnología o dispositivos de rastreo está sintetizada en los casos que hemos titulado como las cuatro K: *Katz*, *Knotts*, *Karo* y *Kyllo*.

Al amparo de la Cuarta Enmienda un registro se define como una invasión al derecho del individuo, determinable a base de la expectativa razonable de

---

<sup>20</sup> *Pueblo v. Soto Zaragoza*, supra n. 17, pág. 767. Además véase: Cintrón García, Arturo, *Manual de derecho Procesal Penal* págs. 162-167 y 175-185 (1987).

<sup>21</sup> 147 D.P.R. 433 (1999).

<sup>22</sup> Federal Rules of Criminal Procedure, R. 41(e) (2) (c).

<sup>23</sup> Smith Kimberly C., 62 Mercer Law Review 1243, n. 1266, Eleventh Circuit Survey, *Hiding In Plain Sight: Protection from GPS Technology Requires Congressional Action, not a Stretch of the Fourth Amendment*, (January 1, 2010- December 31, 2010).

<sup>24</sup> Resumil, Olga E., *Práctica Jurídica de Puerto Rico, Derecho Procesal Puertorriqueño*, Tomo 1, cap. 12 §12.3 a la pág. 306, Equity (1990).

<sup>25</sup> “Las cuatro K” es la forma utilizada por el autor para englobar los cuatro casos que constituyen los pilares jurisprudenciales en torno a los registros por medios de avances tecnológicos.

intimidad.<sup>26</sup> A los efectos de determinar la expectativa razonable de intimidad, se reconoce como caso normativo a *Katz v. U.S.*,<sup>27</sup> que establece que la Cuarta Enmienda protege a las personas y no a los lugares. En dicho caso, el Gobierno Federal buscaba presentar evidencia de conversaciones telefónicas obtenidas mediante la instalación de un dispositivo de grabación fuera de una cabina telefónica. Sobre este particular, el Tribunal Supremo señaló en *Katz*, que a pesar de que la cabina telefónica es pública, la persona tiene el derecho a asumir que su conversación debe estar fuera del alcance de oídos no invitados. La aplicación del “*Katz Test*” pronunciado por el Juez Harlan en su opinión concurrente requiere que: 1) la persona tenga una expectativa razonable de privacidad y, 2) que la sociedad considere objetivamente tal expectativa de privacidad como razonable.

El segundo caso normativo en cuanto a esta materia es *U.S. v. Knotts*.<sup>28</sup> De acuerdo a *U.S. v. Knotts*, el monitorear la señal de un “beeper” no constituye una invasión a la expectativa legítima de privacidad, ni tampoco de un “registro” o “allanamiento” dentro del contexto de la Enmienda Cuarta. Señala que una persona que vaya en automóvil en una vía pública no tiene expectativa de privacidad en sus movimientos. Además, enfatiza que la vigilancia a través del “beeper” era principalmente para seguir el automóvil en las vías públicas. La expectativa de privacidad que existía en la casa-cabaña de *Knotts*, no le era extensible a la observación o vigilancia visual del automóvil a lugares públicos o a un objeto en movimiento, como un envase de cloroformo<sup>29</sup> fuera de la misma. El hecho de que los agentes no se hayan limitado a la vigilancia visual y hayan utilizado un “beeper”, no altera la situación. Según el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, nada en la Enmienda Cuarta prohíbe a la policía aumentar sus facultades sensoriales mediante el uso de la ciencia y la tecnología.<sup>30</sup> No existía indicación de que un “beeper” fuese utilizado para revelar información sobre el movimiento de un envase de cloroformo dentro de la casa-cabaña, ya que esta información también pudo haberse obtenido a través de la observación fuera de la casa.

Un año más tarde en *U.S. v. Karo*,<sup>31</sup> el Tribunal reafirma que el uso de un “beeper” para monitorear a un acusado en una calle pública, no es un registro.

---

<sup>26</sup> Clancy Thomas K., *What is a “Search” Withing the Meaning of the Fourth Amendment?* 70 Alb. L. Rev 1, 2 (2006).

<sup>27</sup> *Supra* n.11.

<sup>28</sup> 460 U.S. 276 (1983).

<sup>29</sup> Nótese que el dispositivo de rastreo (“beeper”) fue instalado en el referido envase cuando estaba en posesión del dueño anterior. De conformidad, se expresa que no existía tal expectativa de privacidad mientras el envase estaba fuera de la cabaña.

<sup>30</sup> En *Soto Soto*, *supra* n. 8, en la pág. 64, se aplica esta interpretación refiriéndose al uso de binoculares por parte de los agentes del orden público.

<sup>31</sup> *U.S. v. Karo*, 468 U.S. 705 (1984).

Sin embargo, establece una distinción al expresar que el uso de un “beeper” para vigilar una localidad, como una residencia privada, constituye un registro y requiere una orden. En la alternativa, los investigadores pueden asumir el riesgo de mantener vigilancia visual sin orden, pero sin utilizar dispositivo en áreas donde existe expectativa de privacidad. Además, se establece que los agentes deben obtener una orden cuando la vigilancia electrónica penetre áreas constitucionalmente protegidas como el hogar.

Posteriormente en *U.S. v. Kyllo*,<sup>32</sup> caso en que se reafirma la doctrina de *Karo*<sup>33</sup> respecto a que en el hogar existe expectativa de privacidad. En el referido caso, se usó equipo de imágenes termales desde el frente y la parte trasera del hogar, para detectar áreas cálidas dentro de la casa (asociadas a lámparas usadas para el cultivo de marihuana). El alto foro señaló que tecnología sensitiva no disponible para el público en general, no puede ser utilizada para obtener información del interior de un hogar.<sup>34</sup> Concluye el Tribunal que esta actividad constituye un registro de un área que tiene protección constitucional.

#### **IV. El uso de tecnología y el derecho a la intimidad en la jurisprudencia de Puerto Rico**

El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha examinado casos en los que surge la controversia sobre la expectativa de intimidad y la labor investigativa.<sup>35</sup> Aunque estos casos no se refieren al uso de G.P.S., sí reflejan la postura judicial respecto a la constitucionalidad de los métodos de vigilancia y de investigación policial en circunstancias particulares. En el análisis de estos casos, el Tribunal Supremo ha adoptado, entre otras, las normas federales establecidas en las antes mencionadas cuatro K<sup>36</sup>.

Es preciso señalar que en Puerto Rico se presume de que el derecho a la intimidad es uno de factura más ancha que bajo la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, por lo que se ha interpretado que en Puerto Rico debe haber mayor protección contra registros y allanamientos irrazonables.<sup>37</sup>

---

<sup>32</sup> 533 U.S. 27 (2001).

<sup>33</sup> *Supra* n. 31.

<sup>34</sup> *Soto Soto*, *supra* n. 8, adopta estas expresiones en la pág.64, citando *U.S. v. Kyllo*, *supra* n. 32.

<sup>35</sup> La ley de Negociado de Investigaciones Especiales, Ley Núm. 38 del 13 julio del 1978, 34 L.P.R.A § 3005; 3 L.P.R.A. § 138 *et seq.*, concede facultad al Estado a realizar investigaciones dirigidas a descubrir la naturaleza de distintas actividades criminales.

<sup>36</sup> *Katz*, *Knotts*, *Karo* y *Kyllo*.

<sup>37</sup> Chiesa, Ernesto L., *Los derechos de los acusados y la factura más ancha*, 65 Rev. Jur. U.P.R. 83 (1996).



A continuación presentamos una selección de casos que interpretan el alcance de este derecho a la luz del uso de la tecnología.

En *Pueblo v. Bauzá Torres*, el Tribunal Supremo de Puerto Rico expresó que, para propósitos constitucionales, se obtiene el mismo resultado si un agente prepara un informe y pone por escrito una conversación justo después de haberla sostenido con un acusado, o si se realiza el informe mediante la grabación o transmisión con un equipo electrónico que lleve consigo el agente.<sup>38</sup>

Por otro lado, en *Pueblo v. De León Martínez*,<sup>39</sup> fue validada una grabación no consentida de conversaciones orales, ya que los participantes no tenían expectativa razonable de intimidad (no existe tal expectativa en una reunión entre el comité de personal y el profesor bajo evaluación). En este caso se aplicó el criterio de la razonabilidad de la expectativa de intimidad que la sociedad está dispuesta a reconocer. Así mismo, en *Pueblo v. Santiago Feliciano*,<sup>40</sup> el Tribunal Supremo de Puerto Rico validó la ley que permite grabaciones no telefónicas por parte de la policía, si media orden judicial.

Finalmente, en *Pueblo v. Soto*,<sup>41</sup> nuestro más alto foro examinó el uso de binoculares. En este caso, el uso de binoculares permitió que la presencia de un agente no fuese detectada, mientras observaba con mayor claridad una transacción ilegal que ocurría a simple vista. El Tribunal determinó que el uso de binoculares no constituyó una violación constitucional.<sup>42</sup>

Es importante destacar que nuestra jurisprudencia en torno a la expectativa razonable de intimidad, es mucho más extensa que la aquí presentada.<sup>43</sup> No obstante, el test de Katz sigue siendo el criterio aplicado para la determinación de la protección constitucional a la privacidad. Sin embargo, como ya habíamos expresado, en Puerto Rico no existe nada en referencia específica al uso del G.P.S. y la jurisprudencia sobre uso de tecnología es muy limitada. El punto de convergencia está en la aplicación de la normativa jurídica en referencia a la razonabilidad de registros y allanamientos y su efecto en la supresión de evidencia.

---

<sup>38</sup> *Pueblo v. Bauzá Torres*, 113 D.P.R. 315, pág. 326 (1982).

<sup>39</sup> 132 D.P.R. 746 (1993).

<sup>40</sup> 139 DPR. 746 (1995).

<sup>41</sup> *Supra* n. 8.

<sup>42</sup> Es caso normativo al abarcar las doctrinas de plena vista y campo abierto. Aquí se establece que el camino vecinal estaba fuera del *curtilage* protegido por el derecho a la intimidad, sino que era campo abierto y que el uso de binoculares fue para observar una transacción ilegal que ocurría a plena vista. Véase: *Oliver v. United States*, 466 U.S. 170 (1984), se distinguen estas doctrinas que suelen confundirse en nuestro ordenamiento jurídico.

<sup>43</sup> Se le añade *Pueblo v. Díaz Medina*, 176 D.P.R. 661 (2009), que establece que el olfato canino no constituye un registro bajo las circunstancias de ese caso en particular.

## V. Del “beeper” al G.P.S.

El dispositivo de rastreo electrónico operado por batería llamado “beeper” emite señales periódicas que pueden ser captadas por una frecuencia radial. Estas señales establecen la localización aproximada del objeto al cual el “beeper” está instalado, proveyendo una línea de posición a la izquierda o a la derecha, entre el transmisor y el equipo de intersección.<sup>44</sup> Los “beepers” han sido utilizados primordialmente en investigaciones de drogas para trazar el movimiento de los objetos en propiedades privadas, a través de autopistas o en lugares públicos.

El uso que recientemente la policía ha dado al G.P.S nos lleva a pensar que este difiere del tipo de rastreo mediante “beeper” utilizado en el caso de *Knotts*.<sup>45</sup> El “beeper” instalado en un automóvil, meramente ayuda a la policía a continuar en contacto con el vehículo que están siguiendo, como los binoculares y aviones de localizaciones, que ayudan a la policía a no perder de vista el mismo.

El “Global Positioning System” es una tecnología que revela localización, velocidad y dirección.<sup>46</sup> El receptor de G.P.S. recibe la señal de los cuatro satélites más cercanos para calcular la latitudes, longitudes y altitudes en las que se encuentra ubicado una vez el receptor conoce la localización, puede calcular la velocidad y dirección en la que está moviéndose, analizando la frecuencia de las transmisiones que recibe de los satélites, notificándole la nueva posición latitud, longitud y altitud. Con el G.P.S. se transmiten dos tipos de información, una “encrypted” para ser usada por las fuerzas militares y la otra “unencrypted” para uso general.<sup>47</sup> El G.P.S. utilizado por los agentes se activa cuando el carro está en movimiento, permite rastrear las 24 horas del día y transmite información sobre los movimientos del auto (como velocidad y ubicación). La información transmitida sobre el movimiento del vehículo tiene un margen de desviación de 10 a 20 pies por lo que es altamente precisa.

Además el G.P.S. emite una señal que genera un registro digital transmitido a una computadora. La computadora, una vez recibe la señal de G.P.S., traduce la información a una imagen en un mapa interactivo y genera un registro de los movimientos del vehículo que graba en su disco duro. El uso efectivo de este aditamento permite a la policía establecer patrones de movimiento de la persona investigada, sin exponer a los agentes a ser detectados, y la información recibida en las oficinas centrales puede ser referida instantáneamente a la patrulla o

---

<sup>44</sup> La Fave, Wayne R., *Search and Seizure: A Treatise on Fourth Amendment* §2.7(e), West Group 4<sup>th</sup> ed., (2004), pág. 757.

<sup>45</sup> *Supra*, n. 28.

<sup>46</sup> Mc Donald Hutchinsal, Renee, *Tied Up in Knotts? GPS Technology and the Fourth Amendment*, 55 U.C.L.A 409, 414 (2007).

<sup>47</sup> *Id.* pág. 414 notas al calce 19-21, 417.

carro encubierto que tenga instalado un monitor capaz de recibir la información recopilada por el G.P.S.

Los dispositivos de G.P.S. usados por las autoridades son pequeños, pero generalmente más grande que los “beepers”. Además, contienen dispositivos de grabación computadorizada. Los agentes instalan G.P.S. en la parte inferior del vehículo donde no esté visible. El dispositivo automáticamente mantiene un recuento detallado de la hora y lugares a los cuales el vehículo viajó y de cuánto tiempo permaneció en cada localidad. Luego los agentes remueven el dispositivo y recopilan un itinerario detallado de dónde y cuándo el vehículo ha viajado.<sup>48</sup> A diferencia de los “beepers”, los dispositivos de G.P.S. no requieren continuo monitoreo del agente policial. La información recopilada podría usarse para presentar cargos criminales contra la persona investigada, lo que ha generado controversia respecto a las circunstancias en que podría ser admisible.

