

amicus

Revista de Política Pública y Legislación UIPR

A procurar una nueva visión en el sistema juvenil

Julio E. Fontanet Maldonado

La Criminalización de la Niñez y el Reto de un Nuevo Paradigma Jurídico en Puerto Rico

Francisco A. Borelli Irizarry

La desaparición de la niñez: La falsa inimputabilidad penal de los niños y niñas en Puerto Rico

Iris M. Camacho Meléndez

Disregard for Miller: the disproportionate sentence of a minor to three hundred and seventy-two years in prison

Peterson Tavitl

Reforma juvenil de Puerto Rico 2017-2018

Orlandy Cabrera Valentín

El Acoso Laboral en Puerto Rico y la Búsqueda de un Remedio Legislativo

Jorge M. Farinacci Fernós

Voto presidencial en Puerto Rico: ¿Otra vez?

Carlos Iván Gorrín Peralta

Jerusalén: ¿Ciudad de paz o de conflictos?

Sheymar Ortiz Archilla

amicus

Revista de Política Pública y Legislación UIPR

Derechos Reservados

© Editorial InterJuris, 2018

JUNTA DIRECTIVA

Jorge M. Farinacci Fernós

María D. Fernós López-Cepero

Christian A. Nieves Rodríguez

EDITORES

Zoe C. Negrón Comas

Elynest del Mar Cruz Miranda

Amairany Rochiely Hernández Rodríguez

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Laura Wood | vosgrafica.com

COORDINADOR

Lcdo. César A. Alvarado Torres

Decano Asociado de Asuntos Académicos

COLABORADORA

Lynoshka Ramírez Ortiz

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Dennis W. Hernández

Presidente de la Junta de Síndicos, UIPR

Manuel J. Fernós

Presidente

Universidad Interamericana de Puerto Rico

Julio E. Fontanet Maldonado

Decano

Facultad de Derecho, UIPR



Editorial InterJuris

Facultad de Derecho

Universidad Interamericana de Puerto Rico

PO Box 70351

San Juan, PR 00936-8351

Tel. (787) 751-1912, ext. 2193

Fax (787) 751-9003

amicus@juris.inter.edu

EDITORIAL

En enero de 2018, la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana lanzó el primer Número de su nueva publicación AMICUS: Revista de Legislación y Política Pública. Como explicamos en ese momento, el objetivo de la nueva revista es ofrecer a la comunidad jurídica de nuestro país acceso a fuentes jurídicas sobre temas novedosos que carecen de desarrollo en espacios tradicionales. En aquella ocasión, el Número se enfocó en el impacto del paso del huracán “María” sobre diferentes asuntos jurídicos. Los artículos allí contenidos ofrecieron a nuestra comunidad legal, tanto tribunales, abogados y abogadas, e incluso el país en general, un análisis jurídico contemporáneo a los retos que vivíamos, y aún vivimos, como país tras semejante acontecimiento. Entendemos que el primer Número de nuestra revista cumplió cabalmente los objetivos que nos trazamos.

Ahora bien, el reto principal de toda nueva publicación es evitar que su primer Número sea su último. Esto es particularmente cierto cuando se trata de una revista de naturaleza digital que tiene como objetivo ofrecer artículos rigurosos sobre temas novedosos de actualidad. Es con gran felicidad y satisfacción que informamos que, a solo cuatro meses del lanzamiento de nuestro primer Número, hoy lanzamos el ejemplar Número 2 de AMICUS.

Este segundo Número tiene importantes desarrollos. Primero, muchos de los artículos recibidos y publicados son de autores que no son profesores de nuestra Facultad. Es decir, mientras nuestra revista se nutre principalmente de la vital aportación de su distinguido

claustro, se ha generado entusiasmo e interés por nuestro proyecto más allá de nuestra aula. Exhortamos a toda la comunidad jurídica y académica del país que nos ayuden a continuar con esta realidad: les invitamos a contribuir con sus artículos en cada número posterior. Segundo, que dada la variedad de los artículos presentados, podemos ofrecerle a nuestro público escritos sobre tres temas diferentes. Es nuestro deseo que cada Número de AMICUS incluya tanto un puñado de artículos sobre un mismo tema general, así como escritos sobre otros asuntos de importancia.

Este Número se enfoca principalmente en los acontecimientos recientes en cuanto los menores de edad y el derecho penal, tanto sustantivo como procesal. Este Número ofrece cinco artículos sobre este asunto, desde los cambios recientes a la Ley de Menores en nuestro país, hasta el tema sobre el traslado automático de ciertos menores de edad a los tribunales de adultos. De igual forma, se incluyen dos artículos sobre desarrollos recientes en la legislación puertorriqueña, tanto sobre legislación aprobada (Ley del Voto Presidencial) como de proyectos aún bajo consideración (Acoso Laboral). Por último, ofrecemos bajo el acápite de Tema Libre un artículo sobre la situación de Jerusalén.

Con este Número reafirmamos la pertinencia, utilidad e importancia de una revista como esta. Nuestro derecho necesita de un análisis constante, particularmente ante momentos de cambio. Esperamos que les sea de provecho. Ya comienzan los trabajos para el Número 3.

EN ESTA EDICIÓN



Jorge Farinacci Fernós

Catedrático Auxiliar | Facultad de Derecho, UIPR

B.A. y M.A. Historia y J.D. (Magna Cum Laude), Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras. LL.M. Harvard University; S.J.D. Georgetown University. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico para los cursos de Historia del Derecho, Investigación, Derecho Internacional Público y Derecho Administrativo.



Julio E. Fontanet Maldonado

Catedrático | Facultad de Derecho, UIPR

B.A., University of Central Florida (Dean's List); J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico (Cum Laude) LL.M., University of Chicago; Post Grado, Universidad Complutense de Madrid; Doctor en Derecho, Euskal Herriko Unibersitatea. Profesor en esta Facultad de Derecho desde 1991 en los cursos de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Teoría, Doctrina y Práctica de la Litigación, Clínica de Asistencia Legal, Derecho Penal Internacional, Derecho Probatorio y Derecho y Psicología. Además, es Decano de la Facultad de Derecho desde el año 2013.



Iris M. Camacho Meléndez

Catedrática Auxiliar | Facultad de Derecho, UIPR

BA en Relaciones Laborales (Magna Cum Laude) 1987, J.D. 1990 (Cum Laude) Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras; Diploma de Estudios Avanzados 1990 en Sociedad Democrática, Estado y Derecho, Universidad del País Vasco, España; Doctorado en Derecho 2010, Universidad del País Vasco. Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico para los cursos de Derecho de la Persona y Familia, Investigación Análisis y Redacción, Historia del Derecho y Resolución Alternativa de Conflictos, en particular, el curso de Teoría del Conflicto para el programa de Maestría en Derecho. Es Decana de Estudiantes desde diciembre de 2012.



Carlos Iván Gorrín Peralta

Catedrático | Facultad de Derecho, UIPR

B.A. 1971, College of the Holy Cross; J.D. 1974 (cum laude), Universidad de Puerto Rico; LL.M. 1985 (promedio más alto del programa graduado), Harvard University. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico para los cursos de Investigación, Análisis y Redacción I y II (Coordinador del curso), de Derecho Constitucional I y II, y de Derecho Constitucional Avanzado (Problemas constitucionales en el cine). En el pasado ha ofrecido otros cursos: Introducción al Derecho, Derecho de Familia, Derecho y Pobreza, Derecho y Cambio Social y Derechos Humanos.



Francisco A. Borelli Irizarry

Colaborador

B.A. U.P.R 1982, Esc. Grad. Adm. Pub. 1985, J.D. Facultad De Derecho U.I.A. 1988, Juez Superior en el Tribunal de Primera Instancia, asuntos de lo penal desde 2004, sus áreas de interés Derecho Penal, (teoría del delito y determinación de la pena.), Derechos Humanos en la Justicia Penal. Trabajo en la sociedad Para Asistencia Legal como abogado defensor, (1990-1995) Ejerció la práctica privada como abogado litigante penal y civil (1995-2004) Ha sido recurso docente en universidades, Academia Judicial Puertorriqueña, organizaciones no gubernamentales, y a nivel internacional en Panamá en temas de derecho penal.



Peterson Tavil

Juris Doctor Student | Inter American University of Puerto Rico, School of Law

B.A. (2014) Legal Studies (major), Criminal Justice (Minor), University of Central Florida (UCF). M.S. Criminal Justice, candidate 2018, University of Central Florida (UCF). J.D. Candidate 2019, Inter American University of Puerto Rico, School of Law.



Orlandy Cabrera Valentín

Colaborador

B.A. Ciencia Política Universidad de Puerto Rico Recinto de Mayagüez | Presidente de la Asociación de Estudiantes de Ciencia Política | Investigador en el Programa de Adiestramiento de Investigación Subgraduado del RUM (PAIS) | Ex-Representante Estudiantil por el Departamento de Ciencias Sociales UPRM.



Sheymar Ortiz Archilla

Estudiante de Tercer Año, Facultad de Derecho, UIPR

Bachillerato Ciencias Naturales con Concentración en Biología, Dean's List, Golden Key Honor, Magna Cum Laude, UPR, (1995). Asistente de Investigación, Recinto de Ciencias Médicas, UPR bajo Programa Minority Biomedical Research Support del National Institutes of Health. Honor Scholarship del Programa CUNY, New York. Doctora en Medicina, M.D., San Juan Bautista, (2002). Kinesióloga Touch for Health, International Kinesiology College, (2006). Miembro de la Asociación Nacional de Estudiantes de Derecho, UIPR (2015 al presente). Delegada por Puerto Rico en la Audiencia Pública Sesión 166 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Washington D.C., 2017.

CONTENIDO

DESARROLLOS EN LA NORMATIVA PENAL SOBRE MENORES

A PROCURAR UNA NUEVA VISIÓN EN EL SISTEMA JUVENIL <i>Julio E. Fontanet Maldonado</i>	67
LA CRIMINALIZACIÓN DE LA NIÑEZ Y EL RETO DE UN NUEVO PARADIGMA JURÍDICO EN PUERTO RICO <i>Francisco A. Borelli Irizarry</i>	82
LA DESAPARICIÓN DE LA NIÑEZ: LA FALSA INIMPUTABILIDAD PENAL DE LOS NIÑOS Y NIÑAS EN PUERTO RICO <i>Iris M. Camacho Meléndez</i>	86
DISREGARD FOR MILLER: THE DISPROPORTIONATE SENTENCE OF A MINOR TO THREE HUNDRED AND SEVENTY-TWO YEARS IN PRISON <i>Peterson Tavit</i>	100
REFORMA JUVENIL DE PUERTO RICO 2017-2018 <i>Orlandy Cabrera Valentín</i>	109

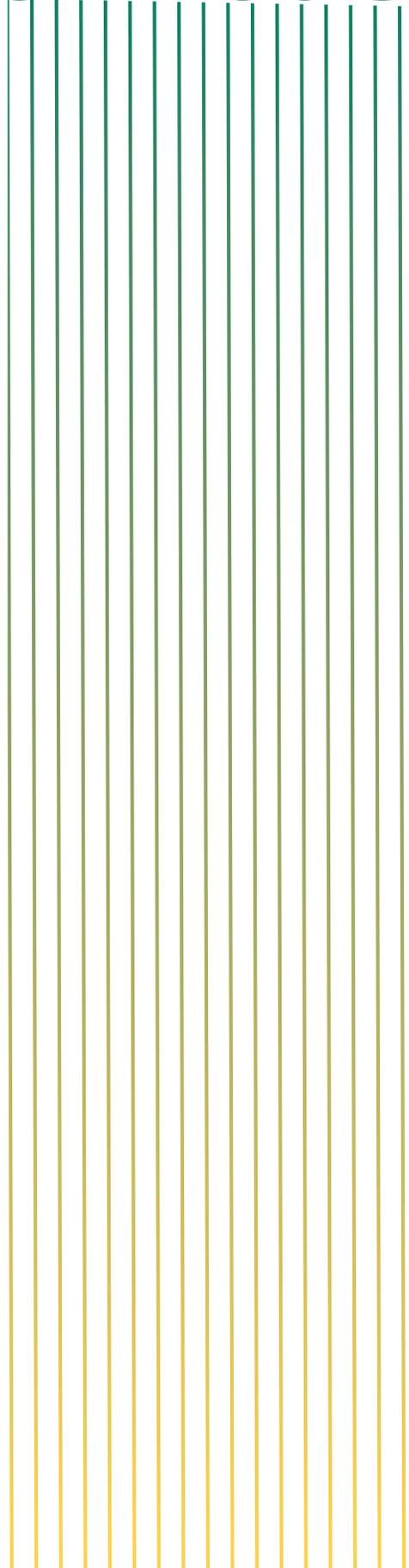
PROPUESTAS Y MEDIDAS LEGISLATIVAS RECIENTES

EL ACOSO LABORAL EN PUERTO RICO Y LA BÚSQUEDA DE UN REMEDIO LEGISLATIVO <i>Jorge M. Farinacci Fernós</i>	117
VOTO PRESIDENCIAL EN PUERTO RICO: ¿OTRA VEZ? <i>Carlos Iván Gorrín Peralta</i>	130

OTROS

JERUSALÉN: ¿CIUDAD DE PAZ O DE CONFLICTOS? <i>Sheymar Ortiz Archilla</i>	141
---	-----

amicus



A procurar una nueva visión en el sistema juvenil

ARTÍCULO

*Julio E. Fontanet Maldonado**

I. Introducción

Uno de los procesos legislativos más polémicos durante los primeros días del 2018 fue el trámite de dos proyectos que pretendían crear una nueva ley de justicia juvenil. Llamaba mucho la atención que la Asamblea Legislativa aprobó ambos proyectos, a pesar de que eran totalmente opuestos y contradictorios entre sí. La Asamblea Legislativa enviaba, así, un confuso mensaje sobre cuál debía ser la política pública con relación a tan importante tema. Ambos proyectos fueron remitidos al gobernador para su consideración y este procedió a vetarlos. En un comunicado de prensa, el gobernador señaló que le parecía que debía buscarse un consenso entre ambos proyectos y, a esos fines, le pedía a la Asamblea Legislativa que iniciara dicho proceso; y que, además, escuchara a todos los sectores de interés en este asunto.¹

* Decano y Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. BA University Of Central Florida; JD Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico; LL.M University of Chicago; Posgrado de la Universidad Complutense de Madrid; Doctor en Derecho, Universidad del País Vasco.

1 En una carta enviada al presidente de la Cámara de Representantes el gobernador expresó lo siguiente:

Luego de examinada la antes mencionada medida, y considerando las objeciones de varios sectores, he decidido trabajar con ustedes una ley que atienda los asuntos de menores de una manera justa, responsable y que tome en consideración los reclamos de todos los sectores. Lo propuesto en

Precisamente, fueron muchos los sectores que intervinieron y que habían reclamado el veto de gobierno, particularmente con relación a uno de los dos proyectos. Entre los sectores que reclamaron el veto se encontraban el Colegio de Abogados y Abogadas, la decana y los dos decanos de las tres Facultades de Derecho de Puerto Rico, expertos en conducta humana, trabajadores sociales, grupos religiosos y abogados expertos en el tema, entre los que se destacaba la Sociedad para la Asistencia Legal. Llamó mucho la atención que sectores tan diversos y con visiones tan distintas coincidieran en reclamar el veto a uno de los proyectos.

Tomando en consideración la acción del gobernador y su reclamo de procurar un proyecto de consenso, nos parece que es imperativo entender el proceso legislativo previo a la aprobación de ambos proyectos. Se debe, sobre todo, prestar especial atención a la comparación de ambos proyectos en temas vitales. Dicha comparación permitirá, *inter alia*, identificar las áreas más sensitivas y relevantes que requieren mayor atención en el proceso

esta medida, así como en el Proyecto de la Cámara 1035 y el Proyecto del Senado 489, también vetados en el día de hoy, son políticas públicas diametralmente opuestas. En virtud de lo anterior, nos vemos imposibilitados de firmar la presente medida. Véase carta a Carlos Méndez Núñez de 5 de enero de 2018.

de crear una nueva ley de justicia juvenil. Ese es, justamente, el propósito de este artículo, por lo que en las próximas páginas procederemos a hacer los contrastes y comparaciones correspondientes. Debe advertirse que uno de los proyectos venía acompañado de otro que paralelamente pretendía enmendar las Reglas de Procedimientos para Asuntos de Menores.² El otro proyecto contenía, a su vez, varias enmiendas a ese cuerpo procesal. Para mantener la uniformidad en nuestro análisis comparativo, nos limitaremos a considerar únicamente las disposiciones relacionadas con la Ley de Justicia Juvenil como tal.

II. Los proyectos presentados... y aprobados

Los proyectos presentados que fueron aprobados y posteriormente vetados son el P. del S. 489³ y el P. de la C. 1036.⁴ El primero fue presentado por los senadores Vargas Vidot, Ríos Santiago, Newman Zayas, Seilhamer Rodríguez, Bathia Gautier y Nazario Quiñones.⁵ El segundo fue presentado por el presidente de la Cámara de Representantes, Carlos “Johnny” Méndez Núñez. El Proyecto del Senado fue remitido a vistas públicas y aprobado por unanimidad. Posteriormente, fue referido a la consideración de la Cámara de Representantes, cuerpo que lo aprobó por mayoría. El proyecto del representante Johnny Méndez (P. de la C.

1036) fue aprobado en la Cámara y posteriormente en el Senado, en ambas instancias por mayoría. Cabe destacar que este último proyecto no contó con el beneficio de vistas públicas. Debe advertirse que fue justo este proyecto el que propició la mencionada coalición que reclamó el veto del gobernador. Ya de entrada, se puede percibir una diferencia en el trámite legislativo y en el sentir de muchos legisladores hacia ambos proyectos. Las diferencias se hacen más significativas cuando se comparan ambos proyectos.

Para facilitar el análisis comparativo es deseable identificar los siguientes temas y considerar lo que cada proyecto aporta a cada uno de éstos. Los temas o consideraciones más importantes y que propiciaron mayor discusión fueron, a nuestro juicio, los siguientes:

1. La exposición de motivos.
2. La edad mínima para ser procesado en el tribunal de menores.
3. La normativa para juzgar a un niño o niña menor de 18 años como adulto.
4. El proceso y consideraciones para la renuncia del tribunal de menores a su jurisdicción.
5. La naturaleza de las medidas dispositivas.
6. Las alternativas o desvío del proceso judicial de menores ordinario.

Las consideraciones o temas mencionados no pretenden de manera exhaustiva discutir todos los aspectos de los proyectos. No obstante, nos parece que fueron estos temas los que propiciaron el mayor debate y preocupación; y ello a pesar de que, en algunas instancias, los cambios propuestos eran nominales a la norma existente bajo el estado de derecho actual.

² Véase P. de la C. 1035 del 8 de mayo de 2017, 1ra Ses. Ord., 18va Asam. Leg.

³ P. de la S. 489 del 8 de mayo de 2017, 1ra Ses. Ord., 18va Asam. Leg.

⁴ P. de la C. 1036 del 8 de mayo de 2017, 1ra Ses. Ord., 18va Asam. Leg.

⁵ Como coautores figuraron los senadores y senadoras López León, Torres Torres, Tirado Rivera, Nadal Power, Dalmau Santiago y Pereira Castillo.

Temas:	P. de la C. 1036	P. del S. 489
Exposición de motivos	La Exposición de Motivos del Proyecto de la Cámara tiene dos (2) páginas.	La Exposición de Motivos del Proyecto del Senado consta de dieciocho (18) páginas.
Edad mínima para ser procesado en el tribunal de menores	No provee edad mínima	Trece (13) años.
Normativa para juzgar a adolescente menor de dieciocho años como adulto (sin mediar proceso de renuncia — “mandatory transfer”—).	<ul style="list-style-type: none"> • Menores de catorce (14) años que sean acusados de asesinato en primer grado bajo los incisos (a), (c), (d) y (e). • Menores de catorce (14) años imputados de falta II o III cometida entre los catorce (14) y los dieciocho (18) años, que no haya prescrito. • Menores entre catorce (14) y dieciocho (18) años imputados de falta II o III que evaden la jurisdicción y son arrestados con posterioridad a haber cumplido dieciocho (18) años. • Menores entre los catorce (14) y los dieciocho (18) años que, siendo procesados en el Tribunal de Menores, hacen alegación de culpabilidad o son encontrados culpables de delito grave o menos grave en el Tribunal General de Justicia luego de haber cumplido dieciocho (18) años de edad. 	No propone cambios a la Ley Núm. 88-1986.
Proceso y consideraciones para la renuncia del Tribunal de Menores a su jurisdicción	No propone cambios a la Ley Núm. 88-1986	No propone cambios a la Ley Núm. 88-1986.

Temas:	P. de la C. 1036	P. del S. 489
Naturaleza de las medidas dispositivas	<p>Falta Clase I</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se limita la medida nominal a primeros ofensores. • Libertad condicional: hasta máximo de doce (12) meses. • Custodia: hasta un máximo de nueve (9) meses. <p>Falta Clase II</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se elimina la medida nominal. • Libertad condicional: máximo de cuarenta y dos (42) meses. • Custodia: Máximo de treinta y seis (36) meses. <p>Falta Clase III</p> <ul style="list-style-type: none"> • Libertad condicional: máximo cinco (5) años. • Custodia: máximo de cuatro (4) años. 	<p>No propone cambios a la Ley Núm. 88-1986.</p> <p>Se incluye una disposición para prohibir el encarcelamiento en solitario del menor.</p>
Alternativas o desvío del proceso judicial de menores ordinario	<p>Agotamiento de remedios administrativos</p> <ul style="list-style-type: none"> • No provee para agotamiento de remedios administrativos <p>Mediación</p> <ul style="list-style-type: none"> • No propone cambios a la Ley Núm. 88-1986. <p>Desvío:</p> <ul style="list-style-type: none"> • No propone cambios a la Ley Núm. 88-1986. 	<p>Agotamiento de remedios administrativos</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se establece un procedimiento de agotamiento de remedios administrativos cuando la conducta del menor se realiza en el plantel escolar o en las inmediaciones de la escuela, transportation pública o actividades escolares. <p>Mediación</p> <ul style="list-style-type: none"> • Provee para que esté disponible en cualquier etapa del proceso, inclusive antes de presentarse queja. • Provee para faltas clase I, aunque no sean primeros ofensores. • Provee para primeros ofensores de falta clase II. <p>Desvío:</p> <ul style="list-style-type: none"> • No propone cambios a la Ley Núm. 88-1986.

III. Análisis de los proyectos

A. La exposición de motivos y filosofía de los proyectos

Leer la exposición de motivos de un proyecto de ley es acción obligada si pretendemos realizar una comparación entre ambos proyectos. Provee, además, información de mucha utilidad para el entendimiento y aplicación de la normativa propuesta. Una de las grandes diferencias entre los dos proyectos lo constituye, precisamente, la exposición de motivos. Tal y como surge de la tabla anterior, el P. del S. 1036 solamente dedicó dos páginas a su exposición de motivos, lo que resulta preocupante tomando en consideración la importancia de una nueva Ley de Justicia Juvenil, así como el número de niños y adolescentes que de alguna manera se verían afectados. El rigor y la profundidad en la exposición de motivos es algo que debe ser requerido en una legislación de esta naturaleza. Adviértase que este proyecto no meramente enmienda sustancialmente la Ley Núm. 88-1986,⁶ sino que también enmienda un sin número de disposiciones de las reglas de procedimientos para asuntos de menores.

De la lectura de la breve Exposición de Motivos del proyecto mencionado surge con relativa claridad la imposición de una mayor responsabilidad a los niños y adolescentes. Sobre el particular, se dispone lo siguiente:

La nueva ‘Ley de Justicia Juvenil de Puerto Rico’ reconoce la necesidad de conformar la ley y, posterior a ella, las reglas procesales de menores a la práctica de los últimos años en las salas de menores, la cual ha

tornado el procedimiento judicial en uno cada vez más adversativo y semejante al de los adultos. Precisamente, esta tendencia surge como resultado de la exigencia y necesidad, a raíz de la aprobación de la ‘Ley de Menores de 1988’, de extender derechos constitucionales del procedimiento criminal de adultos a los menores que son encausados.⁷

Lo anterior es consistente con la naturaleza más punitiva y menos garantista de ese proyecto. Hay que reconocer que se hace alguna mención del tema de la rehabilitación, pero también incluye que cualquier medida de desvío requiere el reconocimiento de que el menor incurrió en una conducta constitutiva de una falta y limita su aplicación a faltas clase I (es decir, delitos menos graves). Finaliza ese texto expresando que hay que tomar en consideración “la proliferación de delitos cada vez más violentos en los que los menores son, a menudo, los principales autores”.⁸

La Exposición de Motivos del P. del S. 489, no obstante, es sumamente diferente a la anterior. Además de ser más extensa y aportar estudios y estadísticas para su justificación, de entrada plantea la óptica o lineamientos que el proyecto pretende impulsar en el sistema de justicia juvenil:

La Ley de Menores de Puerto Rico (en adelante Ley de Menores) tiene entre sus propósitos esenciales el proveer para el cuidado, protección, desarrollo, habilitación y rehabilitación de los menores y proteger el

⁶ Ley de Menores de Puerto Rico, Ley Núm. 88 del 9 de julio de 1986, según enmendada, 34 LPRA §§ 2201-38.

⁷ Exposición de Motivos, P de la C. 1036 del 8 de mayo de 2017, 1ra Ses. Ord., 18va Asam. Leg., en las págs. 1-2.

⁸ *Id.*

bienestar de la comunidad; proteger el interés público tratando a los menores como personas necesitadas de supervisión, cuidado y tratamiento, a la vez que se les exige responsabilidad por sus actos; y el de garantizar a todo menor un trato justo, el debido procedimiento de ley y el reconocimiento de sus derechos constitucionales.⁹

Otra de las aportaciones de esta Exposición de Motivos es que incluye la incorporación y referencia de estudios pertinentes para entender la problemática particular de los menores de edad. Entre estos estudios se destaca *El perfil del menor transgresor* (2016) del Departamento de Corrección y Rehabilitación.¹⁰ De dicho informe se desprende que el 80% de los menores procesados proviene del sector público de enseñanza y que solo el 20% alcanzó el duodécimo grado.¹¹ Se menciona también que el 36% reportó tener alguna discapacidad.¹² Otro dato revelador es que el 23% fue víctima de trata o explotación previo a su ingreso a la institución penal y que la gran mayoría proviene de hogares de escasos recursos, además de ser dependientes de la asistencia nutricional del Estado. El estudio también arrojó que el 72% de los menores de edad que ingresan a instituciones penales juveniles se encontraba bajo el índice de pobreza. Otro estudio que se reseña es el *National*

Juvenile Court Data (1995-2005).¹³ A partir de la lectura de dicho informe se justifica y valida la propuesta de establecer la edad de trece (13) años como edad mínima para que un menor sea traído a la consideración del Tribunal de Menores. Los datos incluidos reflejan que los menores que más faltas cometen son los de diecisiete años y que la incidencia de faltas entre menores de diez (10) a doce (12) años disminuye dramáticamente en comparación con los menores cuya edad fluctúa entre catorce (14) a diecisiete (17) años.¹⁴

El último aspecto que quisiéramos distinguir de esta Exposición de Motivos —y que matiza la totalidad del proyecto— es el reconocimiento de que la normativa penal aplicable a los menores tiene que ser distinta (particularmente en las penas) a la de los adultos. Ya desde 2005, el Tribunal Supremo de Estados Unidos, en el caso de *Roper v. Simmons*,¹⁵ estableció la doctrina de culpabilidad atenuada para ser aplicada a los casos de los menores de edad. Esto tiene mucha relevancia al momento de evaluar la constitucionalidad de la pena a ser impuesta al menor si se tiene en cuenta la octava enmienda de la Constitución norteamericana, que prohíbe los castigos crueles e inusitados. En dicho caso se expresó la prohibición absoluta a la imposición de pena capital a un menor de edad juzgado como adulto.¹⁶ Recientemente, en *Pueblo v. Álvarez Chevalier*, el juez asociado Estrella Martínez,¹⁷ de nuestro Tribunal Supremo, expuso (a

9 Exposición de Motivos, P del S. 489 del 8 de mayo de 2017, 1ra Ses. Ord., 18va Asam. Leg., en la pág. 1.

10 DEPARTAMENTO DE CORRECCIÓN Y REHABILITACIÓN, PERFIL DEL MENOR TRANSGRESOR 2016 (2016), [HTTP://AC.GOBIERNO.PR/CORRECCION/WPCONTENT/UPLOADS/2017/03/PERFIL_MENOR_TRANSGRESOR.PDF](http://ac.gobierno.pr/correccion/wpcontent/uploads/2017/03/perfil_menor_transgresor.pdf), (ÚLTIMA VISITA 21 DE MARZO DE 2018).

11 Exposición de Motivos, P del S. 489 del 8 de mayo de 2017, 1ra Ses. Ord., 18va Asam. Leg., en la pág. 3.

12 *Supra* nota 8, en la pág. 33.

13 Exposición de Motivos, P del S. 489 del 8 de mayo de 2017, 1ra Ses. Ord., 18va Asam. Leg., en la pág. 19.

14 Otros estudios de información relevantes que se destacan en la exposición de motivos son los siguientes: *A Systematic Review of Drug Court Recidivism* (2006) y *Juvenile Drug Court* (1999), estudio realizado éste último por el juez Lou Hill sobre las Cortes de Drogas Juveniles en los Estados Unidos.

15 543 US 551 (2005).

16 Id. en las pág. 569.

17 2018 TSPR 20 (Estrella Martínez, voto disidente).

base de lo resuelto en *Roper*) las diferencias sicosociales reconocidas entre los menores y los adultos que justifican un trato atenuado a los menores de edad:

La primera diferencia reconocida por el Tribunal es que durante la minoría de edad la persona aún es inmadura y su sentido de responsabilidad no está completamente desarrollado. Por ello, los adolescentes tienden a realizar actos arriesgados, sin ulterior consideración por las consecuencias de su conducta. A su vez, sus decisiones no son producto de una reflexión ponderada, sino más bien, de su impulsividad. La segunda diferencia es que los menores son más vulnerables a influencias negativas externas y a las presiones de grupo. En ocasiones, estas influencias provienen de su propio círculo familiar o de un entorno inmediato que el adolescente no controla, ni tiene autonomía suficiente como para abstraerse de ese tipo de ambiente. La tercera y última diferencia reconocida por el Tribunal es que el carácter de la persona, durante la minoridad, no se ha desarrollado por completo. Por ende, los rasgos de personalidad que exhibe durante la misma son transitorios. De esta manera, su carácter es un factor cuestionable para juzgar qué tipo de individuo será una vez alcance la adultez. De igual modo, la conducta delictiva en la que éste incurra —por sí sola— resulta poco confiable para concluir que el adolescente es una persona irremediabilmente depravada. Por el contrario, la misma transitoriedad hace que estos sean más susceptibles al cambio, aumentado

así sus probabilidades de una rehabilitación exitosa.¹⁸

Dicha doctrina (culpabilidad atenuada) fue tratada nuevamente (*Graham v. Florida*)¹⁹ con el propósito de extenderla y establecer una prohibición al encarcelamiento perpetuo sin posibilidad de libertad bajo palabra en caso de menores juzgados como adultos. Dos años después, y basado en las diferencias existentes y previamente reconocidas por la jurisprudencia entre los adultos y los niños —y por consiguiente en la doctrina de la culpabilidad atenuada—, el Tribunal Supremo de Estados Unidos, en *Miller v. Alabama*,²⁰ invalidó dos sentencias de cadena perpetua impuestas a dos menores de edad convictos por asesinato. Razonó el Tribunal que las sentencias de cadena perpetua automáticas impuestas a un menor encontrado culpable, o incurso de asesinato, violentaban la octava enmienda de la Constitución federal. En ese sentido, era inconstitucional un estatuto que impida al juzgador considerar las características atenuantes de un menor y que, a su vez, no permita disminuir la sentencia a ser impuesta a base de estas. Como puede verse, la trayectoria del Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha sido consistente en marcar y ampliar las diferencias existentes, lo que constituye una garantía mínima que los distintos ordenamientos jurídicos aplicables a los menores en los cincuenta estados y territorios tienen que proveerles a los menores juzgados como adultos.

18 *Id.* en las págs. 9-10 (citas omitidas).

19 560 US 48 (2010).

20 567 US 460 (2012). Cabe destacar que posteriormente, en *Montgomery v. Louisiana*, 136 S.Ct. 718 (2016), el Tribunal Supremo de Estados Unidos resolvió que la doctrina de culpabilidad atenuada aplica de forma retroactiva a los procedimientos colaterales postsentencia.

B. Edad mínima para ser procesado en el tribunal de menores

Bajo el estado de derecho actual no existe edad mínima mediante la cual el Procurador de Menores esté impedido de presentar una queja (denuncia) en contra de un menor. Ello implica que podría presentarse queja contra menores en edades tan vulnerables como la preadolescencia y someterlos a los rigores de un proceso cuasipenal, incluida la posibilidad de estar privado de su libertad.²¹ El P. de la C. 1036 mantiene dicha normativa; es decir, no establece una edad mínima para establecer la queja. Por otro lado, uno de los aspectos más significativos del P. del S. 489 es precisamente establecer la edad mínima de trece años para presentar una queja en contra de un menor.

Resulta muy ilustrativo examinar la Convención de los Derechos del Niño de 1990.²² En su artículo 40 (3) (a) se provee para que los estados (que sean partes) establezcan procedimientos e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue han infringido leyes penales.²³ En el inciso (a) de dicho artículo se dispone que, como parte de esos procedimientos, debe establecerse una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales. De la lectura de lo anterior surge con meridiana

claridad que el estado de derecho actual en Puerto Rico —el cual pretendía mantener el P. de la C. 1036— es contrario a la Convención de los Derechos del Niño. El P. del S. 489 establece la edad mínima de trece años bajo la premisa de que a dicha edad se “tiene discernimiento y aquellos actos que ha llevado a cabo han sido validados”.²⁴ En la Exposición de Motivos se cita a *Piris v. Registrador* como fundamento para la anterior aseveración.²⁵ Cabe destacar que es un dato de conocimiento general que la adolescencia comienza a los trece (13) años y que ello constituye una etapa en el desarrollo cognoscitivo del menor.