Estamos de acuerdo con el autor Wayne R. LaFave en que el G.P.S., contrario al “beeper”, no es un sustituto de la vigilancia física, sino que sin necesidad de recursos de la policía, provee un registro de datos de la trayectoria de la persona durante un periodo de tiempo largo.<sup>49</sup> Existe una diferencia sustancial en cuanto a la capacidad de acumular información entre un “beeper” y el uso prolongado del G.P.S. Su distinción estriba en que el G.P.S. recopila información que no es posible obtener mediante la simple vigilancia visual, es por esto que a nuestro juicio constituye una amenaza mayor a la privacidad.

## VI. Legislación federal sobre el uso del G.P.S.

La Ley para Dispositivos de Rastreo<sup>50</sup> es la legislación federal que define dichos instrumentos y establece unas guías mínimas para el uso de los mismos<sup>51</sup>. Este estatuto permite a un tribunal federal autorizar el uso G.P.S. mediante orden judicial. No obstante, no requiere haber obtenido una orden previa para su uso, ni tampoco especifica el grado de prueba requerido para la emisión de la orden, como condición previa a la utilización del dispositivo de rastreo. Ante esta situación, queda a discreción de los tribunales el decidir cuándo se requiere una orden y el

---

<sup>48</sup> La Fave, Wayne R., *Search and Seizure: A Treatise on Fourth Amendment*, vol. 1, West Group 4<sup>th</sup> ed. § 2.7 (2011-2012 Pocket Part), pág.165.

<sup>49</sup> *Id.*, § 2.7 pág. 166.

<sup>50</sup> 18 U.S. C. § 3117 (b) (2006), se refiere a la Ley para Dispositivos de Rastreo que sirvió de base para enmendar la regla 41 de las *Reglas de Procedimiento Criminal Federal*.

<sup>51</sup> El dispositivo de rastreo se define como un dispositivo electrónico que permite rastrear el movimiento de una persona u objeto.

*quantum* de prueba necesaria para su expedición. Sin embargo, a los jueces no les es permitido autorizar el uso de G.P.S. fuera de su jurisdicción.

Por su parte, la Regla 41 de las *Reglas Federales de Procedimiento Criminal*<sup>52</sup> guía los procedimientos para la instalación y uso de dispositivo de rastreo. Esta regla establece que, si un magistrado emite una orden para un dispositivo de rastreo, la misma debe incluir una descripción de la persona a ser rastreada y un determinado periodo de tiempo para el uso del dispositivo. La Regla 41 también establece que la orden debe ser ejecutada dentro de los próximos 10 días de haber sido emitida y que puede durar hasta un máximo de 45 días.

Los tribunales federales generalmente han expresado que el rastreo mediante el GPS no constituye una violación a la Enmienda Cuarta. Sin embargo, recientemente el Tribunal de de Apelaciones de Estados Unidos del Primer Distrito de Columbia en *U.S. v. Maynard*<sup>53</sup>, adivino a ser el primer tribunal de circuito en establecer que el uso prolongado de GPS sin una orden viola la expectativa razonable de intimidad<sup>54</sup>. No ocurre hasta este mismo año que el Tribunal Supremo Federal en el caso *U.S. v. Jones*<sup>55</sup>, (se refiere a los mismos hechos del caso de *Maynard*) establece su postura sobre la utilización de G.P.S. y la activación de la protección constitucional bajo la Enmienda Cuarta.

## VII. Jurisprudencia federal en torno al G.P.S.

A continuación presentamos una muestra de los casos federales en que específicamente se dirime el impacto constitucional del uso del G.P.S. como mecanismo investigativo.

En *U.S. v. García*,<sup>56</sup> los agentes descubrieron la participación del acusado en la producción de metanfetamina instalando un G.P.S. en el vehículo de su novia. El G.P.S. almacenó información de las trayectorias y de la localización del vehículo. Cuando la policía examinó el dispositivo se percató que el acusado acudía

---

<sup>52</sup> *Federal Rules Criminal Procedure*, R.41 (e) (2) (C), Part II Chapter 205 (18 U.S.C.A. § 3117).

<sup>53</sup> *U.S. v. Maynard*, 615 F. 3d 544 (D.C. Cir. 2010).

<sup>54</sup> Se alude a éste como el primer Tribunal de Circuito en señalar la necesidad de orden judicial previa a la instalación de un G.P.S.; debido a que en el caso de *People v. Weaver*, 909 N.E. 2d 1195 (2009), la Corte de Apelaciones del Distrito de Nueva York no estaba denominada como tribunal de circuito.

<sup>55</sup> *U.S. v. Jones*, *supra* n. 3, 132 S. Ct. 945, 181 L. Ed. 911 (2012). Este caso se refiere a los mismos hechos del caso de *Mynard*, siendo Mynard un co-acusado junto a Jones.

<sup>56</sup> 474 F. 3d. 994, (7<sup>th</sup> Cir. 2007).

frecuentemente a un lote de terreno donde se encontraron materiales utilizados para la producción de metanfetamina. El Juez Posner concluyó mediante analogía en la opinión mayoritaria, que el uso de G.P.S. es como seguir el trayecto de un vehículo usando una cámara o imágenes de satélite o “Google Earth”. Advierte que la tecnología utilizada en *Kyllo*<sup>57</sup> se utilizó como mecanismo sustituto de una intrusión en el hogar por parte de la policía, por lo que inequívocamente constituyó un registro. Sin embargo, en *U.S. v. García*, el tribunal señaló que el uso del G.P.S. fue un sustituto a la actividad de seguir un carro en la vía pública, por lo que no era un registro. Según este caso, las autoridades no pueden pasar por alto el requisito de obtener una orden cuando la tecnología usada invade las áreas protegidas constitucionalmente, pero el uso de tecnología que sustituye un método de la policía que no requiere orden, no eleva dicha actividad a un registro.

También nos parece conveniente hacer referencia a *U.S. v. Andújar*,<sup>58</sup> caso originado en el Tribunal de Distrito de Puerto Rico, en que se deniega la solicitud de supresión de evidencia en la cual se alegaba, que la utilización del G.P.S. para obtener información sobre la trayectoria del bote, violentaba la Cuarta Enmienda. En *U.S. v. Andújar*, el Estado hizo énfasis en la gran utilidad de la información obtenida mediante el dispositivo, para concluir que los acusados se proponían a realizar una transacción de drogas en República Dominicana.<sup>59</sup>

El Tribunal Federal de Apelaciones en *U.S. v. Pineda Moreno*,<sup>60</sup> determinó que la instalación del G.P.S. no constituyó un registro ilegal o irrazonable. Los agentes de la D.E.A. establecieron un monitoreo a Pineda Moreno durante un periodo de sobre cuatro meses, utilizando dispositivos de rastreo instalados en su vehículo después de ser visto comprando fertilizante que se usa típicamente para el cultivo de marihuana. Cuando el dispositivo alertó a los agentes, estos pudieron reunir evidencia para acusar a Pineda Moreno. Los agentes instalaron los dispositivos de rastreo en siete ocasiones distintas: cuatro de ellas en la calle frente a su casa, una en un estacionamiento público y dos cuando el vehículo se encontraba en la calzada a pocos pies de su casa-remolque. El Tribunal determinó que, al Pineda Moreno no tomar provisiones para proteger su calzada del paso

---

<sup>57</sup> Supra, n. 32

<sup>58</sup> F. Supp. 2d. (2010) 2010 WL 597483.

<sup>59</sup> Este caso del Distrito Federal de Puerto Rico consolida las mociones de los otros casos igualmente relevantes al uso del G.P.S. como instrumento utilizado por los agentes federales. Entre otros co-acusados, *United States v. Franky Irizarry*, F. Supp. 2d (2009), 2009 WL 59874319. Además, véase, *U.S. v. Vilches –Navarrete*, 523 F.3d 1 (1st Cir. 2008), caso originado en Puerto Rico en que el Juez Torruella disintió en parte. El gobierno también enfatizó la importancia de haber monitoreado las coordenadas y millas náuticas de la trayectoria de los acusados.

<sup>60</sup> 591 F. 3d 1212 (Cir.9th 2010).

de los transeúntes, no podría reclamar expectativa razonable de intimidad, aún cuando una porción de esta se encontrase en su área de *curtilage*. Además, señaló que no hubo violación a la Cuarta Enmienda al instalar el dispositivo de rastreo en el vehículo mientras estaba estacionado en la calle y en el estacionamiento público, ya que en estas áreas no existe expectativa razonable de intimidad. Cabe destacar que la única información que los agentes obtuvieron a través de los dispositivos de rastreo, fue un diario de localizaciones de los movimientos del vehículo de Pineda Moreno, información que lo agentes pudieron haber obtenido siguiendo el carro.

Por su parte, en *U.S. v. Sparks*, el Tribunal dice que las acciones tomadas por la policía iban dirigidas generalmente a lugares y actividades públicas.<sup>61</sup> En *Sparks*, se señala que no tenía una expectativa subjetiva ni objetiva razonable de intimidad en el lote de estacionamiento al aire libre, en el exterior de su carro o del movimiento de su vehículo en las calles. Dada la ausencia de una razonable expectativa de intimidad por parte de Sparks, el tribunal concluye que no era necesaria una orden para instalar o rastrear su vehículo mediante el uso del G.P.S.

No obstante, en *People v. Weaver*,<sup>62</sup> el Tribunal de Apelaciones estableció un contraste con el caso *Knotts*. Puntualizó que en *Knotts* los oficiales estaban activamente siguiendo el vehículo y usaron el “beeper” simplemente para mantener contacto visual con el sospechoso. Por lo que hay que establecer una distinción entre un “solo viaje” de *Knotts* y el uso extendido de G.P.S. durante 65 días en *Weaver*, que permitió a los investigadores guardar el historial de rastreo del vehículo del acusado y vincularlo con un robo reciente, a base de la localización y velocidad de su vehículo al momento del crimen. El Tribunal concluyó que el G.P.S., no solamente facilita a la policía llevar a cabo la vigilancia visual, sino que permite una acumulación de información por un periodo de tiempo extendido y que “recopilar tal información requeriría millones de policías y cámaras en cada lámpara de las calles”.

Finalmente, en *U.S. v. Maynard*, se determinó que la vigilancia mediante G.P.S. en la calle pública, por un extenso periodo de tiempo, produce un conocimiento de “los hábitos y patrones” a un grado mayor que el esperado en cuanto a la privacidad.<sup>63</sup> A diferencia de la vigilancia por un tiempo corto, la vigilancia prolongada mediante el G.P.S. permite a las autoridades percibir detalles íntimos de la vida personal del individuo. El Tribunal expresó el razonamiento de que “la totalidad del movimiento de una persona durante el transcurso de un mes (revelado a través del uso del G.P.S.) no es en la actualidad lo que estaría expuesto

---

<sup>61</sup> *U.S. v. Sparks*, 750 F. Supp. 2d 384 (2010).

<sup>62</sup> 909 N.E. 2d 1195 (2009).

<sup>63</sup> *Supra* n. 53.

al público, porque la posibilidad de que un extraño observe todo ese movimiento no es solamente remota, es esencialmente ninguna”.<sup>64</sup> Posteriormente el Tribunal Supremo de Estados Unidos resolvió la controversia del caso de *Maynard* (bajo el nombre de *U.S. vs. Jones*) y, aunque confirma a la Corte de Distrito, apoyó su opinión en otros fundamentos, utilizando el criterio de traspaso como factor determinante.<sup>65</sup>

Los casos de *Weaver* y *Maynard* se alejan de la expresión del Juez Sentelle que señala “que la suma de un número infinito de ceros, siempre será cero”,<sup>66</sup> haciendo referencia a que si no existe expectativa de intimidad en las vías públicas, esta siempre será ninguna, sin importar lo prolongado de la vigilancia.

## VIII. Pronunciamientos del Tribunal Supremo de Estados Unidos en torno al uso del G.P.S.

### A. Historial del caso *U.S. v. Jones*<sup>67</sup>

En el 2004 Antoine Jones, dueño y operador de un club nocturno en el Distrito de Columbia, era investigado conjuntamente por el F.B.I. y el Departamento Metropolitano de la Policía, por sospecha de tráfico de narcóticos. Los agentes usaron varias técnicas investigativas tales como: vigilancia visual, instalación de cámaras frente al negocio e interceptación del teléfono celular.

Basado en esta información, en el año 2005 solicitaron al Tribunal del Distrito de Columbia una orden para usar el G.P.S. en el vehículo registrado a nombre de la esposa de Jones. La orden fue emitida para que la instalación del dispositivo se efectuara dentro de los próximos diez días. En el día onceavo, y no en el Distrito de Columbia, sino en Maryland, se instaló el dispositivo en el vehículo en un estacionamiento público. Durante 28 días el G.P.S. rastreó los movimientos del vehículo teniendo que proceder en una ocasión al cambio de baterías, el cual se produjo en otro estacionamiento público en Maryland. A través de las señales emitidas por los satélites para localizar el vehículo durante ese periodo de cuatro semanas, se recopilaron más de 2,000 páginas de data.

Jones y sus alegados co-conspiradores fueron acusados de posesión y distribución de cocaína. Antes del juicio, Jones radicó una moción de supresión

---

<sup>64</sup> (Traducción nuestra.)

<sup>65</sup> Nótese que *Maynard* y *Jones* eran co-acusados dentro del mismo caso.

<sup>66</sup> Aseveración perspicaz hecha por el Juez Sentelle en la denegatoria del recurso de reconsideración en *U.S. v. Jones*, 625 F. 3d 766, a la pág. 769 (2010).

<sup>67</sup> *U.S. Petitioner v. Antoine Jones*, *supra* n. 3.

de evidencia de lo obtenido mediante el uso del G.P.S. El Tribunal de Distrito aceptó la moción en la parte referente a la evidencia obtenida mientras el auto estaba estacionado en el garaje adyacente a su residencia. El resto de la evidencia obtenida por el G.P.S. fue admitida utilizando el argumento de *Knotts*, de que una persona transitando en un vehículo por las vías públicas no tiene expectativa de privacidad. En el juicio de Jones, efectuado en octubre del 2006, el jurado no pudo llegar a un acuerdo en el cargo de conspiración.