Debe advertirse que el P. del S. 489, al establecer una edad mínima, no descarta que aquel menor que esté por debajo de dicha edad e incurra en alguna conducta en violación del Código Penal, pueda quedar sin ningún tipo de atención o respuesta por parte del estado. Ante ese escenario, el artículo 4 dispone que el Procurador de Menores referirá al menor al Departamento de la Familia para la evaluación o servicios que sean necesarios y que redunden en beneficio del menor.²⁶

C. Normativa para juzgar a un menor como adulto (sin haber mediado un proceso de renuncia).

En junio de 1987 —a menos de un año de aprobada la nueva Ley de Menores de 1986— se aprobó la Ley Núm. 33-1987 de manera precipitada y sin ningún estudio que la justificara.²⁷ Mediante dicha ley, se enmendó la Ley Núm. 88-1986, lo que viabilizó que,

21 Recuerdo, cuando era profesor clínico en la Universidad Interamericana de Puerto Rico, haber representado a un menor de nueve años por haberse apropiado de un emparedado en la cafetería de la escuela y a un menor de diez años por haber impactado con su cuerpo a otro menor durante una fila para entregar un trabajo. Estos casos no son atípicos según expresan abogados y abogadas que en la actualidad representan a menores de edad.

22 NACIONES UNIDAS, CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, (JUNIO 2006), [HTTP://WWW.UN.ORG/ES/EVENTS/CHILDRENDAY/PDF/DERECHOS.PDF](http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/DERECHOS.PDF), (ÚLTIMA VISITA 22 DE MARZO DE 2018). APROBADA POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS EN SU RESOLUCIÓN 44/25 DE NOVIEMBRE DE 1989 Y ENTRADA EN VIGOR EL 2 DE SEPTIEMBRE DE 1990.

23 Id. art. 40 (3) (a), en la pág. 28.

24 Exposición de Motivos, P del S. 489 del 8 de mayo de 2017, 1ra Ses. Ord., 18va Asam. Leg., en la pág. 16.

25 67 DPR 811 (1947).

26 P del S. 489 del 8 de mayo de 2017, 1ra Ses. Ord., 18va Asam. Leg., art. 4, en las págs. 26-27.

27 Enmiendas Reglas para Asuntos de Menores, Ley Núm. 33 del 19 de junio de 1987, 1987 LPR 112-20.

por primera vez en el Siglo XX, se permitiera en nuestro ordenamiento jurídico el procesar a un menor de edad como adulto —en este caso un joven de catorce años imputado de asesinato— sin que mediara un proceso de renuncia de jurisdicción en el Tribunal de Menores. Cabe destacar que la Ley Núm. 88-1986 permitía la renuncia de jurisdicción en determinados casos, pero en todas las circunstancias luego de que el Tribunal de Menores evaluara la deseabilidad de tratar al menor como adulto. Posteriormente, y mediante la Ley Núm. 19-1991,²⁸ se revertió en parte dicha medida limitándola a menores de quince (15) años a los que se les impute asesinato en su modalidad clásica de asesinato en primera grado (deliberación y premeditación).²⁹

En el *Common Law* los procesos o mecanismos tradicionales mediante los cuales un menor puede ser juzgado como adulto se

28 Enmienda Ley de Menores, Ley Núm. 19 del 11 de julio de 1991, 1991 LPR 62-68.

29 Resulta elocuente lo expresado en parte en la exposición de motivos de la referida ley:

Tomando en consideración los hechos antes expuestos, los datos objetivos sobre la implantación del sistema que ha estado en vigor durante los últimos cuatro (4) años y las conclusiones del estudio ‘Delincuencia Juvenil en Puerto Rico Cohorte de Personas Nacidas en 1970’, procede establecer en quince (15) años la edad mínima requerida para que un menor a quien se le imputa un delito de asesinato sea excluido de la autoridad del Tribunal Superior, Sala de Menores. Procede, además, modificar el vigente sistema de procesamiento de los casos de menores imputados de asesinato para que esta exclusión sea aplicable únicamente al asesinato en primer grado cometido mediante deliberación y premeditación como lo dispone nuestro Código Penal. Exposición de motivos, Enmiendas Reglas para Asuntos de Menores, Ley Núm. 19 del 11 de julio de 1991, 1991 LPR 65.

conocen como *transfers process*. Entre estos procesos se destaca el llamado *mandatory transfer* por ser el más polémico. Bajo esta modalidad se establece que en determinados delitos (particularmente delitos violentos) cometidos por adolescentes dentro de cierta edad en particular, estos serán tratados como adultos desde el momento en que se presenta la denuncia. Es decir, estos menores van a ser juzgados directamente en el tribunal de adultos sin que medie determinación o evaluación alguna por parte del Tribunal de Menores.³⁰ En la actualidad solo veinte estados³¹ han adoptado exclusivamente este tipo de estatuto y otros nueve lo incluyen acompañado de la modalidad de *prosecutorial discretion*.³² El problema con este tipo de estatuto es que el menor es juzgado como adulto, por lo que se expone a las mismas penas que un adulto sin que el tribunal pueda evaluar de manera individualizada aspectos y características del menor de edad, algo que, conforme al caso de *Miller*, debería incidir en la sentencia a ser impuesta.

30 Otras modalidades de “transfer process” son: (i) Judicially Control Transfer - All cases against juveniles begin in juvenile court and must literally be transferred by the juvenile court to the adult court-; (ii) Prosecutorial Discretion Transfer - Some categories of cases have both juvenile and criminal jurisdiction, so prosecutors may choose to file in either the juvenile or adult court. The choice is considered to be within the prosecutor’s executive discretion-; (iii) Once and Adult Always and Adult Transfer - The law requires prosecution in the adult court of any juvenile who has been criminally prosecuted in the past, usually regardless of whether the current offense is serious or not. Anne Teigen, *Juvenile Age of Jurisdiction and Transfer to Adult Court Laws*, NATIONAL CONFERENCE OF STATE LEGISLATURE, (17 DE ABRIL DE 2017), [HTTP://WWW.NCSL.ORG/RESEARCH/CIVIL-AND-CRIMINAL-JUSTICE/JUVENILE-AGE-OF-JURISDICTION-AND-TRANSFER-TO-ADULT-COURT-LAWS.ASPX](http://www.ncsl.org/research/civil-and-criminal-justice/juvenile-age-of-jurisdiction-and-transfer-to-adult-court-laws.aspx). (ÚLTIMA VISITA 22 DE MARZO DE 2018).

31 Los estados con esta disposición son los siguientes: Alaska, Washington, Oregón, Nevada, Idaho, Utah, New Mexico, South Dakota, Wisconsin, Illinois, Iowa, Minneapolis, Indiana, Mississippi, Alabama, South Carolina, Pennsylvania, Massachusetts, Delaware y Maryland.

32 Estos estados son: California, Arizona, Montana, Oklahoma, Arkansas, Luisiana, Florida, Georgia y Vermont.

Uno de los aspectos más polémicos del P. de la C. 1036 consistía, justamente, en privar al Tribunal de Menores de su jurisdicción en un número mayor de escenarios y se reducía, además, la edad en que un menor podía ser juzgado como adulto, sin que mediara renuncia de jurisdicción de ese tribunal. Es decir, no solo se mantenía la modalidad existente de *mandatory transfer*, sino que incluso se ampliaba significativamente. Según este proyecto, se permitía que un menor de catorce (14) años pudiera ser juzgado como adulto (sin que mediara renuncia de jurisdicción) en determinadas excesivas circunstancias. La Ley Núm. 88-1986 permite juzgar como adultos a menores de quince años (15) acusados de asesinato en su modalidad de causar la muerte mediante acecho, tortura, veneno a propósito y/o con conocimiento; es decir, solo una modalidad del asesinato en primer grado. En este proyecto se baja la edad y, además, se aumentan las modalidades de asesinato en primer grado en las que un menor puede ser juzgado como adulto, excluida únicamente la modalidad de asesinato estatutario. Como puede verse, en el proyecto se baja de quince (15) a catorce (14) años la edad del menor y se amplían las modalidades de asesinato en las que puede ser juzgado como adulto, exponiéndolo así, a la pena de noventa y nueve (99) años contempladas en el Código Penal.

En el referido proyecto se incluyen otras nuevas variantes en las que el menor podrá ser juzgado como adulto. Una de estas es cuando a un menor entre los catorce (14) y los dieciocho (18) años se le imputa una falta clase II o III, y al momento de ser arrestado, ya es mayor de veintiún (21) años y el delito no ha prescrito. Esta nueva modalidad presenta serios problemas en su aplicación. La pregunta fundamental —y que no atiende el proyecto— es que no se indica la causa por la cual ese

delito no fue esclarecido con anterioridad a que el menor de edad cumpliera veintiún (21) años. Tampoco se especifica si el menor estaba accesible a las autoridades durante la investigación o si había evadido la jurisdicción. Estas dos interrogantes son fundamentales, porque bajo ninguna circunstancia puede castigarse al menor por la negligencia o lentitud del Estado en esclarecer un caso y en solicitar el arresto de una persona. Inclusive, se presta para el subterfugio de que el Estado no quiera esclarecer el caso hasta tanto el menor no adquiriera la mayoría para, entonces, poder tratarlo como adulto y sin que el Tribunal de Menores hubiera evaluado la deseabilidad de la renuncia de jurisdicción. Esto, a nuestro juicio, es uno de los aspectos más preocupantes del proyecto.

Otra característica nueva del mencionado proyecto es la referente a cuando un menor comete una falta entre los catorce (14) y los dieciocho (18) años y este (mientras el proceso se está ventilando en el Tribunal de Menores, y habiendo cumplido 18 años) hace alegación de culpabilidad o es encontrado culpable por un delito grave o menos grave en el Tribunal General de Justicia (en adelante, *TGJ*). Ante ese escenario, el caso del menor será remitido automáticamente al TGJ, de haberse encontrado causa por una falta tipo II o tipo III. En otras palabras, es tratado automáticamente como adulto sin que haya mediado un proceso de renuncia de jurisdicción. Es preocupante el predicado de este proyecto en el sentido de que se parte de la premisa de que un menor de dieciocho (18) años que comete un delito menos grave, y ya sin consideración o evaluación ulterior, va a ser juzgado como adulto por unos hechos cometidos cuando tenía menos de dieciocho años. Adviértase que el Tribunal de Menores mantiene su jurisdicción sobre el menor hasta tanto haya cumplido

veintiún (21) años. Cabe preguntarse qué finalidad o beneficio produce este trato atropellado, ya sea para la sociedad o, evidentemente, para el menor.

Una peculiaridad adicional —y que presenta grandes problemas constitucionales— es cuando el menor ha sido convicto por delito grave o menos grave y fue juzgado como adulto. Se plantea que el Tribunal de Menores no tendrá jurisdicción para atender las faltas pendientes del menor. Ciertamente, ello tendría sentido si se refiere a una falta cometida por el menor con una fecha posterior a los hechos mediante los cuales fue tratado como adulto. Por otro lado, sería inconstitucional que se pretendiera retrotraer la renuncia de jurisdicción o el trato como adulto del menor por hechos cometidos con anterioridad a los que dieron base para ser juzgado como adulto. Es decir, el trato como adulto tiene que ser prospectivo.³³

Otra nueva modalidad consiste en aquellos casos en que el menor cometió una falta tipo II o III entre los catorce (14) y los dieciocho (18) años, evade la jurisdicción del Tribunal de Menores, y es intervenido luego de cumplir los dieciocho (18) años. En esos casos, sería remitido inmediatamente al TGJ. Esta modalidad tiene dos problemas: el primero es que omite reconocer que el Tribunal de Menores aún mantiene su jurisdicción sobre el menor hasta los veintiún (21) años. Por lo que puede ser procesado en el Tribunal de Menores o, inclusive, podría, luego de la evaluación correspondiente, renunciar a su jurisdicción. El segundo problema es que esta modalidad está en conflicto con el caso de *Pueblo v. Agosto Vázquez*, en el que se establece que un menor que evade la jurisdicción puede ser

tratado como adulto, siempre y cuando el menor haya sido arrestado al llegar a los veintiún (21) años, por lo que el Tribunal de Menores ya había perdido su jurisdicción.³⁴

Con relación a este tema, el P. del S. 489 mantiene la normativa establecida por la Ley 88-1986.³⁵ Tal y como expresamos anteriormente, dicha legislación permite tratar a un menor de quince (15) años o más como adulto cuando se le impute un asesinato en primer grado en su modalidad de acecho, tortura o veneno, a propósito o con conocimiento. Así, como también si se le imputaran los delitos relacionados que surjan de la misma transacción o asesinato en cuestión.

D. Proceso y consideraciones para la renuncia del Tribunal de Menores a su jurisdicción

Ninguno de los proyectos presentados propone cambios a las circunstancias en que un menor puede “ser renunciado” y su asunto referido al TGJ. Ello fue motivo de sorpresa para varios sectores. Particularmente para los que esperaban que se estableciera mayor rigor en los procesos de evaluar la deseabilidad o no de que el Tribunal de Menores renuncie a su jurisdicción sobre un menor. Ambos proyectos mantienen, incluso, la clasificación existente entre las peticiones discrecionales y mandatarias, las cuales tiene que presentar el Procurador de Menores. Ciertamente, esto puede responder a que en el proyecto se amplían significativamente los casos en que el Tribunal de Menores pierde *a priori* su jurisdicción y los menores de hasta catorce años pueden ser juzgados como adultos desde el inicio del proceso.

33 Véase *Pueblo en Interés del menor* AAO, 138 DPR 160 (1995).

34 112 DPR 57 (1982).

35 Ley de Menores de Puerto Rico, Ley Núm. 88 del 9 de julio de 1986, según enmendada, 34 LPRA §§ 2201-38.

Aclarado lo anterior, el único cambio que se propuso en el P. de la C. 1036 fue el de establecer que el Procurador tendrá que presentar la solicitud de renuncia de jurisdicción (solicitud mandatoria) en aquellos casos en que se le imputen al menor hechos constitutivos de asesinato o cualquier otro delito que esté sujeto a una pena de noventa y nueve (99) años. En la Ley Núm. 88-1986 se hace referencia a delitos constitutivos de asesinato y cualquier otro delito grave de primer grado. Hay que recordar que, bajo el Código Penal del 2004, los delitos de primer grado eran aquellos cuya pena de reclusión era de noventa y nueve (99) años. Así las cosas, es evidente que no hay cambios de clase alguna propuestos bajo este proyecto. Paralelamente, cabe destacar que el P. del S. 489 no propone ninguna enmienda a los escenarios mediante los cuales el Procurador podrá o deberá presentar renuncia de jurisdicción.

E. Naturaleza de las medidas dispositivas

Muchos de los reclamos para que se vetara el P. de la C. 1036 estaban basados en que dicho proyecto le imponía mayor responsabilidad penal a los menores de edad y acercaba los menores a la normativa y procesos penales aplicables a los adultos. Como dijéramos previamente, ello es contrario a la tendencia — tanto a nivel internacional como en los Estados Unidos— de establecer con mayor énfasis diferencias palpables en la normativa penal aplicable a los adultos y la aplicable a los menores; además de propiciar un trato más atenuado y con más opciones de rehabilitación a los niños y adolescentes.

Uno de los aspectos que mayor preocupación causó fue lo referente a las penas (medidas dispositivas) que podían imponerse a los menores de edad. Sin ningún tipo de estu-

dio empírico o justificación, se aumentan las penas provistas en la Ley Núm. 88-1986. El primer paso en esa dirección fue eliminar la medida o pena nominal en las faltas clase II, y limitarlas a primeros ofensores en las faltas clase I. Las medidas nominales constituyen una medida o sanción adecuada para atender casos en los cuales los menores no necesitan una supervisión excesiva o invasiva para modificar su conducta.

En los delitos clase I, la medida dispositiva en la cual se imponía custodia se aumentó en tres (3) meses; es decir, de seis (6) a nueve (9) meses y la libertad condicional permaneció igual. En las faltas clase II, la pena se aumentó tanto en su modalidad de libertad condicional como de custodia. En la libertad condicional se aumentó de tres (3) años a cuarenta y dos (42) meses; y al imponerse la medida dispositiva de custodia de dos (2) años, se aumentó a treinta y seis (36) meses. Finalmente, en las faltas clase III la medida dispositiva de libertad condicional aumentó de un máximo de cuatro (4) a cinco (5) años; y la modalidad de custodia de un máximo de tres (3) a un máximo de cuatro (4) años. Por su parte, el P. del S. 489 no propuso ningún cambio a la normativa establecida a la Ley Núm. 88-1986 con la única excepción, de prohibir categóricamente el encarcelamiento en solitaria del menor. Esto último basado en la vulnerabilidad del menor y en la necesidad de propender su reintegración a la sociedad.

F. Alternativas o desvío del proceso judicial de menores ordinario

El agotamiento de remedios administrativos constituye, con toda probabilidad, una de las mayores innovaciones a la Ley de Justicia Juvenil de Puerto Rico. Esa constituiría, por mucho, una de las grandes aportaciones

del P. del S. 489. En dicho proyecto se propuso la creación de un nuevo Artículo 4-A en el cual se establecía el requisito de agotar los remedios antes de que el Tribunal de Menores pudiera ejercer su jurisdicción. A esos fines, el artículo establecía lo siguiente:

Antes del Tribunal ejercer su jurisdicción sobre la persona menor de edad, deberá agotarse todo remedio administrativo establecido en el sistema de educación pública o privada, según sea el caso, cuando la falta que se impute haya tenido lugar en un plantel escolar. En caso del tribunal tener que asumir su jurisdicción sobre la persona menor, nada de esto se entenderá en menoscabo del derecho del menor a que su caso sea referido a mediación o desvío, si cualifica según lo establecen esta Ley y las Reglas de Asuntos de Menores.

Los comentarios, admisiones o declaraciones realizadas por el menor en los procesos administrativos utilizados en el plantel escolar, ya sea en las inmediaciones de la escuela, en la transportación pública escolar o en actividades escolares con fin recreativo, cultural o académico, serán confidenciales y no podrán utilizarse o admitirse como evidencia en un proceso judicial posterior a cualquier Sala de Asuntos de Menores o en un proceso judicial ordinario en casos donde el menor se procese como adulto.³⁶

Al examinar la Exposición de Motivos, surge que el agotamiento de remedios es una medida necesaria tomando en consideración el número de querellas atendidas en el tribunal, las cuales tienen sus génesis en incidentes acontecidos en las escuelas públicas. Muchos de estos incidentes pueden resolverse de manera satisfactoria al ser atendidos por personal directivo de la escuela, los padres de los menores involucrados y los menores como tal; todo esto sin la necesidad de activar un proceso judicial con los estigmas asociados con los procesos judiciales y sin la necesidad de exponer al menor a un ambiente totalmente extraño y enajenante para este. Este trato —que no está disponible para adultos— es más apropiado para atender a estos niños y adolescentes y, por cierto, es más cónsono con el trato más atenuado y diferenciado de los adultos, que es menester ofrecer a este sector. Además, dicho trato es consistente con el Artículo 40 (3) (b) de la Convención de los Derechos del Niño, que promueve “la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.³⁷

La mediación fue otro método alternativo para resolver conflictos incluido en ambos proyectos. Mediante este proceso, se plantea la posibilidad de que las partes en conflicto puedan llegar a un entendido sin la necesidad de tener que judicializar el asunto; es decir, sin tener que llevarlo a la atención del Tribunal de Menores. La mediación ya había sido incorporada a la Ley de Menores mediante la Ley Núm. 165-2014.³⁸ El P. del S. 489 propo-

³⁶ P del S. 489 del 8 de mayo de 2017, 1ra Ses. Ord., 18va Asam. Leg., art. 5, en la pág. 19.

³⁷ NACIONES UNIDAS, CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ART. 40 (3) (B), EN LA PÁG. 36, (JUNIO 2006), [HTTP://WWW.UN.ORG/ES/EVENTS/CHILDRENDAY/PDF/DERECHOS.PDF](http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/DERECHOS.PDF), (ÚLTIMA VISITA 22 DE MARZO DE 2018).

³⁸ Véase Enmienda Ley para Establecimiento de Foros

nía dos cambios significativos al proceso de mediación, incorporado desde 2014, que consistía en permitir la mediación en cualquier momento y previo a la adjudicación del caso. Por su parte, la normativa actual, así como la propuesta por el P. de la C. 1036, requieren que la mediación comience luego de la determinación de causa probable. Esta limitación tiene como resultado que la mediación no pueda comenzarse antes de que se “judicialice” el proceso, y requiere que el menor sea sometido a los formalismos y rigores del trámite judicial; lo que, a su vez, limita que pueda acceder a los beneficios asociados con la mediación. En ese sentido, la propuesta del P. del S. 489 va en la dirección correcta ya que permite que la mediación comience desde el proceso de investigación. El otro aspecto a destacarse es que el P. del S. 489 amplía los escenarios en los que puede activarse la mediación al permitir la mediación en faltas Clase I, sin importar si el menor es primer ofensor. Además, la contempla en faltas clase II en casos de primeros ofensores. Bajo la normativa actual, al igual que la propuesta por el proyecto de la Cámara, se limita la mediación a primeros ofensores de faltas clase I. Finalmente, en ambos proyectos se mantiene la normativa existentes de desvío, pero sin cambios de clase alguna.

IV. Reflexiones y observaciones finales

Al examinar el tracto de estos dos proyectos, particularmente lo propuesto en el P. de la C. 1036, hay que reconocer que el curso tomado por el gobernador fue el correcto en la medida en que ello va a propiciar una nueva dis-

cusión sobre cuál debe ser la política pública que matece una nueva Ley de Justicia Juvenil. Hay que reafirmar que de haberse convertido en ley con la firma del gobernador, el P. de la C. 1036 hubiera sido una acción desafortunada en la medida en que nuestra normativa de justicia juvenil se hubiera alejado de las corrientes internacionales, de la normativa federal y, sobre todo, de todos los estudios e investigaciones científicas que promueven un trato distinto a los niños y adolescentes en comparación con los adultos. Su aspecto más desafortunado fue bajar la edad a catorce (14) años en que un menor puede ser juzgado a priori como adulto. Cabe recordar que la Ley Núm. 19-1991 revertió el que un menor de catorce (14) años pudiera ser juzgado como adulto sin que mediara la evaluación del Tribunal de Menores. Dicha enmienda estuvo sustentada en estudios y estadísticas los cuales establecieron que la incidencia de menores de catorce (14) años que cometían asesinatos era nominal y que, además, dicha práctica no era compatible con la naturaleza y visión de la Ley de Menores. Inexplicablemente, veintiséis (26) años después, y sin justificación lógica o de peso, se quiere regresar a una práctica previamente descartada y lesiva a los intereses del menor. Es por todo lo anterior que la aprobación y puesta en vigor del referido proyecto implicaba un gran retroceso; y además, hubiera afectado negativamente a cientos de niños y adolescentes que, de por sí, constituyen un sector sumamente vulnerable de nuestra sociedad. La aprobación de ese proyecto —aparte de robarle la niñez a nuestros jóvenes— hubiera constituido una condena a toda una vida en instituciones penales.

Cabe destacar que el P. del S. 489 aportó mucha información en su Exposición de Motivos, lo que provoca, verdaderamente, un mejor entendimiento de lo que debe ser una nueva

política pública referente a este importante tema y que, a su vez, sirva de base para una nueva ley. Deben destacarse, particularmente, dos aspectos que nos parecen medulares de dicho proyecto: (i) el agotamiento de remedios administrativos y (ii) el establecimiento de una edad mínima para poder procesar judicialmente a un niño o niña. Dichas medidas van en la dirección correcta, como también el que se amplíe la posibilidad —aunque en muy pocas circunstancias— de utilizar la mediación en lugar de tener que recurrir al tribunal en todos los casos. No obstante, nos parece que, al pretender establecer una nueva ley de menores o enmiendas sustanciales a la ley vigente, no debe perderse la oportunidad de que se evalúen aquellas faltas y circunstancias en las que puede renunciarse a la jurisdicción del menor, así como también las penas máximas a las cuales puede ser sentenciado. Sobre esto último, el P. del S. 489 guardó absoluto silencio, a pesar de que, como señaláramos antes, incorporó cambios significativos a la Ley de Justicia Juvenil. Así las cosas, debe retomarse el tema y escuchar a todos los sectores que tengan algo que aportar. Solo entonces se debe proceder a la presentación un nuevo proyecto. Nuestros niños y adolescentes merecen la atención del Estado. En esa dirección, merecen de manera apremiante una nueva ley de menores. El veto no puede ser una excusa para la inacción e indolencia.

La Criminalización de la Niñez y el Reto de un Nuevo Paradigma Jurídico en Puerto Rico

ARTÍCULO

*Hon. Francisco A. Borelli Irizarry**

“La generación naciente no es la que degenera; si se corrompe, es que los hombres maduros estaban ya corrompidos.”

– Montesquieu, El espíritu de las leyes**

En los últimos treinta años, las supuestas reformas al sistema de justicia penal juvenil de Puerto Rico, a nuestro juicio han promovido un estigma hacia los niños, las niñas y los adolescentes, mal llamados menores. De entrada, señalamos que la palabra menor que utiliza la legislación penal juvenil, invita a la minusvalía de la dignidad de niños, niñas y adolescentes. Todas las estructuras fundamentales en nuestra sociedad, que están encargadas del desarrollo de la personalidad ciudadana, nos han transmitido, generación tras generación, una visión de niños y niñas como personas de forma parcial.¹ Con esta formación, no nos debe sorprender que en la adultez nos arroga-

mos la facultad de tratarlos como instrumentos o como medios para conseguir un fin. Muchos niños, niñas y adolescentes se han procesado en el llamado Tribunal de Menores, cuyo historial refleja maltrato físico y/o emocional por parte de los adultos familiares inmediatos, y las instituciones competentes que carecen de los recursos económicos, culturales y sociales para propiciar su potencial.

Al considerar lo anterior, resulta contradictorio utilizar esa misma premisa para sustentar desde las estructuras de poder, el establecimiento de un proceso para castigarlos desproporcionada e irrazonablemente.

Hagamos un ejercicio. Examinemos la legislación del sistema penal juvenil vigente a través de la Ley 88-1986 y procedamos a sustituir la palabra menor por niño, niña o adolescente. Comencemos por el título de la Ley 88-1986.² En lugar de “Ley de Menores de Puerto Rico”

* Las expresiones verbales o escritas a continuación responden a mis ideas, criterios, y opiniones personales sobre el tema y en modo alguno representan la posición oficial de la Rama Judicial.

** CHARLES LOUIS DE SECONDAT, BARÓN DE MONTESQUIEU, EL ESPÍRITU DE LAS LEYES, 34 (Editorial Porrúa, México 2005).

1 Recordemos siempre aquella frase popular: “Los niños hablan cuando las gallinas mean”.

2 Ley de Menores de Puerto Rico, Ley Núm. 88-1986 según enmendada, 34 LPRÁ §§ 2201-2238 (2017).

leería “Ley de Niños, Niñas y Adolescentes de Puerto Rico”. Haga un examen mental para determinar el efecto que esto tiene en usted al leer el resto de las disposiciones de la Ley. Si concluye que al referirse a los *menores* como niños y niñas siente un cambio en su ánimo, y se inclina hacia una visión de mayor protección y cuidado, entonces debe ocuparse de hacer el cambio mental necesario para considerarlos y tratarlos como el tesoro del país. Comience por dirigir todos sus esfuerzos a propiciar el brillo que cada niño y niña lleva en su persona cuando nace, para alumbrarnos un horizonte de esperanza a todos los adultos en aquella parte del camino donde nos corresponderá hacer la transferencia generacional.

La mayoría de los esfuerzos dirigidos a reformar la justicia penal juvenil inician con una alerta de emergencia. Siempre se trata de un alegado estado de peligrosidad que está frágilmente sustentada sobre la existencia de una estadística que supuestamente indica alta incidencia de actividad delictiva cometida por niños, niñas y adolescentes. Ello complace al ciudadano, porque se le vende una receta con efectos inmediatos para combatir la criminalidad. No obstante, esta técnica contiene una conclusión de peligrosidad a base de premisas incorrectas, inarticuladas y expresas. Le sugieren al adulto una predisposición del niño y la niña para la actividad delictiva, y ser utilizados por delincuentes adultos para cometer delitos y quedar impunes.

Adjudicar peligrosidad al niño, niña o adolescente por el mero hecho de serlo, y por ello considerarlo el enemigo, constituye una regresión al umbral del positivismo criminológico y del derecho penal sostenido por la doctrina nacionalsocialista del siglo pasado. Como señala el profesor Javier Llobet Rodríguez: “En Latinoamérica tenemos suficientes antecedentes en

las dictaduras militares latinoamericanas que bajo los mismos fundamentos jurídicos de un derecho penal del enemigo trataron de justificar las torturas y las desapariciones forzadas”.³

El niño, la niña y el adolescente son más vulnerables a la afectación de su dignidad debido a un desarrollo neurobiológico incompleto, según lo indica la ciencia, especialmente la psiquiatría.⁴ Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.⁵ Si a esa vulnerabilidad le sumamos otras condiciones de discriminación y exclusión social con las que crece gran parte de nuestra niñez, tales como lo son la pobreza, el género, el color de piel, las necesidades especiales físicas y/o mentales, hay fundamento más que suficiente para desarrollar un plan integral e interdisciplinario para protegerlos, y lograr su desarrollo pleno y autónomo, en lugar de criminalizarlos. Para ello debe haber una participación amplia sobre la base de un pluralismo democrático de toda la sociedad, en todos los niveles institucionales gubernamentales, privados y comunitarios. Ello requiere una discusión pública que promueva la participación y colaboración de profesionales competentes y una comunidad informada.

En cuanto a la verdadera causa de la incidencia criminal, cabe mencionar lo que la experiencia demuestra. La mayoría de los adultos que son acusados por los delitos más serios, en su niñez presentaron alguna condición de salud mental que nunca fue diagnosticada o atendida, o que fue tratada inadecuadamente. Esta condición durante el desarrollo se agrava y lleva

3 JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ, DERECHOS HUMANOS EN LA JUSTICIA PENAL, 458 (2008).

4 Brief for American Medical Association et al. as Amici Curiae Supporting Neither Party, *Miller v. Alabama*, 567 US 460 (2012) (Nos. 10-9646, 10-9647).

5 Véase *Montgomery v. Louisiana*, 136 S.Ct. 718, 733-35 (2016); *Miller v. Alabama*, 567 US 460, 471-72, 472 n. 5, 476 (2012); *Graham v. Florida*, 560 US 48, 68-69 (2010); *Roper v. Simmons*, 543 US 551, 569-74 (2005).

en algún momento a la conducta delictiva. La mayoría de estos adultos sufrieron durante su niñez, y casi toda su vida, algún trauma o trastorno de salud mental. En muchos casos, la falta de atención adecuada los llevó a auto medicarse y adquirir trastornos adictivos comórbidos. Cualquier reforma de justicia juvenil necesita tomar en consideración esos factores.

Los estudios realizados por el *Children's Justice Act Task Force*, al cual pertenecemos, revelaron la inminente e impostergable necesidad de atender el alto índice de trastornos de salud mental y adicción que sufre nuestra niñez. No puede haber una verdadera reforma de justicia juvenil si no se integran al procesamiento de niños y niñas las disposiciones contenidas en los Capítulos VII al XI de la Ley Núm. 408-2000.⁶ Estas disposiciones establecen el sistema de servicios de salud mental para niños, niñas y adolescentes, y recogen la carta de derechos de los menores.

Debemos recordar que, en el momento histórico de su aprobación, la Ley Núm. 408-2000 fue una de vanguardia en la protección de los derechos humanos de las personas con condiciones de salud mental, esto incluyó a los niños y niñas que fueron procesados por el sistema de justicia juvenil. La Ley Núm. 408-2000 impone a casi todas las agencias administrativas públicas de Puerto Rico la obligación de proteger el derecho a la recuperación que tienen los niños y niñas. La Ley Núm. 408-2000 se adelantó para recoger vía legislación lo que constituía el interés internacional en la protección de los derechos humanos de las personas con trastornos de salud mental, recogidos por la Organización de las Naciones Unidas en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y la

Convención de los Derechos del Niño.

Las reglas procesales de un sistema de justicia juvenil esperanzador para Puerto Rico deben integrar un mandato inequívoco hacia una práctica colaborativa constituida por un equipo multidisciplinario dirigido a lograr la recuperación, a través de un plan de tratamiento individualizado. El plan de tratamiento, que busca la recuperación y rehabilitación, debe ser confeccionado por los profesionales que la ley designa. También debe ser supervisado por el tribunal desde la etapa investigativa, exigiendo de forma proactiva que se cumplan las responsabilidades impuestas por ley a todas las agencias privadas y públicas. Esto incluye a los proveedores de servicios de salud mental, que recurrentemente incurren en violaciones de la ley.

Es imperativo que el estado de derecho mantenga su función vital de contener el ejercicio irracional del poder punitivo, la expansión y reproducción de los atentados contra la dignidad humana y al ejercicio de los derechos de libertad. Para ello, es necesario fortalecer la protección de los derechos individuales mediante la educación en todos los niveles de formación. Nuestro país debe poner este objetivo en primer orden de las prioridades. En nuestra humilde opinión, solo así el recurso humano en Puerto Rico puede constituir una riqueza y fortaleza que incentivará la confianza de la inversión extranjera en todas las áreas necesarias para el desarrollo de nuestro país. En la medida en que todas las estructuras administrativas públicas que crea la política pública estén dirigidas por personas formadas en una cultura de paz y protección de los derechos humanos, nos acercaremos a ese objetivo. De lo contrario, seguiremos caminando como sociedad hacia la regresión y más allá de un país tercermundista.