En marzo del 2007, Jones y los otros individuos fueron acusados del cargo de conspiración. El Estado presentó la misma evidencia que fue admitida en el juicio anterior, que vinculaba a Jones con la casa donde estaban \$850,000 dólares en efectivo, 97 kilogramos de cocaína y 1 kilogramo de base de cocaína. Jones fue encontrado culpable por el jurado y el Tribunal de Distrito lo sentenció a prisión perpetua.

El Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia revocó la sentencia,<sup>68</sup> argumentando que el uso del G.P.S. sin orden por un período prolongado, constituyó una violación a la Cuarta Enmienda. Ante esta decisión el Estado acudió al Tribunal Supremo de los Estados Unidos en revisión.

## **B. Opinión mayoritaria emitida por el Juez Scalia**

En la opinión mayoritaria del caso *U.S. v. Jones*, el Tribunal Supremo concluyó que el Estado había utilizado propiedad privada con el propósito de obtener información. Razón por la cual no cabía la menor duda de que ese tipo de intrusión física debía ser considerada “registro” bajo la Cuarta Enmienda. Señala el Tribunal que esta enmienda hace alusión “al derecho de la gente de ser protegidas en su personas, casas, documentos y efectos de los registros y allanamientos irrazonables”.<sup>69</sup> Añade que un vehículo es un efecto y la instalación de un G.P.S. por parte del Estado en un vehículo para rastrear su movimiento, constituye un registro. Discurre de la discusión que la Cuarta Enmienda refleja una conexión con el derecho de propiedad, el cual debe ser protegido en el análisis de la razonabilidad de los registros y allanamientos. Citando a *Katz*,<sup>70</sup> señala que ocurre una violación, cuando los oficiales violan la “expectativa razonable de intimidad” de la persona. Por lo que cuando el Estado obtiene información mediante la intromisión física en áreas protegidas constitucionalmente, indudablemente ha ocurrido un registro.

Según el Tribunal, un traspaso (“trespass”) a la propiedad o efectos, o de la invasión de privacidad según *Katz*, no constituye de por sí solo un registro, a

---

<sup>68</sup> *U.S. v. Maynard*, *supra* n. 53. Se expidió el *Certiorari*.

<sup>69</sup> Véase, *U.S. v. Jones*, *supra* n. 3, pág. 949.

<sup>70</sup> *Katz v U.S.*, *supra* n.11.



menos de que se realice para obtener información; y la obtención de información tampoco por sí solo constituye un registro salvo que esta sea conseguida mediante la transgresión a la invasión de la intimidad. Por lo que el “test de Katz”, de expectativa razonable de intimidad, se añade (siendo supletorio) y no sustituye el “test” de traspaso de límites de la tradición del derecho común. Por consiguiente, el Tribunal Supremo aplicó el “test” de traspaso<sup>71</sup> a la situación de hechos para llegar a su determinación.

El Tribunal establece la distinción entre el presente caso<sup>72</sup> y los casos de *Knotts*<sup>73</sup> y *Karo*,<sup>74</sup> aduciendo que no existía expectativa de intimidad debido a que en esos casos los “beepers” fueron colocados en los respectivos envases antes de que los acusados advinieran en posesión de los mismos y con el consentimiento de los entonces dueños. Además, señala una diferencia respecto a la situación en *New York v. Class*,<sup>75</sup> en que expresó que el exterior de un vehículo está expuesto al ojo público y su examen no constituye un registro.

Concluye que en *Jones*, al instalar el dispositivo al vehículo, los oficiales invadieron un área protegida y esta acción es más que examinar el vehículo. Aquellas situaciones que meramente envuelven una transmisión de señales electrónicas sin el traspaso, quedan sujetas al análisis del test de *Katz*, pero en *Jones* hubo una intrusión en el auto donde había un interés posesorio.

### C. Opinión concurrente emitida por la Juez Sotomayor

Según la opinión de la Juez Sotomayor, el Estado en este caso usurpó la propiedad de Jones con el propósito de conducir una vigilancia sobre él, invadiendo los intereses de su intimidad contenidos en la protección bajo la Enmienda Cuarta. Según Sotomayor, una violación a esta protección se produce cuando el gobierno viola la expectativa subjetiva de intimidad que la sociedad reconoce. Al igual que la opinión mayoritaria, expresa que el test de *Katz* no desplaza ni disminuye el examen de traspaso del derecho común (“trespass test”).

Añade que el G.P.S. tiene la capacidad de recopilar una data mucho más detallada y específica que la que puede ser obtenida mediante la mera vigilancia visual. El monitoreo mediante el G.P.S. resulta barato en comparación con las técnicas de vigilancia convencional y se produce subrepticamente. En conse-

---

<sup>71</sup> En particular la opinión mayoritaria aplicó la doctrina de traspaso a la situación de hechos, considerando innecesaria aplicar la prueba de *Katz* para determinar la expectativa de intimidad.

<sup>72</sup> *U.S. v. Jones*, *supra* n. 3.

<sup>73</sup> 460 U.S. 276 (1983).

<sup>74</sup> 468 U.S. 705 (1984).

<sup>75</sup> 475 U.S. 106, S. Ct. 960 (1986).

cuencia, puede evadir el cotejo de las prácticas policiales abusivas.

Por otro lado, dice que los dueños de vehículos y celulares con G.P.S. integrados no contemplan que este dispositivo sea utilizado para vigilar sus movimientos.<sup>76</sup> Por lo que es necesario reconsiderar la premisa de que un individuo no tiene expectativa de intimidad respecto a la información que voluntariamente revela a terceros.<sup>77</sup>

Concluye que, cuando el Estado físicamente invade propiedad personal para obtener información, ocurre un registro y que la afirmación de este principio era base suficiente para resolver este caso.

#### **D. Opinión concurrente del Juez Alito, a la que se unen los Jueces Ginsburg, Breyer y Kagan.**

En esta opinión concurrente, el Juez Alito señala que la controversia del caso debe ser analizada preguntándonos, si la expectativa razonable de intimidad fue violada por el monitoreo por un periodo de tiempo largo de los movimientos del vehículo. Considera irrelevante el (“trespass test”) prueba de traspaso para evaluar este caso, ya que, a su juicio, no se produjo interferencia con los intereses posesorios del individuo respecto a su propiedad.

El Juez Alito puntualiza que la instalación de G.P.S. por sí solo no constituye un registro; si el dispositivo no hubiese funcionado o si los oficiales no lo hubiesen usado, no se hubiese obtenido información. El traspaso técnico, aunque no requiere intrusión física, seguido por la recopilación de evidencia, constituye un registro. Añade que en circunstancias que envuelven cambios dramáticos tecnológicos se requiere acción legislativa para la protección de los intereses privados. Por tanto, es pertinente establecer un balance respecto a la intimidad y la seguridad pública.

Además, dice que de acuerdo a la teoría de la opinión mayoritaria, si la policía instala un G.P.S. a un vehículo y lo usa para seguirlo aún durante un tiempo breve, sí compete a la Cuarta Enmienda. Sin embargo, si la policía sigue al mismo usando vehículos no identificados y con asistencia aérea, consideran que esta actividad no estaría contemplada bajo la Cuarta Enmienda.

Se enfatiza que, debido a que es incierto determinar cuando el monitoreo mediante el G.P.S. es excesivamente prolongado, la policía siempre debe obtener una orden y que el monitoreo prolongado constituyó un registro bajo la protección de la Cuarta Enmienda.

---

<sup>76</sup> Ese tipo de modalidad constituye un traspaso técnico.

<sup>77</sup> Esta premisa articulada se discute con mayor profundidad en la argumentación oral del referido caso; <http://www.oyez.org/cases/2012>

## IX. Análisis crítico

El avance de la tecnología ha propiciado la proliferación del uso de dispositivos electrónicos como instrumentos de vigilancia individual o colectiva. Los tribunales han enfrentado la difícil tarea de determinar cuando las acciones de las autoridades gubernamentales constituyen prácticas que puedan violentar el derecho a la intimidad garantizado constitucionalmente.

Reconocemos que existe un interés válido por parte del Estado de actuar diligentemente a través de sus agencias para combatir el crimen y el trasiego de drogas. Sin embargo, es necesario proceder responsablemente para que la investigación oficial no se convierta en una que resulte en el atropello de los derechos fundamentales del individuo. Corresponde a la judicatura establecer cuando ocurre una violación constitucional en el contexto de la acción oficial, durante el transcurso de una investigación criminal.

Se destacan dos vertientes en la trayectoria jurídica en relación a la instalación y uso de dispositivos de rastreo en el contexto de la protección de la Cuarta Enmienda. La primera considera que no existe expectativa de intimidad en los movimientos de una persona en público y que el uso de un dispositivo de rastreo es similar al uso de un telescopio, el cual es una ayuda a los sentidos, lo que facilita la labor policiaca al amparo de la doctrina de “a plena vista”. La segunda vertiente difiere de la interpretación de que los dispositivos de rastreo permiten conocer a la policía lo mismo que hubiese conocido mediante la vigilancia visual. Por el contrario, opinan que envuelve algo más que la aplicación de los sentidos, ya que convierte al vehículo en un mensajero al servicio de quien lo vigila.

En la esfera federal, los tribunales han tenido ante su consideración casos en que se ha obtenido información o evidencia relacionada con la comisión de delitos mediante la utilización del G.P.S. La controversia radica en los casos en que se ha instalado el dispositivo sin antes haber obtenido una orden para ello. El aspecto nebuloso surge debido a que ni en la Ley para Dispositivos de Rastreo,<sup>78</sup> ni la Regla 41 de Procedimiento Criminal Federal,<sup>79</sup> requieren una orden previa para la instalación y uso del G.P.S.<sup>80</sup> Consideramos que es necesario que se produzca legislación para establecer como requisito la emisión de una orden, previa a la instalación de un dispositivo de rastreo como el G.P.S. y que se establezca el grado de prueba necesario para su expedición.

<sup>78</sup> Enmendada en el año 2006. *Tracking Device Statue*, 18 U.S.C. § 3117(a) (b) (2006).

<sup>79</sup> Fed. Rules Crime Procedure, R. 41(e) (2) (c).

<sup>80</sup> En cambio el Tribunal Supremo Federal previo al caso de *U.S. v. Jones*, *supra* n. 3, había reconocido la necesidad de obtener una orden cuando el dispositivo entra en áreas protegidas constitucionalmente por la 4ta Enmienda, refiriéndose a lugares que albergan una razonable expectativa de intimidad.

Existía una tendencia de que en los casos en que se cuestionaba el uso del G.P.S., se debería aplicar el “test” de Katz como examen umbral para evaluar la existencia de expectativa razonable de intimidad. Los casos de *Knotts* y *Karo* han servido de guía para la interpretación de este cuestionamiento.<sup>81</sup> Generalmente, la tendencia judicial apuntaba a que tales acciones no violaban la Cuarta Enmienda. En cambio, el precedente de *U.S. v. Jones*, expone una nueva visión frente a la tendencia hasta ahora prevaleciente en relación a los dispositivos de rastreo.<sup>82</sup>

A la luz del análisis comparativo efectuado entre los dispositivos del “beeper” y el G.P.S., concluimos que indiscutiblemente el G.P.S. tiene mayor alcance y resulta más invasivo. No obstante, a nuestro juicio la utilización del “beeper” en el presente tampoco quedaría exenta de la posibilidad de constituir una intrusión a la intimidad. Estos dispositivos electrónicos de rastreo permiten a las autoridades obtener información que de otra forma no estaría a su disposición. El uso de un dispositivo electrónico de rastreo permite una vigilancia más prolongada y abarcadora que la que un individuo pudiese realizar. De acuerdo con *Knotts*,<sup>83</sup> para que prospere un planteamiento de que ocurrió un registro, se debe establecer que lo revelado a través el “beeper” no pudo haber sido observado mediante vigilancia visual, ni al agregar información provista por su espectador hipotético. A pesar de que el caso de *U.S. v. Knotts*<sup>84</sup> no queda revocado por *U.S. v. Jones*,<sup>85</sup> consideramos que sus planteamientos se debilitan, debido a que el argumento de que el uso del “beeper” es comparable a la corroboración visual, puede enfrentarse con el planteamiento de que un monitoreo excesivo constituye un registro irrazonable. Según *People v. Weaver*,<sup>86</sup> en referencia al uso del G.P.S., se requeriría un número de millones de policías y lámparas en cada una de las calles para obtener la información provista por este dispositivo. Esto nos lleva a pensar que lo posible, cuando por sus circunstancias se convierte en altamente improbable, se aproxima mucho a la imposibilidad.

¿Existe diferencia si el uso del G.P.S. es por corto tiempo o por un período de tiempo prolongado? A nuestro juicio y difiriendo de lo expresado por la mayoría en *U.S. v. Jones*<sup>87</sup> sobre esta interrogante; sí existe diferencia. Es inaudito pensar que la información recopilada en un solo día de vigilancia se equipare a lo obtenido en todo un mes. Por ende, mientras más prolongada la vigilancia, mayor el

---

<sup>81</sup> Previo al caso de *Jones* (2012) son los casos normativos sobre la instalación de dispositivos de rastreo.

<sup>82</sup> *Supra* n. 3.

<sup>83</sup> 460 U.S. 276 (1983).

<sup>84</sup> *Id.*

<sup>85</sup> *Supra* n. 3.

<sup>86</sup> *Supra* n. 62.

<sup>87</sup> *Supra* n. 3.

grado de intrusión. Sin embargo, la dificultad consiste en establecer qué criterios determinan lo que constituye un periodo prolongado. La realidad es que esta interrogante queda sin resolverse.<sup>88</sup> Es interesante notar que el Tribunal Supremo en *U.S. v. Jones* confirma a *Maynard*,<sup>89</sup> pero su opinión mayoritaria no está basada en el criterio de tiempo prolongado. A diferencia de la opinión concurrente del Juez Alito, que puntualiza que la vigilancia visual durante cuatro semanas hubiese requerido recursos extraordinarios, la opinión mayoritaria no recurre a este planteamiento.

La opinión del Tribunal Supremo en el caso *U.S. v. Jones*, expresa que la instalación y uso de G.P.S. en el vehículo del acusado es un registro al amparo de la Cuarta Enmienda. Al llegar a esta conclusión la opinión mayoritaria procede a referirse a la letra de la Cuarta Enmienda y expresa que el vehículo es un efecto que goza de protección constitucional. A pesar de que la opinión es unánime en la conclusión, no es así en su interpretación, ya que se producen otras dos opiniones concurrentes con distintos planteamientos. La Juez Sotomayor acoge la aplicación de la doctrina de traspaso, pero además enfatiza el carácter invasivo de la metodología del G.P.S. Por su parte, el Juez Alito considera la prueba de traspaso un criterio “arcaico” y señala que debió haberse aplicado el criterio del uso prolongado del G.P.S.

Es preciso señalar que el Tribunal Supremo en *Jones*<sup>90</sup> establece una distinción en relación a los casos de *Knotts* y *Karo*, destacando que en el momento en que se instalaron los “beepers” en los envases, los acusados no estaban en posesión de los mismos, razón por lo cual no se constituyó un registro irrazonable, ni se invadió el derecho propietario de los acusados.<sup>91</sup> A la luz de esta distinción, el Tribunal considera que lo decidido en esos casos sigue siendo consistente con lo resuelto en *U.S. v. Jones*. Es decir, los referidos casos no quedan revocados luego de esta decisión.

Respecto a este señalamiento, consideramos que parece “forzado”, ya que en *Knotts* y *Karo*, los sospechosos no tenían conocimiento de que los envases que adquirieron contenían un dispositivo de rastreo. Entendemos que de igual forma se produjo un traspaso técnico y no tiene efecto significativo el hecho de que, al momento de la instalación, los acusados no estuviesen en posesión de los envases.<sup>92</sup>

---

<sup>88</sup> No obstante, cabe señalar que *Maynard*, *supra* n. 53, expresa que 28 días es un periodo prolongado, pero en *Pineda Moreno*, *supra* n. 60, la vigilancia mediante dispositivo de rastreo excedió los cuatro meses y no se determinó invasión a la privacidad.

<sup>89</sup> *Supra*, n. 53.

<sup>90</sup> 132 S. Ct. 945, 181 L. Ed. 911 (2012).

<sup>91</sup> *Id.*, págs. 951-952.

<sup>92</sup> Véase: *U.S. v. Jones*, *supra*, 625 F. 3d 766, a las págs. 770-771 (2010), se refiere a la denegatoria del recurso de reconsideración. En la opinión disidente en parte del Juez Kavanaugh haciendo

A pesar de estar de acuerdo con la determinación del caso *U.S. v. Jones*, entendemos que el Tribunal despachó muy livianamente el precedente de *New York v. Class*,<sup>93</sup> en que expresó que la parte exterior de un auto, como todo lo que está en la parte interior del mismo, no está cobijada por una expectativa de intimidad reconocida.<sup>94</sup> Nos parece necesario señalar que la norma establecida en *New York v. Class*,<sup>95</sup> se refiere a que la expectativa de intimidad de los vehículos es una menor a la del hogar.

## X. Conclusión

La opinión de *U.S. v. Jones*<sup>96</sup> pone fin a la controversia del uso del G.P.S. sin orden y asume valientemente una postura favorable a los derechos constitucionales del ciudadano<sup>97</sup>. Sin embargo, no explica a cabalidad algunos de los aspectos aparentemente contradictorios con otros precedentes judiciales. Claramente, esta decisión revive el llamado “antiguo principio”<sup>98</sup> respecto a que la propiedad privada está protegida constitucionalmente.<sup>99</sup> Aquí se resuelve, que la instalación del G.P.S. por parte del Estado en un vehículo y su uso para rastrear su movimiento, constituye un registro, lo que deja inequívocamente establecido que se requiere una orden.<sup>100</sup> Con anterioridad a este caso, la norma jurídica prevaleciente para el uso de dispositivos electrónicos de rastreo era que la orden previa para su instalación no era mandatorio. No obstante, se consideraba la mejor práctica obtener la misma, en caso de que fuese necesaria como parte del monitoreo.<sup>101</sup>

---

alusión los pronunciamientos del Juez Bernnan en el caso de *Knotts*. Allí se levanta la distinción.

<sup>93</sup> *Supra* n. 75.

<sup>94</sup> *Supra* n. 3, pág. 952.

<sup>95</sup> *Supra* n. 75.

<sup>96</sup> *Supra* n. 3.

<sup>97</sup> Por lo que esta postura vanguardista parece contradecir la trillada frase en nuestro derecho puertorriqueño de que “la Constitución protege a la persona y no a los lugares o las cosas”.

<sup>98</sup> Es la norma vigente desde el 1886 establecida en *Boyd v. U.S.*, 116 U.S. 616 (1886).

<sup>99</sup> Por lo que debe atenderse muy cuidadosamente la expresión en *Pueblo v. Soto Soto*, *supra* n. 8., en la pág. 60, donde señala: “La doctrina que postulaba que los intereses propietarios eran determinantes a la hora de evaluar una actuación del Estado a la luz de esta prohibición constitucional está ya desacreditada”.

<sup>100</sup> En consonancia sobre este particular, véase *Pueblo v. Malavé González*, *supra* n. 8, en las págs. 474-477, donde se expresa que en los casos en que la acción del Estado constituya un registro es necesaria la intervención judicial como figura neutral. Además se abarca detalladamente el criterio rector en Puerto Rico en relación a la aplicación del ámbito mínimo federal respecto a las salvaguardas de la protección contra registros y allanamientos.

<sup>101</sup> Señalado en *United States v. Karo*, *supra* n. 31, en relación a la posibilidad que el dispositivo penetre áreas protegidas constitucionalmente.

Queda validado el principio de que la protección la intimidad no puede ser limitada por el uso de los avances tecnológicos.<sup>102</sup> Corresponde al Congreso legislar a los efectos de establecer el requisito de la obtención de una orden para instalación y uso del G.P.S., y de esta forma prevenir que esta práctica constituya un registro irrazonable, a fin de mantener un balance entre los derechos individuales y el deber investigativo del Estado.<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> Además, véase: *U.S. v. Cuevas Pérez*, 640 F 3d. 272 (2011) en que el foro apelativo señaló que el uso del G.P.S. es comparable a los métodos aceptados como vigilancia visual.

<sup>103</sup> 112th Congress, 1st Session United States Library of Congress S 1211, June 15, 2011.





## El desarrollo de los proyectos amortiguadores de injusticias: *Innocence Project*

Alexandra Camacho Meléndez<sup>1</sup>

### I. Introducción

El Sistema de Justicia ha recibido el impacto de los cambios tecnológicos y científicos actuales. Uno de estos cambios ha sido la posibilidad de realizar la identificación de los individuos mediante pruebas de ADN.<sup>2</sup> De esta forma la identificación científica se ha convertido en herramienta indispensable en el proceso criminal, e incluso, en los procedimientos posteriores a una convicción.<sup>3</sup> Otro de los resultados de la incorporación de esta tecnología ha sido que personas convictas erróneamente sean exculpadas luego de la debida corroboración científica de su identidad. Este método de identificación también ha abonado a que proyectos amortiguadores de injusticias cuenten con formas adicionales para combatir convicciones erróneas. Precisamente, el método de identificación por medio de ADN es el principal mecanismo utilizado por el *Innocence Project*.

En este escrito, expondremos los factores y las circunstancias que se señalan como causantes de una convicción errónea. Además, reseñaremos el desarrollo de los proyectos que buscan exculpar a inocentes y la revocación de sus sentencias,

---

<sup>1</sup> Estudiante de cuarto año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

<sup>2</sup> La información genética de todos los organismos vivos está contenida en una sustancia química del alto peso molecular denominada ácido desoxirribonucleico (ADN). Chieri, Primarosa y Zannoni, Eduardo A. *Prueba de ADN*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 1999, pág. 4.

<sup>3</sup> En Latinoamérica, como consecuencia de la caída de las dictaduras de las décadas de los 70 y 80, se crearon las Comisiones de la Verdad en cuyas investigaciones también se utilizó el ADN como método de identificación, aunque para otro propósito reivindicador de injusticias. A manera de ejemplo, véanse, en Argentina, el informe *Nunca Más* en <http://www.desaparecidos.org/arg/conadep/nuncamas/nuncamas.html> y, en Chile, el *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* o *Informe RETIIG* en [http://www.ddhh.gov.cl/ddhh\\_rettig.html](http://www.ddhh.gov.cl/ddhh_rettig.html) (Accedidos el 17 de mayo de 2014).

tanto en Estados Unidos como en Puerto Rico, a través de la incorporación de pruebas de ADN y de otros mecanismos presentes en el sistema de justicia. También analizaremos las aportaciones realizadas por los diversos proyectos amortiguadores de injusticias y las que se pueden ir creando para impactar, y seguir transformando el proceso penal en uno menos vulnerable.

## II. Historia y desarrollo del *Innocence Project*

*Innocence Project* fue creado en los Estados Unidos en 1992 por Barry C. Sheck y Peter J. Neufeld, en la Facultad de Derecho Benjamin N. Cardozo de la Universidad de Yeshiva.<sup>4</sup> El propósito de esta iniciativa era atacar sentencias de convictos utilizando las pruebas de ADN como herramienta científica. Desde entonces se han creado proyectos dirigidos a la búsqueda de la verdad en los procesos penales en todos los estados de los Estados Unidos.<sup>5</sup>

El *Innocence Project* se dedica a representar a personas inocentes que sufren una convicción, y que por medio del análisis de ADN, logran atacar la sentencia en su contra. Los requisitos para poder participar del Proyecto son: encontrarse en una etapa posterior a la convicción final y firme, o sea, ser un convicto; no puede ser un acusado, arrestado o sospechoso, y tener evidencia física que pueda probar su inocencia. Además, el crimen debe haber ocurrido en Estados Unidos, excepto en los estados de California, Ohio, Washington o Wisconsin, que poseen proyectos independientes.<sup>6</sup> Por otro lado, el *Innocence Project* no acoge la representación si se reclamó que no ocurrió el delito porque la víctima consintió o recibió algún pago a cambio de la actividad como sexo consensual, si la convicción incluyó una transacción de drogas o prostitución, admitió legítima defensa, lo cometió más de una vez o por un periodo de tiempo. Tampoco si fueron crímenes en contra de la víctima como abuso sexual por parte de un familiar, si hubo posesión o distribución de sustancias controladas, fue acusado conforme las leyes RICO<sup>7</sup> o HOBBS<sup>8</sup>, convicto por manejar bajo la influencia de drogas o alcohol, fraude, robo de identidad, falsificación, acecho, hostigamiento, o si el convicto quiere atacar el cargo o la sentencia, pero no reclama su inocencia.<sup>9</sup> En cuanto a su subvención

---

<sup>4</sup> Innocence Project, *What is the Innocence Project? How did it get started?* [http://www.innocenceproject.org/Content/What\\_is\\_the\\_Innocence\\_Project\\_How\\_did\\_it\\_get\\_started.php](http://www.innocenceproject.org/Content/What_is_the_Innocence_Project_How_did_it_get_started.php) (Accedido el 17 de mayo de 2014).

<sup>5</sup> Innocence Project, *Cause View*, <http://www.innocenceproject.org/news/CauseView.php> (Accedido el 17 de mayo de 2014).

<sup>6</sup> Innocence Project, *supra* n.4.

<sup>7</sup> 18 USCA § 1961.

<sup>8</sup> *Id.* § 1951.

<sup>9</sup> Innocence Project, *supra* n. 4.

económica, el proyecto obtiene fondos de diversos individuos y fundaciones, de la Escuela de Derecho Benjamin N. Cardozo y de otras corporaciones, además de realizar anualmente una cena pro fondos.<sup>10</sup> El *Innocence Project* ha colaborado en 171 de las 311 ocasiones en que se ha exculpado a personas mediando la prueba de ADN en los Estados Unidos.<sup>11</sup>

Los proyectos de inocencia reciben una gran cantidad de solicitudes, en las que los convictos llenan un cuestionario que es evaluado tomando en cuenta consideraciones internas de selección. Dicho proceso de selección conlleva mucho tiempo y esfuerzo de la organización.<sup>12</sup> El mismo resulta además muy sensitivo y requiere mucho cuidado, para poder garantizar la representación legal a personas inocentes, en un sistema altamente punitivo y con penas sumamente altas, incluyendo la pena de muerte. Demostrativo de ello es que los participantes del proyecto inocencia han cumplido en promedio 13 años de cárcel, e incluso algunos habían sido sentenciados a la pena de muerte.<sup>13</sup> Esto como consecuencia de que los crímenes por los que habían sido convictos erróneamente eran delitos clasificados como graves, tales como asesinato y agresiones sexuales. Es importante recordar que este tipo de delitos conlleva las penas más altas, por lo patentemente inmoral del acto y la voluntad legislativa de castigarlos conforme a la peligrosidad. Por lo tanto, son personas que en ocasiones se exponen a penas irracionalmente altas, e incluso, como mencionamos anteriormente, a la pena de muerte.

Otro de los propósitos de *Innocence Project*, es la educación ciudadana sobre los procesos penales. Por medio de la iniciativa de *Innocence Project* se da a conocer cómo se deben llevar a cabo los procesos penales y realizan recomendaciones para evitar las convicciones erróneas. Esto es un esfuerzo importante para que las personas puedan estar alertas y reconocer cuándo un proceso penal está siendo viciado. Además, por diferentes medios de comunicación dan a conocer su trabajo y discuten los factores más comunes que llevan a errores en el proceso penal.

*Innocence Project* lleva a cabo conversatorios, vídeos informativos y blogs sobre las causas de las convicciones erróneas y de orientación a acusados, sus familiares y a las víctimas de delitos. El proyecto considera determinante el acceso a la información para crear conciencia de que existen personas encarceladas siendo inocentes y para que las personas impactadas por el sistema penal no se encuentren desinformados sobre la naturaleza de los procesos y de los derechos que los cobijan.

---

<sup>10</sup> *Id.*

<sup>11</sup> *Id.*

<sup>12</sup> Krieger, Steven A. *Why our justice system convicts innocent people, and the challenges faced by innocence projects trying to exonerate them*, 14 *New Crim. L. Rev.* 333 (2011), pág. 367.