⁶ Ley de Salud Mental de Puerto Rico, Ley Núm. 408-2000, 24 LPRR §§ 6158-6162e (2017).

REFERENCIAS GENERALES

FRANCISCO BARAHONA RIERA, DESDE CENTROAMÉRICA: EDUCANDO PARA UNA CULTURA DE PAZ (2008).

ALEX FALLAS SOLÍS, POLÍTICA DEL MIEDO Y DESCANTO CIUDADANO (2012).

DAVID KATNER, ELIMINATING THE COMPETENCY PRESUMPTION IN JUVENILE DELINQUENCY CASES, 24 CORNELL J.L. & PUB. POL'Y. 403 (2015).

La desaparición de la niñez: La falsa inimputabilidad penal de los niños y niñas en Puerto Rico

ARTÍCULO

*Iris M. Camacho Meléndez**

Introducción: La desaparición de la niñez¹

No hay duda de que en tiempos de *inversionismo político* y políticas neoliberales, la importancia social y política de la niñez es poca o ninguna. La violencia contra la niñez y la poca importancia que se le concede social y políticamente, es un fenómeno histórico no superado. El final del Siglo XX y el inicio del Siglo XXI se han caracterizado por situaciones que afectan de manera especial a los niños y las niñas. Entre tales situaciones podemos destacar la trata humana infantil, los niños y las niñas refugiadas, los niños soldados, los niños

y las niñas de la calle y el trabajo infantil. En los Estados Unidos esta realidad se demuestra además en el dato de que miles de niños y niñas mueren anualmente por armas de fuego, en los ataques armados a escuelas, en el trato a los niños y niñas de la frontera, y al igual que en Puerto Rico, en la falsa inimputabilidad penal de los niños y las niñas.

El concepto niñez va desapareciendo, siendo sustituido por otros que le disminuyen, tales como menores y adolescentes, o aquellos que le trasladan al mundo adulto, como se observa al llamar jóvenes a niños de 7 años. La propuesta denominada “**Ley de Justicia Juvenil de Puerto Rico**”, (P. de la C. 1036) es un ejemplo preciso de esta última tendencia. En esta propuesta de ley diseñada para exigir responsabilidad penal durante la minoridad, el legislador optó por utilizar el concepto “juvenil” para dar la idea de que se dirige a jóvenes y no a niños y niñas, lo que era verdaderamente su intención. De hecho, a pesar de que el proyecto, al igual que la ley actual, falla en disponer de una edad mínima para exigir responsabilidad penal a las personas menores de edad, las palabras niño o niña no aparecen en el proyecto, pero tampoco se define el concepto que le da título a la Ley, *Justicia Juvenil*.

* Iris M Camacho Meléndez es Decana de Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Posee un JD de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico y un Doctorado en Derecho de la Universidad del País Vasco. La autora agradece la colaboración de la estudiante Sahily Martínez Almodovar en la investigación relacionada a la preparación de este artículo.

¹ La idea de una desaparición de la niñez la desarrolló el sociólogo norteamericano Neil Postman, en el año 1982 cuando publicó la primera edición de su libro, *The Disappearance of Childhood*. Postman analiza la niñez como una invención social antes que biológica. En su texto describe cómo desde la segunda parte del Siglo XX, se observa un proceso acelerado de desaparición de la niñez, que se evidencia desde la imposición de reglas de juegos adultos a los juegos infantiles, por ejemplo, las pequeñas ligas, hasta la popularidad de la idea de una delincuencia juvenil, no sustentada estadísticamente. NEIL POSTMAN, *THE DISAPPEARANCE OF CHILDHOOD*, 4 (2ND ED. 1994).

El juego de palabras no se limita al concepto niñez, con la misma intención se utilizan diversos eufemismos, como por ejemplo cuando para referirse a los fiscales se les denomina procurador de menores, o cuando a la cárcel de menores le llamamos institución juvenil.² El uso de eufemismos transmite, o intenta transmitir, la idea de un sistema dirigido a alcanzar el mejor bienestar de los niños y niñas, cuando desde una perspectiva teórica y práctica se trata, como veremos más adelante en este escrito, de un sistema altamente punitivo dirigido a “exigir responsabilidad a los niños y niñas por sus actos”, o según señalado con aprobación por el Tribunal Supremo de Puerto Rico (TSPR) diseñado para castigar.³

El empeño de llamar jóvenes a los niños y las niñas no solo promueve la invisibilidad o desaparición de la niñez, sino que dificulta definir el concepto juventud o juvenil cuando se utiliza en el contexto jurídico. Existe un momento en los documentos de organizaciones internacionales en el que coinciden edades que se consideran niñez y juventud. Ello debido a que el tránsito de la niñez a la juventud no es matemático sino emocional, social y cultural. La juventud es una etapa que puede coexistir con la niñez en su etapa más tardía, o con la adultez en su etapa más temprana.

Sobre el concepto juventud Marta Mauras, indica que la CEPAL entiende que “el inicio de la juventud se asocia a la pubertad y la

adolescencia”, y añade que:

“Sólo desde la definición formal de los rangos de edad que esto incluye ya hay confusiones y ambigüedades: para la Convención de los Derechos del Niño y UNICEF ésta abarca desde los 10 a los 18 años, denominándose incluso al tramo entre 10 y 14 años como la adolescencia temprana; para la OMS, adolescencia es entre los 10 y los 20 años; para Naciones Unidas, juventud es entre 15 y 24 años y para el Banco Mundial entre 12 y 24; para la Unión Europea, juventud es entre 15 y 29. En lo formal, a lo menos esto acarrea una superposición de edad entre niñez y juventud, patente sobre todo entre los 15 y los 18 años, lo que se evidencia en el hecho que la juventud permanece como una categoría indefinida en los marcos constitucionales de la mayoría de los países.”⁴

En Puerto Rico, en la Carta de Derechos del Joven, sobre el concepto juventud se indica que será toda persona que se encuentre entre los 13 y 29 años y que se refiere a un “cuerpo social dotado de una considerable influencia en el presente y en el futuro de la sociedad puertorriqueña”.⁵ Sobre el concepto niñez, es importante indicar que existe un consenso internacional para establecer los 18 años, como el límite que separa la niñez de la adultez.⁶

2 El propio Tribunal Supremo de Puerto Rico acepta este juego de palabras al señalar lo siguiente: “En los procesos de asuntos de menores nos encontramos ante ‘un procedimiento especial donde los delitos se denominan faltas, el juicio se denomina vista adjudicativa y la sentencia medida dispositiva’. Un proceso especial en el cual el menor transgresor (el término “transgresor” sustituye al término “convicto” de la esfera penal), ...” Pueblo en interés de los menores C.L.R. y A.V.L., 178 DPR 315, 326 (2010).

3 Pueblo en interés de los menores C.L.R. y A.V.L., 178 DPR 315 (2010).

4 Mauras, M. (2008), La Adolescencia y la Juventud en las Políticas Públicas de Iberoamérica, Cumbre Iberoamericana.

5 Carta de Derechos del Joven, Ley 167 de 26 de julio de 2003, 1 LPRA 445-448

6 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

Minoridad, Responsabilidad Penal de los Menores y Derechos Humanos

El art. 1, de la Parte 1, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989 declara que: “*Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*”. La Convención constituye un consenso sobre los derechos humanos de la niñez y una aspiración a un sistema universal de la protección de los derechos del niño y la niña. Como es sabido, Puerto Rico no puede, debido a su déficit de soberanía política, firmar o ratificar esta Convención, por lo que las niñas y los niños puertorriqueños tienen garantizados menos derechos que los demás niños del planeta.⁷ Por su parte Estados Unidos firmó la Convención de los Derechos del Niño en el 1995, pero no la ha podido ratificar, pues su ordenamiento interno es contrario a las garantías mínimas que promulga la Convención. En el 1990 la Cámara de Representantes norteamericana emitió una Resolución favoreciendo la firma de la Convención y refiriendo al Senado para evaluación su ratificación, pero ello no ocurrió. En el 1997, se presentó un proyecto de Ley, titulado Ley de los Derechos del Niño (“The Rights of the Child Act of 1997”), que facilitaría la ratifica-

7 En este tema es importante destacar que la legislatura puertorriqueña en el año 1998, reconoció la importancia de la Convención mediante la Exposición de Motivos de la Ley de Declaración de Derechos y Deberes de la Persona Menor de Edad, su Padre, Madre, Tutor, y del Estado, al señalar que “la Organización de las Naciones Unidas, conocida por sus siglas como ONU, adoptó en 1989 la Convención de los Derechos del Niño, de la cual son signatarios una gran cantidad de las naciones miembros, con el propósito de hacer una expresión de reconocimiento internacional de los derechos de los niños”, Ley Núm. 289 de 1 de septiembre de 2000, según enmendada, 1 LPRÁ 421-440.

ción de la Convención, pero no fue aprobado.⁸ Entre los problemas que Estados Unidos enfrenta para ratificar la Convención se encuentra que, (1) en alrededor de 20 ordenamientos estatales norteamericanos hasta el año 2005 se permitía imponer la pena de muerte por hechos cometidos durante la minoridad,⁹ (2) en la mayoría de los estados, al igual que en Puerto Rico, personas menores de 18 años pueden ser procesadas como adultos en procesos penales ordinarios,¹⁰ y (3) que muchas de las jurisdicciones estatales, al igual que Puerto Rico, no han establecido un tope de edad mínimo para que un menor sea procesado judicialmente.¹¹ El único país que no han ratificado la Convención, es precisamente Estados Unidos.¹²

En el contexto del Derecho de Menores y los procesos de la denominada Justicia Juvenil,

8 David P. Stewart, *Ratification of the Convention on the Rights of the Child*, 5 GEO. J. ON FIGHTING POVERTY 161 (1998).
9 *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005). Sobre el tema de pena de muerte a menores de edad en los Estados Unidos véase, Curtis A. Bradley, *The Juvenile Death Penalty and International Law* 52 DUKE L.J. 485 (2002).

10 Arts. 4 (2) (a) (b) y (c) y Art. 15, Ley de Menores de Puerto Rico, Ley 88 de 9 de julio de 1986, 34 LPRÁ 2204 y 2213. Para un análisis exhaustivo del tema de la renuncia de jurisdicción en Estados Unidos y Puerto Rico, véase, Iris Y. Rosario Nieves, *La capacidad Disminuida como Reto a las Renuncias de Jurisdicción*, 86 REV. JUR. UPR 322 (2017).

11 Merrill Sobie Close y John D Elliott, *Why Full Implementation is Long Overdue*, 29-FALL CRIM. JUST. 23 (2014) y MINIMUM AGE FOR DELINQUENCY ADJUDICATION—MULTI-JURISDICTION SURVEY, NATIONAL JUVENILE DEFENDER CENTER, [HTTP://NJDC.INFO/PRACTICE-POLICY-RESOURCES/STATE-PROFILES/MULTI-JURISDICTION-DATA/MINIMUM-AGE-FOR-DELINQUENCY-ADJUDICATION-MULTI-JURISDICTION-SURVEY/](http://njdc.info/practice-policy-resources/state-profiles/multi-jurisdiction-data/minimum-age-for-delinquency-adjudication-multi-jurisdiction-survey/) (VISITADO EL 12 DE MARZO DE 2018).

12 Thalif Deen, *EEUU casi a solas contra la Convención de los Derechos del Niño*, INTER PRESS SERVICE, EN [HTTP://WWW.IPSNOTICIAS.NET/2015/01/EEUU-CASI-A-SOLAS-CONTRA-LA-CONVENCIÓN-DE-LOS-DERECHOS-DEL-NINO/](http://www.ipsnoticias.net/2015/01/eeuu-casi-a-solas-contra-la-convencion-de-los-derechos-del-nino/) (3/11/2018), UN NEWS, *UN LAUDS SOUTH SUDAN AS COUNTRY RATIFIES LANDMARK CHILD RIGHTS TREATY*, EN [HTTPS://NEWS.UN.ORG/EN/STORY/2015/05/497732-UN-LAUDS-SOUTH-SUDAN-COUNTRY-RATIFIES-LANDMARK-CHILD-RIGHTS-TREATY](https://news.un.org/en/story/2015/05/497732-un-lands-south-sudan-country-ratifies-landmark-child-rights-treaty) (3/16/2018) Y MARTHA MIDDLETON, *ABA ADDS ITS VOICE TO CALLS FOR THE US TO RATIFY THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD*, EN: [HTTP://WWW.ABAJOURNAL.COM/MAGAZINE/ARTICLE/ABA_ADDS_ITS_VOICE_TO_CALLS_FOR_THE_US_TO_RATIFY_THE_CONVENTION_ON_THE_RIGH/](http://www.abajournal.com/magazine/article/aba_adds_its_voice_to_calls_for_the_us_to_ratify_the_convention_on_the_right/) (3/16/2018).

o la responsabilidad penal de los menores, la doctrina de la Convención se ha dado a conocer como las 4D: (1) Desjudicialización, (2) Desinstitucionalización, (3) Descriminalización y (4) Debido Proceso de Ley.¹³ La Convención de Derechos del Niño promueve la doctrina de la “protección integral” del menor y la garantía de sus derechos en sustitución de la doctrina de menor en “situación irregular” característica de nuestra derogada Ley de Menores de 1955, y también como alternativa a los procesos de naturaleza punitiva, como lo es el caso de los procesos en muchos estados de Estados Unidos, y en Puerto Rico.¹⁴

Desde una perspectiva histórica, las diversas filosofías en el sistema de justicia de menores se han denominado como:

- La era paternalista: La legislación presidida por la ideología tutelar en la que la mezclaba la idea de proteger al menor, con la de reprimirle, a cargo de un juez todo poderoso (en Puerto Rico juez-fiscal), y sin las garantías y derechos básicos para los menores de edad.¹⁵

13 Aida Kemelmajer, “En búsqueda de la tercera vía. La llamada Justicia Restaurativa, Reparativa, Reintegrativa o Restitutiva”, en GARCÍA RAMÍREZ, S. (COORD.): DERECHO PENAL. MEMORIA DEL CONGRESO INTERNACIONAL DE CULTURAS Y SISTEMAS JURÍDICOS COMPARADOS, pp. 272-274, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, MEXICO, (2005).

14 EMILIO GARCÍA MÉNDEZ, ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL: SEGURIDAD CIUDADANA Y DERECHOS FUNDAMENTALES, MÉXICO (2009), EMILIO GARCÍA MÉNDEZ, *LA CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: DEL MENOR COMO OBJETO DE LA COMPASION-REPRESION A LA INFANCIA-ADOLESCENCIA COMO SUJETO DE DERECHOS* EN: DERECHO DE LA INFANCIA / ADOLESCENCIA EN AMÉRICA LATINA: DE LA SITUACIÓN IRREGULAR A LA PROTECCIÓN INTEGRAL, (1994), FERMÍN G. CHUNGA LAMONJA, DERECHO DE MENORES, pp. 57-62 (1995).

15 EMILIO GARCÍA MÉNDEZ, ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL: SEGURIDAD CIUDADANA Y DERECHOS FUNDAMENTALES, MÉXICO (2009), EMILIO GARCÍA MÉNDEZ, *LA CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: DEL MENOR COMO OBJETO DE LA COMPASION-REPRESION A LA INFANCIA-ADOLESCENCIA COMO SUJETO DE DERECHOS* EN: DERECHO DE LA INFANCIA / ADOLESCENCIA EN AMÉRICA LATINA: DE LA SITUACIÓN IRREGULAR A

- La era garantista: Tendencia que exige el reconocimiento de derechos humanos básicos a las personas menores de edad en los procesos judiciales en su contra.¹⁶
- La era ecléctica: Tendencia en la que la legislación refleja diversas filosofías en el campo del Derecho de Menores.¹⁶

En Puerto Rico, la legislación de 1955 respondía a una filosofía paternalista, en la que usando como fundamento el interés de los menores de edad, se les violentaban garantías constitucionales y humanas básicas. Los tribunales supremos de Puerto Rico y Estados Unidos realizaron pronunciamientos importantes, para garantizar a niños, niñas y jóvenes tales garantías mínimas.¹⁷ En la actualidad, la Ley de Menores de Puerto Rico afirma que posee una filosofía mixta en la que coexisten diversos propósitos:

- proveer para el cuidado, protección, desarrollo, habilitación y rehabilitación de los menores y proteger el bienestar de la comunidad;
- proteger el interés público tratando a los menores como personas necesitadas de supervisión, cuidado y tratamiento, a la

LA PROTECCIÓN INTEGRAL, (1994), FERMÍN G. CHUNGA LAMONJA, DERECHO DE MENORES, pp. 57-62 (1995).

16 In re Gault, 387 US 1 (1967); Kent v. US, 383 US 541 (1966); ELA ex rel. R.M.R., 83 DPR 242; RAM v. Tribunal Superior, 102 DPR 270 (1974) y Pueblo en interés del menor JLDR, 114 DPR 497 (1973); Pueblo v. Figueroa González, 95 DPR 98 (1967). En el contexto internacional, la era garantista es representada por la Convención de Derechos del Niño de 1989.

16 Art. 2, Ley de Menores de Puerto Rico, Ley 88 de 9 de julio de 1986, 34 L.P.R.A. 2202

17 In re Gault, 387 US 1 (1967); Kent v. US, 383 US 541 (1966); ELA ex rel. R.M.R., 83 DPR 242; Pueblo v. Figueroa González, 95 DPR 98 (1967); RAM v. Tribunal Superior, 102 DPR 270 (1974) y Pueblo en interés del menor J.L.D.R., 114 DPR 497 (1973).

vez que se les exige responsabilidad por sus actos;

- garantizar a todo menor un trato justo, el debido procedimiento de ley y el reconocimiento de sus derechos constitucionales.¹⁸

La letra de la Ley se identifica con una era ecléctica en la que se busca la protección de los niños y niñas, se le garantizan sus derechos y se le exige responsabilidad por sus actos. Sin embargo, de un análisis de la jurisprudencia que ha interpretado esta legislación, resulta forzoso concluir que, a diferencia del rol garantista que asumió al interpretar la legislación de 1955, el TSPR, ha cambiado el enfoque de uno garantista o ecléctico a una filosofía fundamentalmente retributiva y punitiva.¹⁹ Por ello, el ordenamiento jurídico puertorriqueño se aleja cada vez más del ideal de un proceso enmarcado en el reconocimiento y la garantía de los derechos humanos.

EL TSPR, ha afirmado de manera reiterada la importancia del matiz punitivo de la Ley de Menores, y de la similitud entre el sistema especial de menores y el sistema ordinario de adultos.

El nuevo enfoque en la Ley de Menores refleja **la marcada inclinación hacia una merma en las diferencias entre los procesos judiciales de adultos y menores** ya que, si bien el procedimiento continúa siendo sui

géneris, éste ha adquirido matices de naturaleza punitiva que van más allá del propósito meramente rehabilitador y paternalista de la antigua ley.²⁰ (Énfasis Nuestro)

Los procesos ante el tribunal de menores se rigen por las Reglas de Procedimiento para Asuntos de Menores, que en términos generales siguen el modelo de las Reglas de Procedimiento Criminal para adultos, pero se integran con algunas medidas que adecúan el proceso debido a la minoridad de los imputados.²¹ En el caso *Pueblo en interés del menor E.R.C.*, 149 D.P.R. 804 (1999), reconoce la similitud de ambos procesos, y es precisamente por ello, que entiende al menor merecedor de garantías procesales. El TSPR expresamente indicó:

La vista para determinar si hay causa probable para presentar querrela en los casos de menores **es equivalente** a la vista preliminar para acusar en los casos criminales de adultos, por lo que son aplicables a aquella por analogía las garantías procesales fundamentales que rigen en ésta. (Énfasis Nuestro)

Una de las características que distingue de manera importante los procesos ante el tribunal de menores es que en este contexto especial penal (o cuasi penal) el menor tiene garantizados menos derechos constitucionales que los adultos. En particular no se les reconocen a los menores de edad: (1) el derecho a un juicio público, (2) el derecho a fianza, y (3) el derecho a juicio por jurado.²² En el caso *McKeiver v*

18 Art. 2, Ley de Menores, 34 LPRA 2202.

19 Se entiende por justicia retributiva aquella política fomentada por una idea de castigo, de “mano dura” y la exigencia de que asuman la responsabilidad por los actos que se le imputan. Se basa en la idea milenaria del ojo por ojo. Para ejemplos de una filosofía de justicia retributiva véase: *Pueblo v. Álvarez Chevalier*, 2018 TSPR 20; *Pueblo en interés de los menores, CLR y AVL*, 178 D.P.R. 315 (2010) y *Pueblo en interés del menor R.H.M.*, 126 DPR 404, 422 (1990).

20 *Pueblo de Puerto Rico en interés del menor G.R.S.*, 149 D.P.R. 1 (1999).

21 Reglas de Procedimiento para Asuntos de Menores, Ley Núm. 33 de 19 de junio de 1987, según enmendadas, 34 L.P.R.A. App. I-A.

22 Arts. 8 y 10, Ley de Menores, 34 LPRA 2208 y 2210.

Pennsylvania, 403 US 528 (1971), el TSEEUU, resolvió que las personas menores de edad no tienen derecho a juicio por jurado en los procesos ante el tribunal de menores.²³ En este tema resulta interesante que el Tribunal Supremo de Kansas, interpretando la sección 10 de la Carta de Derechos de su Constitución, entendió que la frase “all prosecutions” incluye los procedimientos especiales de menores de edad.²⁴

Minoridad y contexto penal

En el contexto civil la mayoría se alcanza mediante estadios, o sea paulatinamente, siendo los 21 años el momento en que se obtiene totalmente, al finalizar la patria potestad.²⁵ Situación cónsona con la idea antes expresada de que el tránsito de la niñez a la juventud no es matemático sino emocional, social y cultural.

En el ámbito penal, el Código Penal de Puerto Rico dispone que “una persona no será procesada o convicta criminalmente por un hecho realizado cuando dicha persona no haya cumplido dieciocho (18) años de edad, **salvo los casos provistos en la legislación especial para menores**”.²⁶ La idea de una inimputabilidad penal de las personas menores de edad en Puerto Rico se basa especialmente en la idea de que existe una legislación especial distinta del ordenamiento jurídico penal de adultos y a que conforme nuestra Constitución, “no se permitirá el ingreso de un menor de dieciséis años en una cárcel o presidio.”²⁷

Es precisamente esa legislación especial, a la que hace referencia el Código Penal, la que

permite tratar como adultos en el contexto penal a niños o niñas de 14 años o más, mediante los mecanismos de renuncia de jurisdicción, o el caso extremo de exclusión de jurisdicción, a niños o niñas mayores de 15 años.²⁸ El Art. 15 de la Ley de Menores reglamenta el mecanismo de renuncia de jurisdicción, mediante el cual el tribunal de menores, renuncia, no solo a juzgar a una persona menor de edad, sino a la idea de que el sistema de menores cumpla su cometido de protegerlo y alcanzar su rehabilitación o resocialización.²⁹ En estos casos, el legislador impuso su criterio sobre el de aquellos profesionales que se supone tengan la experiencia y el peritaje para tomar estas determinaciones, entre ellos, los mismos procuradores de menores, trabajadores sociales y otros profesionales de la conducta humana.

Sobre el mecanismo de renuncia de jurisdicción, la Ley impone algunas circunstancias en las que el Ministerio Público, por vía del Procurador de Menores, tiene la discreción para solicitar la renuncia y otras en las que está obligado a solicitarla.³⁰ Las garantías mínimas en los procesos de renuncia de jurisdicción se elaboraron por el Tribunal Supremo de Estados Unidos (TSEEUU) en el caso *Kent v US*, 383 U.S. 541 (1966). Sobre la vista de renuncia de jurisdicción el TSPR ha resuelto que en tales procesos se utilizará el criterio probatorio de preponderancia de la prueba y no el de prueba clara robusta y convincente.³¹ Con esta decisión el TSPR demostró que su intención es favorecer las renunciaciones de jurisdicción y con ello los traslados de los casos a las salas penales ordinarias. El criterio de preponderancia de

23 Véase, además, *People v. Smith*, 110 Cal. App. 4th 1072 (2003).

24 *In the Matter of L.M.*, 186 P.3d 164, 286 Kan. 460 (2008).

25 Cód. Civ. PR ART. 247, 31 LPRA § 971 (1930).

26 Cód. Pen. PR ART. 39, 33 LPRA § 5062 (2012).

27 CONST. PR art. II, § 15.

28 Arts. 4 (2) (a) y (b) y Art. 15, Ley de Menores, 34 LPRA 2204 y 2213.

29 Art. 15, Ley de Menores, 34 LPRA 2215.

30 Art. 15 Ley de Menores, inciso a (1) y (2), 34 LPRA 2204 y 2213.

31 Pueblo en interés del menor R.H.M., 126 DPR 404, 422 (1990).

la prueba es el quantum de prueba más liberal de nuestro ordenamiento jurídico, desarrollado para casos civiles ordinarios, y no para un proceso que expone a personas menores de edad, a penas desproporcionadas como las que permite el ordenamiento penal ordinario.³² El estándar de prueba clara robusta y convincente, se ha utilizado, en asuntos civiles, “cuando se trata de la negación de un derecho fundamental [...] el debido proceso de ley exige que el valor y suficiencia de la prueba sean medidos con un criterio más riguroso que el de la preponderancia de la prueba”.³³

Además de la posibilidad de que el tribunal de menores renuncie a su autoridad para juzgar a una persona menor de edad, el ordenamiento jurídico puertorriqueño permite que un menor sea juzgado como adulto sin que se celebre una vista de renuncia de jurisdicción, mediante el mecanismo de renuncia automática o ausencia de jurisdicción del tribunal de menores. Sobre este tema, el Art. 4 de la Ley de Menores dispone:

2) El tribunal no tendrá autoridad para conocer de:

(a) Todo caso en que se impute a un menor que hubiere cumplido quince (15) años la comisión de hechos

constitutivos de asesinato en primer grado según definido en el inciso (a) del art. 93 del Código Penal de Puerto Rico.

(b) Todo caso en que se impute a un menor que hubiere cumplido quince (15) años de edad hechos constitutivos de delito que surjan de la misma transacción o evento constitutivo de asesinato en primer grado según definido en el inciso (a) del art. 93 del Código Penal de Puerto Rico.

(c) Todo caso en que se impute a un menor hechos constitutivos de delito cuando se le hubiese adjudicado previamente un delito grave como adulto.

La ausencia de una edad mínima para procesar judicialmente a personas menores de edad

Nuestra legislación actual no establece una edad mínima para que un niño sea procesado judicialmente, bajo la legislación especial de menores.³⁴ Por ello, es contraria al consenso internacional de derechos humanos, a la tendencia mundial y a la recomendación de estudiosos del tema.

En la Convención de Derechos del Niño de 1989 se estableció que los estados deberán establecer de una edad mínima antes de la cual se presumirá **que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales**.³⁵ Y en

32 Para un ejemplo de las penas desproporcionadas en nuestro ordenamiento jurídico véase los hechos del caso, *Pueblo v. Álvarez Chevalier*, 2018 TSPR 20, en el que se impuso a un joven de 17 años (niño conforme el ideario de derechos humanos) a una sentencia 372 años de reclusión, lo cual no cabe duda representa una cadena perpetua.

33 *In re Caratini*, 153 DPR 575, 584 (2001). El estándar de prueba clara robusta y convincente se utiliza en los Estados Unidos y Puerto Rico, para aquellos casos en los que se afectan los derechos de los padres en relación con sus hijos menores de edad, *Santosky v. Kramer*, 455 US 745 (1982) y *Departamento de la Familia v. Cacho*, 188 DPR 773 (Sentencia, 2013). Se ha reconocido además en el contexto de derecho al voto, *PPD v. Barreto Pérez*, 111 DPR 199 (1981) y en los procesos disciplinarios contra abogados y abogadas, *In re Caratini*, 153 DPR 575, 584 (2001).

34 Athelyn Jiménez Emmanuelli, ¿Niños o adultos en miniatura?, *EL NUEVO DÍA*, 1 DE DICIEMBRE DE 2017, [HTTPS://WWW.ELNUEVODIA.COM/OPINION/COLUMNAS/NINOSOADULTOSENMINIATURA-COLUMNA-2378672/](https://www.elnuevodia.com/opinion/columnas/ninosoadultososenminiatura-columna-2378672/)

35 Art. 40 (3) (a), Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 1989.

leyes penales, se refiere a lo que se ha denominado responsabilidad penal juvenil, legislación que juzga en el contexto judicial, en procesos denominados como especiales o “sui generis” a personas menores de 18 años, por faltas que de ser cometidas por un adulto se considerarían delitos. En el contexto latinoamericano y caribeño, estos mínimos fluctúan entre los 7 años y los 16 años.³⁶ Es importante aclarar que inimputabilidad penal no implica que el estado no tenga la obligación de responder a la conducta, pero debe hacerlo desde una perspectiva no punitiva, socioeducativa y desjudicializada.³⁷

Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, disponen como parte de sus principios fundamentales lo siguiente:

2.2 Para los fines de las presentes Reglas, los Estados Miembros aplicarán las definiciones siguientes en forma compatible con sus respectivos sistemas y conceptos jurídicos:

Menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto;

Delito es todo comportamiento (acción u omisión) penado por la ley con arreglo al sistema jurídico de que se trate; y

Menor delincuente es todo niño o joven al que se ha imputado la comisión

de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito.

4. Mayoría de edad penal

4.1 En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual.

En los comentarios de los principios fundamentales se indica:

2. Cabe señalar que las reglas disponen expresamente que corresponderá a cada sistema jurídico nacional **fijar las edades mínima y máxima a estos efectos**, respetando así cabalmente los sistemas económico, social, político, cultural y jurídico de los Estados Miembros. Ello significa que la noción de «menor» se aplicará a jóvenes de edades muy diferentes, **edades que van de los 7 años hasta los 18 años o más**. Dicha flexibilidad parece inevitable en vista de la diversidad de sistemas jurídicos nacionales, tanto más cuanto que no restringe los efectos de las Reglas mínimas. (Énfasis nuestro)

4. La edad mínima a efectos de responsabilidad penal varía considerablemente en función de factores históricos y culturales. El enfoque moderno consiste en examinar si los niños pueden hacer honor a los elementos morales y psicológicos de responsabilidad penal; es decir, si puede considerarse al niño, en virtud de su

36 Nadine Perrault (coord.), JUSTICIA PENAL JUVENIL: SITUACIÓN Y PERSPECTIVAS PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, pp. 19-22, (2014), BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, EDADES DE RESPONSABILIDAD PENAL DE MENORES DE EDAD EN LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA (2015).

37 Id. p 22.

discernimiento y comprensión individuales, responsable de un comportamiento esencialmente antisocial. **Si el comienzo de la mayoría de edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece edad mínima alguna, el concepto de responsabilidad perdería todo sentido.** En general, existe una estrecha relación entre el concepto de responsabilidad que dimana del comportamiento delictivo o criminal y otros derechos y responsabilidades sociales (como el estado civil, la mayoría de edad a efectos civiles, etc.). Por consiguiente, es necesario que se hagan esfuerzos para convenir en una edad mínima razonable que pueda aplicarse a nivel internacional. (Énfasis nuestro)

En el 1980, la *American Bar Association* (ABA) junto al *Institute of Judicial Administration* (IJA) de la *New York University*, promulgaron un cuerpo de estándares en los que se analizó el sistema de justicia juvenil en los Estados Unidos y se alcanzaron importantes recomendaciones. Este fue un trabajo arduo en el que participaron más de 300 profesionales vinculados al campo de la justicia juvenil en los Estados Unidos.³⁸ En el tema de jurisdicción de los tribunales de menores, la recomendación fue la siguiente:

2.1 Age.

The juvenile court should have exclusive original jurisdiction in all cases in which conduct constituting an offense within the court's delinquency jurisdiction is alleged to have been committed by a person

A. not less than ten and not more than seventeen years of age at the time the offense is alleged to have been committed.³⁹

A pesar de que Estados Unidos no ha ratificado la Convención de Derechos del Niño, para el año 2014, quince (15) jurisdicciones norteamericanas habían seguido la recomendación de establecer un tope mínimo, que variaba entre los 6 y los 10 años. En el 2016, ese número había aumentado a veinte (20).⁴⁰

Por otro lado, y considerando las similitudes de los procesos contra menores de edad y los procesos contra adultos, en los Estados Unidos, algunos abogados de defensa han traído a los procesos ante tribunales de menores la defensa denominada “*infancy defense*”, una doctrina del *common law* que se utilizaba cuando se exponía a un menor a un tribunal penal ordinario. En este contexto, se entiende que esta defensa se deriva de la limitada capacidad de los menores de edad (por debajo de cierta edad) de comprender el significado y las consecuencias de sus actos y así evitar un tratamiento injusto por lo que la utilización del proceso judicial sería contraria a sus propósitos.⁴¹ Los tribunales supremos de los estados no han sido muy receptivos con esta defensa.⁴²

El pasado año 2017, la legislatura de

39 Id. pp. 148.

40 Merrill Sobie, Close and John D Elliott, *Why Full Implementation is Long Overdue*, 29-FALL *Crim. Just.* 23 (2014) and *Minimum Age for Delinquency Adjudication—Multi-Jurisdiction Survey*, National Juvenile Defender Center, <http://njdc.info/practice-policy-resources/state-profiles/multi-jurisdiction-data/minimum-age-for-delinquency-adjudication-multi-jurisdiction-survey/> (visitado el 12 de marzo de 2018).

41 Andrew M. Carter, *Age Matters: The Case for a Constitutionalized Infancy Defense*, 54 U. KAN. L. REV. 687 (2006), ANDREW WALKOVE, *THE INEANCY DEFENSE IN THE NEW JUVENILE COURT*, 31 UCLA L. REV. 503 (1984).

42 In re Tyvonne M, 558 A.2d 661, 666 (Conn. 1989); In re Dow, 393 NE 2d 1346 (Illinois 1979) y State v. DH, 340 So. 2d 1163 (Fla. 1976)

38 Juvenile Justice Standards. (1980). Institute of Judicial Administration and American Bar Association.

Puerto Rico aprobó la “Ley de Reforma del Sistema de Justicia Juvenil de Puerto Rico” (P. del S. 489) que fue vetado por el Gobernador de Puerto Rico, mediante veto expreso.⁴³ Este proyecto establecía la edad mínima de trece (13) años para que el tribunal de menores asumiera jurisdicción. Esta legislación acercaba a Puerto Rico, a un sistema de menores más coherente con los conocimientos sobre el desarrollo de psico-social de la infancia, y la convicción de que los niños y las niñas se diferencian de los adultos.⁴⁴

Proceso poco garantista

La idea de una delincuencia juvenil muchas veces exagerada se utiliza como regla general para justificar un sistema penal de menores que se aleje del consenso internacional de protección integral. Como hemos indicado antes, en Puerto Rico los matices del proceso especial de menores son altamente punitivos, siendo poca o ninguna la diferencia del menor catalogado como imputado del adulto catalogado como acusado.⁴⁵

43 “Desilusionado” Vargas Vidot por veto a su proyecto sobre Ley de Menores, METRO, 6 DE ENERO DE 2017, 14:33, [HTTPS://WWW.METRO.PR/PR/NOTICIAS/2018/01/06/TRISTE-VARGAS-VIDOT-VETO-ROSSELLO-PROYECTO-LEY-MENORES.HTML](https://www.metro.pr/pr/noticias/2018/01/06/TRISTE-VARGAS-VIDOT-VETO-ROSSELLO-PROYECTO-LEY-MENORES.HTML).

44 Este Proyecto de ley contó con el apoyo de diversos sectores de la sociedad civil en Puerto Rico, entre ellos, el Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico y la Sociedad para la Asistencia Legal, véase: Marga Parés Arroyo, *Abogados piden enmendar la edad mínima para enjuiciar a menores*, EL NUEVO DÍA, 8 DE MAYO DE 2017, 1:23 PM, [HTTPS://WWW.ELNUEVODIA.COM/NOTICIAS/POLITICA/NOTA/ABOGADOSPIDENENMENDARLAEDAD-MINIMAPARAENJUIARIAMENORES-2318975/](https://www.elnuevodia.com/noticias/politica/nota/abogadospidenenmendarlaedad-minimaparajuiariamenores-2318975/).

45 Además de la jurisprudencia citada en este escrito que demuestra el matiz punitivo de los procesos especiales de menores en nuestro país, resulta marcadamente insensible y carente de una conciencia de los derechos que cobijan a los niños y niñas, la práctica en los tribunales de menores de Puerto Rico, del uso de restricciones mecánicas, conocidas como “shackling”, mediante las cuales nuestros niños comparecen ante los tribunales encadenados de las piernas, cintura y manos, práctica que les humilla innecesariamente. Véase la Exposición de Motivos del P. del S. Núm. 489, “Ley de Reforma del Sistema

A pesar de que el proceso especial de menores y el proceso ordinario penal resultan altamente punitivos, existe en Puerto Rico, una idea generalizada de que “por ser menores no les pasa nada”. Idea que respalda iniciativas legislativas de naturaleza retributiva como lo fue el proyecto de “Ley de Justicia Juvenil de Puerto Rico”, (P. de la C. 1036), que fuera rechazado por una mayoría de los grupos de la sociedad civil, concedores del tema de los derechos de los menores, y que fuera vetado por el Gobernador.⁴⁶ Sin embargo, la publicidad que se produjo alrededor del caso de una niña de 11 años, sometida al proceso penal especial de menores, por un incidente en la escuela, ayudó a visibilizar parte de la realidad de este sistema especial, y a romper con el mito de que el sistema es leniente, y dirigido a jóvenes y no a niños y niñas.⁴⁷

En nuestro país algunos jueces y legisladores han coincidido en la idea de que sólo con castigo los menores pueden asumir responsabilidad por sus actos. El Tribunal Supremo, al resolver controversias en las que se reclamaban derechos de personas menores de edad ha sido consistente en su preferencia por políticas retributivas o de castigo. Un caso relativamente reciente que se aparta de esa norma, lo es el caso *Pueblo en Interés de la Menor C.Y.C.G.*, 180 D.P.R. 555 (2011), en el que se revocó una determinación del tribunal apelativo en el que se revocaba una determinación del tribunal de menores, que desestimaba una querrela en la que la niña había estado acompañada y repre-

de Justicia Juvenil de Puerto Rico”.

46 Julio Fontanet, *Acertado veto a la criminalización de menores*, EL NUEVO DÍA, 5 DE ENERO DE 2018, [HTTPS://WWW.ELNUEVODIA.COM/OPINION/COLUMNAS/ACERTADOVETOALCRIMINALIZACIONDEMENORES-COLUMNA-2387615/](https://www.elnuevodia.com/opinion/columnas/acertadovetoalcriminalizaciondemenores-columna-2387615/)

47 *Apertura al público dilata juicio a niña de 11 años*, NOTICEL (20 DE JULIO DE 2017). [HTTP://WWW.NOTICEL.COM/AHORA/APERTURA-AL-PBLICO-DILATA-JUICIO-A-NIA-DE-11-AOS-VIDEO-_GALERA-1/621083472](http://www.noticel.com/ahora/apertura-al-pblico-dilata-juicio-a-nia-de-11-aos-video-_galera-1/621083472)

sentada en el proceso por su madre, a pesar de que en la queja-querrela presentada contra ella se incluyó en lista de testigos de cargo, a su madre. El TSPR señaló que:

“Considerando que la vista de aprehensión contra la peticionaria no se celebró conforme a los requerimientos o derechos procesales que dispone nuestro ordenamiento procesal para asuntos de menores, corresponde la anulación de ésta y la celebración de una nueva vista de aprehensión.”

A pesar de estas instancias garantistas del TSPR, es imprescindible notar que ante el choque de la letra de la Ley de Menores con la jurisprudencia del TSEEUU, el TSPR se ha inclinado, a seguir las normas establecidas por este último que eran menos garantistas que la letra de la Ley de Menores.⁴⁸ Por otro lado, cuando más recientemente el TSEEUU, ha desarrollado doctrinas de mayor protección de los derechos de los menores, entonces el TSPR no le ha seguido en esa tendencia.⁴⁹

La Ley de Menores y las Reglas de Procedimientos para Asuntos de Menores, vigentes establecen salvaguardas mayores que las establecidas por el TSEEUU en el tema de la admisibilidad de confesiones por una persona menor de edad. El Art. 11 de la Ley de Menores dispone que: “No se admitirá la renuncia del menor a cualquier derecho constitucional que le cobije si no están presentes sus padres o encargados y su abogado y sin una determinación del Juez que ésta es libre, inteligente y que el menor conoce las consecuencias de la renuncia. No obstante, la presencia del abogado no será requerida para renunciar al derecho de asistencia de abogado”. Por su parte, el TSEEUU, en

el caso *Fare v Michael*, 442 US 707 (1979), fue sumamente restrictivo en la interpretación relativa al derecho contra la autoincriminación y a la asistencia de abogado de las personas menores de edad. En este caso el TSEEUU, entendió que la solicitud de un menor de edad de asistencia de su oficial probatorio no implicaba que se invocara el derecho a asistencia de abogado y validó una confesión sin abogado de un menor de edad en un caso de asesinato. La opinión del TSEEUU en *Fare*, no establece una diferencia importante entre la renuncia del privilegio contra la autoincriminación entre adultos y menores de edad. En este tema el TSPR asumió una postura similar a la del TSEEUU en el caso de *Fare*, a pesar de que la letra de la ley es clara en el sentido de exigir la presencia del abogado. Las dos opiniones más importantes en este tema son *Pueblo en interés del menor FBM*, 112 DPR 250 (1982) y *Pueblo v Medina Hernández*, 158 DPR 489 (2003). A pesar de que en el caso de *FBM*, se resolvió en contra de la admisión de la confesión y en el caso de *Medina Hernández* se resolvió a favor de la admisión de la confesión, los argumentos que esgrime el TSPR, establecen el criterio de la totalidad de las circunstancias, en las que la presencia de los padres o encargados y/o de un abogado es un factor entre varios a considerar y no un requisito *sine qua non* o indispensable, como surge del Art. 11 de Ley de Menores.⁵⁰

Desde el año 2005, el TSEEUU ha demostrado una mayor comprensión de la necesidad de un tratamiento diferenciado a las personas menores de edad que se enfrentan a procesos penales, especiales u ordinarios, acercándose

48 *Pueblo v. Medina Hernández*, 158 DPR 489 (2003).

49 *Pueblo v. Álvarez Chevalier*, *supra*.

50 Los criterios esbozados por el TSPR, en *Medina Hernández*, son los siguientes: (1) la persona del menor y sus circunstancias personales y particulares, (2) el periodo de tiempo que estuvo bajo custodia policiaca antes de prestar la confesión, (3) si estuvo o no acompañado por un familiar, y (4) si efectivamente estuvo o no asistido por un abogado al confesar.

paulatinamente a los consensos internacionales, sobre derechos humanos de la niñez. Por ejemplo, en la opinión del caso *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005) el Tribunal hace referencia específica a la tendencia internacional en contra de la pena de muerte a personas menores de edad (o por hechos cometidos en la minoridad) como fundamento de su decisión de declararla inconstitucional y prohibirla.⁵¹

Sin embargo, como mencionamos antes, el TSPR cuando tuvo la oportunidad de seguir al TSEEU, en decisiones más garantistas, ha preferido mantenerse al margen e ignorar reclamos válidos de seguir la jurisprudencia federal. En el caso *Pueblo v. Álvarez Chevalier*, 2018 TSPR 20, el TSPR, sin exponer un análisis profundo de la controversia ante si decretó No Ha Lugar una petición de Certiorari, en el cual se atacaba la validez de una sentencia de cárcel a un adolescente de 17 años a 372 años, a la luz de las determinaciones del TSEEU en los casos *Roper v. Simmons*, 543 US 551 (2005), *Graham v. Florida*, 560 US 48 (2010), *Miller v. Alabama*, 567 US 460 (2012) y *Montgomery v. Louisiana*, 136 S. Ct. 718 (2016). El Honorable Juez Estrella Martínez emitió un voto disidente, en el que señaló:

“el proceder mayoritario, de no atender el recurso de epígrafe, permite que subsistan los efectos de estatutos penales que proveen un tratamiento indistinto y automático en torno al castigo impuesto a personas convictas. Ello, sin consideración alguna a las diferencias psicosociales inherentes a la minoría de edad que debe sopesar la autoridad sentenciadora al momen-

to de ponderar la imposición de castigos permanentes a menores de edad procesados como adultos, según el claro mandato del Tribunal Supremo federal.”

La preferencia, por parte del TSPR, por un sistema fundamentalmente retributivo o de castigo, desbalanceando así el alegado enfoque ecléctico, tiene su expresión más clara en el caso *Pueblo en interés de los menores C.L.R. y A.V.L.*, 178 D.P.R. 315 (2010). En este caso el TSPR en voz del Juez Asociado Señor Kolthoff Caraballo, citando con aprobación a Laureana Pérez Pérez, en *Protegiéndolos de la droga y la dependencia* (2008), demostró cuán afianzada está esa idea al rechazar el uso de procesos de mediación en los tribunales de menores. En apoyo a su determinación el TSPR expresó que:

“[e]l castigo es de trascendental importancia en nuestro Sistema de Justicia Juvenil. La [L]ey de [M]enores de Puerto Rico, parece reconocer que sin castigo no puede haber un proceso de rehabilitación efectivo”. **Por castigo nos referimos a ese quantum de responsabilidad que la Ley de Menores impone a cada menor.** La evasión de responsabilidad de los ofensores juveniles sobre su vida, sus actos, y las personas con quienes conviven ha sido en muchos casos la razón para haber incurrido en conducta delictiva o antisocial. Por eso la firmeza con que se impone el castigo es de suma trascendencia, pues éste tiene que percibir en el sistema autoridad y constancia en sus determinaciones. La falta de firmeza del juez, el trabajador social o el encargado de la supervisión del castigo, sería detrimental en su proceso de

51 Véase, Iris M Camacho Meléndez, ¿Nos sirve el Derecho Internacional y el Derecho Comparado en la práctica del Derecho de Menores en Puerto Rico?, PERIÓDICO ENTRE COLEGAS (4TA ED. 2010).

rehabilitación.⁵² (Énfasis suplido)

Además, TSPR demostró un apego a la justicia retributiva, por encima de una justicia restaurativa, más afín a las tendencias internacionales en el tema de justicia de menores, al indicar que:

“Permitir que esta negociación se lleve a cabo **sin la supervisión de un mediador preparado para esto** y sin unas normas guías (“standards”) que provean para la supervisión, cuidado y tratamiento que deben acontecer como parte del “quantum” de responsabilidad que según la ley estos menores deben enfrentar, sería, sin duda, **hacerles un daño.**” (Énfasis suplido).⁵³

Los fundamentos del TSPR para negar el proceso alternativo de la mediación, o de una justicia restaurativa, pueden resumirse en su confianza en el castigo, como única manera de asumir responsabilidad por los actos antijurídicos y la falta de preparación de los mediadores puertorriqueños.

Esta decisión es contraria a los desarrollos en Derecho Comparado en el contexto de justicia de menores. Una de las áreas en las que existe una influencia importante de la experiencia comparada en las tendencias en el Derecho de Menores norteamericano, lo es en la búsqueda de alternativas fuera del proceso judicial tradicional adjudicativo y punitivo. En el contexto de la justicia juvenil, está generalmente aceptado, que los procesos de naturaleza punitiva y la

privación de la libertad o encarcelamiento son contrarios a la rehabilitación de la persona menor de edad.⁵⁴ Entre las nuevas propuestas de la criminología como respuesta a los procesos punitivos y retributivos podemos distinguir las (1) Conferencias Programas de Reconciliación Víctimas-Ofensor (VORP), (2) Conferencias de Grupo Familiar, (3) los programas de Mediación y Justicia Juvenil y (4) los Tribunales Terapéuticos.⁵⁵

Los proyectos de mediación de asuntos de justicia juvenil, se consideran un precedente importante para los proyectos de mediación penal. La mediación ofrece un espacio para trabajar el conflicto de forma integrada, sin los problemas que traen los procesos punitivos. Los programas de mediación en justicia de menores deben ir acompañados de otras medidas entre ellas: medidas dirigidas a reducir el alto nivel de litigiosidad, así como la despenalización de conductas leves y de delitos de poca intensidad.⁵⁶

En el año 2014, la legislatura enmendó la Ley de Menores para incluir el proceso de mediación luego de presentada la querrela, pero limitado esta alternativa a faltas clase I y primeros ofensores Clase II, restricciones que no existían antes de la decisión del TSPR en el caso *Pueblo en interés de los menores C.L.R. y A.V.L.*⁵⁷ El uso de la mediación, era

52 Pueblo en interés de los menores, CLR y AVL, 178 D.P.R. 315 (2010).

53 Nada en la opinión del juez sustenta la conclusión de que los mediadores puertorriqueños no están preparados para negociaciones en casos de menores de edad, o utilizando un modelo de justicia restaurativa.

54 Iris Camacho Meléndez, ¿Nos sirve el Derecho Internacional y el Derecho Comparado en la práctica del Derecho de Menores en Puerto Rico?, PERIÓDICO ENTRE COLEGAS (4TA ED. 2010).

55 HOWARD ZEHR, CHANGING LENSES: A NEW FOCUS FOR CRIME AND JUSTICE (3RA ED, 2005), ALLAN MACRAE, Y HOWARD ZEHR, THE LITTLE BOOK OF FAMILY GROUP CONFERENCES, NEW ZEALAND STYLE: A HOPEFUL APPROACH WHEN YOUTH CAUSE HARM, (2004), Y HOWARD ZEHR, JUSTICE ALTERNATIVE: A RESTORATIVE PERSPECTIVE, 2 REVISTA IMBIZO 2 (1996).

56 Iris Camacho Meléndez, ¿Nos sirve el Derecho Internacional y el Derecho Comparado en la práctica del Derecho de Menores en Puerto Rico?, PERIÓDICO ENTRE COLEGAS (4TA ED. 2010).

57 Ley para enmendar el inciso (a) del Artículo 4 de la Ley 19 de 1983, Ley para el Establecimiento de Foros Informales para

precisamente una de las fortalezas del P de la S 489, vetado por el Gobernador de Puerto Rico.

Conclusiones

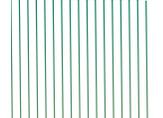
La existencia de un sistema de cariz punitivo en el contexto de las personas menores de edad que se enfrentan a procesos penales especiales y peor aún para aquellos menores de edad que se enfrentan a procesos penales ordinarios, parece ser una sorpresa para muchas personas, incluso para muchos abogados y abogadas en nuestro País. La discusión de los proyectos de Ley aprobados por Cámara y Senado, así como el caso de la Niña Alma, han ayudado a que más allá de los profesionales de ayuda de los niños y niñas (abogados y trabajadores sociales) se vaya creando conciencia sobre nuestro estado de Derecho en este tema, aunque sea, despacito.

Actualmente Estados Unidos, es el único país que no ha tenido la voluntad política de ratificar la Convención de Derechos del Niño. Ello no ha impedido que su Tribunal Supremo en los últimos años haya desarrollado doctrinas en un verdadero mejor interés de los niños y las niñas, o que algunos estados mediante legislación garanticen algunos de los derechos humanos básicos de los niños y las niñas.

Es importante que los operadores del sistema judicial y policiaco, los abogados, abogadas, los educadores y educadoras y los profesionales de la conducta humana, estén alertas a la situación de vulnerabilidad de las niñas y los niños en Puerto Rico. Es importante que

se reconozca que no es cierto que los menores son inimputables en el contexto penal, sino que se les procesa mediante un proceso penal especial, distinto al de adultos, pero altamente punitivo, y que en los casos más extremos se les juzga como adultos. Es necesario que los procuradores de menores, jueces, legisladores estén atentos a los desarrollos del TSEEUU en temas relacionados a los derechos menores que por ficción jurídica se tratan como adultos. Debemos celebrar el cambio filosófico que se observa en el TSEEUU, como uno de mayor sensibilidad en el tema de los derechos humanos de los niños y las niñas, y apostar a que, en Puerto Rico, estos temas se sigan discutiendo, se visibilicen, y así evitar la desaparición de la jurídica y social de niñez. Este cambio del que Puerto Rico ha estado ajeno, es solo un acercamiento al consenso mínimo alcanzado sobre los derechos de los niños y las niñas en proceso de responsabilidad penal.

la Resolución de Conflictos, el Artículo 21 de la Ley Núm. 88 de 1986, Ley de Menores de Puerto Rico, y las Reglas 5.1, 5.2 y 5.3 de las de Procedimiento para Asuntos de Menores, Ley Núm. 165 de 29 de septiembre de 2014, 4 L.P.R.A. 532c, 34 L.P.R.A. 2221, 34 L.P.R.A. Ap. I-A-R 5.1, 5.2 y 5.3.



Disregard for Miller: the disproportionate sentence of a minor to three hundred and seventy-two years in prison

ARTÍCULO

*Peterson Tavit**

The objective of the “Law” in a society is to preclude the reign of “injustice.”¹ Once that objective fails, the trust placed in the law and the justice system fails as well, which greatly might influence people’s liberty, safety, and stability.

Frederic Bastiat says that the “law is Justice”.² And it is only under the law of justice that “every person will attain his real worth and the true dignity of his being.”³ The “law of justice” or “justice” in itself is, not only used to make a victim whole again, used to help and guide the offender into attaining his true dignity of his being. In the case the offender is a minor – who has not attained maturity – “justice” is at its full force a guide and a redeemer. This principle is originated from the inception of the juvenile justice system. The juvenile jus-

tice system “has been guided by the idea that rehabilitation, not punishment, is the proper method for handling deviant behavior among youths.”⁴ When deviating from this principle, a court fails in its mission as a guarantor of justice.

Rehabilitation is the cornerstone of the juvenile justice; therefore, not providing a minor with the possibility to rehabilitate constitutes a direct violation of the basic right the minor is entitled to.

Once again, a minor has been deprived of this rehabilitative right. The Puerto Rico Supreme Court has denied John Alvarez Chevalier, a minor at the time of the sentence, of his rehabilitative right.

John Alvarez Chevalier was barely seventeen years old in 1993 when he was sentenced to three-hundred and seventy-two (372) years in prison with the possibility of parole after serving ninety-seven (97) years of the said sentence. Alvarez, now an adult, petitioned the Supreme Court of Puerto Rico for re-sentence in

* B.A., University of Central Florida (UCF); J.D. candidate, May 2019, Inter American University of Puerto Rico School of Law. The author wishes to thank Professor Jorge Farinacci for his encouragement and thoughtful comments and suggestions in the preparation of this article, and Hernandez Aristides for taking the time to translate the Puerto Rico Supreme Court decision from Spanish to English.

1 Frederic Bastiat, *THE LAW: THE CLASSIC BLUEPRINT OF A FREE SOCIETY* 19 (2007).

2 *Id.* at 56.

3 *Id.*

4 Wayne A. Logan, *Proportionality and Punishment: Imposing Life Without Parole On Juveniles*, 33 Wake Forest L. Rev. 681, 585 (1998).

accordance to the US Supreme Court decision in *Miller*.⁵ The Puerto Rico Supreme Court denied petitioner's request for reconsideration.

In analyzing the Puerto Rico Supreme Court decision, we need first to define “principal of proportionality” and whether it applies to this specific case.

The principal of proportionality

It is the basic principle of justice that a punishment should be elevated and equated to the crime committed.⁶ Any punishment that is disproportionate to the crime is unconstitutional. The Supreme Court of the United States in *Miller* stated that the “principle of proportionality” is the basis of the Eighth Amendment, Cruel and Unusual punishment clause. The principle of proportionality “flows from the basic precept of justice that punishment for crime should be graduated and proportioned to both the offender and the offense.”⁷ That principle of proportionality is extended to everyone, including juveniles who are subject to state punishment. The Supreme Court of the United States has established that an excessive punishment under the Eighth Amendment is based on two inquiries: 1) whether the punishment fails to accomplish a penal goal and 2) whether the sentence is grossly disproportionate to the crime.⁸ In the case of John Alvarez Chevalier, the imposed sentence fails both inquiries.

John Alvarez Chevalier, is sentenced to three-hundred and seventy-two (372) years in prison with the possibility of parole after serving ninety-seven (97) years of the said

sentence. This sentence was imposed for his participation, along with other friends, in various crimes such as: business robberies, stolen vehicles, and two murders. The state of Puerto Rico imposed the harshest penalty on the juvenile without considering that “there is broad agreement on the proposition that adolescents as a class are less mature and responsible than adults.”⁹ The maturity of the minors is a mitigating factor in sentencing them. It does not negate the crime, nor taking away the minor culpability, but it helps the court to take decisions that benefits the community while helping the offender to rehabilitate.

It is not argued that the offenses that Alvarez committed, or participated in, do not fall within the crimes that the society desire to punish severely. Indeed, people who commit similar crimes should be punished, severely. However, minors and adults cannot be subject to the same punishment because minors “are constitutionally different from adults for purposes of sentencing. [They] have diminished culpability and greater prospects for reform, [and] they are less deserving of the most severe punishments.”¹⁰ The Puerto Rico Supreme Court ignores this reasoning, that minors are different. The Court decision rejects that the “Supreme Court of the United States has ruled that the Eighth Amendment imposes more stringent limits on the judicial branches and policies when it comes to the imposition of penalties irrevocable to minors judged as adults by criminal behavior.” (Translated version of *People of Puerto Rico v. John Alvarez Chevalier*. Martinez, J., dissenting opinion).

The court decision departs from *Miller*. The three bases for the *Miller* decision forces us to question the Puerto Rico Supreme Court

5 *Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460, 472-3 (2012).

6 *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 367 (1910).

7 *Miller*, 567 U.S. at 469.

8 Logan, *supra* note 4 (1998).

9 *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815, 834 (1988).

10 *Miller*, 567 U.S. at 471.

decision. Inquiring whether the court purposely ignore the Supreme Court decision in *Miller*, we need first to ask, did the Court take into consideration that minors are not fully matured persons, thus possess lack of capacity? Second, whether someone in Alvarez position (age and characteristics) make him/her more vulnerable to peer or external pressure to committing crimes? Third, whether the court consider that Alvarez is not well-developed, therefore have greater chance of being rehabilitated?

The Puerto Rico Supreme Court did not make any of these findings, nor did the court attempt to answer these questions. It did not delve into Alvarez's mental, psychological, and capability to rehabilitate. The offenses committed by defendant is grave; however, the sentence imposed, does not further justice, it is absolutely disproportionate. It is "agreed that punishment should be directly related to the personal culpability of the criminal defendant."¹¹ In the case of minors, especially the ones who are in their teen years, "[they] are more vulnerable, more impulsive, and less self-disciplined than adults."¹² Because of youths' impulsivity and lack of self-discipline, the Court went further as to state that "[c]rimes committed by youths may be just as harmful to victims as those committed by older persons, but they deserve less punishment because adolescents may have less capacity to control their conduct and to think in long-range terms than adults."¹³

In *Solem*,¹⁴ Justice Powell articulated three objective factors that must be considered when analyzing principal of proportionality: 1) we must look at the gravity of the offense versus the sentence imposed. 2) we must look at

the similar sentences impose on other individuals who are subject to the same jurisdiction. 3) we may also look at other jurisdiction-imposed sentences on individuals who committed similar crimes.

First, the offense committed by Alvarez is one of the offenses that need to be punished. However, the punishment imposed, 392 years in prison with the possibility of parole after 97 years, is disproportionate to the offense, therefore, disregard the principle of proportionality. Second, this type of sentence for a juvenile is rare. This is one of the few cases in which a juvenile is sentenced to more than a century in prison. Third, since *Miller*, jurisdictions within the United States have avoided sentencing juvenile to life, although it happens. States have carefully examined the juvenile characteristics, which is not the case here where the PR Supreme Court stated that the minor should have known that committing crimes have severe consequences.

Alvarez is not the only case in the United States where juveniles have been disproportionately sentenced after committing crimes. The Supreme Court of the United States in *Miller* stated that "the Eighth Amendment's prohibition of cruel and unusual punishment guarantees individuals the right not to be subjected to excessive sanctions."¹⁵ Cruel and unusual punishment can be hard at times to define – mostly when the offense committed is grave. The principal of proportionality is the basis to recognize whether a punishment is cruel and unusual. The principal of proportionality, that a punishment should not be **grossly disproportionate** to the crime, originates from the Supreme Court of the United States interpretation of the Eighth Amendment of the United States

11 *Thompson*, 487 U.S. at 834.

12 *Id.*

13 *Id.*

14 *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277, 292 (1983).

15 *Miller*, 567 U.S. at 469.

Constitution that “no cruel and unusual punishment shall be inflicted.”¹⁶ Moreover, a sentence “is cruel and unusual under the Eighth Amendment if it is imposed without an individualized determination that that punishment is ‘appropriate’ -- whether or not the sentence is ‘grossly disproportionate.’”¹⁷

Sentencing a minor to 372 years in prison with the possibility of parole after 97 years is grossly disproportionate to the offense, thus violate the principal of proportionality. The sentence is a life sentence itself, which is prohibited by the Supreme Court of the United States. The issue with the court decision is that it leaves no room for rehabilitation. The Court in stating that there are ways for the minor to be rehabilitated and that is to better himself while in prison, shows the court purposefully ignore the principal of proportionality, the individualized justice, to further its revengeful agenda, which shows the court has no regard for the US Supreme Court decisions in *Miller and Graham*.

Cruel and unusual

The Supreme Court in *Graham* stated that “to determine whether a punishment is **cruel and unusual**, courts must look beyond historical conceptions to the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society. This is because the standard of extreme cruelty is not merely descriptive, but necessarily embodies a moral judgment.” The evolving standard of decency requires a court to look at the essence of the sentence itself. The sentence imposed on Alvarez serves no deterrence. It also serves no penal goal. It, however, shows

the court eagerness to severely punish a young man who presumed, at the time of the crime, to be immature, to be impulsive, and subject to peer pressure.

The Court’s decision does not involve the standard of decency in an involving society. It is, to say, archaic. It reflects an eye for an eye type of sentence. It does not embody in moral judgment but vengeance and retribution, not punishment and rehabilitation. Vengeance and punishment are two different terms. The court today choose the former. When jurisdictions are turning away from rehabilitation purposes of the juvenile justice, because the juvenile’s justice system imposed sentence does not deter minors from engaging in criminal activities, the court is at full speed embracing the vengeance type of punish that the supreme court has held that are incompatible with the juvenile justice system.

The court capriciously exploits *Miller and Graham*. In *Miller and Graham*, the Supreme Court made it clear that **mandatory life without parole** is unconstitutional. These two decisions themselves did not ban life without parole for minors; however, require courts to make determination whether, or not, a minor can be rehabilitated before sentencing him. This requirement opens the door for the use of the individualized justice in juvenile cases. The reasoning behind the court decision is that “the distinctive attributes of youth diminish the penological justifications for imposing the harshest sentences on juvenile offenders, even when they commit terrible crimes.”¹⁸ The Court further stated that “because the heart of the retribution rationale relates to an offender’s blameworthiness, the case for retribution is not as strong with a minor as with an adult.”¹⁹

16 *Weems* 217 U.S. 369.

17 *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957, 995 (1991).

18 *Miller*, 567 U.S. at 473.

19 *Id.*

When dealing with minors, nor can retribution, “nor can deterrence do the work in this context, because the same characteristics that render juveniles less culpable than adults -- their immaturity, recklessness, and impetuosity -- make them less likely to consider potential punishment.”²⁰

The US Supreme Court reasonings in *Miller* and *Graham* do not only mean that juvenile should not be sentenced to mandatory life without parole, but it means that a court needs to look at the minors’ characteristics because:

First, children have a lack of maturity and an underdeveloped sense of responsibility, leading to recklessness, impulsivity, and heedless risk-taking. Second, children are more vulnerable to negative influences and outside pressures, including from their family and peers; they have limited control over their own environment and lack the ability to extricate themselves from horrific, crime-producing settings. And third, a child’s character is not as ‘well formed’ as an adult’s; his traits are ‘less fixed’ and his actions less likely to be evidence of irretrievable depravity.²¹

The Supreme Court of Puerto Rico failed to use the *Miller* and *Graham* reasonings correctly. The Court solely relied on the part in *Miller* in which the US Supreme Court does not rule out life sentence for juveniles who commit murder but failed to consider the other part that the Court requires an inquiry into the minor’s rehabilitation capability. In *Miller* the Supreme Court states that a mandating statute is flawed when it fails to consider the minors’ attributes

before sentencing them. A court decision that fails to consider the minors’ attributes is bound for reversal.

The PR Supreme Court decision brings us back to the pre-progressive era when minors were treated as adults, with no mercy. The Court reasoning for imposing such harshest and disproportionate sentence on the minor is that both the minor and the community need to be dealt with fairness. The fairness the court refers to is ambiguous considering that the sentence imposed on Alvarez is disproportionate. The court reasoned that sentencing the minor to a lesser sentence would betray the community’s safety and is not possible because the minor has not paid his debt to society. The court reasoning is flawed for two reasons:

1) Rehabilitation is vital to any juvenile adjudication. Although the minor was sentenced in adult court, if the court was very concern about justice and fairness, and the community well-beings, the court should have:

A) given the minor a lesser sentence while making available to him the tools necessary for rehabilitation. A perfect form of rehabilitation that the court should have considered as in A.C.P., 379 F. Supp. 2d 225 (D.P.R. 2005). (The District Court of the United States for the District of Puerto Rico denied the motion to transfer A.C.P. to adult court after the minor, who was involved in an armed robbery, was rehabilitated. The minor, during the armed robbery, shot a guard three times and the guard was unconscious for a month but survived. The minor was detained and placed in juvenile detention. The minor became a leader while in detention. He has shown remorse for his action. While in juvenile detention, he became a leader and mature. Because of the rehabilitative program, he became a new person.).

²⁰ *Id.*

²¹ *Id.* at 472.

B) sentenced the minor based on his personal culpability – not on standard that society sets or expects. The court should have considered the minor’s characteristics before imposing such severe sentence.

2) The court based its decision on retribution but fails to consider that minors cannot be sentenced the same way as adults.

It is agreed with the court that [r]etribution is a legitimate reason to punish. Society is entitled to impose severe sanctions on an offender to express its condemnation of the crime and to seek restoration of the moral imbalance caused by the offense. But the heart of the retribution rationale is that a criminal sentence **must** be directly related to the **personal culpability** of the criminal offender.²²

The court adopts the first part, ‘retribution is a legitimate reason to punish’ and leaves out the second part, ‘sentence must be directly related to the offender personal culpability’.

The philosophy behind “cruel and unusual punishment” is that even people who have committed the most heinous crime deserve to be treated with dignity and should not be subject to “grossly disproportionate” sentences. A grossly disproportionate sentence, in the case of minor, fails to consider the minor’s characteristics and age. The reason to consider the minor’s attributes and age is because “youth crime as such is not exclusively the offender’s fault; offenses by the young also represent a failure of family, school, and the social system, which share responsibility for the development of America’s youth.”²³ A minor should not be sen-

tenced as an adult, unless it can be shown that the minor appreciates the legal consequences of his actions. Minors are irresponsible. “The reasons why juveniles are not trusted with the privileges and responsibilities of an adult also explain why their irresponsible conduct is not as morally reprehensible as that of an adult.”²⁴

The type of sentence imposed on Alvarez is reserved for juveniles whose offense reflected “irreparable corruption.” Which is not the case here because the court did not make an inquiry into whether, or not, Alvarez is capable of being rehabilitated.