<sup>13</sup> *Id.*

### III. Historia y desarrollo del Proyecto Inocencia en Puerto Rico

El Programa Inocencia llegó a Puerto Rico gracias a una iniciativa del licenciado y profesor Julio E. Fontanet Maldonado, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, en cooperación con la Sociedad para la Asistencia Legal, Inc. Este proyecto es parte de los esfuerzos de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana por combatir las debilidades del Sistema de Justicia de Puerto Rico. El profesor Fontanet se reunió con personas que sufrieron cárcel debido a convicciones erróneas y pudo palpar la injusticia de la pérdida de la libertad directamente.<sup>14</sup> En Puerto Rico esta iniciativa es novedosa ya que utiliza el mecanismo del proyecto de atacar convicciones en una etapa posterior a la sentencia, aunque no directamente con la utilización de pruebas de ADN. Asimismo, la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico se certificó como miembro de *Innocence Project*.

La necesidad de que exista una transformación en el Sistema de Justicia en Puerto Rico, coincide con el hecho de que un proyecto inocencia se establezca en una facultad de Derecho de nuestro país. La insatisfacción con el sistema de justicia, especialmente con el proceso penal, es una generalizada, y se encuentra incluso en las expresiones o acercamiento de diversos actores del sistema. Por ejemplo, el Departamento de Justicia Federal realizó un estudio en el que analizaron todas las facetas del sistema, cargos o acusaciones, sentencias, encarcelación y reingreso. Este estudio concluyó que se requieren cambios en las formas de administrar la justicia en el país.<sup>15</sup> La toma de conciencia de las debilidades del sistema crea el espacio para que los estudiosos y los participantes del sistema, tales como los académicos, las clínicas de las facultades de Derecho y las víctimas, apoyen esfuerzos como los proyectos de inocencia para que se logren cambios en el sistema de justicia. Además, son espacios que pueden propiciar transformaciones trascendentales a la forma de hacer justicia en Puerto Rico.

### IV. Consecuencias del Sistema de Justicia dirigido a penalizar en vez de a rehabilitar y reincorporar

La existencia del Proyecto Inocencia tiene su génesis en las fallas en el proceso de justicia, que llevan a la convicción errónea y van en contra del principio garantista de nuestra Constitución.<sup>16</sup> El objetivo principal del Sistema

---

<sup>14</sup> Fontanet, Julio, *Cenar con Asesinos y Violadores*, El Nuevo Día, 2 de mayo de 2013.

<sup>15</sup> *Smart on Crime, Reforming the Criminal Justice System for 21<sup>st</sup> Century*, agosto 2013.

de Justicia, de la legislación y de los procedimientos penales, es que haya una consecuencia tras la comisión de un delito, dejando en un segundo plano el descubrimiento de la verdad y la protección a la víctima. A pesar de que en los casos criminales el estándar de prueba es de más allá de duda razonable, en la práctica el estándar no protege a muchas personas convictas erróneamente. Los casos reseñados por los proyectos inocencia son producto de esta realidad que concluye en convicciones criminales, que no responden a la comisión de un delito, por lo que no solo condenan a un inocente, sino que desprotegen a la víctima. Un sistema altamente punitivo que se dirige a castigar y deja de lado la rehabilitación, provoca que situaciones como las atacadas por los proyectos de inocencia, sean más inhumanas y antijurídicas.<sup>17</sup>

Entre las debilidades del proceso judicial que pueden producir una convicción errónea se han identificado las siguientes: identificación errónea de sospechosos, falsas admisiones (confesiones), ausencia de corroboración de admisiones, testimonios falsos, testimonios estereotipados, uso de informantes vinculados a actividades criminales, utilización negligente de mecanismo forenses, conducta impropia por parte de funcionarios estatales, entrapamientos, e inadecuada representación legal.<sup>18</sup>

El proceso judicial adversativo establece mediante las reglas de procedimiento criminal, la normativa para la presentación y admisibilidad de la prueba, lo que incluye la identificación del sospechoso, y la presentación de evidencia científica. En las determinaciones relacionadas a la admisibilidad de la prueba residen muchos de los errores que pueden conllevar a una convicción errónea. Resulta interesante cuestionarnos cómo y por qué en un sistema penal que garantiza constitucionalmente los derechos de los acusados y que impone un estándar de la prueba tan alto, como el de más allá de duda razonable, produce resultados tan erróneos como es la convicción de un inocente.

Nos parece que una convicción errónea es indicativa de que el sistema de justicia no indaga lo suficiente en los hechos del caso, sino que se limita a seguir un procedimiento formal. Además carece de la capacidad de identificar y auto evaluar rápidamente una falla. El objetivo de garantizar tales derechos queda

---

<sup>16</sup> Constitución de Puerto Rico, Art. II §§ 7, 8, 11.

<sup>17</sup> En el artículo *El caso Morales Feliciano y el ataque deliberado de causar sufrimiento de Carlos Ramos González*, 31 Rev. Jurídica U. Inter 247 (2003), se expone la batalla jurídica para reconocer derechos a los confinados que sufrían de condiciones deplorables como ejemplo de las consecuencias del sistema carcelario punitivo. El caso Morales Feliciano muestra las terribles condiciones de las cárceles en Puerto Rico y lo inhumano que puede ser este tipo de sistema.

<sup>18</sup> Findley, Keith A., *The pedagogic of innocence: reflection of the role of innocence projects in legal clinical education*, 13 Clinical Law Review 231 (2006), pág. 262.

derrotado, en la medida que se pueda llegar a la antítesis de la Justicia al someter a la cárcel a una persona, que no ha cometido el delito. Esto es inexcusable ni subsanable, sobre todo cuando se ha demostrado que los errores son tan comunes que se pueden evitar con una diligencia razonable.<sup>19</sup>

## V. Algunos casos atendidos por *Innocence Project* en los Estados Unidos

Como hemos discutido, el ataque de sentencias por medio de ADN es el mecanismo que el *Innocence Project* utiliza para trabajar sus casos. Estos casos se encuentran publicados en la página de internet de la organización.<sup>20</sup> En los casos se observan los diversos factores que llevan a una convicción errónea tales como la identificación del sospechoso, las confesiones falsas, el mal manejo de material genético, representación legal impropia, entre otros. A continuación reseñamos tres de los casos más significativos.

Earl Washington, Jr. fue acusado en 1984 y sentenciado a la pena de muerte por el asesinato y violación de una mujer frente a sus dos hijos. Earl fue convicto por una falsa confesión a pesar de estar plagada de inconsistencias. Fue excarcelado en 2001 luego de cumplir 17 años en prisión.<sup>21</sup> En 1982, Marvin Anderson fue acusado por violación, sodomía y robo, y sentenciado a 210 años por una identificación errónea, conducta impropia del gobierno e inadecuada representación legal. Fue excarcelado en el 2002 luego de 15 años de prisión.<sup>22</sup> Kirk Odom fue convicto por violación, sodomía y robo en 1981. Luego de 21 años y medio por mal manejo de la evidencia forense e identificación errónea, fue excarcelado en el 2012.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> Borchard, Edwin, *Convicting the innocent: errors of criminal justice*, Archon Books (1961), pág. XVI.

<sup>20</sup> Innocence Project, *DNA Exoneree Case Profiles*, <http://www.innocenceproject.org/know/> (Accedido el 17 de mayo de 2014).

<sup>21</sup> Freedman, Eric, *Earl Washington Ordeal*, 29 Hofstra Law Rev. 1089 (2001), [http://www.innocenceproject.org/Content/Earl\\_Washington.php](http://www.innocenceproject.org/Content/Earl_Washington.php) (Accedido el 17 de mayo de 2014).

<sup>22</sup> Innocence Project, *Marvin Anderson*, [http://www.innocenceproject.org/Content/Marvin\\_Anderson.php](http://www.innocenceproject.org/Content/Marvin_Anderson.php) (Accedido el 17 de mayo de 2014).

<sup>23</sup> Innocence Project, *Kirk Odom*, [http://www.innocenceproject.org/Content/Kirk\\_Odom.php](http://www.innocenceproject.org/Content/Kirk_Odom.php) (Accedido el 17 de mayo de 2014).

## VI. Conclusión

Proyectos Inocencia han intervenido con éxito en la revocación de convicciones erróneas impugnando la evidencia presentada, así como utilizando evidencia científica mediante pruebas de ADN. Esto demuestra que nuestro sistema de justicia requiere una sincera y profunda evaluación que permita indagar en las razones por las que el mismo ha fallado y no pudo detectar a tiempo los errores en determinados procesos judiciales, en los que la balanza se inclinó en contra de los acusados. Con esto no estamos pidiendo que se desvirtúen los procesos, más bien que se depuren y se conduzcan de manera que los errores ya mencionados no se repitan.

La intención de hacer una mirada crítica al Sistema no tiene su base en las emociones resultantes de conocer sobre una convicción errónea, sino en la necesidad de una mirada consciente a los procesos criminales para poder llegar a una transformación concienzuda del Sistema de administración de la Justicia.

La creación de juntas revisoras de sentencias que velen por el cumplimiento de los procesos de manera vinculante no es una idea irrazonable. La voluntad política, el esfuerzo y la creatividad de las iniciativas para transformar el Sistema han obtenido grandes resultados. A manera de ejemplo, en el estado de Virginia se aprobó el *Innocence Protection Act*<sup>24</sup> en el que se creó el mecanismo y la asignación de fondos para hacer exámenes de ADN posterior a la convicción.<sup>25</sup>

Por otro lado, aunque la responsabilidad de los procedimientos es del Estado, en la medida que impacta y afecta a todos los ciudadanos, la información sobre los procesos criminales debe ser más accesible, más allá del imperante constitucional de la publicación. Debemos recordar que el impacto de una convicción errónea, y su consecuente encarcelación, es incalculable y que una vez se realiza la revocación por prueba que demuestra inocencia, el estado tiene la obligación moral de indemnizar a la persona convicta erróneamente.

El Proyecto Inocencia llegó a Puerto Rico. Este suceso es importante porque demuestra la voluntad y reconocimiento de que es urgente una transformación en el Sistema de Justicia. El establecimiento de los proyectos de inocencia es un ejemplo de la necesidad de impactar nuestro sistema y que abre la brecha para establecer una verdadera transformación. En una sociedad con un Sistema de Justicia tan omnipresente, el establecer proyectos amortiguadores de injusticias es un comienzo importante dentro de la evaluación del Sistema de administración de Justicia.

---

<sup>24</sup> VA Code Ann. §§ 19.2- 327.3.

<sup>25</sup> Gould, Jon B., *The Innocence Commission: preventing wrongful convictions and restoring the criminal justice system*, New York University Press (2008), pág. 228. Existen estados en donde se han aprobado leyes similares, tales como Illinois y Nueva York.





# Una mirada crítica a la compra, venta, posesión y portación de armas de bala blanca en Puerto Rico

Josean M. Rivera Ortiz<sup>1</sup>

## I. Introducción

El control de la incidencia criminal es un asunto de alto interés público en Puerto Rico. Por esta razón, los expertos en el tema analizan constantemente las estadísticas de delitos reportados a las agencias del orden público. La Policía de Puerto Rico divulga periódicamente datos estadísticos de los delitos Tipo I, que incluyen: asesinato y homicidio, robo, violación, agresión agravada, escalamiento, apropiación ilegal y hurto de autos.<sup>2</sup> La tasa anual de estos incidentes se mantiene aproximadamente en sesenta mil delitos anuales. En cuanto a los delitos Tipo I, en Puerto Rico se reportaron 62,338 en el año 2010, 62,279 en 2011 y 61,720 en 2012.<sup>3</sup> Estas cifras no incluyen todos los delitos reportados e investigados por las autoridades del orden público en la Isla, debido a que la lista es taxativa, limitándose solo a los delitos enumerados. Sobre las cifras de delitos en Puerto Rico, la profesora Dora Nevares Muñiz dice en su libro *El Crimen en Puerto Rico* que “[l]os delitos Tipo I no constituyen una medida de la criminalidad real, sino de la criminalidad informada y registrada para los siete delitos que constituyen el índice de criminalidad”.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> El autor es estudiante de segundo año de la Facultad de Derecho en la Universidad Interamericana de Puerto Rico y agente investigador adscrito al Cuerpo de Investigación Criminal en la Policía de Puerto Rico.

<sup>2</sup> Nevares Muñiz, D., *El Crimen en Puerto Rico*, 2da ed., San Juan, Ed. Instituto para el Desarrollo del Derecho, Inc., 2001, pág. 3.

<sup>3</sup> Policía de Puerto Rico, *Relación de Delitos Tipo I Reportados en Puerto Rico*, Instituto de Estadísticas de Puerto Rico del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Diciembre 2011, Diciembre 2012. Publicado el 17 de enero de 2012 y 8 de enero de 2013, [http://www.estadisticas.gobierno.pr/iepr/Estadisticas/InventariodeEstadisticas/tabid/186/ctl/view\\_detail/mid/775/report\\_id/00975852-e14a-4339-a6c8-ab23fd36d2a1/Default.aspx](http://www.estadisticas.gobierno.pr/iepr/Estadisticas/InventariodeEstadisticas/tabid/186/ctl/view_detail/mid/775/report_id/00975852-e14a-4339-a6c8-ab23fd36d2a1/Default.aspx) (Accedido el 1 de mayo de 2014).

<sup>4</sup> Nevares Muñiz, *supra* n. 2, pág. 4.

## II. ¿Por qué el índice de criminalidad se limita a los siete delitos enlistados como Tipo I?

La Policía de Puerto Rico es el organismo creado por el Estado Libre Asociado para mantener y conservar el orden público.<sup>5</sup> Además, esta agencia administra los informes estadísticos de incidencia criminal reportados, tanto a la policía estatal, como a la policía municipal. De acuerdo con las órdenes administrativas reguladoras de los informes de incidentes de la Policía de Puerto Rico: “[l]as estadísticas policiacas sobre la criminalidad en Puerto Rico siguen, en su metodología, las normas... establecidas a nivel nacional por el Negociado Federal de Investigación (FBI)”.<sup>6</sup> Esto quiere decir que la Policía de Puerto Rico debe utilizar los sistemas de recopilación de delitos desarrollados por el FBI.