Incorrigible

Incorrigibility is inconsistent to minors.²⁵ The court, today, ignores that minors, without the showing of incorrigibility, are presumed to possess the capability to change through time. They are in the phase of their lives where they act out of impulse. Their actions are not as repugnant as of adults. They “cannot with reliability be classified among the worst offenders.”²⁶ That is not to say juveniles are incapable of committing heinous crimes, but juvenile bodies change so much that “it is difficult even for expert psychologists to differentiate between the juvenile offender whose crime reflects unfortunate yet transient immaturity, and the rare juvenile offender whose crime reflects irreparable corruption.”²⁷

The court decision is based on the severity of the offenses while leaving out the minor characteristics at the time the offense was committed.

²² *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48, 71 (2010).

²³ *Thompson*, 487 U.S. at 834.

²⁴ *Id.* at 835.

²⁵ *See Graham*.

²⁶ *Id.* at 89.

²⁷ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 573 (2005).

In *Roper*, the court stated that [t] here are a number of crimes--such as (1) rape of an adult woman; and (2) felony murder where defendant did not (a) kill, (b) attempt to kill, or (c) intend to kill--that beyond question are severe in absolute terms, yet under the Federal Constitution's Eighth Amendment prohibition of cruel and unusual punishment²⁸

A state cannot impose a disproportionate sentence on a minor because the offenses committed are heinous.

The court, in its reasoning for denying Alvarez motion to reconsider the sentence stated that *Miller* allows life sentence for juveniles; however, what the court fails to extract from the US Supreme Court reasoning is that a determination of incorrigibility should be the basis for sentencing a juvenile to life, or to such severe sentence. The Court did not decide on the incorrigibility of Alvarez, rather just sentenced him to three centuries in prison with the possibility of parole after he reaches one hundred years of age. *Miller*, *Graham*, and *Roper* clearly distinguish juvenile offenders "whose crimes reflect transient immaturity and those rare children whose crimes reflect irreparable corruption."²⁹ The imposition of a life sentence, whether mandatory or not, should be imposed based on the line drawn by *Miller*, which the court fails to do.

The court believes that a minor who committed murder is not worthy of second chance, because he is incorrigible. This reasoning is inconsistency with the US Supreme Court in *Miller* and *Graham*. Such severe sentence "for a juvenile precludes consideration of his chron-

ological age and its hallmark features -- among them, immaturity, impetuosity, and failure to appreciate risks and consequences."³⁰ By precluding consideration for the minor attributes, the Court deviates from its constitutional duty. The court also has forsaken its position as a guarantor of the constitution. It has decided to ignore the Constitutions of both Puerto Rico and the United States and imposes a capital punishment on Alvarez who was a minor at the time of the said sentence.

Retroactive Application of Miller

Alvarez was sentenced in the pre-*Miller* era. During the pre-*Miller* era, States were free to sentence minors to mandatory Life-Without-Parole as they so choose. The decisions of the Supreme Court of the United States in *Graham* and *Miller* have changed the narrative on how States treat minors. Although these decisions have helped minors, they have also posed a problem that minors still face at the criminal justice system.

Applying *Graham* and *Miller* retroactively can be very problematic. However, the Supreme Court has solved this issue in *Montgomery*. Henry Montgomery was seventeen years old when he killed a police officer. He was sentenced to life without parole. While serving his sentence, the Supreme Court of the United States decided the case of *Miller* – the Court banned mandatory life-without-parole for minors. Henry Montgomery petitioned the Louisiana to vacate his sentence based on *Miller*. The court denied his petition. Montgomery filed a supervisory writ to the Supreme Court of Louisiana which was denied stating that *Miller* does not apply retroactively to cases on state

²⁸ *Roper*, 543 U.S. at 568.

²⁹ *Miller*, 567 U.S. at 479.

³⁰ *Id.* at 477.

collateral review. Henry Montgomery, 69, filed certiorari to the Supreme Court of the United States which reversed the Louisiana Supreme Court decision stating that *Miller* announces a new substantive rule that is retroactively applied to cases on state collateral review.

The *Montgomery* court defines substantive constitutional rule as “those that place, as a matter of constitutional interpretation, certain kinds of primary, private individual conduct beyond the power of the criminal law-making authority to proscribe.”³¹ These rules “set forth categorical constitutional guarantees that place certain criminal laws and punishments altogether beyond a state’s power to impose.”³²

Alvarez, although has some differences, deserves similar treatment as *Montgomery*. The Supreme Court of Puerto Rico should retroactively applied *Miller* to reconsider the sentence of Alvarez, who was a minor at the time he was sentenced, because “states may not disregard a controlling, constitutional command in their own courts.”³³ When a rule has been substantively changed or there is a new substantive rule, it should be applied retroactively. A substantive rule either: 1) forbid certain punishment for a specific class of offender or 2) forbid punishment for certain conduct.³⁴

In *Miller*, the Supreme Court stated that a mandatory sentence is inconsistent with justice when 1) it does not consider the characteristic and the life of an offender or the different factors involved in the offense, and 2) exclude mitigating factors. This decision retroactively applied to cases in which minors were sentenced disproportionately. Although the trial court did

not clearly sentence Alvarez to life without parole, this sentence is, without question, a life sentence. The sentence does not leave room for rehabilitation. According to Statista.com, Puerto Rican life expectancy is 79.6 years.³⁵ When a Puerto Rican is sentenced to more than three hundred years in prison with the possibility of parole after serving ninety-seven years of the said sentence, it is clear that, such sentence is a life sentence with no possibility for rehabilitation. The Court should have reconsidered the sentence of Alvarez in accordance to *Miller* and *Montgomery*.

Conclusion

The Court’s decision to deny Alvarez’s request shows that the Court “has acted in direct opposition to its own purpose.”³⁶ The Court has applied the law to “annihilating the justice that it was supposed to maintain; to limiting and destroying rights which its real purpose was to respect.”³⁷

Alvarez’s sentence is unconstitutional because “when a State enforces a proscription or penalty barred by the Constitution, the resulting conviction or sentence is, by definition, unlawful.”³⁸ This ruling applies to any case, pre or post-*Miller*, because a substantive rule has retroactive effect on any case without regard for when the case was decided.

The sentence is unconstitutional for two reasons:

31 *Montgomery v. Louisiana*, 136 S. Ct. 718, 729 (2016).

32 *Id.*

33 *Id.* at 727.

34 *See Montgomery*, 136 S. Ct. at 728.

35 *Puerto Rico: Life expectancy at birth from 2005 to 2015*, STATISTA, [HTTPS://WWW.STATISTA.COM/STATISTICS/397537/LIFE-EXPECTANCY-AT-BIRTH-IN-PUERTO-RICO/](https://www.statista.com/statistics/397537/life-expectancy-at-birth-in-puerto-rico/) (LAST TIME VISITED MARCH 27, 2018).

36 Bastiat, *supra* note 4, at 4 (2007).

37 *Id.*

38 *Montgomery*, 136 S. Ct. at 729.

First, it violates the principle of proportionality. The sentence imposed is grossly disproportionate to the offender. Alvarez at the time was a minor, therefore, the court should have taken into consideration his age and characteristics. “Even if [the] court consider[ed] [Alvarez]’s age before sentencing him to a lifetime in prison, that sentence still violates the Eighth Amendment for a child whose crime reflects unfortunate yet transient immaturity.”³⁹

Second, the sentence the court imposed on Alvarez is “a conviction under an unconstitutional law [. It] is not merely erroneous, but is illegal and void, and cannot be a legal cause of imprisonment.”⁴⁰ Although the sentence was imposed during the pre-*Miller* era, *Miller* retroactively applies to this case. The court should have reconsidered Alvarez sentence; it failures to do so, making the sentence unconstitutional.

39 *Id.* at 734.

40 *Id.* at 730-1.

Reforma juvenil de Puerto Rico 2017-2018

ARTÍCULO

*Orlandy Cabrera Valentín**

Transfondo

Desde el preciso instante en que el ser humano nace hasta el segundo final de su existencia posee un sinnúmero de derechos y obligaciones reconocidos y protegidos por el Estado en el que se desarrolla. La criminalidad está presente en cada rincón del planeta y en cada sociedad sin importar el nivel de desarrollo que posea. Este problema de índole antisocial se ve manifestado en todos los estratos sociales; entre personas adineradas, de clase media y pobres, esto también se replica en las edades y géneros, donde puede haber ancianos de noventa años cometiendo delitos de fraude hacia el seguro social; adultos asesinos, pedófilos, violadores; y hasta niños y niñas de quince años traficando en el punto de drogas de su comunidad. Esta última categoría, va en sintonía con la concepción de que la delincuencia juvenil ha ido en aumento durante las pasadas décadas en Puerto Rico, donde los menores cada día son más rentables en la subcultura criminal debido a que poseen, en gran medida, derechos más amplios que los adultos.

Puerto Rico como cada sociedad, “trata de atemperar su realidad social a un sistema de justicia juvenil que satisfaga las necesidades de protección de los menores y de cada miembro

de la sociedad”.¹ Esto significa que un menor transgresor (que ha cometido un delito) debe ser tratado en una esfera de justicia diferente a la de un adulto, porque en nuestra realidad social un menor delincuente no es un problema social a gran escala que requiera que este sea tratado y procesado como un adulto. Por consecuente, en Puerto Rico existe un Sistema de Justicia Juvenil que atiende a casos de menores de veintiún años incurso en faltas que son equivalentes a los delitos tipificados en el Código Penal 2012 y en leyes especiales.

En 1986 se aprobó la actual y vigente Ley de Menores,² la cual engloba esa estructura juvenil procesal. Al aprobar la Ley la Asamblea Legislativa reconoce que:

[E]sta ley adopta, como marco filosófico del Sistema de Justicia Juvenil, el humanismo dentro de un enfoque ecléctico de acción e intervención, donde se compatibilicen la propuesta

* Estudiante de Ciencias Políticas (B.A.) de la Universidad de Puerto Rico-Recinto de Mayagüez. Presidente de la Asociación de Estudiantes de Ciencias Políticas del Recinto Universitario de Mayagüez.

1 Grisel Hernández Arocho, *La Ley de Menores Número 88, génesis de nuestra criminalidad*, 36 REV. DER. PR 1 (1997).

2 Véase, Ley Núm. 88 de 9 de Julio de 1986, según enmendada.

rehabilitadora y el poder y responsabilidad posible inherente al Estado de brindarle toda oportunidad rehabilitativa, así como exigirle al menor un quantum de responsabilidad para dirigir sus actos y responder por éstos. El clamor por reconocimiento de mayor número de derechos constitucionales al menor hace necesario que se observe una mayor formalidad en la solución de los asuntos que llegan ante el Tribunal.³

La Ley de Menores de Puerto Rico contiene varias disposiciones que reconocen los derechos constitucionales que también goza una persona adulta ofensora de la ley. Esto no siempre fue así, ya que para que dichos derechos constitucionales fuesen garantizados al menor, unas series de casos que llegó hasta la Corte de Apelaciones del Primer Circuito. Donde por la vía de precedentes se extendieron esos derechos a los menores delincuentes.

Por lo tanto, existen tres diferencias generales entre menores y adultos que demuestran que los delincuentes juveniles no pueden clasificarse con la fiabilidad entre los peores infractores:

1. *‘La falta de madurez y un sentido de responsabilidad subdesarrollado’* se encuentran en los jóvenes con más frecuencia que en los adultos y son más comprensibles entre los jóvenes.⁴
2. *Los jóvenes son más vulnerables o susceptibles a influencias negativas y presiones externas, incluida la*

presión de grupo. ‘La juventud es más que un hecho cronológico. Es un momento y una condición de la vida cuando una persona puede ser más susceptible a la influencia y al daño psicológico.’⁵

3. *La personalidad de los menores no está tan bien formado como la de un adulto.* Los rasgos de personalidad de los juveniles son más transitorios, menos fijos.⁶

Ley Núm. 88 de 9 de julio de 1986, según enmendada

En esta sección estaremos presentando y analizando varios aspectos importantes de la actual Ley de Menores para así tener una mejor visión sobre el enfoque de esta, de manera que podamos compararlo y contrastarlo con los proyectos del Senado y de la Cámara de Puerto Rico.

En primera instancia en el Artículo 2 inciso (A) de la Ley encontramos lo siguiente: “Proveer para el cuidado, protección, desarrollo, *habilitación y rehabilitación* de los menores y proteger el bienestar de la comunidad.” No es un secreto que los centros de detención del Sistema de Justicia Criminal de Menores en Puerto Rico no cumplen a cabalidad con esta visión. Los jóvenes transgresores recluidos en estas instituciones no cuentan con las herramientas necesarias para lograr una *habilitación y rehabilitación* exitosa, sino que son en gran medida lo que se conoce como la escuela superior del crimen, porque es allí donde el menor conoce la maldad pura, las tácticas y estrategias utilizadas por otros jóvenes transgresores

3 Véase, Exposición de Motivos de la Ley Núm. 88 de 9 de Julio de 1986, según enmendada.

4 Roper v. Simmons 543 U.S. 551, 570 (2005).

5 *Id.*

6 *Id.*

para llevar a cabo el crimen. A parte de eso, se tiene constancia que los menores son reclusos -al igual que los adultos- en confinamiento solitario cuando dentro de la institución juvenil son considerados como jóvenes de peligrosidad extrema. En la exposición de motivos del P. del S. 49 se destaca que el expresidente de Estados Unidos Barack Obama:

[E]n sus declaraciones mencionó el caso de Kalief Browder, un menor que fue encarcelado tras ser acusado de apropiación ilegal²³. El menor fue mantenido durante dos años en confinamiento solitario. A consecuencia de esto el menor se privó de la vida. Siendo este un ejemplo práctico y modelo de las consecuencias de este castigo inhumano que continúa siendo practicado en las Instituciones Carcelarias del País.⁷

En todos los casos son encadenados de pies, manos y caderas para ser llevados al tribunal. Esta infame práctica fue denunciada por el Senador Carmelo Ríos en una rueda de prensa donde señala que “Parece mentira que en el 2017 tengamos historias de niños desde siete, ocho, nueve años, que son esposados de manos y pies para enfrentar un proceso que ellos muchas veces no comprenden”.⁸ Más allá de eso, según el profesor y PhD de Criminología de la Universidad de Puerto Rico Recinto de Mayagüez, Edwin Asencio Pagán, a los menores se les imponen medidas dispositivas exageradamente altas que no van acorde con el crimen

cometido. Por su parte, el profesor Fernando Picó destaca en su libro:

La cárcel de hoy cumple muy mal los tres propósitos que se le adjudicaron en el siglo 18. No es un disuasivo, ni rehabilita, y el castigo que administra es cruel e inhumano. Lejos de resolver los problemas sociales, los ha complicado. Como el hospital europeo del siglo 19, que vino a ser foco de infección epidémica en vez de sitio de curación, el tiempo está en el corazón mismo de nuestra problemática criminal. La cárcel no es la solución. Es el problema.⁹

Más adelante, el Artículo 4 nos habla sobre la jurisdicción del tribunal:

El tribunal tendrá autoridad para conocer de:

- (a) Todo caso en que se impute a un menor, conducta que constituya falta, incurrida antes de este haber cumplido dieciocho (18) años de edad.”
- (b) Todo caso en que se impute a un menor que hubiere cumplido quince (15) años de edad la comisión de hechos constitutivos de asesinato en primer grado según definido en el inciso (a) del Artículo 106 del Código Penal del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.

7 P. del S. 489 de 8 de mayo de 2017, pág. 9.

8 Benjamín Torres Gotay, *Proponen una nueva ley de menores*, EL NUEVO DIA, (5 DE MAYO DE 2017, 12:00AM) [HTTPS://WWW.ELNUEVODIA.COM/NOTICIAS/POLITICA/NOTA/PROPONENUNA-NUEVA-LEY-DE-MENORES-2318007/](https://www.elnuevodia.com/noticias/politica/nota/proponenuna-nueva-ley-de-menores-2318007/) (ÚLTIMA VISITA 27 DE MARZO DE 2018).

9 FERNANDO PICÓ, *EL DÍA MENOS PENSADO: HISTORIA DE LOS PRESIDIARIOS EN PUERTO RICO*, 192 (1994).

Este artículo es claro y conciso, señala que todo joven que cometa un delito –falta si son menores– será procesado como un menor exceptuando aquellos casos donde la falta cometida sea asesinato en primer grado en cualesquiera de sus modalidades (tortura, asecho, envenenamiento y premeditación). Aquí se encuentra una de las tres excepciones por las cuales el tribunal de menores puede renunciar a la jurisdicción de un niño o niña y trasladarlos al tribunal de adultos para que sean procesados como tales.¹⁰ Estas excepciones son contrarias a la jurisprudencia de Estados Unidos que establece entre otras cosas que “[l]as razones por las cuales a los menores no se les otorgan los privilegios y responsabilidades de un adulto también explican por qué su conducta irresponsable no es tan reprochable moralmente como la de un adulto.”¹¹

Posteriormente en los Artículos 13 y 14 encontramos el Especialista de Relaciones Familiares y el Técnico de Relaciones de Familia. La diferencia principal entre estos dos personajes es que el Especialista de Relaciones Familiares se encarga de realizar una investigación previa sobre las características del menor, su lugar de residencia, el entorno familiar para la evaluación del juez y un informe sobre los hechos constitutivos de delito “con el propósito de determinar si debe o no colocarse al menor bajo detención preventiva hasta que se celebre la vista del caso”.¹² Por otro lado, el trabajo del Técnico de Relaciones de Familias es velar

10 La segunda y tercera excepción se encuentran en el inciso (c) del mismo artículo: “todo caso en que se impute a un menor hechos constitutivos de delito cuando se le hubiese adjudicado previamente un delito grave como adulto”; “cuando la conducta llevada a cabo por el menor sea del tal grado antisocial que sea contraria a los estándares de decencia establecidos por la sociedad.”

11 *Thompson v. Oklahoma*, 487 U. S. 815, 835 (1988).

12 Véase, art. 13 (1) de la Ley Núm. 88 de 9 de Julio de 1986, según enmendada.

para que las condiciones impuestas al menor sean cumplidas a cabalidad dentro de la institución carcelaria, informar al menor sobre las condiciones de libertad condicional y redactar una serie de informes sobre el proceso de rehabilitación durante el cumplimiento de la medida dispositiva.

Por este artículo y otros como por ejemplo el artículo 21: Desvío de Menores del Procedimiento Judicial, es que se considera que la misma tiene un enfoque punitivo, pero a la misma vez paternalista.¹³ Además, “el fundamento principal que tuvo la creación de esta Ley fue proveerles a los niños abandonados o desajustados la atención y orientación necesaria para su bienestar y fortalecer los lazos familiares”.¹⁴

P. de la C. 1036

Este proyecto (conjunto el P. de la C 1035 que enmienda las reglas de asuntos de menores) en esencia lo que busca es derogar la actual ley de menores y remplazarla por una con un enfoque totalmente punitivo. El principal problema expuesto por profesores, abogados, jueces y otros es que, con la aprobación de este proyecto, al procurador y al tribunal de menores se

13 En el Sistema de Justicia Criminal se ha popularizado la práctica por parte de los jueces y juezas (ya que los alivia de la carga de trabajo) de enviar a los menores transgresores de la ley a programas de desvío como por ejemplo la Corte de Drogas que sirve como medida “disuasiva” para que el menor incurso en la venta o consumo de drogas se abstenga de esa actividad. La realidad es que estos programas de desvíos no son en muchas ocasiones los necesarios para la rehabilitación del menor debido a las ineficiencias con las que cuentan.

14 Gladys Lasa Díaz, *Principios fundamentales que rigen la moderna legislación de menores adoptados por la Ley Núm. 97, 22 REV. JUR. UPR 639 (1963) EN GRISEL HERNÁNDEZ AROCHO, SUPRA.*

les hará más fácil renunciar a la jurisdicción de un menor para así juzgarlo como adulto. Ejemplo de ello es la eliminación de las tres formas de que un menor pueda ser renunciado a su jurisdicción por el tribunal de menores.¹⁵ Ahora “el tribunal, a solicitud del procurador, podrá renunciar la jurisdicción sobre un menor que sea mayor de catorce (14) años y menor de dieciocho (18) años, a quien se le impute la comisión de cualquier falta clase II o III.”¹⁶ Aquí se evidencia el enfoque punitivo de este proyecto, uno que busca castigar y encerrar a los menores en instituciones carcelarias para adultos.

Ahora bien, nuestros legisladores deberían tener un amplio bagaje intelectual en investigación y redacción. Así a la hora de formular un proyecto de tal envergadura como este, que pretende crear un nuevo sistema de Justicia Juvenil, estos sean capaces de hacer una investigación y análisis de campo profundo, hablando de “tú a tú” con profesionales en el área de delincuencia, salud y bienestar juvenil. Al leer la exposición de motivos de este proyecto, nos damos cuenta de que nada de eso ocurrió. El proyecto 1036 contiene una exposición de motivos incipiente, sin análisis y sin pericia profesional sobre el tema que se pretende solucionar. No existe una reflexión estadística que identifique que hay un problema latente en la actual ley de menores y con niños y niñas cometiendo delitos supremamente antisociales y que están siendo utilizados por gatilleros para asesinar a personas. Es una concepción que se presume que existe en Puerto Rico, pero no es una realidad probada como en Colombia, México o El Salvador, donde los jóvenes son parte fundamental de la subcultura criminal. En el programa Pensándolo Bien llevado a cabo por el Licenciado Julio Fontanet, el profesor Car-

los Ramos apunta a que “la delincuencia juvenil no es un problema social de tal magnitud que requiera reinventar una ley -que posee un enfoque paternalista- para cambiar a uno punitivo.” Establece que la solución no es castigar al menor, “sino indagar cuales son las causas para que un niño cometa delito”.¹⁷ y así desarrollar estrategias y estructuras rehabilitadoras reales que sean implementadas en el sistema de justicia criminal, de manera que se disminuya paulatinamente este fenómeno.

Este proyecto por otro lado busca criminalizar a los niños pobres¹⁸ que en la mayoría de los casos el único crimen cometido fue esconderle un lápiz a su amigo como una inocente broma-que de seguro muchos de nosotros lo hicimos cuando éramos niños-. Al seguir la lectura del proyecto encontramos un aumento considerable en las penas por las faltas cometidas. Así también lo establece el Colegio de Profesionales del Trabajo Social de Puerto Rico en su informe hacia el Proyecto 1035 y 1036: “Una de las consecuencias que tiene este proyecto es que reduce la jurisdicción del Tribunal de Menores, ampliando la jurisdicción del tribunal de adultos. Estos cambios reflejan la intención de ser más severos, imponer penas mayores a los jóvenes y apunta a limitación de sus derechos como personas en proceso de desarrollo”.¹⁹

17 InterDerecho Universidad Interamericana de PR, *Pensándolo Bien 7/diciembre/2017*. (minuto 13:10 – 13:35). Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=0WpBWZncCk&t=190s> (última visita 6 de abril de 2018).

18 Estadísticas de la Oficina de Asuntos de La Juventud adscrita a la Oficina de la Gobernadora del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, establecen que la inmensa mayoría de menores incurso en faltas pertenecen a un determinado sector social. Pedro A. Vales, Zoraida Santiago, *ANÁLISIS DE LA DELINCUENCIA ENTRE MENORES DE EDAD EN PUERTO RICO*, agosto de 2002. Recuperado de https://estadisticas.pr/files/BibliotecaVirtual/estadisticas/biblioteca/OAJ_ADME_PR_2002.pdf. (última vez visitado abril 6 de 2018).

19 Larry Alicea Rodríguez, Col de TS de PR, P. de la C. 1035-1036, 6, 1 de junio de 2017.

15 *Roper v. Simmons* 543 U.S. 551, 570 (2005).

16 Art. 15 (a), P. de la C. 1036, de 8 de mayo de 2017.

La justificación de Jonny Méndez es que eso sirva como incentivo para que los padres de los menores con una conducta desviada ejerzan mayor supervisión sobre sus hijos. El problema de lo anterior es que los estudios sobre la delincuencia juvenil en Puerto Rico han establecido que el núcleo familiar de los menores transgresores de la ley está compuesto por un solo padre, madre (en la mayoría de los casos con problemas de adicción) o abuela, por lo tanto, este perfil social que caracteriza al menor transgresor es uno inconsistente con la visión de Méndez y su proyecto de reforma juvenil.

P. del S 489

Al otro extremo de la balanza encontramos el Proyecto del Senado 489 que persigue humanizar el Sistema de Justicia Juvenil. Ha sido el resultado del trabajo conjunto de todos los partidos políticos en el Senado en colaboración con el senador independiente Vargas Vidot.²⁰ La filosofía que persigue este proyecto es proponer que se agoten todos los remedios administrativos institucionales posibles²¹ antes de llevar a un menor al tribunal; filosofía que busca el bienestar del menor. Está enfocado en que el trabajador social de la escuela, donde se sucinte el incidente, haga su trabajo -de mediar la situación, dialogando con las partes involucradas para conocer a fondo la raíz del problema y llegando a una solución factible entre los estudiantes y dentro de la escuela- sin tener que arrojar al menor a las garras del deficiente Sistema de Justicia Juvenil. Por otro lado, “el proyecto aspira garantizar la re-

habilitación del menor mediante procesos enfocados en los derechos humanos, haciendo de la dignidad del ser humano el punto de partida en la toma de decisiones”.²² Por consiguiente, se considera este proyecto como uno de corte liberal y mucho más paternalista que la ley vigente. A diferencia del proyecto de la cámara, este fue redactado y estructurado con una serie de investigaciones en el área de la delincuencia juvenil, la realización de entrevista con trabajadores sociales, directores de instituciones juveniles y un sinnúmero de profesionales instruidos en esta área. La exposición de motivos que presenta es una envidiable y aplastante si se compara con la del proyecto 1036.

Entre puntos importantes que pretende implementar el proyecto son:

Un menor solo puede ser procesado con 13 años o más:

(i) Todo menor que no haya cumplido los trece (13) años, cuya conducta imputada sea constitutiva de falta, se considerará no procesable. A tales efectos, el Procurador de Menores referirá al menor y a su madre, padre, o tutor, al Departamento de la Familia para evaluación, servicios o cualquiera otra determinación que el Departamento de la Familia decida en el mejor bienestar del menor.

(ii) Todo menor que no haya cumplido los trece (13) años, cuya conducta imputada sea constitutiva de Falta Tipo II o Tipo III, se presumirá no procesable, salvo prueba en contrario

20 Un punto importante que no ha sido presentado por los medios de comunicación es que el proyecto 489 ha sido avalado y apoyado por organizaciones norteamericanas como el National Juvenil Defender Center y el Mid Atlantic Juvenil Defender Center.

21 art. 5, P. del S. 489 de 8 de mayo de 2017.

22 Julián Claudio Gotay, *El Proyecto senatorial 489 humaniza la justicia juvenil*, EL NUEVO DIA, (4 DE DICIEMBRE DE 2017 12:00AM) [HTTPS://WWW.ELNUEVODIA.COM/OPINION/COLUMNAS/ELPROYECTOSENATORIAL489HUMANIZAJUSTICIAJUVENIL-COLUMNA-2379479/](https://www.elnuevodia.com/opinion/columnas/elproyecto-senatorial-489-humaniza-la-justicia-juvenil-columna-2379479/) (ÚLTIMA VISITA 27 DE MARZO DE 2018).

presentada por el Procurador de Menores”. Esta es la mayor controversia del proyecto debido a que establece una edad mínima para procesar a un menor. Esto sin duda alguna dispararía la incidencia criminal juvenil debido a que una persona pudiera utilizar a un menor de trece años para asesinar, robar, tortura entre otras debido a que, si ese menor es aprehendido, no será procesado, sino llevado al Departamento de la Familia donde por su ineficiencia, el menor en un par de semanas estaría de vuelta en la libre comunidad.

Evita el confinamiento solitario

El aislamiento solitario es una práctica que puede llevar a la vulneración de derechos humanos fundamentales, especialmente la integridad personal física y mental. El uso de este recurso es uno abusivo e ilegítimo en algunas muchas ocasiones, que resulta en un trato cruel e inhumano en vez de una forma de corrección: “El confinamiento solitario consiste en la práctica de encarcelamiento de una persona sin ningún contacto, exceptuando el requerido con los oficiales de la prisión. De manera general, en el confinamiento solitario se separa al prisionero de la población general alrededor de 22 horas diarias. Esto es una realidad tanto en la población carcelaria adulta como juvenil”.²³ En 2011 salió a relucir que el Centro de Detención y Tratamiento Social de Niñas en Ponce incurría en esta práctica inhumana:

Entre los hallazgos de una pesquisa que llevó a cabo la ACLU en esta

institución, que actualmente atiende a 52 niñas de entre 13 y 20 años, se encuentran presuntos aumentos arbitrarios en las sentencias a las menores que atentan contra su vida y severos castigos con confinamiento solitario.²⁴

El propósito fundamental de la rehabilitación es buscar que el confinado logre adaptarse a los estándares de conducta establecidos por la sociedad por medio de la socialización con otras personas. En nada aporta un confinamiento solitario al proceso de rehabilitación de una persona encarcelada. En cambio, esto agrava el problema desarrollando un sentido de rencor y de odio por parte del confinado hacia la sociedad. Esto es un problema latente en las cárceles de adultos y que se ha extrapolado a menores, algo muy peligroso teniendo en cuenta la volatibilidad de la personalidad en desarrollo del menor transgresor.

Evita el uso de esposas o encadenamiento en menores²⁵

Muchos jóvenes en custodia se ven obligados a comparecer ante los tribunales encadenados de las piernas, cintura y manos. La práctica de restringir a los jóvenes que no suponen una amenaza para la seguridad humilla innecesariamente, estigmatiza y traumatiza a los jóvenes. En un sistema juvenil donde la prioridad es rehabilitar a un menor y trabajar con su personalidad, ¿qué de rehabilitador tienen las esposas en un menor transgresor? Esto es una cuestión que la ley atiende, mejor dicho, la elimina y da

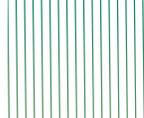
23 Ver exposición de motivos de P. del S. 489 de 8 de mayo de 2017.

24 *Investigan centro de detención de niñas*, EL NUEVO DÍA, (13 DE AGOSTO DE 2011, 6:33PM) [HTTPS://WWW.ELNUEVODIA.COM/NOTICIAS/LOCALES/NOTA/INVESTIGANCENTRODEDETENCIONDENI-NAS-1038467/](https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/investigancentrodedetenciondeni-nas-1038467/) (ÚLTIMA VISITA 27 DE MARZO DE 2018).

25 Art. 6, P. del S. 489.

a entender el enfoque rehabilitador de la misma.

En síntesis, luego de haber presentado un breve trasfondo histórico sobre el sistema de justicia criminal juvenil puertorriqueño y de haber evaluado la vigente ley y los proyectos del Senado y la Cámara, es imperativo que los dos cuerpos legislativos unan conocimientos y recursos para redactar una propuesta legislativa que se adapte a la realidad social de la isla sin tener que mover el péndulo de la justicia a un extremo paternalista o punitivo.



El Acoso Laboral en Puerto Rico y la Búsqueda de un Remedio Legislativo

ARTÍCULO

*Jorge M. Farinacci Fernós**

I. Introducción

La Legislación Protectora del Trabajo en Puerto Rico atiende un sinnúmero de asuntos relacionados al contenido sustantivo mínimo de la relación entre obreros y patronos. Entre ellas se destacan: la prohibición generalizada contra el despido injustificado, el discrimen en el empleo y las represalias, así como garantías básicas sobre condiciones de empleo, tales como salario mínimo, jornada ordinaria de trabajo y protecciones contra amenazas a la salud y la seguridad.

Desde hace varios años, se ha debatido en Puerto Rico el problema del acoso laboral, también conocido como el *hostigamiento laboral* o “*mobbing*”. En la sesión legislativa actual se están considerando tres proyectos de ley presentados en la Cámara de Representantes por legisladores de los tres partidos actualmente representados en dicho foro. En vista de la posibilidad de que, finalmente, se apruebe y firme un esquema estatutario especial sobre este importante asunto laboral, resulta provechoso repasar el desarrollo normativo de este asunto, así como analizar el contenido específico de las medidas legislativas propuestas.

En vista de lo anterior, este Artículo

se enfocará en: (1) describir y analizar el desarrollo jurídico del acoso laboral en Puerto Rico, incluyendo (a) su interacción con otras medidas estatutarias y doctrinas jurisprudenciales similares y relacionadas, (b) su vínculo con las acciones torticeras al amparo del Artículo 1802 del Código Civil y (c) la práctica del Tribunal de Apelaciones, y (2) describir y analizar las medidas legislativas propuestas recientemente, incluyendo (a) sus definiciones conceptuales, (b) su estructura interna y (c) sus posibles aplicaciones.

II. Desarrollo normativo del acoso laboral en Puerto Rico

A. Limbo jurídico

Se dice que en Puerto Rico “no existe una reclamación por [acoso laboral]”.¹ Como consecuencia, “el mismo todavía no ha sido reconocido en el ordenamiento puertorriqueño ni

* B.A. y M.A. (Univ. Puerto Rico-Río Piedras), J.D. (UPR), LL.M. (Harvard) y S.J.D. (Georgetown). Catedrático Auxiliar, Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

¹ González González v. Adsvar, Muñiz, Goyco, Seda & Pérez-Ochoa, PSC, 2012 WL 1499312, KLAN-2011-01439, KLCE-2011-01408, en la pág. 10.

legislativa o jurisprudencialmente”.² No obstante, como veremos, si bien el Tribunal Supremo de Puerto Rico no ha reconocido expresamente una causa de acción por acoso laboral y aún no se ha adoptado una ley especial sobre el mismo, lo cierto es que los tribunales puertorriqueños han estado atendiendo casos de acoso laboral bajo el modelo general de la responsabilidad civil extracontractual.

Esto ha generado mucha confusión. Pero lo cierto es que, independientemente de la existencia de una ley *especial* sobre el asunto, existen otras herramientas jurídicas aplicables a este problema. Claro está, lo ideal sería que, en efecto, se adopte un esquema estatutario específico para atender este problema, de forma que se otorgue certeza a una situación que hasta ahora ha sido un tanto incierta.