Anteriormente, la clasificación de delitos Tipo I se hacía bajo el antiguo sistema denominado Información Uniforme de Datos del Crimen, conocido por sus siglas en inglés UCR, creado por el FBI en la década de 1930 e implementado en la Policía de Puerto Rico mediante la ya derogada, Orden General 77-3 de 15 de junio de 1977.<sup>7</sup> El propósito del FBI al crear y actualizar los sistemas recopilación de incidencia, fue propiciar uniformidad en el análisis de datos estadísticos por los cuerpos policiacos en los estados y territorios bajo la jurisdicción federal.

En cumplimiento con las nuevas guías establecidas por el FBI, la Policía de Puerto Rico adoptó en el año 2000, el nuevo sistema de recopilación de datos del crimen estadounidense titulado Sistema Nacional de Información Basado en Incidentes, conocido por sus siglas en inglés NIBRS.<sup>8</sup> El manual del NIBRS para agentes de orden público en Puerto Rico expresamente señala que, con el sistema NIBRS, la Policía sustituyó el obsoleto sistema UCR por “limitarse a recopilar información de básicamente siete delitos conocidos como Tipo I”.<sup>9</sup> Además, dispone que la clasificación de delitos Tipo I “actualmente no provee los datos detallados, precisos y significativos, indispensables para desarrollar estrategias más efectivas contra el crimen, a tono con la realidad social contemporánea”.<sup>10</sup> El sistema NIBRS clasifica los delitos en dos grupos: los delitos del Grupo A y

---

<sup>5</sup> Ley Núm. 53 de 10 de junio de 1996, según enmendada, 25 L.P.R.A. § 3102.

<sup>6</sup> Policía de Puerto Rico, *Normas y Procedimientos para la Recopilación de Datos Sobre el Esclarecimiento de Delitos*, Orden General 87-10 de 1 de agosto de 1987, pág. 1.

<sup>7</sup> Policía de Puerto Rico, *Normas y procedimientos para la recopilación de datos sobre delitos Tipo I*, Orden General 77-3 de 15 de junio de 1977.

<sup>8</sup> Policía de Puerto Rico, *Controles sobre el uso, distribución, archivo y disposición del Informe de Incidente (NIBRS) en la Policía de Puerto Rico*, Orden General 2000-3 de 5 de octubre de 2000, pág. 2.

<sup>9</sup> Policía de Puerto Rico, *Manual Información Uniforme de Datos del Crimen*, Ed. NIBRS para agentes del orden público 2010, portada interior.

<sup>10</sup> *Id.*

los del Grupo B. El primer grupo contiene veintidós delitos cuyas definiciones se basan en las de derecho consuetudinario que se encuentran en el diccionario jurídico Black's Law Dictionary.<sup>11</sup> El Grupo A incluye incidentes de crímenes contra las personas, los bienes y la sociedad, independientemente de que hayan o no detenciones.<sup>12</sup> El segundo grupo contiene once categorías para delitos y se distingue del primero, porque solo se informan datos de las detenciones. El Grupo B incluye detenciones por: vagabundeo, conducta contra la moral pública, embriaguez, infracciones a leyes de licor, a leyes de tránsito y allanamientos de inmuebles.

Si bien es cierto, que tanto los policías estatales como los municipales utilizan el sistema NIBRS para hacer los informes de incidentes investigados, las estadísticas publicadas por el gobierno aun se limitan a los siete delitos dispuestos por el obsoleto sistema UCR.<sup>13</sup> Por lo tanto, no es fácil el acceso a estadísticas de incidencia criminal no contenidas en los delitos Tipo I, lo que obstaculiza el análisis y el desarrollo de estrategias anticrimen.

Por otra parte, aunque la lista de delitos en NIBRS es más amplia, las infracciones con armas de bala blanca en las que concentraremos nuestro análisis crítico, no tienen publicidad estadística. Esto se debe a que el nuevo sistema incluye las “infracciones a las leyes de armas” en la sección de delitos contra la sociedad del Grupo A. El manual NIBRS dice que en esta clasificación “[s]e deben incluir infracciones tales como la fabricación, venta o posesión de armas mortíferas; llevar armas mortíferas, ocultas o abiertamente; utilizar, fabricar, etc., silenciadores; y suministrar armas mortíferas a menores de edad.”<sup>14</sup> Como veremos más adelante, la norma general es que las armas de bala blanca no se consideran mortíferas, por lo que no pueden incluirse en esa clasificación, pero contribuyen sustancialmente al aumento y mantenimiento de la incidencia tanto de los delitos Tipo I reportados al público, así como los del Grupo A no publicados por el gobierno.

### III. Las armas de bala blanca en Puerto Rico

En Puerto Rico existe actualmente lo que se puede considerar como un libre comercio de pistolas y revólveres de bala blanca. La aparente desregulación del comercio de las armas de bala blanca y su fácil adquisición, ha posibilitado la

---

<sup>11</sup> *Id.* pág. 4.

<sup>12</sup> *Id.*, pág. 22.

<sup>13</sup> Policía de Puerto Rico, *Estadísticas*, Portal Oficial del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Accesado el 15 de marzo de 2014, <http://www2.pr.gov/agencias/policiapr/Estadisticas/Pages/default.aspx> (Accedido el 1 de mayo de 2014).

<sup>14</sup> Policía de Puerto Rico, *supra*, n.9, pág. 17.

posesión y portación de estas por muchas personas, incluyendo menores de edad y personas convictas por delito. Esta situación no ha sido atendida efectivamente por el gobierno, teniendo como consecuencia un alza en la criminalidad. Para mayor comprensión del asunto es necesario entender la diferencia entre las armas de fuego, las armas neumáticas y las armas de bala blanca.

Como regla general, la ley penal especial que contiene las regulaciones y tipifica delitos en el ámbito de las armas, es la Ley 404 de 2000, conocida como Ley de Armas de Puerto Rico, en adelante Ley de Armas.<sup>15</sup> Esta ley define el concepto arma de fuego y arma neumática, pero no las de bala blanca. Según la ley especial un arma es “toda arma de fuego, arma blanca o **cualquier otro tipo de arma**, independientemente de su denominación.”<sup>16</sup> Por lo que supone la existencia de otro tipo de armas en adición a las armas de fuego y las armas blancas. Dentro de la denominación “cualquier otro tipo de arma” es que están las armas de bala blanca, aunque no son reguladas por la ley como ocurre en el caso de las armas de fuego y las armas blancas.

La Ley de Armas regula la manufactura, modificación, importación, distribución, transferencia, compra, venta, custodia, posesión, portación, ocupación y uso de las armas de fuego, así como de sus municiones. Sin embargo, no atiende directamente lo relacionado a las armas de bala blanca.

Un arma de fuego es definida por la Ley como aquella diseñada o que **puede ser “fácilmente convertidas** para ser o que sea capaz de lanzar una munición o municiones por la acción de una explosión... no incluye... artefactos de trabajo como las pistolas de clavos... mientras se utilicen con fines de trabajo, arte u oficio”<sup>17</sup> (Énfasis nuestro). El funcionamiento de un arma neumática es menos parecido a un arma de fuego, debido a que no es capaz de detonar una munición, sino que, mediante la liberación de gas o mezcla de gases comprimidos, la neumática es capaz de impulsar uno o más proyectiles.<sup>18</sup> En general, la Ley de Armas no regula el comercio de armas neumáticas, debido a que es campo ocupado por la jurisdicción federal, aunque sí prohíbe la venta de ese tipo de armas a menores de dieciocho años de edad.<sup>19</sup> La disposición federal sobre el asunto de armas neumáticas exige que sean manufacturadas con un tapón color anaranjado de seis milímetros adherido permanentemente desde en el área del cañón y la mira.<sup>20</sup> Además, impide que los estados y territorios prohíban la venta a mayores de edad.

---

<sup>15</sup> Ley Núm. 404 de 11 de septiembre de 2000, según enmendada.

<sup>16</sup> *Id.*, (c)

<sup>17</sup> *Id.*, (e)

<sup>18</sup> *Id.*, (g)

<sup>19</sup> *Id.*, § 460 (a)

<sup>20</sup> *Penalties for entering into commerce of imitation firearms*, 15 U.S.C.A. § 5001.

Sin embargo, el estatuto federal no impide que se regule el asunto de las armas de bala blanca dentro de la Ley de Armas u otra ley penal.

Las armas neumáticas son muy distintas a las armas de bala blanca, aunque hay quienes erróneamente utilizan el concepto para referirse a las armas de bala blanca. Las armas de bala blanca al igual que las armas de fuego, son capaces de producir una explosión, como resultado de la activación de un detonador sensitivo a la percusión, lo que provoca una combustión de pólvora dentro de una munición. Lo que distingue un arma de bala blanca de un arma de fuego, es que se supone que la primera tenga el cañón sellado y solo utilice municiones sin proyectil, conocidas como balas blancas o de salva. Tanto es el parecido de las armas de bala blanca con las armas de fuego, que a simple vista es difícil identificar si es o no un arma capaz de causar grave daño corporal mediante la detonación de una munición que hace expulsar un proyectil.<sup>21</sup>

En el año 1965 se creó la Ley de revólveres, pistolas o instrumentos de bala blanca, en adelante Ley de Armas de Bala Blanca, que dispone en su Artículo 1:

Será culpable de delito menos grave y podrá ser castigada, según se dispone en la [25 L.P.R.A. sec. 546], toda persona que **porte, conduzca, transporte, posea o venda** cualquier arma, instrumento o artefacto, cuya configuración general conforme con las propias de un revólver o pistola y que esté capacitado a la vez para detonar cartuchos sin balas, balas blancas o cualquier otra unidad desprovista de un proyectil que pudiese hacer explosión como resultado de una combustión, incluyendo entre dichas armas, instrumentos o artefactos: revólveres, pistolas, instrumentos y artefactos de los conocidos con los nombres de “starter’s pistols”, “blank cartridge pistols”, “blank cartridge revolvers”, “blank starter’s pistols”, “blank pistols”, “blank revolvers”, “blank starter’s revolvers” o cualesquiera otros cuya figuración general conforme con las propias de un revólver o pistola y dentro de las cuales se usen balas blancas o cápsulas o cartuchos sin balas o en blanco. Entendiéndose por cápsula o cartucho sin balas o en blanco, cualquier unidad hueca, de forma cilíndrica o cúbica, desprovista de un proyectil, que contenga en su interior cualquier agente o compuesto químico capaz de hacer explosión como resultado de una combustión y que esté provista dicha unidad de un detonador sensitivo a la percusión.<sup>22</sup>

La disposición anterior claramente penaliza poseer, portar, transportar y vender armas de bala blanca. El estatuto delimita en específico las armas cortas, al

<sup>21</sup> 25 L.P.R.A. § 455, inciso (e).

<sup>22</sup> Ley Núm. 88 de 25 de junio de 1965, 25 L.P.R.A. § 541-547.

referirse a los revólveres, las pistolas y cualquier otra arma con la configuración de estas. También es importante distinguir las armas cortas, debido a que la ley dispone una despenalización al uso de los revólveres de bala blanca en algunas instancias. El revólver es un arma corta que contiene un cilindro giratorio con varias cámaras que, con la acción de apretar el gatillo o montar el martillo del arma, se alinea con el cañón, poniendo la bala en posición de ser disparada. En el caso de las armas de bala blanca, pone la munición en posición de ser detonada.<sup>23</sup> La pistola es un arma corta, pero no tiene tal cilindro giratorio, que es conocido también como masa o manzana, sino que se carga manualmente o por un abastecedor, y es capaz de ser disparada en forma semiautomática o un disparo a la vez, dependiendo su clase y, al igual que el revólver, no está diseñada para ser disparada del hombro.<sup>24</sup>

La excepción que despenaliza en limitadas instancias el uso de los revólveres de bala blanca, se encuentra dispuesta en el segundo artículo de la ley: “Quedan exceptuados de lo dispuesto en la [25 LPRA sec. 541], aquellos **revólveres fabricados especialmente para eventos deportivos y teatrales y que se usen para estos fines, siempre que su cañón sea un cilindro sólido sin orificio de clase alguna, con una terminación de forma cónica en su extremo posterior**”<sup>25</sup> (Énfasis nuestro).

De manera que son permitidos los revólveres de bala blanca con el cañón sellado solo para dos fines: (1) eventos deportivos y (2) eventos teatrales. Aunque la Ley de Armas de Bala Blanca en su primer artículo da un aviso adecuado sobre la conducta prohibida, el segundo artículo de su faz, no aclara en cual evento deportivo, ni cual evento teatral es permitido el uso de un revolver de bala blanca, por lo que requiere interpretación.

En relación a la interpretación de las leyes penales la profesora Dora Nevares Muñiz dice que “[e]l hecho de que haya que interpretar la ley no quiere decir que la misma es vaga. La revisión podría no limitarse al texto de la ley, sino también considerar el contexto de sus términos y la interpretación de la intención legislativa”.<sup>26</sup> En el caso *Pacheco v. Vargas, Alcaide*, el Tribunal Supremo adopta normas sobre el proceso de interpretación de las leyes y explica que “al lenguaje de una ley debe dársele la interpretación que valida el propósito que tuvo el legislador al aprobarla”.<sup>27</sup> Además se manifiesta que existe “el

---

<sup>23</sup> 25 L.P.R.A. § 455, inciso (t).

<sup>24</sup> *Id.*, inciso (q).

<sup>25</sup> 25 L.P.R.A. § 542.

<sup>26</sup> Nevares Muñiz, D., *Derecho Penal Puertorriqueño, Parte General*, 6ta ed., San Juan, Ed. Instituto para el Desarrollo del Derecho, Inc., 2010, pág. 108.

<sup>27</sup> *Pacheco v. Vargas, Alcaide*, 120 D.P.R. 404, 409 (1988).

deber de hacer que el derecho sirva propósitos útiles y evitar una interpretación tan literal que lleve a resultados absurdos”.<sup>28</sup> Por consiguiente la excepción de pena dispuesta para el uso de armas de bala blanca en eventos deportivos y teatrales requiere una interpretación que valide el propósito de la Ley de Armas de Bala Blanca.

#### IV. Uso de armas de bala blanca en eventos deportivos

De acuerdo a la descripción y funcionamiento de un revolver de bala blanca, resulta evidente que los eventos deportivos a los que se refiere la ley no tienen que ver con el deporte de tiro al blanco, pues sería absurdo, ya que estas armas no expulsan municiones. Menos aun para deportes de armas neumáticas que disparan bolas de pintura conocidas como armas de “gotcha”. No obstante, la Asociación Internacional de Atletismo, conocida por sus siglas en inglés IAAF, reconoce oficialmente el uso de armas de bala blanca para los deportes de pista y campo.<sup>29</sup> En los reglamentos de la IAAF, se dispone que la señal que marca el comienzo de las carreras y maratones se hace con un disparo inicial.<sup>30</sup> Por lo general, se dispara apuntando al aire un arma de bala blanca, ya que sería absurdo que se utilice un arma de fuego con una munición de tipo fijo, lo que atentaría contra la seguridad de las personas, además de ser repudiado, penalizado e ir contra la política pública en Puerto Rico en cuanto a los disparos al aire.<sup>31</sup> El 2 de diciembre de 2013 se aprobaron dos proyectos de ley que enmendaron la Ley de Armas, para castigar de manera más severa a aquellos que disparen un arma al aire.<sup>32</sup> Por lo tanto, en atención a la intención legislativa, el uso permitido de un revolver de bala blanca para eventos deportivos, dispuesto en el segundo artículo de la Ley de Armas de Bala Blanca, se refiere a los eventos de atletismo donde se requiere comenzar una carrera con un disparo inicial.

---

<sup>28</sup> *Id.*

<sup>29</sup> La IAAF es una asociación que desde el año 1912, reglamenta el deporte de pista y campo a nivel mundial, y es responsable de la estandarización de métodos para medir el tiempo en las pruebas cronometradas, así como el mantenimiento y reconocimiento de récords del mundo de atletismo en sus distintas categorías.

<sup>30</sup> IAAF Starting Guidelines for IAAF World Athletics Series Competitions, <http://www.usatf.org/groups/officials/files/resources/track-events/IAAF-Starting-Guidelines-April-2010.pdf> (Accedido el 1 de mayo de 2014).

<sup>31</sup> 25 L.P.R.A. § 460 (e).

<sup>32</sup> Ley 141 de 2 de diciembre de 2013.

## V. Uso de armas de bala blanca en eventos teatrales.

En cuanto a los eventos teatrales, tampoco la Ley hace mención para cuáles el uso de estos revólveres está permitido. No obstante, el Artículo 7 de la Ley de Armas de Bala Blanca dispone que no se deroga ni se modifica la Ley de Armas, salvo por las disposiciones en conflicto.<sup>33</sup> Como resultado las disposiciones de la Ley de Armas en cuanto a armas de bala blanca, son de aplicabilidad si no están en conflicto con la Ley de Armas de Bala Blanca al momento de su aprobación en 1965. Muy convenientemente, la Ley de Armas de manera expresa deja muy claro los criterios a seguir para aplicar la despenalización del uso de armas de bala blanca en eventos teatrales. El Artículo 7.12 dispone que:

[t]oda persona natural o jurídica que realice o tenga la intención de realizar películas, documentales, novelas, obras, etc., **en que se utilicen armas... de salva**,... deberá indicar mediante comunicación escrita al Superintendente la fecha de entrada y utilización de las armas y describir las series si alguna, sitio, lugar y tiempo de utilización de las armas en la película o documental, novela, obra o actividades artísticas similares. Esta notificación se cumplirá antes de los diez días de comenzar el rodaje del mismo so pena de multa administrativa de hasta quinientos dólares por cada ocasión que no informe como aquí se dispone... (Énfasis nuestro).<sup>34</sup>

Como se puede advertir, el artículo anterior regula de manera expresa el uso de armas de salva para eventos artísticos. Aunque la Ley de Armas no regula por completo el asunto de las armas de bala blanca, en lo que respecta al uso permitido de tales armas para fines teatrales, la intención legislativa es más clara y más amplia. Mientras que la Ley de Armas de Bala Blanca despenaliza específicamente el uso de revólveres para eventos teatrales, la Ley de Armas permite usar armas en general para esos propósitos, por lo que nada impide el uso de pistolas de salva. De esta manera la Ley de Armas parcialmente deroga la Ley de Armas de Bala Blanca, al expandir el tipo de armas de salva autorizadas para eventos teatrales y no limitarse a revólveres. Por lo tanto, se puede colegir que en los eventos teatrales o artísticos en los que se permiten las armas de bala blanca, tales como grabación de películas, documentales, novelas o actividades similares, quien realice el evento tiene el deber jurídico de informar a la policía.

---

<sup>33</sup> 25 L.P.R.A. § 547.

<sup>34</sup> *Id.* § 460 (k).



## VI. Aplicabilidad de la Ley de Armas a las armas de bala blanca

De lo anterior surge que, como regla general, la venta, la posesión y la portación de armas de bala blanca es ilegal, salvo en los eventos deportivos y eventos teatrales mencionados. Si la prohibición no es absoluta, consideramos que debe regularse el comercio de armas de bala blanca para el uso permitido en Puerto Rico. Sin embargo, la Ley de Armas de Bala blanca no contiene regulaciones al proceso de venta o adquisición de este tipo de armas y sus municiones, a diferencia de la Ley de Armas que establece un sistema completo para controlar desde la manufactura hasta el comercio. Entonces, ¿pueden aplicarse a las armas de bala blanca, las regulaciones para el comercio de armas dispuesto en la Ley de Armas?

Es necesario tomar en consideración que la Ley de Armas delimita su aplicación al comercio específico de armas de fuego. Por ejemplo, la Ley de Armas establece que un armero es: “cualquier persona natural o jurídica que, por si o por medio de sus agentes o empleados, compre o introduzca para la venta, cambie, permute, ofrezca en venta o exponga a la venta, o tenga a la venta en su establecimiento comercial cualquier **arma de fuego** o municiones, o que realice cualquier trabajo mecánico o cosmético para un tercero en cualquier **arma de fuego** o municiones<sup>35</sup> (Énfasis nuestro).

La Ley de Armas contiene los requisitos y formalidades a cumplir para ser armero, así como una serie de criterios para ejercer sus funciones, los que de ser incumplidos, están sujetos a la imposición de multas hasta penas de reclusión a términos fijos de entre quince a veinticinco años, sin derecho a sentencia suspendida, programas de desvío o libertad bajo palabra.<sup>36</sup> Si la ley no hubiera delimitado en las regulaciones para los armeros, el concepto arma de fuego y se hubiera limitado a usar el concepto arma, entonces se podría aplicar supletoriamente a la Ley de Armas de Bala Blanca. Por lo tanto, la contestación a la pregunta es en la negativa, debido a que extender las regulaciones del comercio de armas de fuego al comercio de armas de bala blanca tendría el efecto de hacer aplicables las penas de La Ley de Armas al incumplimiento de la Ley de Armas de Bala Blanca. Tal y como están redactadas las leyes, la aplicación de regulaciones de la Ley de Armas al comercio de armas de bala blanca constituiría una aplicación por analogía, lo cual no está permitido en el ámbito del Derecho Penal de Puerto Rico, tal y como reza el Artículo 2 del Código Penal del 2012 al disponer que: “[n]o se instará acción penal contra persona alguna por un hecho que no esté expresamente definido como delito en este Código o mediante ley especial... No se podrán crear ni imponer por analogía delitos, penas ni medidas de seguridad”.

<sup>35</sup> *Id.* § 455 (i).

<sup>36</sup> *Id.* §§ 456 (g), 456 (h), 456 (i), 456 (j), 458.

De acuerdo a Nevares Muñiz: [I]a analogía legal consiste de la aplicación de la ley que regula el caso afín, aplicándolo al caso en cuestión mediante analogía... Bajo la prohibición de la analogía, el juez está impedido de penalizar por un hecho no tipificado como delito por su semejanza con uno tipificado como tal; o admitir un agravante o una gradación específica no enumerada, basándose en sus semejanzas con una enumerada; o imponer una pena no contemplada por la ley por su analogía con una prevista en la ley.<sup>37</sup>

## VII. Cumplimiento de las prohibiciones y usos permitidos en la Ley de Armas de Bala Blanca.

Ante la desregulación del comercio de armas de bala blanca permitidas, las agencias de orden público tienen tres posibles cursos de acción a seguir. El primer curso a seguir es penalizar todo el comercio de armas de bala blanca, haciendo inaplicable las excepciones de la ley. A tales efectos, los policías y funcionarios de orden público tendrían que visitar las tiendas de estas armas para incautarlas, confiscarlas y arrestar las personas que tengan la posesión o control de las mismas, según lo establecido en el Artículo 7 de la Ley de Armas de Bala Blanca.<sup>38</sup> El segundo curso de acción sería, presumir que todo el comercio de esas armas se hace con fines deportivos o teatrales exentos de pena. En su aplicación esto supone permitir un libre comercio de esas armas, lo que contraviene con la prohibición expresa. El tercer curso de acción sería permitir el comercio de los revólveres de bala blanca y sus municiones, según los fines provistos en la excepción, dejando a la discreción de los funcionarios de orden público si se cumple o no con instancias permitidas por ley. Esto último acarrea un problema de vaguedad en la ley, ya que la misma no provee criterios para orientar el ejercicio de la discreción al aplicarla. Si se escoge el último curso de acción, se cumplen los requisitos del segundo de los tres fundamentos para declarar nula una ley por razón de vaguedad. Esos tres fundamentos son: “(1) que la ley no dé a una persona prudente y razonable una advertencia adecuada sobre cuál es la conducta o prescrita o prohibida; (2) que la ley propicie su aplicación arbitraria y discriminatoria; y (3) que la ley intervenga con derechos constitucionales fundamentales”.<sup>39</sup> Los tres fundamentos fueron aplicados por nuestro Tribunal Supremo en el caso *Vives Vázquez v. Tribunal Superior*.<sup>40</sup> En relación al segundo fundamento el foro dispuso que: [si] ha de prevenirse la aplicación arbitraria y discriminatoria, las leyes deben proveer

---

<sup>37</sup> Nevares Muñiz, *supra* n. 26, pág. 76.

<sup>38</sup> 25 L.P.R.A. § 544.

<sup>39</sup> Nevares Muñiz, *supra* n. 26, pág. 107.

<sup>40</sup> *Vives Vázquez v. Tribunal Superior*, 101 D.P.R. 139 (1973).

normas claras para aquellos que las aplican. Una ley vaga delega, de modo no permisible, cuestiones básicas de política a policías, jueces y jurados para ser resueltas sobre bases subjetivas y *ad hoc*, con los consiguientes peligros de aplicación arbitraria y discriminatoria.<sup>41</sup>

En el caso de la Ley de Armas de Bala Blanca, si bien es cierto que es muy específica en cuanto a la conducta prohibida, también es cierto que no provee ninguna norma para intervenir con aquellos que interesen participar en el comercio de las armas, para ser utilizadas de acuerdo a las excepciones a la regla. En cuanto este asunto nuestro más alto foro no se ha expresado aún.

### VIII. El comercio de armas de bala blanca en Puerto Rico

La realidad es que las transacciones de compraventa de armas de bala blanca y sus municiones se hacen a plena vista en muchas tiendas y centros comerciales de la Isla. Estas ocurren casi siempre sin tomar en cuenta requisitos de identificación, edad o antecedentes penales de los compradores. Tampoco se exige a los comerciantes llevar un registro de transacciones de compraventa de esas armas. De esta forma, los comerciantes llevan años operando de la misma manera. El caso del Tribunal de Apelaciones *Pueblo en interés del menor X.O.V.T*<sup>42</sup> contiene las transcripciones de entrevistas y contrainterrogatorios de testigos del caso, por falta al Artículo 1 de la Ley de Armas de Bala Blanca. Del testimonio del menor transgresor, quien cometió falta por el artículo antes mencionado, surge que admitió en sala haber comprado un revolver de bala blanca en una tienda ubicada en el pasillo de un centro comercial en Ponce, sin que se le hubiera solicitado identificación u otro requisito. Además, como testigos de defensa comparecieron los dueños de la tienda “Val Keys Shop”, en donde el menor compró el arma de bala blanca. Uno de los dueños, el “Testigo 2”, declaró que “[a]llí hay pistolas de pellets, de bolines, de airsoft, de bala blanca, de gotcha”. El otro dueño de esa tienda, el “Testigo 4”, quien también fue citado como testigo de defensa, compareció representado por su abogado y el abogado defensor del menor le preguntó: “Si usted sabe ¿qué tipo de documentación exige la ley para vender o comprar una pistola, no estoy diciendo que usted lo haga, si usted sabe, si usted sabe, qué tipo de documentación requiere la ley para usted vender o un cliente comprar un arma de bala blanca?”. El abogado de ese segundo dueño de tienda solicitó el derecho no auto incriminarse por lo que la pregunta no fue contestada. Aunque en este caso el dueño de la tienda guardó silencio, nada le hubiera impedido responder que en Puerto Rico no hay guías establecidas

<sup>41</sup> *Id.* pág. 146.

<sup>42</sup> *Pueblo en interés del menor X.O.V.T*, KLAN200901628, 2010 WL 3614201.

para realizar transacciones con armas de bala blanca. Así como ocurrió con el comerciante del caso, muchos otros continúan vendiendo armas de bala blanca descontroladamente y estas siguen siendo utilizadas para cometer delitos. Esto es de fácil corroboración. Simplemente hay que visitar centros comerciales de la Isla y preguntar en tiendas de llaves y accesorios para la defensa personal, abiertos al público en general.

### **IX. ¿Por qué muchos delincuentes prefieren armas de bala blanca?**

Durante una entrevista realizada a supervisores del Cuerpo de Investigación Criminal de la Policía de Puerto Rico, Región de Caguas, surge que las intervenciones de personas con armas de bala blanca son numerosas, pero no así la radicación de cargos por su posesión o portación ante los tribunales. Según el sargento Ángel L. Hernández Soto, director de la División Robo de Caguas, más de la mitad de los arrestados por robo, a quienes se les han ocupado las armas utilizadas para perpetrar el delito, son de bala blanca. Además, señala que se han ocupado armas de bala blanca con números de serie en escenas de robos y, que las posibilidades de esclarecimiento aumentarían si hubiera un registro de las mismas para así poder rastrearlas.