No obstante, la inexistencia de una ley especial no es sinónimo de la inexistencia de una causa de acción. Antes de indagar en los pormenores de las propuestas legislativas actualmente bajo consideración, resulta provechoso indagar un poco más en cómo se ha atendido el acoso laboral hasta ahora.

Cabe destacar que el acoso laboral es un fenómeno *distinto* al despido injustificado, el discrimen y la represalia. No obstante, comparte varios elementos en común que requieren un análisis particular, de forma que podamos precisar con mayor certeza los entornos de este concepto. Precisamente por la ausencia de una definición jurídica precisa sobre este fenómeno laboral, se trata de un concepto amorfo y ambiguo. Esto contribuye a la existencia de un estado incierto en el derecho.

Por ahora podemos definir el acoso labo-

ral como aquella conducta del patrono, ya sea directa o a través de sus agentes, supervisores o, incluso, otros empleados, dirigida a generar, y que en efecto genera, un ambiente hostil en el trabajo. A su vez, dicha conducta es ajena a algún interés legítimo del patrono. Por el contrario, es producto de una animosidad personal o profesional. Dicha conducta se caracteriza por el ataque verbal o físico, la humillación o la existencia de un afán de control. En ese sentido, es muy similar al concepto de *ambiente hostil* que existe en la figura análoga en el hostigamiento sexual, pero sin el elemento sexual.

B. El Despido Injustificado

Muchas veces un empleado que es víctima de una campaña de acoso termina siendo despedido de su puesto. Por tratarse precisamente de una campaña producto de la arbitrariedad y el capricho patronal, el despido generado es injustificado, en violación de la Ley Núm. 80-1976.³ Como sabemos, cuando se trata de un despido injustificado, el remedio exclusivo que el ordenamiento provee al empleado es la mesada. Esto, a menos que se configure un despido en violación de otras leyes especiales, por ejemplo, estatutos que prohíben el discrimen y la represalia, en cuyo caso se proveen remedios particulares, tales como la restitución en el empleo, el pago de daños emocionales y de los salarios dejados de percibir, así como una penalidad estatutaria.

La coincidencia entre el despido injustificado y el maltrato laboral que en ocasiones le acompaña ha resultado en que la discusión en Puerto Rico sobre el acoso laboral haya surgido como producto de la doctrina sobre el despido injustificado. Pero ello es una coincidencia *incidental* y no *inherente*. Esto, pues puede haber

² Charles Zeno Santiago, *Desarrollos recientes de las reclamaciones sobre represalias en el empleo*, 48 REV. JUR. UIPR 401, 425 (2014).

³ 29 LPRA sec. 185a *et seq.*

un despido injustificado sin acoso laboral, de la misma forma que puede haber acoso laboral que no culmine en un despido.

El inicio del desarrollo del concepto de acoso laboral en nuestro ordenamiento surgió de los intentos del Tribunal Supremo de Puerto Rico de distinguir entre el acto en sí del *despido*, y la posibilidad de una conducta antijurídica *adicional, separada, independiente y simultánea* por parte del patrono. De esa forma, pueden coincidir tanto el remedio exclusivo de la mesada para atender el despido, así como el resarcimiento de daños para atender esta conducta adicional.

En vista de lo anterior, cuando se trata de un “mero despido” injustificado, el remedio exclusivo para dicha conducta antijurídica es la mesada.⁴ Ahora bien, el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha reconocido que también puede haber “otras actuaciones torticeras que sean independientes al [despido]”.⁵ Cuando el patrono incurre en dicha conducta adicional, se genera responsabilidad civil extracontractual por los daños que cause la acción torticera independiente.⁶ Por ejemplo, si en el acto del despido el patrono agrede físicamente al empleado, este tiene derecho tanto a la mesada por el despido injustificado como al resarcimiento de los daños causados por la agresión. Lo mismo podría ocurrir en caso de una humillación pública, como gritarle improperios, lanzarle sus pertenencias al piso o escupirle. De la definición adoptada por el Tribunal Supremo de “actuaciones torticeras”, debemos concluir que ello incluye someter al empleado a una campaña de

abuso, maltrato y humillaciones, tal y como hemos establecido en canto el acoso laboral.

Como vimos, no existe una relación inherente entre el despido injustificado y el acoso laboral. En caso de que ambos coincidan, se trata de *dos actos anti-jurídicos separados que generan causas de acciones distintas y que conllevan remedios diferentes*. De igual forma, *puede haber una causa de acción por la acción torticera, incluso cuando no se ha materializado un despido*. Es decir, no hace falta la existencia de un despido para que se configure el acoso laboral y un trabajador pueda recuperar los daños sufridos como consecuencia de este.

Esto nos lleva al asunto del despido constructivo. Se trata de una de las definiciones estatutarias de despido contenidas en la Ley Núm. 80-1976. A diferencia del despido expreso o la suspensión, en el despido constructivo la acción final la toma el empleado por vía de su renuncia. Se trata de un empleado que renuncia tras haber sido sujeto a acciones o conducta del patrono dirigidas a forzar su renuncia, tales como la imposición de condiciones onerosas en el trabajo o someterlo a humillaciones y vejámenes sustanciales. En ese caso, una persona razonable no tendría otra alternativa que renunciar.⁷

Nuestro ordenamiento jurídico considera esa renuncia como un despido. Por tanto, una vez se demuestra que, en efecto, la renuncia fue un despido constructivo, el caso se tramita como cualquier otro caso de despido al amparo de la Ley Núm. 80-1976. Pero en cuanto el asunto del acoso laboral, la figura del despido constructivo levanta dos preguntas importantes.

En primer lugar, si aplica la norma que se-

4 Soc. de Gananciales v. Royal Bank de P.R., 145 DPR 178, 193 (1999).

5 *Id.*, c.f. Porto y Siurano v. Bentley P.R., Inc., 132 DPR 331, 342 (1992).

6 Rivera v. Security Nat. Life Ins. Co., 106 DPR 517, 527 (1977); Acevedo v. Western Digital Cable, Inc., 140 DPR 452, 459 (1996); García v. Aljoma, 162 DPR 572, 586 (2004).

7 Véase Jorge M. Farinacci Fernós, *Interpretación Liberal: las presunciones probatorias en la Legislación Protectora de Trabajo*, 83 Rev. Jur. UPR 15, 42 (2014).

para el acto en sí del despido (cuyo remedio es la mesada) y las actuaciones torticeras independientes del patrono (cuyo remedio es la concesión de daños y perjuicios). Entiendo que la norma sigue aplicando. En el caso del despido constructivo, la *renuncia* constituye el acto antijurídico que, por ser injustificado, permite al empleado recibir la mesada. De igual forma, *la conducta patronal de imponer condiciones onerosas o someter al empleado a humillaciones y vejámenes sustanciales* constituye el acto torticero independiente que permite al empleado reclamar la concesión de daños y perjuicios.

En segundo lugar, qué ocurre cuando un empleado es objeto de esta misma conducta patronal *pero no renuncia*. Ahí, al no haber ‘despido’ como tal (en tanto no se da el elemento de la renuncia que el estatuto define como despido), *aún queda la acción independiente en daños y perjuicios por la actividad torticera*. Esto reafirma la independencia conceptual entre el despido injustificado y una causa de acción separada por los actos torticeros del patrono constitutivos de acoso.

C. Intimidación e Integridad Personal

Finalmente, es necesario atender las expresiones del Tribunal Supremo en cuanto las causas de acción en daños en el contexto laboral por violaciones a la política pública y a los derechos constitucionales de los empleados. Cuando eso ocurre, el patrono pierde su inmunidad patronal y responde por los daños y perjuicios ocasionados.⁸ De igual forma, un tribunal puede emitir remedios interdictales. Por ejemplo, se ha resuelto que incurre en responsabilidad civil extracontractual un patrono que

libela a un empleado.⁹

En particular, el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha hecho referencia a actuaciones torticeras del patrono que laceran *el derecho a la intimidad del empleado, así como el derecho a la integridad personal*.¹⁰ Esto incluye actos del patrono que limiten la facultad del empleado de tomar decisiones personales, familiares o íntimas, el exponer públicamente la vida íntima del trabajador o que las acciones patronales incidan sobre áreas de la vida íntima y familiar de este.¹¹

Resulta altamente interesante el vínculo hecho por el Tribunal Supremo entre la intimidad y la integridad personal del trabajador. No podemos olvidar que si bien toda persona en Puerto Rico goza del derecho a la intimidad, los trabajadores gozan específicamente de un derecho constitucional contra amenazas a su salud e integridad personal. En *García v. Aljoma*, el Tribunal Supremo reafirmó la norma de que “cuando en ocasión del despido del obrero el patrono incurre en actuaciones torticeras que sean independientes al evento del despido mismo”, nace una causa de acción en daños y perjuicios.¹²

Acto seguido, nuestro máximo foro judicial se enfocó en definir los conceptos de ‘salud’ e ‘integridad personal’ contenidos en la Sección 16 de la Carta de Derechos. En cuanto *salud*, el Tribunal Supremo lo definió como el “bienestar físico o integridad corporal o física del obrero en el ámbito laboral”.¹³ En cuanto *integridad personal*, el Tribunal Supremo expresó que “se refiere a la inviolabilidad de la

8 *Soc. de Gananciales v. Royal Bank de P.R.*, en referencia a cómo no existe inmunidad cuando se trata de los actos intencionales del patrono o cuando se lacera una política pública o constitucional. En el contexto del acoso laboral, ambas excepciones pueden estar presentes.

9 *Acevedo v. Western Digital Cable, Inc.; Porto y Siurano v. Bentley P.R., Inc.*

10 *Soc. de Gananciales v. Royal Bank de P.R.*, en la pág. 193.

11 *Id.*, en las págs. 202-203.

12 *García v. Aljoma*, en la pág. 586.

13 *Id.*, en la pág. 592.

personalidad del obrero en la esfera de los valores abstractos, como su vida privada, pensamientos y creencias”.¹⁴ Es decir, “*se refiere a la reputación o la dignidad humana del obrero en su lugar de trabajo o empleo*”.¹⁵ Nótese la referencia a la reputación y la dignidad del trabajador: se trata de definiciones que lucen muy cercanas al concepto de acoso laboral.

Todo indicaría que, *de facto*, el Tribunal Supremo ha reconocido una causa de acción por acoso laboral. Esto, pues un empleado puede demandar en caso de que su patrono incurra en conducta o acciones que violen su intimidad, así como su salud e integridad personal. Como hemos visto, el acoso laboral es, precisamente, conducta patronal que lacera la intimidad, salud e integridad personal de un trabajador. Se trata de actos arbitrarios e irracionales del patrono que no deben tener cabida en nuestro ordenamiento.¹⁶

D. Tribunal de Apelaciones

Ahora bien, lo cierto es que el Tribunal Supremo de Puerto Rico nunca ha resuelto expresamente que el acoso laboral es uno de los actos torticeros independientes que generan responsabilidad civil extracontractual sobre el patrono. Pero el Tribunal de Apelaciones ha concluido que sí. Se trata de una serie de casos resueltos por dicho foro que tienen un gran peso persuasivo en nuestro ordenamiento.¹⁷

Por ejemplo, en *Pereles Velázquez v. K-Mart Management Corp.*,¹⁸ el foro apelativo

confirmó una decisión del Tribunal de Primera Instancia desestimando una causa de acción en daños y perjuicios por acoso laboral ante la existencia del remedio exclusivo de la mesada. A diferencia del foro primario, el Tribunal Apelativo entendió que *los hechos alegados por el querellante eran insuficientes para establecer acoso laboral*. Es decir, el foro intermedio no resolvió que no existía una causa de acción por acoso laboral, sino que los hechos alegados eran insuficientes para constituir acoso. Esta fue la *primera vez* que un tribunal apelativo en Puerto Rico reconoció implícitamente la posibilidad de que el acoso laboral constituyera el tipo de conducta torticera independiente que el Tribunal Supremo había identificado previamente como generadora de responsabilidad civil extracontractual más allá del remedio exclusivo de la mesada.

El Tribunal de Apelaciones llegaría a una conclusión similar en *Aponte Rivera v. AAA*.¹⁹ Aquí, el foro primario recibió *prueba* y determinó, como cuestión de hecho, que la misma era insuficiente para demostrar acoso laboral. El tribunal apelativo confirmó el dictamen, expresando que no existía razón para descartar la determinación de hecho del foro primario en cuanto la insuficiencia de la prueba. Pero, nuevamente, se trata de un reconocimiento implícito de una causa de acción por acoso, sólo que, en este caso, no había suficiente prueba de ello.

En *González González v. Adsva, Muñiz, Goyco, Seda & Pérez-Ochoa, PSC*, el Tribunal de Apelaciones revocó una sentencia sumaria del Tribunal de Primera Instancia que desestimó una causa de acción por acoso laboral bajo el artículo 1802 del Código Civil. Según el foro apelativo, “[a]unque en Puerto Rico no existe

14 *Id*

15 (Énfasis suplido) *Id*.

16 Véase Jorge M. Farinacci Fernós, *Igual Trato por Igual Trabajo: las clasificaciones laborales irracionales y el trato desigual en el empleo privado*, 50 REV. JUR. UIPR 311 (2016).

17 Véase Jorge M. Farinacci Fernós, *Fuerza Persuasiva: los usos de las decisiones del Tribunal de Apelaciones en nuestro sistema jurídico*, 51 REV. JUR. UIPR 361 (2017).

18 *Pereles Velázquez v. K-Mart Management Corp.*, 2008 WL

5759122, KLAN-2008-01593.

19 *Aponte Rivera v. AAA*, 2009 WL 4263512, KLAN-2008-01225.

una reclamación por alegado hostigamiento laboral o acoso, el Tribunal Supremo definió la conducta patronal constitutiva de un ambiente de hostigamiento y persecución que pueda violar el derecho a la intimidad de un obrero y, por consiguiente, generar en el patrono la obligación de resarcir daños y perjuicios”.²⁰ Posteriormente, el Tribunal de Apelaciones confirmó, mediante votación 2-1, la decisión del foro primario *en los méritos*, determinando que no hubo acoso.²¹ Si bien en los méritos no se determinó que hubo acoso, lo cierto es que el Tribunal de Apelaciones concluyó de forma categórica que *existía la causa de acción*.

En *Echevarría Zayas v. González Feliciano*, el Tribunal de Apelaciones continuó su desarrollo del concepto del acoso laboral, intimando una posible definición: “[L]as actuaciones arbitrarias, irrazonables o caprichosas en contra de un empleado que generen un ambiente hostil pueden ser indemnizables al amparo del artículo 1802 del Código Civil”.²² Posteriormente, en *Santiago Pérez v. E.L.A.*, el foro apelativo continuó expresando que “existe la posibilidad de que ciertas actuaciones en el escenario de trabajo puedan ser constitutivas de una [sic] clima o ambiente de hostigamiento y persecución que podrían ocasionar lesiones al derecho a la intimidad o un ataque abusivo a la honra, así como a la reputación personal y sean indemnizables como daños...bajo el [a]rtículo 1802 del Código Civil”.²³

Actualmente, existe cierta inconsistencia en las decisiones del Tribunal de Apelaciones. Recientemente, en *Ríos González v. Pontificia*

Universidad Católica de Puerto Rico, el foro intermedio concluyó que, “[s]i bien nuestra Asamblea Legislativa ha realizado esfuerzos para incorporar la doctrina de acoso laboral o *mobbing*, al día de hoy no existe en nuestro ordenamiento legislación alguna que reconozca dicha causa de acción”.²⁴ No obstante, el Tribunal no explicó por qué no estaba disponible una acción bajo el artículo 1802 del Código Civil, como había concluido previamente. Se trata de un desarrollo reciente del Tribunal de Apelaciones,²⁵ aunque, en su mayoría, se pueda notar que el balance se inclina a favor de la existencia de la causa de acción.

Claro está, la otra tendencia que hemos visto a los efectos de no determinar que, en efecto, hubo un acoso en la práctica puede ser demostrativo de la renuencia de los tribunales de declarar su existencia ante la ausencia de parámetros jurídicos adecuados. Esta tensión de reconocer la existencia de una causa de acción pero no encontrarla en los méritos es indicativo de la necesidad de una ley especial, por lo que, como explica el profesor Charles Zeno Santiago, “no nos extrañaría que en los próximos años la Asamblea Legislativa o nuestro Tribunal Supremo se expresen sobre la validez de la causal de *mobbing* en nuestro ordenamiento jurídico”.²⁶ Parece que la Asamblea Legislativa actuará primero.

III. Las medidas legislativas propuestas

Cabe señalar que la Asamblea Legislativa

20 *González González*, en la pág. 8.

21 2014 WL 7671031.

22 *Echevarría Zayas v. González Feliciano*, 2013 WL 6211540, KLAN-2011-2787, en la pág. 8.

23 *Santiago Pérez v. E.L.A.*, 2016WL 6471409, KLCE-2016-00872, en la pág. 7, c.f. *Soc. de Gananciales v. Royal Bank de P.R.*

24 *Ríos González v. Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico*, 2017 WL 3842678, KLAN-2017-00149, en la pág. 16.

25 *Comprar con Rodríguez Santiago v. Cooperativa de Ahorro y Crédito La Sagrada Familia*, 2017 WL 1353002, KLAN-2016-01397.

26 Zeno Santiago, *supra*, en la pág. 425.

ya actuó en 2013. En aquella ocasión, el entonces Gobernador Alejandro García Padilla *vetó* el proyecto aprobado.²⁷ Esperemos que en esta ocasión, de aprobarse nuevamente la medida en ambas cámaras legislativas, el Gobernador de turno firme la misma.

Actualmente hay tres proyectos de ley estableciendo una causa de acción por acoso laboral. Todos fueron originados en la Cámara de Representantes y fueron presentados, separadamente, por miembros de los tres partidos políticos actualmente representados en dicha institución.

Se trata de proyectos muy distintos entre sí en cuanto forma y estructura, *pero comparten una visión común de eliminar la práctica del acoso laboral*. Me refiero a los siguientes proyectos: P. de la C. 243 (Matos García), P. de la C. 306 (Meléndez Ortiz) y P. de la C. 759 (Márquez Lebrón). Precisamente por tener estructuras diversas, discuto cada medida separadamente. Comienzo con el P. de la C. 306, de autoría del representante Meléndez Ortiz, por entender que es la propuesta más abarcadora y completa de las tres.

La Exposición de Motivos de este Proyecto reafirma la raíz constitucional de la prohibición al acoso laboral. En particular, se hace referencia a las protecciones ofrecidas en la Sección 16 de la Carta de Derechos, que protege a todo trabajador contra riesgos a su salud e integridad personal, así como la garantía de dignidad humana contenida en la Sección 1 de

dicha Carta. Se trata, pues, de una reafirmación de lo intimado en *García v. Aljoma* a los efectos de reconocer que pueden haber actuaciones patronales contrarias a la dignidad, intimidad, salud e integridad personal de un trabajador que genera responsabilidad civil.

Interesantemente, la Exposición de Motivos también hace referencia a las herramientas jurídicas actualmente disponibles para combatir el acoso laboral. En particular, menciona el rol del artículo 1802. Sobre este, el Proyecto estima que este no es suficiente para atender el problema, por lo que “entendemos necesario y pertinente disponer de legislación”.²⁸ Es decir, se intenta precisar mediante legislación especial I que hasta ahora se ha intentado atender mediante una ley general. De igual forma, se hace referencia a la figura del despido constructivo al amparo de la Ley Núm. 80-1976, distinguiendo el concepto de acoso laboral que, como vimos, puede darse sin que haya una renuncia o despido.

En cuanto a una definición jurídica del término *acoso laboral*, tanto la Exposición de Motivos como los artículos 4(3) y 8 ofrecen respuestas.

En primer lugar, la Exposición de Motivos establece que el acoso laboral “consiste en aquella conducta abusiva, verbal o física de forma reiterada...no deseada” por parte del patrono, supervisores u otros empleados “ajena a los legítimos intereses de la empresa” y que “atenta contra sus derechos constitucionales protegidos”.²⁹ Esta conducta incluye “comunicación hostil y desprovista de ética que es administrada de forma sistemática” y produce un efecto adverso en el empleado que la recibe.³⁰

27 Véase Ríos González, fn. 18: “Al concluir el veto, el Gobernador expresó que ‘aun en ausencia de un estatuto específico que defina el acoso y el hostigamiento, *los empleados no quedan desprovistos de un remedio ante una situación de acoso laboral en el empleo, esto, al amparo de las protecciones constitucionales las obligaciones que surgen de los convenios obrero patronales y las obligaciones extracontractuales al amparo del [a]rtículo 1802 del Código Civil de Puerto Rico*’.” (Énfasis suplido).

28 Exposición de Motivos, P. de la C. 306.

29 *Id.*

30 *Id.*

Específicamente establece que se trata de conducta

Malintencionada, no deseada, que genera una atmósfera hostil, intimidatoria, humillante u ofensiva para el empleado que impida su sana estadía en el trabajo; y que sea originada por un motivo ajeno al legítimo interés de salvaguardar el efectivo desempeño en el empleado o que contenga expresiones claramente difamatorias o lesivas que atenta contra la dignidad de la persona.³¹

En segundo lugar, el artículo 4(3) del P. de la C. 306 define acoso laboral como:

[A]quella conducta malintencionada, no deseada, repetitiva y abusiva, ya sea de forma verbal, escrita o física de por parte del patrono, sus supervisores o empleados, ajena a los legítimos intereses de la empresa que genera una atmósfera hostil, intimidante, humillante y ofensiva, impide la sana estadía del empleado en el trabajo, que puede tener como resultado menospreciarlo, apocarlo o destruirlo profesionalmente, y que atente contra sus derechos constitucionales protegidos, incluyendo su dignidad.³²

En tercer lugar, el artículo 8 ofrece una lista de *ejemplos* (“actos como”) de conducta que podría ser constitutiva de acoso laboral. Esta incluye: (a) expresiones injuriosas, difamatorias o lesivas sobre la persona, usando palabras soeces, (b) comentarios hostiles y humillantes de descalificación profesional expresadas en presencia de otros empleados, (c) injustificadas

amenaza de despido expresada en presencia de otros trabajadores, (d) múltiples denunciar disciplinarias demostrablemente temerarias, (e) descalificación humillante sobre sus propuestas u opiniones, (f) comentarios o burlas públicas sobre apariencia física o forma de vestir, (g) alusión pública de intimidades personales y familiares del trabajador, (h) imposición de deberes patentemente extraños, exigencias abiertamente desproporcionales y cambios bruscos en el lugar de trabajo sin fundamento objetivo, (i) negativa de proveer materiales e información pertinente y vital para el cumplimiento de sus labores, entre otros.

A su vez, el artículo 8 también nos alerta sobre conducta que *no sería constitutiva de acoso laboral*. Esta incluye: (a) actos disciplinarios legítimos, (b) exigencias de confidencialidad o lealtad legítimas, (c) reglamentos o memorandos razonables para maximizar eficiencia operacional, (d) solicitud de cumplir deberes adicionales de ser necesarios, (e) despidos con justa causa, (f) acciones afirmativas para cumplir reglamentos de recursos humanos o cláusulas contractuales, (g) acciones afirmativas del patrono para que se cumplan las obligaciones, deberes y prohibiciones establecidas por ley. Esto es cónsono con lo expresado en la Exposición de Motivos, a los efectos de que el acoso laboral no incluye toda conducta meramente antipática.

De todo lo anterior surge una formulación jurídica abarcadora y compuesta. Primero, de ordinario haría falta *repetición* en la conducta patronal, por tratarse de una campaña o patrón. Claro está, puede darse una situación donde se trata de conducta *suficientemente grave y sustancial* como para hacer innecesaria la repetición. Segundo, que en efecto se *genere* un ambiente hostil, intimidante o humillante, ampliamente definido ante la existencia de

31 *Id.*

32 Art. 4(3), P. de la C. 306.

múltiples escenarios fácticos que lo crearían. Tercero, que sea *no deseada* y lacere intereses protegidos de *dignidad, intimidad, salud o integridad personal*. Cuarto, una definición amplia en cuanto al *medio* en que se puede manifestar esta conducta, la que puede ser oral, escrita o física. Quinto, que la conducta patronal será *ajena* a los intereses legítimos de la empresa.

En cuanto el ámbito de aplicación, el P. de la C. 306 es considerablemente amplio. En primer lugar, aplica a todo empleado “no importa cuál sea su categoría o clasificación de empleo”.³³ De igual forma, también aplica “no importa la naturaleza del empleado, su categoría, jerarquía o clasificación, ni la duración del contrato de empleo”.³⁴ Es decir, no se limita a empleados contratados por tiempo indeterminado. Por el contrario, aplica a una definición amplia de empleados, incluyendo aquellos contratados mediante contrato a término fijo o para obra cierta. De esa forma, aplica a “toda persona que trabaja para un patrono y que reciba compensación por ello”.³⁵ A eso se añade una norma hermenéutica contenida en el propio Proyecto que requiere que el concepto de empleado “se interpretará la forma más amplia posible”.³⁶ Se podría argumentar que eso incluso cobija a ciertos contratistas independientes.

Finalmente, cabe destacar que, a diferencia de la Ley Núm. 80-1976, pero similar a la Ley Núm. 115-1991 de Represalias,³⁷ el Proyecto aplicaría a empleados de la empresa privada, el gobierno y las corporaciones públicas.³⁸ Incluso, aplica a entidades sin fines de lucro y a las organizaciones sindicales.³⁹

En cuanto la operación de la causa de acción y la responsabilidad patronal, el P. de la C. 306 es considerablemente detallado, preciso y abarcador. Al igual que en cuanto la definición de empleado y patrono, la responsabilidad patronal es sustancialmente amplia. En primer lugar, abarca las acciones que el patrono incurra, fomenta o permita.⁴⁰ Esto incluye el deber afirmativo de tomar aquellas medidas necesarias para eliminar o reducir el acoso.⁴¹ El patrono “siempre será responsable por las actuaciones del personal de supervisión a su cargo”.⁴² Ello es muy similar a la estructura vigente en el hostigamiento sexual, donde el patrono responde vicaria y absolutamente por las actuaciones de los supervisores. Cuando el acoso es llevado a cabo por otro empleado, el patrono responde si sabía o debía saber y no tomó acción apropiada inmediatamente.⁴³ Nuevamente, se trata de una estructura muy similar al hostigamiento sexual. En todo caso, la persona que llevó a cabo el acoso es responsable civilmente como ocurre en el hostigamiento sexual. Es decir, no se limita únicamente al patrono, como ocurre en la represalia.⁴⁴

El P. de la C. 306 establece que un empleado víctima de acoso laboral puede recibir los servicios de la Corporación del Fondo del Seguro del Estado, pero el patrono pierde su inmunidad.⁴⁵ De igual forma, el denunciar acoso laboral se considera actividad protegida al amparo de la Ley Núm. 115-1991 de Represalias.⁴⁶

Los patronos deben tener un protocolo in-

33 Art. 2, P. de la C. 306.

34 Art. 3, P. de la C. 306.

35 Art. 4(1), P. de la C. 306.

36 *Id.*

37 29 LPRA sec. 194 *et seq.*

38 Art. 3, P. de la C. 306; Art. 4(2), P. de la C. 306.

39 Art. 4(2), P. de la C. 306.

40 Art. 5, P. de la C. 306.

41 *Id.*

42 *Id.*

43 *Id.*

44 Santiago Nieves v. Braulio Agosto Motors, Inc., 2017 TSPR 24.

45 Art. 6, P. de la C. 306.

46 Art. 7, P. de la C. 306.

terno para atender estas situaciones y se provee para el uso del Negociado de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos de la Rama Judicial.⁴⁷ Agotado este procedimiento, procede entonces entablar una causa de acción civil en los tribunales. Es decir, aparentemente no se puede presentar en primera instancia una acción en los tribunales, pues haría falta agotar los procedimientos establecidos en el Proyecto. Entiendo que, no obstante esto, podría aplicar, en ciertas circunstancias, excepciones sobre futilidad y otras similares. No obstante, entiendo que este requisito de agotamiento debe ser eliminado.

En cuanto la responsabilidad civil como tal, “[t]oda persona responsable de acoso laboral en el empleo...incurrirá en responsabilidad civil por una suma igual al doble del importe de los daños que el acto haya causado al empleado”.⁴⁸ También provee para la reinstalación en el empleo y la otorgación de remedios interdictales. Se trata, pues, de un esquema muy similar a las leyes anti-discriminen y anti-represalias.

Por último, el Proyecto establece un periodo prescriptivo de un año que comenzará a decursar “después que el empleado se sintió sometido al acoso laboral alegado”.⁴⁹ Si dicho momento es el primer acto de acoso, el último o el momento específico durante el mismo que el empleado sintió el ambiente hostil no está claro del texto de la ley. Entiendo que, cónsono con la teoría cognoscitiva del daño, el empleado puede demandar en cualquier momento que conoce del acoso, pero el término prescriptivo no comienza a decursar hasta que se da el acto más reciente de acoso. Cabe destacar, finalmente, que el Proyecto permite expresamente el presentar la causa de acción bajo el procedi-

miento sumario laboral establecido en la Ley Núm. 2-1961.⁵⁰

El P. de la C. 243 fue presentado por el representante Matos García. Su Exposición de Motivos incluye muchos de los principios, valores y apreciaciones que vimos en el P. de la C. 306. En este caso, se hacen referencias directas a cómo el acoso laboral viola importantes derechos constitucionales, como la dignidad humana, la intimidad, así como la salud y la integridad personal en el lugar de trabajo. La Exposición de Motivos también incluye un sinnúmero de estadísticas sobre la incidencia de acoso laboral en el empleo. Finalmente, reconoce la importancia de adoptar una ley especial, dado que “[e]n la actualidad, no existe una ley que proteja a los trabajadores contra el maltrato emocional laboral”.⁵¹ Mientras el P. de la C. 306 enfatiza las diferencias entre el acoso laboral y el despido injustificado en su modalidad de despido constructivo, el P. de la C. 243 enfatiza las diferencias entre el acoso laboral y las leyes anti-discrimen.

El P. de la C. 243 define *el maltrato emocional laboral* como aquella “conducta, con malicia,...[que una] persona razonable podría considerarla como hostil, ofensiva y no relacionada con un interés legítimo del negocio o industria”.⁵² Se trata de una definición *subjetiva* del acoso, mientras que el P. de la C. 306 intima, sin decirlo expresamente, una visión *objetiva* del mismo. A su vez, el P. de la C. 243 incluye en su definición de acoso tanto la conducta afirmativa del patrono *como sus omisiones*.⁵³ Esto es similar a lo que vimos en el P. de la C. 306 en cuanto el deber afirmativo del patrono de tomar medidas correctivas

47 Art. 10, P. de la C. 306.

48 Art. 11, P. de la C. 306.

49 Art. 12, P. de la C. 306.

50 32 LPRA sec. 3118 *et seq.*

51 Exposición de Motivos, P. de la C. 243.

52 Art. 2(a), P. de la C. 243.

53 Art. 2(b), P. de la C. 243.

necesarias e inmediatas.

En cuanto la malicia necesaria, el Proyecto la define como el “intento de causar a otra persona sufrimiento psicológico, físico o daño emocional, sin legítima causa o justificación”.⁵⁴ Nuevamente, se puede notar el acercamiento subjetivo de la medida, enfocándose aquí en la motivación patronal. En cuanto el ambiente laboral hostil, el Proyecto lo define como cuando el empleado que es “sometido a conducta abusiva de naturaleza severa que cause daño”.⁵⁵

Al igual que el P. de la C. 306, el P. de la C. 243 incluye en sus prohibiciones a patronos, supervisores y empleados.⁵⁶ A su vez, reconoce unas defensas afirmativas disponibles al patrono. En primer lugar, que el patrono ha tomado y ejercitado medidas razonables de cuidado para prevenir y corregir prontamente la situación. Esta defensa no está disponible si el acoso culmina en la renuncia del trabajador.⁵⁷ En segundo lugar, no habrá responsabilidad civil si la actuación del patrono responde a una acción adversa legítima.⁵⁸ En cuanto esto, entiendo que el esquema establecido en el P. de la C. 306 es superior y más específico.

También al igual que el P. de la C. 306, este Proyecto considera el denunciar el acoso laboral como una actividad protegida al amparo de la Ley Núm. 115-1991 de Represalias. En cuanto los remedios ofrecidos, el P. de la C. 243 otorga al tribunal amplios poderes, incluyendo, sin limitarse, los salarios dejados de percibir y resarcimiento por los daños emocionales causados. Ahora bien, establece un tope de \$20,000 por dichos daños emocionales.⁵⁹

54 Art. 2(c), P. de la C. 243.

55 Art. 2(h), P. de la C. 243.

56 Art. 3, P. de la C. 243.

57 Art. 4(a), P. de la C. 243.

58 Art. 4(b), P. de la C. 243.

59 Art. 6, P. de la C. 243.

No surge con claridad el propósito de este tope.

En cuanto el periodo prescriptivo, el P. de la C. 243 es muy claro en cuanto su inicio, al establecer que este comienza con el último episodio de maltrato,⁶⁰ *pero omite establecer cuál es el periodo aplicable*. Por último, el Proyecto incluye una norma de interpretación amplia de sus protecciones.⁶¹

Finalmente, tenemos que P. de la C. 759 de la autoría del representante Márquez Lebrón. Haciéndose eco de lo expresado en los otros proyectos, la Exposición de Motivos del P. de la c. 759 vincula la prohibición del acoso laboral con los derechos de dignidad y las leyes anti-discrimen, y también expresa que “[l]a legislación existente no prohíbe el acoso laboral”.⁶² Esto, ante la inexistencia de una “causa de acción independiente”.⁶³ Como hemos visto, si bien es importante reconocer que la aprobación de una ley especial sobre el asunto sería considerablemente superior a depender del régimen general de la responsabilidad civil extracontractual, me parece potencialmente peligroso afirmar que no existe una prohibición en nuestro ordenamiento al acoso laboral. En caso de que ninguno de estos proyectos termine adoptado como ley, se podría argumentar, equivocadamente, que lo expresado en las respectivas exposiciones de motivos es evidencia de la ausencia categórica de dicha prohibición.

En cuanto las definiciones incluidas, el P. de la C. 759 *es virtualmente idéntico* al P. de la C. 306, en tanto define *empleado* como “[t]oda persona que trabaja para un patrono y que recibe compensación por ello”, seguido por una norma interpretativa la “más amplia posible”

60 *Id.*

61 Art. 8, P. de la C. 243.

62 Exposición de Motivos, P. de la C. 759.

63 *Id.*

del concepto empleado.⁶⁴ Es decir, al igual que aquel Proyecto, este cobija una gama amplia de personas que trabajan, incluyendo empleados contratados por término indeterminado, por tiempo fijo o para obra cierta, o, incluso, contratistas independientes. De igual forma, incluye tanto patronos del sector privado como la totalidad del sector público.⁶⁵

Sobre el acoso laboral como tal, el P. de la C. 759 lo define como:

[A]quella conducta abusiva verbal, escrita o física de forma reiterada por parte del patrono, sus agentes, supervisores o empleados, ajena a los legítimos intereses de la empresa del patrono, no deseada por la persona, que atenta contra sus derechos constitucionales protegidos, tales como: inviolabilidad de la dignidad de la persona, la protección contra ataques abusivos a su honra, su reputación y su vida privada o familiar, y la protección del trabajador contra riesgos para su salud o integridad personal en su trabajo o empleo. Esta conducta de acoso laboral crea un entorno de trabajo intimidante, humillante, hostil u ofensivo, no apto para que la persona pueda ejecutar sus funciones o tareas de forma normal.⁶⁶

Nótese la similitud casi idéntica con la definición en el P. de la C. 306. Ambos proyectos enfatizan el elemento de la repetición —al menos en casos ordinario—, el ser ajeno a los intereses legítimos del patrono, su característica de no ser deseada por la persona y

de generar, en efecto, un entorno intimidante, humillante, hostil u ofensivo intolerable o dañino. Ambos son considerablemente amplios en el tipo de conducta prohibida.

Tras prohibir todo tipo de conducta constitutiva de acoso laboral,⁶⁷ el P. de la C. 759 enfatiza que la determinación de si, en efecto, hubo dicho acoso se hará según la totalidad de las circunstancias.⁶⁸ De igual forma, y al igual que vimos anteriormente, la responsabilidad del patrono varía, dependiendo de si la persona que lleva a cabo el acoso es un agente o supervisor, o si simplemente se trata de un empleado del patrono o, incluso, un no-empleado que genera el ambiente hostil. En cuanto los primeros, el patrono siempre responderá, siempre y cuando la persona que llevó a cabo el acoso actuó en dicha capacidad.⁶⁹ En cuanto los segundos, el patrono responderá si sabía o debía saber y no tomó acción inmediata y apropiada para resolver la situación.⁷⁰

En cuanto la responsabilidad civil, el patrono que incurra en acoso laboral pagará daños dobles.⁷¹ De igual forma, está disponible la reinstalación y la potestad del tribunal de ofrecer remedios interdictales.⁷² En cuanto el término prescriptivo, este sería de tres años, aunque no se establece con claridad el punto de partida.⁷³ Por último, se elimina la inmunidad patronal,⁷⁴ se reconoce la posibilidad de tramitar el caso bajo el procedimiento sumario laboral,⁷⁵ se establecen honorarios de abogados en 25%,⁷⁶ y *no*

64 Art. 2(1), P. de la C. 759.

65 Art. 2(3), P. de la C. 759.

66 Art. 3, P. de la C. 759.

67 Art. 5, P. de la C. 759.

68 Art. 6, P. de la C. 759.

69 Art. 7(1), P. de la C. 759.

70 Arts. 7(2) y 7(3), P. de la C. 759.

71 Art. 9, P. de la C. 759.

72 *Id*; Art. 13, P. de la C. 759.

73 Art. 11, P. de la C. 759.

74 Art. 10, P. de la C. 759.

75 Art. 12, P. de la C. 759.

76 Art. 14, P. de la C. 759.

*hace falta agotar remedios administrativos.*⁷⁷

Como adelantara, me parece que el P. de la C. 306 es el más abarcador y completo, particularmente en cuanto sus definiciones y operación. No obstante, entiendo que se podría nutrir de elementos contenidos en los otros proyectos, particularmente en cuanto (1) la duración y punto de partida de los términos prescriptivos, y (2) la preterición de los procedimientos administrativos como requisito para presentar una causa de acción en los tribunales.

En todo caso, aprobar cualquiera de los proyectos, o una versión integrada o mejorada de estos, sería un gran paso adelante para hacer justicia a las personas que trabajan dignamente en nuestro país. El acoso laboral debe ser erradicado de una vez y por todas, y la aprobación de una ley especial en esa dirección es un paso necesario para ello.

77 Art. 15, P. de la C. 759.

Voto presidencial en Puerto Rico: ¿Otra vez?

ARTÍCULO

*Carlos Iván Gorrín Peralta**

I. Introducción

Pasó bajo el radar. La Asamblea Legislativa de Puerto Rico aprobó a principios de 2018 una “Ley para garantizar el voto presidencial a todos los ciudadanos americanos residentes en Puerto Rico”,¹ pero no fue noticia que provocara grandes titulares. Quizá la gente pensó “¿Otra vez?”. Después de todo, era la segunda ocasión en menos de dos décadas que el gobierno estadista de turno aprobaba una ley para los mismos fines. La primera vez fue en el año 2000.² Su vigencia fue bastante efímera porque cincuenta y tres días después el Tribunal Supremo de Puerto Rico la declaró inconstitucional, apenas cuatro días antes de que se celebrara la “elección presidencial” en Puerto Rico.³

¿Cómo es eso, entonces? Si en el 2000 se declaró inconstitucional una ley para celebrar en Puerto Rico una “elección presidencial”, ¿cómo podía la Asamblea Legislativa aprobar otra ley con idéntico fin? ¿No es el poder judicial el intérprete definitivo de la Constitución? Bueno, cabría la posibilidad de que la nueva ley sea

significativamente distinta a la que resultó inconstitucional, y que la legislatura haya curado los defectos de los que adolecía la primera. O podría ser que el derecho aplicado en la primera decisión haya cambiado lo suficiente como para que ahora una ley similar pase la prueba constitucional.

Para esclarecer estas interrogantes hay que comparar las dos leyes y así determinar si son suficientemente distintas. También habrá que examinar cuál es el proceso mediante el cual se selecciona al presidente de los Estados Unidos de América, para decidir si ese proceso ha sufrido modificaciones que justifiquen la reiteración de lo que resultó inconstitucional. En especial, hay que examinar si durante el tiempo transcurrido ha habido algún cambio en cuanto a la participación de los territorios de los Estados Unidos en la selección presidencial, o si en ese periodo se ha reconocido el derecho de los habitantes de los territorios a votar por el presidente.

II. Comparación de las leyes del 2000 y del 2018

Un examen comparativo de los textos normativos de las dos leyes revela que son prácticamente idénticas, con algunas modificaciones cosméticas y algunas omisiones en el texto recientemente aprobado. El análisis tabular que sigue a continuación revela los paralelos entre las dos leyes.

* Catedrático, Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

1 Ley para garantizar el voto presidencial a todos los ciudadanos americanos residentes en Puerto Rico, Ley Núm. 12-2018.

2 Ley de elecciones presidenciales en Puerto Rico, Ley Núm. 403-2000.

3 *Báez Galib y Mangual Hernández v. Comisión Estatal de Elecciones*, 152 D.P.R. 382 (2000).

Ley 403-2000	CONTENIDO	Ley 12-2018
Capítulo I	Disposiciones generales	-----
Art. 1.1	Título: Ley de Elecciones Presidenciales en Puerto Rico	Art. 1
Art. 1.2	Definiciones: Candidato; Comisión; Compromisario; Elección Presidencial; Ley Electoral; Partido Nacional; Presidente	Art. 1
Art. 1.3	Funciones de la CEE deberes del Presidente (cambios leves)	Art. 3
Art. 1.4	Ley supletoria	Art. 4
Art. 1.5	Funcionario Presidencial	Art. 5
Art. 1.6	Organismos electorales	Art. 6
Capítulo II	Compromisarios y candidatos	-----
Art. 2.1	Compromisarios para las elecciones presidenciales	Art. 7
Art. 2.2	Nominación de candidatos	Art. 8
Art. 2.3	Derechos de los candidatos a presidente: (a), (b), (c), (d)	Art. 9
Art. 2.4	Calificaciones de los compromisarios	Art. 10
Art. 2.5	Designación de compromisarios	Art. 11
Art. 2.6	Obligaciones de los compromisarios	Art. 12
Capítulo III	Votación, escrutinio y elección por los compromisarios	-----
Art. 3.1	Fecha de las elecciones presidenciales	Art. 13
Art. 3.2	Personas con derecho a votar	Art. 14
Art. 3.3	Voto ausente	Art. 15
Art. 3.4	Convocatoria general (para elección del 7 de nov. de 2000)	-----
Art. 3.5	Campaña de orientación	Art. 16
Art. 3.6	Papeleta electoral	Art. 17
Art. 3.7	Listas electorales	Art. 18
Art. 3.8	Urnas electorales	-----
Art. 3.9	Votación en los colegios	Art. 19
Art. 3.10	Escrutinio	Art. 21
Art. 3.11	Resultados de las elecciones presidenciales	Art. 20
Art. 3.12	Escrutinio general y certificación de resultados	Art. 22
Art. 3.13	Votación por los compromisarios	Art. 23
Capítulo IV	Disposiciones finales	-----
Art. 4.1	Violaciones al ordenamiento de las elecciones presidenciales	Art. 24
Art. 4.2	Prohibiciones y penalidades	Art. 25
Art. 4.3	Disposición transitoria (asignación de fondos para año 2000; asignaciones futuras se consignarán en presupuesto)	-----
Art. 4.4	Interpretación (votación no representa preferencia por estatus ni tendiente a modificar la relación con los EE. UU; conflictos de interpretación entre textos inglés y español, prevalece versión en inglés)	-----
Art. 4.5	Separabilidad	Art. 26
Art. 4.6	Vigencia	Art. 27

III. El proceso de selección del presidente de los Estados Unidos

El gobierno que crearon los constituyentes estadounidenses en 1787 dista mucho de lo que se conoce hoy en día, más de doscientos años después, como un gobierno democrático. Ciertamente, innovaron en algunos aspectos. Por influencia del Siglo de la Ilustración, incorporaron a su diseño constitucional algunas ideas de avanzada. Adoptaron la idea de la separación de poderes que había propuesto Montesquieu,⁴ y distribuyeron el poder entre tres departamentos de gobierno en un intento de evitar la concentración del poder absoluto. El gobierno que crearon sería una república, no una monarquía. Acogieron la idea elaborada por los ingleses en sus revoluciones del siglo XVII de que la soberanía reside en el pueblo y que el gobierno ejerce la autoridad que le delega el pueblo mediante elecciones periódicas. Pero limitaron considerablemente esa idea.

La legislatura nacional sería un Congreso compuesto de dos cámaras; solo una de ellas —la Cámara de Representantes— estaría sujeta a elección popular;⁵ la otra —el Senado— estaría compuesta por dos senadores designados por las legislaturas de cada uno de los estados.⁶ No fue hasta el 1913 que el Senado se compondría de personas electas por el pueblo de cada uno de los estados.⁷

El poder ejecutivo nacional estaría asignado a un presidente. A este se le seleccionaría —y continúa seleccionándose en la actualidad— por un grupo de personas designadas por los diversos estados que integran la federación, con la función de elegir al ejecutivo. De ahí que

se les designara como “electores” (*electors*). Como tantas otras cosas que se negociaron durante la Convención de Philadelphia, este proceso de selección del presidente resultó de una transacción entre quienes apoyaban la idea de que el ejecutivo debía ser electo por voto directo de los ciudadanos, y aquellos que apoyaban la idea de que el “ejecutivo” debía ser nombrado por el Congreso, para poner en vigor las leyes que la legislatura promulgara.

La Constitución dispone una fórmula para precisar el número de electores a que tiene derecho cada estado: “[u]n número de electores igual al número completo de senadores y representantes a que el estado tenga derecho en el Congreso”.⁸ La Enmienda XII a la Constitución original, adoptada en el 1804, modificó el proceso dispuesto originalmente para el funcionamiento de lo que vendría a conocerse luego como el “Colegio Electoral” (*Electoral College*). Desde entonces, los “electores” designados se reúnen en sus respectivos estados y votan por escrito por el presidente y el vicepresidente. Los resultados se certifican y se envían en sobre sellado al Presidente del Senado de los Estados Unidos, quien luego en presencia del Senado y de la Cámara de Representantes, viene llamado a abrir los sobres y contar los votos. La Constitución dispone además qué ocurre si un candidato no obtiene la mayoría absoluta de los “electores” designados; en tal caso la votación se le encomienda a la Cámara de Representantes, cuyos miembros votan por delegaciones estatales, correspondiéndole a cada estado un solo voto.

Debido a que la Constitución le deja a cada estado la facultad de determinar cómo designar sus “electores”, con muy pocas excepciones, la designación no se hacía originalmente

4 CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, BARON DE MONTESQUIEU, *L'ESPRIT DES LOIS* (1758).

5 CONST. EE.UU. ART. I, § 2, CL. 1.

6 *Id.* § 3, cl. 1.

7 *Id.* enm. XVII.

8 *Id.* art. II, § 1, cl. 2.

mediante votación del pueblo del estado, sino mediante designación por la legislatura estatal. Durante años no hubo uniformidad en la designación. No fue hasta ya entrado el siglo XIX que se empezaron a celebrar elecciones presidenciales para que cada estado designara a sus “electores”.

El proceso del llamado “colegio electoral” ha resultado muchas veces en que la persona electa no obtuvo una mayoría del voto popular, pero logró acumular suficientes “electores”. Esta característica poco democrática ha provocado serios cuestionamientos de este sistema de selección, pero ninguna iniciativa para modificarlo ha fructificado.

IV. El voto presidencial y las jurisdicciones que no son estados

El carácter no democrático del proceso de selección del presidente de los Estados Unidos es particularmente dramático en los lugares que no son estados, aunque el Congreso ejerce en ellos la soberanía de los Estados Unidos. Esos lugares, a diferencia de los estados, no participan en dicho proceso. La culminación de este problema se manifestaba en la ciudad capital, el Distrito de Columbia. La población de Washington, D.C., tampoco participaba en la designación del presidente del gobierno cuya sede es precisamente esa ciudad. Por un lado, como el Distrito de Columbia no es un estado, la Constitución no contemplaba que pudiera designar “electores”, lo cual está reservado a los estados. Irónicamente, la Constitución le delega al Congreso el poder de legislar sobre el Distrito de Columbia, pero la población de dicho Distrito no tiene representación con voto en dicho Congreso. Como su representación es de cero, no se podía siquiera determinar qué cantidad

de “electores” podría designar. Esta contradicción vergonzosa llevó al Congreso a iniciar el trámite para enmendar la Constitución de manera que el Distrito participara en el proceso del colegio electoral. Finalmente en 1961, se adoptó la Enmienda XXIII, que le reconoce al Distrito de Columbia la facultad de designar tres electores, el número mínimo a que puede tener derecho el estado de menos población.⁹ En consecuencia, en el Distrito de Columbia se celebran elecciones presidenciales para designar sus tres “electores”.

Ese no es el caso, sin embargo, de los territorios de los Estados Unidos, a pesar de los argumentos que reiteradamente se han esgrimido en pleitos federales en los que se ha reclamado que los ciudadanos de los Estados Unidos que residen en los territorios tienen derecho a votar por el presidente. En esa litigación resaltan los casos iniciados en Puerto Rico por un insistente abogado aguadillano, el Lic. Gregorio Igartúa De la Rosa. Desde el 1994 ha iniciado no menos de cuatro casos en los que ha reclamado el derecho de los ciudadanos de los Estados Unidos que residen en Puerto Rico a votar por el presidente, o por delegados a la Cámara de Representantes de los Estados Unidos.

En *Igartúa De la Rosa v. United States (Igartúa I)* la Corte de Apelaciones para el primer circuito de apelaciones confirmó sumariamente la desestimación de la demanda que se había presentado ante la Corte de Distrito en San Juan.¹⁰ En ese primer intento, la corte expresó lo siguiente.

Aunque los apelantes son ciudadanos de los Estados Unidos, la Constitución no concede a los ciudadanos el derecho a votar directamente por el

⁹ *Id.* enm. XXIII.

¹⁰ 32 F.3d 8 (1st Cir. 1994).

Presidente. Por el contrario, la Constitución provee que el Presidente ha de ser seleccionado por electores quienes, por su parte, son seleccionados por ‘cada estado [...] en la manera que la Legislatura disponga’.¹¹

También se había alegado en la demanda que algunos de los demandantes habían votado en elecciones presidenciales mientras residían en los Estados Unidos y que, por lo tanto, debía reconocérseles el derecho a votar por el presidente desde Puerto Rico conforme a una ley federal que permite el voto ausente de ciudadanos que se encuentran fuera de su estado.¹² Tampoco prosperó este planteamiento.

Seis años más tarde, la misma corte reafirmó idénticos principios en *Igartúa De la Rosa v. United States (Igartúa II)*.¹³ En esa ocasión la Corte de Distrito había acogido los planteamientos del demandante y había incluso ordenado al gobierno de Puerto Rico –aunque no era parte en el pleito– que aprobara legislación para celebrar una elección presidencial el día de las elecciones generales de Puerto Rico.¹⁴ La Corte de Apelaciones revocó el dictamen de Distrito.¹⁵ Los ciudadanos estadounidenses no tienen derecho a elegir delegados para participar en el proceso del colegio electoral. La Corte expresó sentirse obligada, bajo la doctrina de *stare decisis*, por el precedente de *Igartúa I*.¹⁶

Cinco años más tarde se resolvió el caso de *Igartúa De la Rosa v. United States (Igar-*

túa III).¹⁷ En esa ocasión se había formulado un planteamiento distinto basado en el derecho internacional como autoridad para reclamar el derecho a votar por el presidente de los Estados Unidos. La Corte rechazó, no solo los planteamientos constitucionales, sino los noveles planteamientos de derecho internacional.

*This Court has thrice rejected the constitutional claim now advanced by Igartúa. The Ninth Circuit reached the same result in a similar suit concerning Guam. Attorney general of the Territory of Guam v. United States, 738 F.2d 1017 (9th Cir. 1984). The Supreme Court denied certiorari in both Igartúa I, ... and in the Ninth Circuit case. ... Igartúa has offered nothing new in this third case to support his constitutional claim. In this en banc decision, we now put the constitutional claim fully at rest: it not only is unsupported by the Constitution but is contrary to its provisions.*¹⁸

Cinco años más tarde se reanuda la cruzada del Licenciado Igartúa de la Rosa. En un nuevo caso (*Igartúa IV*) la Corte de Apelaciones para el primer circuito una vez más rechazó sus planteamientos.¹⁹ En esta ocasión se había solicitado a la Corte de Distrito que reconociera el derecho de los residentes de Puerto Rico a votar por miembros de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos. Una vez más invocó fuentes de derecho internacional para sustanciar su reclamos del derecho individual a votar por miembros del Congreso. No prosperó el planteamiento. En su opinión, la Corte

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

12 Uniformed and Overseas Citizens Absentee Voting Act, 52 U.S.C. §§ 20301-20311 (2011).

13 229 F.3d 80 (1st Cir. 2000).

14 *Igartúa De la Rosa v. United States*, 113 F.Supp.2d 228, 242 (2000).

15 229 F3d 84.

16 *Id.*

17 *Igartúa De la Rosa v. United States*, 417 F.3d 145 (2005).

18 *Id.* en la pág. 148.

19 *Igartúa De la Rosa v. United States*, 626 F.3d 592 (2010).

de Apelaciones reiteró lo resuelto en los casos anteriores:

We concluded in Igartúa III and conclude again here that Puerto Rico “is not a ‘state’ within the meaning of the Constitution. ... As we held there, voting rights to choose electors are “confined” to citizens of the states because that “is what the constitution itself provides.” ... On the same basis, affirmance of this action is necessary. Voting rights for the House of Representatives are limited to the citizens of the states absent constitutional amendment to the contrary.

*Several arguments made by the government of Puerto Rico and Igartúa that the plaintiffs nonetheless have a right to vote for a Representative to the U.S. House of representatives are rejected.*²⁰

Tan recientemente como el 18 de enero de 2018, otra Corte de Apelaciones se ha unido al coro de voces que rechazan argumentos de que en los territorios es posible votar por el presidente de los Estados Unidos. En *Segovia v. United States*²¹ la Corte se dirigió a un reclamo de varias personas que al mudarse de Illinois, donde podían votar por el presidente de los Estados Unidos, a territorios —como Puerto Rico, Guam o las Islas Vírgenes—, no tenían derecho al voto ausente conforme a la misma ley que se había invocado en *Igartúa I*. Argumentaron que si se hubieran mudado a otros lugares, hubieran participado en la elección presidencial

mediante voto ausente. Por lo tanto, sostenían que esa distinción les violaba sus derechos al debido proceso de ley sustantivo, al privarles de un derecho fundamental, y la igual protección de las leyes, al discriminar contra ellos en el ejercicio de un derecho fundamental. La Corte rechazó sus argumentos.

But the residents of the territories have no fundamental right to vote in federal elections. The territories send no electors to vote for president or vice president and have no voting members in the United States Congress. See *Igartua [sic] v. United States*, 626 F.ed 592, 597-98 (1st Cir. 2010). Even residents of the District of Columbia had no federal voting rights at all until the Twenty-Third Amendment was ratified in 1961.... [A]bsent a constitutional amendment, only residents of the 50 states have the right to vote in federal elections.²²

En resumen, además de que la Ley Número 12-2018 es para todos los fines idéntica a la Ley Número 403-2000, los desarrollos jurisprudenciales en torno al voto presidencial en los territorios desde la aprobación de la ley del año 2000 revelan que no hay un derecho a votar por el presidente de los Estados Unidos, ni a base del derecho constitucional de los Estados Unidos, ni a base de las obligaciones internacionales asumidas por dicho país. Hay que plantearse, por lo tanto, si la determinación de inconstitucionalidad de la ley del año 2000 constituye o no un precedente vinculante en el caso de que la “nueva” ley del 2018 se cuestione judicialmente.

²⁰ *Id.* en las págs. 597-598.

²¹ 880 F.3d 384 (7th Cir. 2018).

²² *Id.* en la pág. 390.

V. Báez Galib y Mangual Hernández v. CEE²³ y las Leyes 403-2000²⁴ y 12-2018²⁵

Hay que ubicar esta decisión en su contexto. La razón por la cual se aprobó la Ley 403-2000²⁶ fue la decisión que había emitido la Corte de los Estados Unidos para el Distrito de Puerto Rico en el caso de *Igartúa III*.²⁷ Se le había ordenado al gobierno que aprobara dicha legislación para hacer realidad el derecho que se le había reconocido a los demandantes a votar por el presidente de los Estados Unidos. La exposición de motivos de la ley así lo indica:

En la sentencia emitida el 29 de agosto de 2000 por el honorable Jaime Pieras, Jr., Juez del Tribunal Federal de Distrito de Puerto Rico [sic] ... se le ordena al Gobierno de Puerto Rico que actúe de la forma más expedita posible para crear los mecanismos mediante los cuales los ciudadanos de los Estados Unidos domiciliados en Puerto Rico puedan votar en las próximas elecciones a través de la elección de compromisarios presidenciales.

...

El Congreso ... ha reconocido que el derecho al voto en las elecciones presidenciales dimana de la ciudadanía nacional y no depende de cuestiones

de federalismo, ni requiere una enmienda constitucional para que se implemente en Puerto Rico. El *Uniformed and Overseas Citizens Absentee Voting Act* permite a los ciudadanos americanos que residen fuera de los Estados Unidos votar en las elecciones federales como votantes ausentes

....

...

Además las enmiendas XXIV y XXVI apoyan el criterio de que el derecho a participar en las elecciones presidenciales no se da en función de residencia en un estado sino como un derecho individual de la ciudadanía.²⁸

Pero luego de aprobada la legislación, la Corte de Apelaciones revocó la decisión de Distrito precisamente porque los demandantes no tenían derecho a votar por el presidente. En consecuencia, la legislación aprobada perdió su justificación. Ya no perseguía un fin público discernible. Por esa razón, el Tribunal Supremo de Puerto Rico invalidó la Ley 403-2000.²⁹

La Constitución de Puerto Rico dispone que “[s]olo se dispondrá de las propiedades y fondos públicos para fines públicos y para el sostenimiento y funcionamiento de las instituciones del Estado, y en todo caso por autoridad de ley”.³⁰ Dicha disposición requiere que cualquier erogación de fondos públicos se haga para algún fin público legítimo. Entendió el Tribunal que la legislación evaluada carecía de un fin público discernible que fuera legítimo. Por un lado, la inversión de fondos públicos para

23 Báez Galib y Mangual Hernández v. Comisión Estatal de Elecciones, 152 DPR 382 (2000).

24 Ley de elecciones presidenciales, Ley Núm. 403-2000.

25 Ley para garantizar el voto presidencial a todos los ciudadanos americanos residentes en Puerto Rico, Ley Núm. 12-2018.

26 Ley de elecciones presidenciales, Ley Núm. 403-2000.

27 *Igartúa De la Rosa v. United States*, 417 F.3d 145 (2005).

28 Ley Número 403-2000, Exposición de Motivos.

29 Ley de elecciones presidenciales, Ley Núm. 403-2000.

30 CONST. PR ART. VI, § 9.

que los votantes realizaran algo que carecía de consecuencia práctica:

Se trata, por lo tanto, de una legislación que pretende que el pueblo puertorriqueño efectivamente seleccione a unas personas para que realicen una función que la propia ley establece. Si esa votación no tienen consecuencia alguna a la luz de lo resuelto por el tribunal de circuito federal en el caso *Igartúa de la Rosa v. U.S.* ... no existe fin público alguno que se satisfaga conforme al texto constitucional.³¹

El Tribunal se dirige entonces al fin público que había sugerido el Procurador General en apoyo de la legislación: “Quedaría como fin público residual el interés de los puertorriqueños en expresar su deseo de participar en dicho sufragio”.³² A esto responde contundentemente el Tribunal:

Este argumento es, cuanto menos, frívolo. ... [I]mplicaría promover una falacia electoral de descomunal proporción y perpetuaría una ficción que tiene como eje central una votación no permitida por la Constitución de los Estados Unidos, según concluido por los tribunales federales. ... Es evidente que su propósito es únicamente político partidista ... lo cual es ajeno a lo dispuesto en nuestra Constitución sobre el uso de fondos públicos.

De otro modo, estimamos que esta legislación viola el axioma constitucional de igualdad electoral de los partidos políticos inscritos, en la medida en que promueve una práctica electoral que es cónsona con una fórmula de estatus que solo propugna un partido político, en este caso, el partido Nuevo Progresista.³³

Cabe señalar que además de la opinión del Tribunal, por voz del Juez Hernández Denton, otros cuatro jueces emitieron opiniones. Los jueces Rebollo y Fuster Berlingeri emitieron concurrencias. El juez Corrada del Río publicó una disidencia en que respaldó la teoría del Procurador General, rechazada por la mayoría. El juez Rivera Pérez también emitió opinión disidente, basada esencialmente en argumentos de derecho internacional que habrían de ser rechazados posteriormente por las cortes federales en *Igartúa III*³⁴ y en *Igartúa IV*.³⁵

¿Dónde deja todo esto la Ley Número 12-2018 recién aprobada? Como se ha visto, las dos leyes son prácticamente idénticas en sus disposiciones normativas. Esas disposiciones han perdido la justificación efímera que tuvieron a la luz de lo resuelto en primera instancia por la Corte de Distrito en el caso de *Igartúa II*.³⁶ Además de que esa decisión fue revocada por la Corte de Apelaciones, la jurisprudencia posterior ha destruido los demás fundamentos de la legislación articulados en la Exposición de Motivos.³⁷ Se ha aclarado que el derecho al voto en elecciones presidenciales no dimana de la ciudadanía estadounidense, sino

31 Báez Galib y Mangual Hernández v. Comisión Estatal de Elecciones, 152 DPR 382, 398 (2000).

32 *Id.* en la pág. 399.

33 *Id.* en las págs. 399-400.

34 417 F.3d 145 (2005).

35 626 F.3d 592 (2010).

36 229 F.3d 80 (1er Cir. 2000).

37 Véase nota 23, *supra*.

del lugar en que se encuentre domiciliada la persona. Incluso se ha rechazado el derecho de personas domiciliadas en los territorios a votar ausente en los estados de los cuales se hubieren mudado bajo la ley federal que permite el voto ausente. También se han rechazado ataques bajo las cláusulas del debido proceso de ley, porque no hay un derecho individual fundamental al voto en elecciones presidenciales, ni se viola la igual protección de las leyes porque se le niegue a los residentes en los territorios votar por el presidente.

Todo parece indicar, por lo tanto, que las mismas razones que tuvo el Tribunal Supremo de Puerto Rico para invalidar la ley de elección presidencial en el año 2000 están igualmente presentes en la Ley del 2018. Sin embargo, queda un aspecto que requiere examen.

La exposición de motivos de nueva ley contiene unas justificaciones que no contenía la del 2000. Luego de señalar que Puerto Rico ha sido una colonia, un territorio no incorporado sujeto a la autoridad plenaria del gobierno de los Estados Unidos, indica que desde el 1917 los puertorriqueños han sido ciudadanos estadounidenses. Expresa que la condición territorial de Puerto Rico no cambió en el 1952 cuando se fundó el Estado Libre Asociado. Postula la exposición de motivos ilusoriamente que “[e]l ejercicio del sufragio es una función de la ciudadanía y un derecho fundamental que resguarda todos los demás derechos”.³⁸ El recorrido histórico que hace la exposición de motivos llega hasta los plebiscitos celebrados en el 2012 y en el 2017. Indica que en el 2012 el 61.16% del pueblo votó su preferencia por la Estadidad, y en el 2017 una “abrumadora mayoría” manifestó su preferencia por la admisión

38 Exposición de Motivos de la Ley para garantizar el voto presidencial a todos los ciudadanos americanos residentes en Puerto Rico, Ley Núm. 12-2018.

de Puerto Rico como un estado de la Unión”.³⁹ En virtud de esos resultados, la exposición de motivos señala el verdadero motivo para aprobar la legislación:

Esta Asamblea Legislativa, por tanto, decide comenzar la transición a la estadidad y viabilizar el voto presidencial como uno de los primeros cambios fundamentales bajo nuestra relación política con [los] Estados Unidos. Ello es cónsono con los compromisos hechos en el programa de gobierno que le sometimos al Pueblo para su aprobación en las elecciones generales de 2016, titulado “Plan para Puerto Rico.” ...

Esta medida es una de las piezas claves para provocar que el Gobierno federal de [los] Estados Unidos de América atienda el problema de estatus colonial.... Junto con la “Ley por la Igualdad y Representación Congressional de los Ciudadanos Americanos de Puerto Rico” ... esta pieza legislativa persigue demandar que se reconozca, acepte, respete y ejecute la voluntad expresada libre y democráticamente en las urnas ... en ... que por abrumadora mayoría el Pueblo ... manifestó su preferencia por la admisión de Puerto Rico como un estado de la Unión.⁴⁰

Estas líneas plantean varios problemas. En primer término, presenta como hechos y estadísticas unos resultados imprecisos, si no enga-

39 *Id.*

40 *Id.*

ñosos. En el plebiscito celebrado en noviembre de 2012, la papeleta contenía dos preguntas. Primero el elector podía responder con un SÍ o un NO la pregunta de si favorecía mantener la actual relación territorial con los Estados Unidos. La Comisión Estatal de Elecciones informó que cuarenta y seis por ciento (46%) votó SÍ mientras que cincuenta y cuatro por ciento (54%) votó NO.⁴¹ Por primera vez, la mayoría del electorado rechazaba el estatus territorial. En la segunda pregunta, el elector podía seleccionar entre tres opciones: estadidad federada; independencia y estado libre asociado soberano. Del total de papeletas emitidas, el cuarenta y cinco por ciento (45%) votó por la estadidad, cuatro por ciento (4%) por la independencia, veintiséis por ciento (26%) por el estado libre asociado soberano, y veinticinco por ciento (25%) emitió el voto en blanco.⁴²

Durante la campaña el Partido Popular Democrático, que apoya la relación actual, le había pedido a sus seguidores que dejaran la segunda pregunta en blanco. La mitad de su electorado así lo hizo; la otra mitad votó por el estado libre asociado soberano. Si los votos en blanco no se cuentan, la estadidad obtuvo sesenta y un por ciento (61%), la independencia el seis por ciento (6%) y el estado libre asociado soberano el treinta y tres por ciento (33%). Demás está decir que los votos en blanco no pueden razonablemente interpretarse como que favorecían la estadidad. Señalar una mayoría de sesenta y un por ciento (61%) para la estadidad constituye una manipulación estadística que no responde a la realidad política del evento. En cuanto al plebiscito del 2017, la exposición de motivos no

osa identificar estadísticas.⁴³ Se limita a sugerir tímidamente que una “abrumadora mayoría” del pueblo manifestó su preferencia por la estadidad.⁴⁴ La realidad es otra. Solo un veintitrés por ciento (23%) del electorado concurrió a dicho plebiscito, y de esos votantes el noventa y siete por ciento (97%) apoyó la estadidad.⁴⁵ Es decir, que el movimiento estadista solo pudo movilizar a poco más del veintidós por ciento (22%) del electorado en apoyo a su opción. La “abrumadora mayoría” se desvanece al considerar la realidad.

El otro problema que plantea la exposición de motivos es la alusión explícita a lo único que queda como justificación para aprobar la legislación y celebrar el evento electoral. Constituye casi una admisión tácita de la inutilidad práctica de dicha “elección”. Realmente no se va a emitir un voto real; se trata más bien de una expresión simbólica de quienes participen en el evento. La ley pretende brindarles la oportunidad de manifestar mediante esta simulación o fantasía de elección presidencial, su deseo de votar algún día, quizá, por el presidente de los Estados Unidos.