Otro problema que trae la ausencia de regulación del comercio de armas de bala blanca es que los delincuentes las alteran para que puedan detonar municiones con proyectil y ser capaces de lanzarlos. La alteración consiste en eliminar el tapón que obstruye el cañón, permitiendo así el uso de municiones de tipo fijo en el arma de salva. La alteración de un arma de bala blanca hace que cumpla con la característica principal de las armas de fuego, expulsar proyectiles. Como resultado, los delincuentes que usan armas de salva alteradas poseen lo que consideramos como armas de fuego, sin enfrentarse a: (1) los procesos dispuestos por la Ley de Armas para una licencia de armas, (2) los costos de un arma de fuego, (3) las penas severas dispuestas en la Ley de Armas.

El proceso a cumplir para obtener un permiso de tiro, es considerado por algunos como costoso y muy exigente, al punto de rayar la inconstitucionalidad por haberse declarado como derecho fundamental tener un arma corta.<sup>43</sup> En el mercado legítimo de armas, el precio de las armas de fuego generalmente es mayor que el de las armas de bala blanca. Mi experiencia como agente del orden público me ha permitido recibir confesiones y admisiones suficientes para concluir que,

---

<sup>43</sup> De León Soto E., *Control de armas... o cómo recibir una pistola por correo mientras esperas por tu licencia de armas*, Periodismo en Sagrado, <http://persagrado.blogspot.com/2013/05/control-de-armas-o-como-recibir-una.html> (Accedido el 29 de septiembre de 2013).

como norma general, en el mercado ilegal las armas de fuego son más costosas que el mercado legal, y que esta es una de las razones por las que los criminales se deciden por las armas de bala blanca.

La violación al Artículo 1 de la Ley de Armas de Bala Blanca es un delito menos grave sujeto a pena de: “multa no menor de cincuenta dólares, ni mayor de cien dólares, en defecto del pago de dicha multa, a cumplir un día de cárcel por cada dólar que dejare de pagar”.<sup>44</sup> Un delincuente que posee o porta un arma de bala blanca, se expone a penas menores a las que obtendría por poseer o portar un arma de fuego. Este obtiene mayor beneficio al exponerse a ser sentenciado por la Ley de Armas de Bala Blanca, en comparación a ser sentenciado por la Ley de Armas, que necesariamente conlleva reclusión<sup>45</sup>.

Ante las ventajas de poseer un arma de bala blanca en lugar de un arma de fuego, ha surgido un problema que se está manifestando a nivel internacional. En España las armas de bala blanca son conocidas como armas de fogueo. De acuerdo a un artículo de prensa interactiva española del año 2010, la mayoría de las armas ilegales en el país, son de bala blanca alteradas para cometer asesinatos.<sup>46</sup> Del artículo surge que: “[e]n España, actualmente existen más de 375,000 armas ilegales. La mayoría de ellas son de fogueo transformadas para disparar balas reales. Un sistema sencillo, barato y fácil de realizar”.<sup>47</sup> En Puerto Rico también las armas de bala blanca son alteradas. Como muestra de esto, en el caso *Pueblo v. Sosa Díaz*, los hechos nos dicen que la policía incautó un revólver de bala blanca “convertido a “revólver que da muerte”.<sup>48</sup>

En estos casos, el estado puede procesar al delincuente por infracciones a la Ley de Armas, debido a que cuando un arma de bala blanca ha sido alterada y es capaz de lanzar municiones por la acción de una explosión, cumple con la definición de arma de fuego y su posesión, portación y uso puede ser sancionado como si fuera un arma de fuego.

De otra parte, los delincuentes intervenidos portando armas de bala blanca sin alterar, con la intención, de cometer delito, pueden ser procesados por infracción al artículo 5.04 de la Ley de Armas, que penaliza la portación y uso de armas de fuego sin licencia y dispone en su segundo párrafo que:

---

<sup>44</sup> 25 L.P.R.A. § 546.

<sup>45</sup> Ley 142 de 2 de diciembre de 2013.

<sup>46</sup> Atresmedia, *Cada vez más delincuentes trucan armas de fogueo para matar sin ser descubiertos*, Atena 3 tv, [http://www.antena3.com/noticias/espana/delincuentes-cambian-modus-operandi-trucan-armas-fogueo-matar\\_2010082800028.html](http://www.antena3.com/noticias/espana/delincuentes-cambian-modus-operandi-trucan-armas-fogueo-matar_2010082800028.html) (Accedido el 1 de mayo de 2014).

<sup>47</sup> *Id.*

<sup>48</sup> *Pueblo v. Sosa Díaz*, 90 D.P.R. 622, 625 (1964).

Cuando el arma sea neumática, pistola o artefacto de descargas eléctricas, de juguete o cualquier imitación de arma y esta se portare o transportare con la intención de cometer delito o se usare para cometer delito, la pena será de reclusión por un término fijo de cinco años. De mediar circunstancias agravantes, la pena fija establecida podrá ser aumentada hasta un máximo de diez años; de mediar circunstancias atenuantes podrá ser reducida hasta un mínimo de un año.<sup>49</sup>

A la luz del artículo anterior, las armas de bala blanca pueden considerarse como imitación de armas de fuego, si se portaren con la intención de cometer delito, o la usen para ello. Somos del criterio de que aun así la persona resulta beneficiada debido a que el delincuente se expone a penas desde un año hasta un máximo de diez años de reclusión, mientras que por las penas por portar armas de fuego en las mismas circunstancias, se exponen a penas que fluctúan desde los cinco hasta los veinte años de reclusión.<sup>50</sup>

El delincuente que utiliza un arma de bala blanca sin alterar, con el propósito de intimidar a su víctima, descansa en el hecho de que es difícil identificar si es o no un arma de fuego. Una víctima de delito a mano armada, por lo general, no reconoce si el delincuente utilizó un arma de fuego o de bala blanca, pues lo más lógico es pensar que un arma con la que se comete un delito es un arma de fuego. Asimismo la Ley de Armas dispone como presunción que: “La posesión por cualquier persona de un arma al momento de cometer o intentar cometer un delito, se considerara evidencia prima facie de que dicha arma estaba cargada al momento de cometer o intentar cometer el delito”.<sup>51</sup> Esta presunción de arma cargada puede favorecer al delincuente mediante la intimidación causada en la víctima, pero por otra parte coloca a esta última y a terceros en posición de creer que razonablemente existe un peligro inminente de muerte, motivando así el uso de fuerza letal como legítima defensa.

## X. Recomendaciones

Como discutimos anteriormente, es evidente que la Ley de Armas de Bala Blanca no tiene el efecto de evitar el libre comercio de ese tipo de armas. Aunque la ley penaliza su posesión, venta y portación, también abre la puerta a su comercio desregulado al no establecer límites y guías claras para aplicar las excepciones de venta y uso de las mismas. En el libro *El Crimen en Puerto Rico*, la profesora

---

<sup>49</sup> 25 L.P.R.A. § 458 (c).

<sup>50</sup> *Id.*

<sup>51</sup> 25 L.P.R.A. § 458.

Nevares Muñiz señala que uno de los factores que contribuye al crimen es la accesibilidad al uso de armas.<sup>52</sup> La ausencia de regulación al comercio de armas de bala blanca ha permitido que en Puerto Rico, menores, personas con expediente criminal e individuos con intenciones delictivas, puedan comprarlas libremente, lo que ha propiciado el uso de estas armas para cometer robos y otros delitos. El problema se agrava, debido a que las armas de bala blanca son alteradas fácilmente, para convertirlas en armas de fuego capaces de lanzar proyectiles, lo que constituye una amenaza a la seguridad de los residentes de la Isla.

Ante el fracaso de la política pública de penalización a las armas de bala blanca, resulta necesario establecer un sistema para la limitar el comercio de estas armas. Mientras más pronto se haga, menos personas tendrán acceso ilegal a esas armas. Debe ser un interés apremiante del gobierno de Puerto Rico, preservar la seguridad de los residentes del país, ante la posibilidad de que sean víctimas de robos y otros delitos con armas de bala blanca. Además es conocido que el gobierno tiene alto interés en reducir la incidencia criminal y aumentar el esclarecimiento de casos. Como parte del sistema regulador del comercio de armas de bala blanca es necesario exigir a los comerciantes la expedición de licencias para negociar con armas de bala blanca. También es indispensable establecer requisitos mínimos en relación a la madurez y el nivel de peligro que el adquiriente representa para la sociedad. Para lograr este propósito se debería exigir, tanto a los vendedores como a los adquirientes, que sean mayores de edad y posean un certificado negativo de antecedentes penales, antes de adquirir las mismas. Para facilitar el esclarecimiento de casos se puede implementar un sistema de registro de armas de bala blanca mediante un número de serie que las identifique. De esta forma se agilizaría el proceso de investigación criminal, cuando sea necesario rastrear la procedencia de una de estas armas. Para velar por el cumplimiento de las nuevas regulaciones sobre la compra de armas de bala blanca, es necesario realizar registros administrativos esporádicos.

Los comerciantes que interesen vender armas de bala blanca deben de conocer el interés apremiante del gobierno en controlar este mercado para promover la reducción de la incidencia criminal. También deben conocer que están entrando en una industria estrechamente regulada, por lo que tienen una menor expectativa de intimididad. En el libro *El Proceso Penal de Puerto Rico*, el profesor Julio Fontanet Maldonado dice que estos registros sin orden solo son permitidos para aquellas industrias que inciden de manera significativa en la seguridad pública. Debido a que los negocios que venden armas de bala blanca tienen efectos en la seguridad pública, es necesario permitir el registro administrativo de las autoridades de orden público, sin necesidad de una obtener una orden judicial de

---

<sup>52</sup> Nevares Muñiz, *supra* n. 2, pág. 22.

registro o allanamiento.<sup>53</sup> Para ello la ley tiene que advertir a los comerciantes que serán registrados periódicamente sin orden judicial. Además se tiene que expresar detalladamente la regularidad y el alcance de las inspecciones administrativas, imponiendo límites a la discreción de los funcionarios públicos interventores haciendo de la ley un sustituto adecuado. De manera que los comerciantes estarán protegidos de intervenciones arbitrarias del estado en cumplimiento con los requisitos expresados por el Tribunal Supremo en el caso *Pueblo v. Ferreira*.<sup>54</sup> Como resultado “los funcionarios estatales autorizados por ley para hacer este tipo de intervención sólo podrán actuar en los establecimientos de acuerdo con el esquema regulador”.<sup>55</sup>

Múltiples proyectos de ley han sido sometidos en relación a las armas de fuego, sin embargo, las armas de bala blanca han quedado en el olvido. Ante nuestro interés de contribuir al desarrollo de política pública para frenar la tendencia de aumento en la actividad criminal en el país nos pusimos en contacto con el Honorable Senador Carmelo Ríos, quien ha demostrado interés en el asunto de las armas y presentó un proyecto de ley para derogar y sustituir la Ley de Armas<sup>56</sup>. El 7 de octubre de 2013, tuve la oportunidad de reunirme con el senador y le expuse mi preocupación sobre la ausencia y necesidad de regulación para el comercio armas de bala blanca. Este manifestó que ciertamente era un asunto que no se había tomado en consideración y se puso a la disposición para preparar un proyecto de ley para atender el asunto. Al cierre de este artículo aun no se ha completado el proceso de redacción del proyecto. Aparte a esta gestión, la Rama Legislativa aún no ha publicado proyecto alguno relacionado con las armas de bala blanca.

Considero que la falta de legislación sobre un asunto tan apremiante como la regulación de una parte del mercado de armas, puede tener relación con varios de los factores ya mencionados. Desconocemos las razones por las cuales el gobierno aún publica datos estadísticos de incidencia criminal basados en el sistema UCR y los delitos Tipo I, si existe un sistema nuevo y abarcador que ya fue incorporado en Puerto Rico. Somos del criterio de que la ausencia de datos completos afecta los procesos de análisis de la criminalidad, descubrimiento de problemas, legislación efectiva y adjudicación adecuada. También el uso del concepto arma neumática para referirse a las armas de bala blanca puede llevar a la conclusión errónea de que es campo ocupado a nivel federal. Otro factor que podría estar retrasando la atención a este asunto es que pudiera pensarse que

---

<sup>53</sup> Fontanet Maldonado, J., *El Proceso Penal de Puerto Rico*, Tomo I, San Juan, Ed. InterJuris, 2008, págs. 153-159.

<sup>54</sup> *Pueblo v. Ferreira* 147 D.P.R. 238 (1998).

<sup>55</sup> *Id.* pág. 267.

<sup>56</sup> Proyecto del Senado 2466 de 9 de febrero de 2012.



la Ley de Armas de Bala Blanca lo atiende cabalmente, Sin embargo, ya vimos que la misma adolece de inaplicabilidad y, en realidad, los únicos que se están beneficiando son los comerciantes de este tipo de armas y los delincuentes.

Para finalizar, debo señalar que como agente de la División Robo del Cuerpo de Investigación Criminal de la Policía de Puerto Rico, he tenido que incautar armas de bala blanca que fueron utilizadas por los asaltantes, a las cuales resultó imposible rastrear por la falta de registro. También he tenido que intervenir con adultos y menores que han alterado las armas para disparar municiones. Por estas razones puedo dar fe de que el problema de las armas de bala blanca es patente y sigue en aumento. Ante lo alarmante de esta situación, es necesario que nuestros legisladores tomen cartas en el asunto y aprueben legislación que tome en cuenta nuestras recomendaciones y que atienda el mismo, ya sea mediante la inclusión de las armas de bala blanca y sus regulaciones en la Ley de Armas de Puerto Rico o mediante una enmienda a la Ley de Armas de Bala Blanca. Un problema tan alarmante como es la criminalidad debe ser atacado desde todos los frentes posibles. Legislación eficaz que ayude a detener el uso desregulado de armas de bala blanca, ayudará a detener la alarmante ola criminal y permitirá a quienes luchamos contra el crimen a tener una herramienta adicional para garantizar la seguridad de la ciudadanía.