Mediante la admisión de que la Asamblea Legislativa persigue mediante esta ley “comenzar la transición a la estadidad”, la exposición de motivos revela con claridad el propósito de esta legislación.⁴⁶ Persigue utilizar fondos pú-

41 CEE emite certificación gana el “NO” en consulta constitucional, *El Nuevo Día* (19 DE AGOSTO DE 2012), [HTTPS://WWW.ELNUEVODIA.COM/NOTICIAS/POLITICA/NOTA/CEEEMITECERTIFICACIONGANAELNOENCONSULTACONSTITUCIONAL-1326358/](https://www.elnuevodia.com/noticias/politica/nota/CEEEMITECERTIFICACIONGANAELNOENCONSULTACONSTITUCIONAL-1326358/) (ÚLTIMA VISITA 7 DE ABRIL DE 2018).

42 *Id.*

43 Exposición de Motivos de la Ley para garantizar el voto presidencial a todos los ciudadanos americanos residentes en Puerto Rico, Ley Núm. 12-2018.

44 Exposición de Motivos de la Ley para garantizar el voto presidencial a todos los ciudadanos americanos residentes en Puerto Rico, Ley Núm. 12-2018.

45 *Plebiscito para la descolonización inmediata de Puerto Rico*, COMISIÓN ESTATAL DE ELECCIONES, [HTTP://RESULTADOS2017.CEEPUR.ORG/ESCRUTINIO_GENERAL_79/INDEX.HTML#ES/DEFAULT/CONSULTA_DE_ESTATUS_RESUMEN.XML](http://RESULTADOS2017.CEEPUR.ORG/ESCRUTINIO_GENERAL_79/INDEX.HTML#ES/DEFAULT/CONSULTA_DE_ESTATUS_RESUMEN.XML) (ÚLTIMA VISITA 7 DE ABRIL DE 2018).

46 Exposición de Motivos de la Ley para garantizar el voto presidencial a todos los ciudadanos americanos residentes en Puerto Rico, Ley Núm. 12-2018.

blicos para financiar un fantástico evento electoral sin consecuencia práctica concreta, para crear la ilusión de que se adelanta la causa política de la estadidad que promueve el partido de gobierno. La ley realmente no puede “garantizar el voto presidencial” como anuncia su título mendaz. El propósito no es el de realmente participar en elección alguna, sino de crear el espejismo de que se participa, y utilizar el evento, con dinero del pueblo, para adelantar la causa ideológica de un solo partido político.

El precedente vinculante de *Báez Galib y Mangual Hernández v. CEE* cobra más fuerza que en el 2000.⁴⁷ Otra vez se pretende celebrar una ficticia elección presidencial en Puerto Rico, no autorizada ni validada por la Constitución de los Estados Unidos, para adelantar una causa partidista financiada con fondos públicos, en violación de la Constitución de Puerto Rico.

La historia de Puerto Rico se ha caracterizado por múltiples mitos, engaños, espejismos, especialmente desde el 1898. En ese año el General Nelson Miles proclamaba que las fuerzas armadas de los Estados Unidos traían las bendiciones de la libertad. Pero impuso un gobierno militar seguido de un régimen colonial que todavía no ha terminado. En 1940 surgió un nuevo partido, el Partido Popular Democrático, que ganó la elección legislativa por escaso margen con los lemas de “la independencia está a la vuelta de la esquina”, pero “el estatus no está en *issue*”. Pero en 1945 se decretó la incompatibilidad de ser independentista y miembro de ese partido. En 1952 se creó el mito de un pacto bilateral no modificable por una de las partes, por lo cual Puerto Rico había dejado ser un territorio no incorporado, que el pueblo era soberano, y que el *ELA* era el “progreso que

se vive”. Varias generaciones se criaron con el mensaje de que si no fuera por los fondos federales, nos moriríamos de hambre. Los estudios recientes revelan que de Puerto Rico sale hacia la economía de los Estados Unidos mucho más de lo que entra. Según se descubría la falsedad, hubo nuevas formulaciones mitológicas: nuevo pacto, *enhanced Commonwealth*, *ELA* soberano. Finalmente implosionó ese mito y desapareció el espejismo con las determinaciones de las tres ramas del gobierno de los Estados Unidos en los últimos años, muy particularmente la decisión de la Corte Suprema en *Puerto Rico v. Sánchez Valle*,⁴⁸ y la aprobación de la ley federal titulada oximóricamente como *PRO-MESA*.⁴⁹

En los últimos años se urde un nuevo mito. Se dice que el pueblo apoya la estadidad. Se promete que llega en cinco años. Es cuestión de pedirla, y para eso podemos enviar unos senadores y representantes a Washington, para que pongan en operación el “Plan Tenesí”. Y por supuesto, la legislatura aprueba una “Ley para garantizar el voto presidencial a todos los ciudadanos americanos residentes en Puerto Rico”.⁵⁰

Este espejismo, al igual que los anteriores, se esfumará.

47 *Báez Galib y Mangual Hernández v. Comisión Estatal de Elecciones*, 152 DPR 382 (2000).

48 136 S.Ct. 1863 (2016).

49 *Puerto Rico Oversight, Management, and Economic Stabilization Act*, 130 Stat 550, 48 U.S.C. §§ 2101-2241.

50 Ley para garantizar el voto presidencial a todos los ciudadanos americanos residentes en Puerto Rico, Ley Núm. 12-2018.

Jerusalén: ¿Ciudad de paz o de conflictos?

ARTÍCULO

*Sheymar Ortiz Archilla**

La creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en el 1945 surgió como respuesta a la necesidad de establecer la paz y el evitar guerras futuras tras la sangrienta Segunda Guerra Mundial. Otra función de la Organización de las Naciones Unidas es la de fortalecer la cooperación internacional en la solución de problemas sociales y económicos; al igual que, promover los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción de raza, sexo, lenguaje o religión. La Organización de las Naciones Unidas, a través de su carta habilitadora, creó el Consejo de Seguridad. Dicho Consejo es el órgano con jurisdicción primaria en conflictos bélicos; y sus resoluciones son obligacionales para todos los estados miembros. Es decir, sirve de árbitro en hacer recomendaciones a las naciones en conflicto, adjudicar si hubo una agresión e imponer sanciones tanto económicas como diplomáticas.¹ El Consejo de Seguridad consta de quince estados-naciones miembros, los cuales cinco estados-naciones

son permanentes (EUA, China, Rusia, Francia e Inglaterra incluyendo Irlanda del Norte); y diez estados-naciones son no permanentes.²

Los efectos nefastos y perjudiciales de la guerra en los seres humanos evidenciaron un espejo de sangre sobre cómo la tortura y el sufrimiento no pueden ser permitidos en dicho escenario, tanto a nivel doméstico como internacional. Por consiguiente, los Convenios I, II, III y IV de Ginebra del 1949 y luego sus Protocolos I y II del 1977 fueron creados para regular y proteger a los heridos en combate, a sus víctimas y a la población civil durante los conflictos bélicos. La protección del Convenio I va dirigido a los heridos y a los enfermos en combate, la protección del Convenio II cubre a los naufragos de las fuerzas armadas en el mar, la protección del Convenio III ampara a los prisioneros de guerra y la protección del Convenio IV se enfoca en las personas civiles en tiempo de guerra.³ El Artículo 3 es co-

* Estudiante de Tercer Año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Seminario Clase Derecho Penal Humanitario Internacional con el Profesor Julio Fontanet Maldonado cursado en enero, 2018.

1 HENRY BRETTON *ET.AL.*, PROBLEMS IN INTERNATIONAL RELATIONS 218-232 (Prentice-Hall: New York, 1955).

2 CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (1945), <http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html> (última visita 5 de abril de 2018).

3 *Los Convenios de Ginebra 1949 y sus Protocolos Adicionales*, COMITÉ INTERNACIONAL CRUZ ROJA (29 de octubre de 2010), <https://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm> (última visita 4 de abril de 2018).

mún a los Convenios I, II, III y IV de Ginebra disponiendo, que en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional se aplicarán unas garantías mínimas de trato humanitario y de evitar el sufrimiento innecesario sin distinción de raza, color, religión, sexo, nacimiento o fortuna o cualquier otro criterio análogo. Sin embargo, el Protocolo I se activa en los conflictos armados internacionales y amplía el principio de discriminación ante los ataques militares reconocidos por los Convenios. Mientras que, el Protocolo II se activa al ocurrir un conflicto armado dentro de un estado entre las fuerzas armadas y los grupos armados organizados que tienen un control significativo de territorio manteniendo disturbios recurrentes. El Protocolo II en sus artículos 4 al 18 establece protecciones más amplias que el artículo 3 común a los cuatro Convenios.⁴

Cónsono con lo anterior, dependiendo del tipo de conflicto que se suscite le será aplicable las obligaciones y las normativas a las partes involucradas.

Recientemente, el presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, Donald Trump, mediante Resolución Ejecutiva reconoció a Jerusalén como capital de Israel.⁵ Esta acción ha suscitado un resurgir de un conflicto latente entre los palestinos e israelitas por siglos.

Es meritorio comprender los elementos multifactoriales de las hostilidades entre estas dos comunidades para aquilatar la determinación de la Resolución Ejecutiva de Trump anunciada el pasado 6 de diciembre de 2017

4 Julio Fontanet Maldonado, *Guantánamo Detainees vis a vis the Humanitarian and Human Rights Law: The Rule of Force*, 63 REV. COL. ABOG. PR, núm. 4, 2002, en las págs. 1-17.

5 *Trumps recognizes Jerusalem as Israeli capital*, CNN <https://edition.cnn.com/videos/politics/2017/12/06/trump-jerusalem-announcement-sot.cnn> (última visita 4 de abril de 2018).

y cómo esta afectaría el derecho público internacional.⁶

Historiadores han plasmado diversas perspectivas de las discordias entre los palestinos e israelitas. Más allá de sus creencias religiosas, musulmana y judaísmo, respectivamente, existen razones históricas para mantener sus controversias. Los palestinos mantenían una trayectoria de lucha por su nacionalismo y soberanía en resistencia contra los otomanos hasta finales del siglo XIX. Luego, el gobierno británico tomó control del territorio palestino, durante el cual se produjo un flujo de inmigración judía que ocasionó antagonismo con la protección de los derechos de los palestinos. Esta situación se genera debido a un choque, donde los judíos huían de las condiciones opresivas de la Europa Oriental para construir su ciudad nacional “*homeland*” en Palestina en medio de la guerra. Por otro lado, los palestinos se resistían a ceder su tierra natal para que se convirtiera en un estado judío. La Declaración de Balfour del 1917 establecía un apoyo al movimiento sionista de establecer un hogar judío en Palestina excluyendo los intereses de los palestinos. Dicho decreto disponía de Palestina como una colonia ordinaria con políticas de comercio, moneda, defensa y administración británica. Además, esta determinación posicionaba a Gran Bretaña sobre el Canal de Suez reforzando la ruta hacia la India y los terminales principales de petróleo desde Iraq. Por consiguiente, dicha declaración fue una estratégica en promover un interés puramente político y económico al igual que contrarrestar que Alemania aumentara su fuerza como potencia.

6 *President Donald J. Trump's Proclamation on Jerusalem as the Capital of the State of Israel*, THE WHITE HOUSE (6 de diciembre de 2017), <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/president-donald-j-trumps-proclamation-jerusalem-capital-state-israel/> (última visita 4 de abril de 2018).

Esto ocasionó más resentimiento y violencia entre los palestinos y los judíos. Las raíces de las revueltas seguían siendo las mismas: una antipatía total hacia la política prosionista británica y la frustración de los palestinos de no tener un gobierno propio. En el 1936, afloraron varios partidos políticos palestinos con intereses ideológicos y socioeconómicos diferentes para dismantelar a los sionistas y al gobierno británico. Los palestinos exigían instituir un cuerpo representativo para crear su propia Constitución y garantizar la formación de un gobierno parlamentario democrático mas no tuvieron éxito en lograrlo. Gran Bretaña falló en ejercer su autoridad e implementar la Declaración de Balfour durante el Mandato Palestino. En el 1947, la Asamblea General de las Naciones Unidas recomendó la partición del territorio de Palestina en tres partes: un estado judío, un estado palestino y Jerusalén que estaría controlado por un régimen internacional del territorio de Palestina. Finalmente, el gobierno británico abandonó el dominio de Palestina, tras un período de treinta y un años de dominio (1917-1948). Acto seguido, los sionistas unilateralmente declararon el Estado de Israel.⁷ Los Estados Unidos de Norteamérica junto a la Unión Soviética, lo reconocieron como tal en el 1948, desatando la primera guerra árabe-israelí. A consecuencia de ello, se agrandó el territorio de Israel, donde la mayoría de los palestinos de ese territorio pasarían a ser refugiados y 700,000 palestinos recurrieron al éxodo masivo permanente dejándolos huérfanos y desamparados desde sus entrañas.⁸ Los palestinos reconocen este momento como una tragedia nacional a la que llaman *Nakba*, que significa catástrofe,

aún sin resolver en la actualidad.

La Resolución 194 de la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó y ha reiterado el derecho de retorno a la población refugiada de Palestina desde el 1948. Los refugiados palestinos vivían en campamentos miserables o en cabañas improvisadas, en Jordania o en la franja de Gaza, en Siria y en el Líbano. Estos países poseían escasos recursos y economías desequilibradas sin la menor posibilidad de acoger a los refugiados.⁹

Dos décadas después de la Segunda Guerra Mundial, se caracterizaron por ideologías fallidas de independencia y de reestablecer la economía en el Medio Oriente. Otro conflicto, que transformó esta región teniendo un impacto significativo y duradero hasta el presente, fue la conocida Guerra de los Seis Días en el año 1967. La milicia israelí se sintió amenazada y comprometida tras el bloqueo de la Marina egipcia en los estratégicos estrechos de Tirán; y decidió enfrentarse a Egipto, Siria y Jordania. La técnica utilizada por Israel para enfrentar a sus enemigos fue la supremacía aérea y el ataque terrestre con tanques. En tan solo seis días, Israel derrotó a tres naciones y multiplicó el tamaño del territorio bajo su control al quitarle a Egipto la península del Sinaí y la franja de Gaza; los Altos del Golán a Siria; y Jerusalén Este y Cisjordania a Jordania.¹⁰ Israel continuó ganando territorio mediante hostilidades y guerrillas.

La Resolución 242 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas del 1967 enfatizó

7 KAREN AMSTRONG, JERUSALEM: ONE CITY, THREE FAITHS 371-427 (1996).

8 SAMIH K. FARSOON & NASEER H. ARURI, PALESTINE AND THE PALESTINIANS 1-140 (2da ed., 2006).

9 ROLF REICHERT, HISTORIA DE PALESTINA 221-60 & 273-78 (1973).

10 Juan Carlos Sanz, *Los últimos documentos secretos de la guerra de los Seis Días: "Esta tierra es nuestra por derecho"*, EL PAÍS (20 de mayo de 2017), https://elpais.com/internacional/2017/05/20/actualidad/1495296294_948643.html (última visita 4 de abril de 2018).

la inadmisibilidad de adquirir territorios mediante la guerra y la necesidad de mantener la paz duradera en cada estado del Medio Oriente. Además, dispuso de que Israel retirara las fuerzas armadas de los territorios ocupados en ese momento, que cesaran las situaciones de beligerancia de los estados y se reconociera la integridad territorial y la independencia política de todos los estados para vivir en paz con fronteras seguras y reconocidas. Israel hizo caso omiso a ello.¹¹

En las décadas del setenta y ochenta, nace el resurgimiento del Islam en la vida social y política de los estados árabes a raíz del rechazo de la perspectiva occidental de que existe separación entre el gobierno y la religión. Desde la perspectiva árabe, es todo lo contrario: la religión musulmana es la base para implementar un gobierno propio. Surgen levantamientos de los palestinos para combatir la ocupación de las fuerzas armadas israelíes conocidos como *Intifada*. El primero de estos ocurrió en el 1987 y el segundo en el 2000.¹²

En el 1993, surgió el primer encuentro para acuerdos bilaterales de paz entre el Gobierno de Israel representado por Yitzhak Rabin y la Organización para la Liberación de Palestina; liderado por Yasser Arafat en el conocido Acuerdo de Oslo. Las negociaciones de los acuerdos establecían la creación de un gobierno interino palestino con elecciones libres, directas y universales bajo supervisión internacional. Además, se transfería a los palestinos los poderes y responsabilidades en Cisjordania y la Franja de Gaza; y la retirada de fuerzas militares israelitas de Cisjordania.

Este acuerdo se enmarcó en un período de cinco años para finiquitar un acuerdo permanente de paz. El mismo se vio tronchado por el asesinato de Rabin en noviembre del 1995 por un fanático religioso israelí de extrema derecha, que declaró que su objetivo era interrumpir el proceso de paz.¹³

Las tensiones en el Medio Oriente siguieron en efervescencia. La invasión de Iraq creó grupos más radicales como *I.S.I.S.* (Estado Islámico). El futuro del territorio palestino ocupado (*TPO*) ha llevado a una fragmentación continúa, producto de la violencia sistemática de las fuerzas de seguridad israelíes a la población. La construcción de asentamientos israelíes en territorios palestinos ha sido otro conflicto que crea inestabilidad en la región. Al presente, Israel cree que le corresponde confiscar territorio palestino y subyugar su población. Mientras que, los palestinos se niegan a reconocer la legitimidad de Israel y reaccionan honrando a hombres con bombas suicidas como mártires que serán recompensados en la eternidad. Estas diferencias necesitan con urgencia que los palestinos e israelitas ejerzan su derecho a la libre autodeterminación de sus respectivas naciones para lograr la paz social y demarcar sus límites territoriales.

Bajo este contexto histórico, al realizar un análisis de la determinación de Donald Trump sobre declarar a Jerusalén como capital de Israel e instruir al Departamento de Estado a empezar la relocalización de la Embajada de Estado Unidos de Norteamérica en Israel, de Tel Aviv a Jerusalén, tendrá consecuencias a corto y a largo plazo.¹⁴ Por ejemplo, una de

11 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas Res. 242, en la pág. 4 (22 de noviembre de 1967), [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/242%20\(1967\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/242%20(1967)) (última visita 4 de abril de 2018).

12 ARTHUR A. GOLDSCHMIDT, *CONCISE HISTORY OF THE MIDDLE EAST* 485 (11ma. ed., 2016).

13 JIMMY CARTER, *PALESTINE PEACE NOT APARTHEID* 133-38 (2007).

14 Toi Staff, *Text of Trump Official Proclamation of Jerusalem as Capital of Israel*, *THE TIMES OF ISRAEL* (6 de diciembre de 2017), <https://www.google.com/amp/s/www.timesofisrael.com/text-of-trumps-official-proclamation-of-jerusalem-as->

ellas es que los Estados Unidos de Norteamérica ya no podría ser considerado como mediador de paz entre Palestina e Israel. Esto debido a que ya tomó una decisión a favorecer un Estado versus el otro y no se mantuvo al margen del derecho humano a la libre autodeterminación de cada nación. Así lo confirmó el presidente del Estado de Palestina y de la Autoridad Nacional Palestina, Mahmud Abbas, criticando el anuncio del mandatario estadounidense y señalando que esto “equivale a que Estados Unidos renuncie a su papel como mediador de la paz”.^{15, 16} Abbas añadió que: “esto significa una demolición de todos los esfuerzos que se han hecho para alcanzar la paz”.¹⁷ Por consiguiente, esta decisión provoca una alteración al proceso de un pacto de paz definitivo. Por otro lado, crea una amenaza e inestabilidad en la seguridad pública de ambos Estados debido al repudio de tal decisión. Acto seguido del anuncio de Trump, se organizaron protestas masivas y huelgas por parte de los palestinos en contra de tan atropellante decisión.¹⁸ También, el presidente francés, Emmanuel Macron, expresó que esta Resolución de Trump margina a los Estados Unidos de Norteamérica del tablero internacional. Además, rechazó ante Abbas el reco-

nocimiento del Estado de Palestina por parte de Francia.¹⁹

Cabe señalar, que Abbas puntualizó que se mantenga el Estado de Palestina dentro de las fronteras del 1967, que se establezca Jerusalén Este como capital de Palestina y que se pacte una paz duradera mediante la aplicación de las resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas y el derecho internacional. Abbas alertó que sin estas determinaciones no habrá paz ni estabilidad en el Cercano Oriente.²⁰

Sin embargo, el primer ministro israelí, Benjamin Netanyahu, elogió la medida tomada por los Estados Unidos de Norteamérica para reconocer a Jerusalén como la capital de Israel como “histórica” y aplaude a Trump por su “valiente y justa” decisión. Además, manifestó que: “la decisión del presidente es un paso importante para la paz porque no hay paz que no incluya a Jerusalén como capital del Estado de Israel”.²¹

No obstante, la Resolución de Trump reitera que los Estados Unidos de Norteamérica está comprometido y apoya el poder alcanzar un acuerdo de paz duradero entre israelíes y palestinos.²² Sin embargo, se ha insistido que los Estados Unidos de Norteamérica debe mantenerse como participante honesto, ecuanime, consistente, imparcial y entusiasta. Es

[capital-of-israel/amp/](#), (última visita 4 de abril de 2018).

15 *Abbas descarta a EEUU como mediador de la paz y reclama Jerusalén como “capital eterna”*, EUROPA PRESS (6 de diciembre de 2017), <http://www.europapress.es/internacional/noticia-abbas-descarta-eeuu-mediador-paz-reclama-jerusalen-capital-eterna-20171206204453.html>, (última visita 4 de abril de 2018).

16 *Jerusalén insta a Rusia seguir pasos de Estados Unidos*, TELESUR (7 de diciembre de 2017), <https://www.telesurtv.net/news/Jerusalen-insta-a-Rusia-seguir-pasos-de-Estados-Unidos-20171207-0046.html>, (última visita 4 de abril de 2018).

17 *Id.*

18 *Netanyahu califica de “hito histórico” el reconocimiento de Trump de Jerusalén como capital de Israel*, EL PAÍS (7 de diciembre de 2017), https://www.google.com.pr/amp/s/elpais.com/internacional/2017/12/06/actualidad/1512553041_008690.amp.html (última visita 4 abril de 2018).

19

Marc Bassets, *Macron avisa de que la decisión de Trump sobre Jerusalén “margina” a EE UU*, EL PAÍS (22 de diciembre de 2017), https://elpais.com/internacional/2017/12/22/actualidad/1513961080_924051.html (última visita 4 de abril de 2018).

20 *Cumbre islámica reconoce Jerusalén oriental como capital de Palestina*, DW (13 de diciembre de 2017), <http://amp.dw.com/es/cumbre-islamica-reconoce-jerusalen-oriental-como-capital-de-palestina/a-41783722>. (última visita 4 de abril de 2018).

21 EL PAÍS, *supra* nota 17.

22 THE WHITE HOUSE, *supra* nota 6.

decir, un socio de ambos lados pero no como un juez de un solo lado.²³

Por otro lado, la Organización de las Naciones Unidas insistió en que el estatus final de Jerusalén debe ser resuelto en negociaciones directas entre Israel y palestinos recalando la necesidad de avanzar hacia la solución de dos estados. “Quiero ser claro: no hay alternativa a la solución de dos estados. No hay un plan B”, afirmó el secretario general de la Organización de las Naciones Unidas, Antonio Guterres, ante las palabras de Trump.²⁴ Guterres añadió que siempre ha estado en contra de las medidas unilaterales.²⁵ Mientras que, el Coordinador Especial de la Organización de las Naciones Unidas para el Medio Oriente, Nicolai Mladenov, estableció que no era el momento de renunciar a la visión de paz que refleja el Acuerdo de Oslo a pesar de haber transcurrido veinticinco años de ser firmado y sin ser cumplido. El diplomático Mladenov añadió: “[n]uestra elección es clara: o tomamos medidas concretas urgentes para cambiar este peligroso rumbo o nos arriesgamos otro conflicto y otro desastre humanitario”.²⁶

Las expresiones de ambos mandatarios, Abbas y Netanyahu, demuestran el antagonismo de determinaciones geopolíticas que cada cual lidera. De las experiencias previas históricas señaladas, el designar a Jerusalén como capital de Israel conduce a posibles conflic-

23 CARTER, *supra* nota 13, en la pág. 16.

24 *Sólo Israel festeja el reconocimiento de Jerusalén como su capital por parte de Trump*, HUFFINGTON POST (6 de diciembre de 2017), https://www.huffingtonpost.es/2017/12/06/solo-israel-festeja-el-reconocimiento-de-jerusalen-como-su-capital-por-parte-de-trump_a_23299218/ (última visita 4 de abril de 2018).

25 *Id.*

26 Manuel Elias, *ONU: Si no se toman medidas concretas para cambiar rumbo actual nos arriesgamos a otro conflicto palestino-israelí*, NOTICIAS ONU (23 de enero de 2018), <https://news.un.org/es/story/2018/01/1425691> (última visita 4 de abril de 2018).

tos bélicos entre Israel y Palestina. Israel es un Estado que forma parte en los Convenios I, II, III y IV de Ginebra desde el 1951 pero no es parte de los Protocolos. Sin embargo, la Organización para la Liberación de Palestina presentó una carta de adhesión a los Convenios I, II, III y IV de Ginebra en nombre del Estado de Palestina en el 1989 ante el Consejo Federal de Suiza. Dicho Consejo declaró que no estaba en condiciones de decidir si la carta constituía un instrumento válido de la adhesión, “debido a la incertidumbre en la comunidad internacional en cuanto a la existencia o no existencia de un Estado de Palestina”.²⁷ Desde el 29 de noviembre de 2012, Palestina es reconocida como Estado observador no miembro de las Naciones Unidas. Sin embargo, la Autoridad Palestina no ejerce soberanía real sobre el territorio, las fronteras, el espacio marítimo y aéreo, ni sobre la población a la que sirve.

Por otro lado, el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, carece de medios para frenar el anuncio de la transferencia de la embajada estadounidense de Tel Aviv a Jerusalén. Los Estados Unidos de Norteamérica, como miembro permanente de este ente, tiene derecho de veto sobre toda resolución o declaración del Consejo.

¿Cuál sería la aproximación más adecuada para resolver esta controversia de siglos? ¿Acaso Trump al reconocer unilateralmente a Jerusalén como capital de Israel resuelve un conflicto, que administraciones pasadas jamás decidieron hacer? ¿O revolcó toda una historia desgarradora de hostilidades vivida tras

27 *Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y Protocolos adicionales del 8 de junio de 1977; ratificaciones, adhesiones y sucesiones*, COMITÉ INTERNACIONAL CRUZ ROJA, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/4557.pdf?view=1> (última visita 4 de abril de 2018).

las penumbras de dos pueblos que no pueden vivir ni respirar en paz? El reconocer a Jerusalén solo como capital de Israel es una violación a la legitimidad internacional de las resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas. Esta decisión se traduce en inclinar la balanza hacia los intereses de una población versus otra. En este caso, a favor del pueblo de Israel. Tras décadas de diplomacia, esta posición unilateral aniquila la voluntad de los palestinos hasta invisibilizarlos. Los palestinos no se quedarán de brazos cruzados y levantarán las armas. Esto provocará un conflicto bélico entre Israel y Palestina activando los principales instrumentos del derecho internacional humanitario: los cuatro Convenios de Ginebra del 1949 y sus dos protocolos. Israel es parte de los Convenios y debe cumplir con los mismos. Sin embargo, Palestina se denomina como Estado observador sin soberanía por lo que no es parte en ningún tratado internacional, pero debe cumplir con las normas de derecho consuetudinario internacional aplicables a todas las partes en un conflicto armado. Los Estados Unidos de Norteamérica marca su hegemonía una vez más sin importar estas repercusiones en el derecho internacional humanitario. Es imperativo reconocer internacionalmente la soberanía de cada nación y que sus líderes tengan la voluntad de recurrir a negociaciones de paz con elementos de reconocimiento mutuo para delimitar sus fronteras. Solo las voluntades de las partes podrán abogar por un balance de sus intereses religiosos, sociales, territoriales, económicos y políticos con la representación del voto del pueblo bajo unas guías de supervisión internacional.

Según afirmó Uri Avnery, un ex diputado de la Knesseth israelí: “cualquier paz árabe-israelí debe ser concluida, primeramente, entre Israel y la nación palestina árabe. No hay posibilidad alguna de obtenerla negando

la existencia de dicha nación”.²⁸ El abogado palestino de derecho internacional, Jonathan Kuttab, sostuvo que: “[t]odo el mundo conoce lo que conlleva lograr una paz permanente y duradera que cubre los intereses básicos de ambos lados: es una solución de dos Estados... una Jerusalén unida y compartida por ambos Estados, demilitarizar Cisjordania y Gaza, resolver el problema de refugiados... ¿existe fuerza política para implantarla”?²⁹

Luego de cincuenta años de la ocupación palestina por Israel, el relator de la Organización de las Naciones Unidas para los derechos humanos en los territorios palestinos, Michael Lynk, a quien Israel no permite acceder a Gaza ni a Cisjordania, recordaba en Ginebra que las ocupaciones militares suelen ser temporales y de corta duración. “Pero esta ocupación, después de cinco décadas de castigos colectivos, confiscaciones de propiedad y restricciones a la libertad de movimientos”, concluía, “parece no tener fin y endurecerse”.³⁰

El transcurso del tiempo ha reforzado que exista una fragmentación política y una debilidad económica interna para los palestinos. Actualmente, la Franja de Gaza está controlada por Hamas, el principal grupo islámico palestino que nunca ha reconocido los acuerdos firmados entre otras facciones palestinas e Israel. En cambio, Cisjordania, cuya facción principal es Fatah, no es islámica sino secular. La misma está regida por la Autoridad Nacional Palestina, siendo este el gobierno palestino reconocido internacionalmente. Recientemente, a pesar de sus múltiples diferencias y

28 Uri Avnery, *Una guerra fratricida entre semitas, en el conflicto árabe-israelí*, Buenos Aires, 1967 en Reichert, supra n. 9 en la pág. 279.

29 Carter, supra n. 11.

30 Juan Carlos Sanz, *50 Aniversario de la ocupación palestina*, EL PAÍS, https://elpais.com/agr/aniversario_ocupacion_palestina/ (última visita 4 de abril de 2018).

más de una década de división, ambos grupos han logrado reunirse para alcanzar acuerdos de reconciliación que tienen como denominadores comunes: el rechazo a la invasión israelí en Cisjordania y en Gaza, el crear un estado palestino según las fronteras del 1967 y el reclamar la parte oriental de Jerusalén como su capital pese a que Israel la ocupó en 1967. No obstante, las negociaciones referentes a asuntos económicos y sociales se enfriaron debido a mutuas recriminaciones. Hamas ha anunciado una tercera *Intifada* contra Israel debido a las tensiones creadas por la Resolución de Trump.³¹

A principios de este año, el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica paralizó la ayuda financiera al Organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina (*U.N.R.W.A.*, por sus siglas en inglés) de la cual se beneficiaban cinco millones de palestinos del Medio Oriente.³² Las decisiones políticas del mandatario estadounidense impactan la dignidad humana de toda una comunidad que tiene derecho a la educación, a la salud, a una vivienda digna, a la libertad, al bienestar y a la paz social. Esto como respuesta a quienes se opongan o no faciliten su plan de gobierno.

En días recientes, el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, Antonio Guterres, recordó que su equipo en Palestina había “predicho que Gaza se volverá invivible en 2020 al menos que se tome una acción concreta para mejorar los servi-

cios básicos y la infraestructura”. Dos millones de palestinos se enfrentan cada día a una “infraestructura que se desmorona, una crisis eléctrica, una falta de servicios básicos, desempleo crónico y una economía paralizada”, indicó.³³ Además, durante una reunión sobre los derechos de los palestinos, Guterres denunció que “la continua construcción y expansión de asentamientos en la Cisjordania ocupada, incluyendo Jerusalén Este, es ilegal a la vista de las resoluciones de la *ONU* y el derecho internacional”.³⁴

La alternativa de un solo estado binacional conllevaría que Israel anexe parte o toda la ribera Occidental y Gaza. Todos los residentes de Israel y de los territorios palestinos tendrían los mismos derechos y deberes bajo una sola ciudadanía incluyendo una representación equitativa y democrática parlamentaria. Algunos sectores israelíes se oponen porque significaría renunciar al carácter judío de su Estado. Cualquier otro marco legal entre israelíes y palestinos en un solo Estado, sería aceptar ciudadanos con derechos civiles y derechos políticos limitados creando la discriminación y la segregación. Entonces, se estaría otorgando un conjunto de derechos a los israelíes y otro conjunto de derechos a los palestinos. Por consiguiente, se violan las disposiciones del derecho internacional al igual que se atenta contra los principios básicos de trato igualitario basado en los derechos humanos.

Los expertos e intelectuales en el derecho internacional siguen considerando que la solución principal es el reconocimiento mutuo de los dos estados soberanos: Israel y Palestina.

31 Callum Paton, *War could break out in Gaza in hours, Hamas preparing for imminent conflict with Israel*, NEWSWEEK (5 de febrero de 2018), <http://www.newsweek.com/war-could-break-out-gaza-hours-hamas-preparing-imminent-conflict-israel-799302> (última visita 4 de abril de 2018).

32 Comité Nacional UNRWA España, *Trump: la ayuda a los refugiados de Palestina no está a la venta*, <https://www.unrwa.es/> (accedido el 3 de marzo de 2018).

33 *ONU advierte de la “realidad irreversible de un Estado” en conflicto palestino-israelí*, EL TELÉGRAFO (5 de febrero de 2018), <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/mundo/8/onu-advierde-de-la-realidad-irreversible-de-un-estado-en-conflicto-palestino-israeli> (última visita 4 de abril de 2018).

34 *Id.*

La voluntad de aceptar las diferencias es reabrir las comunicaciones para la negociación entre ambos líderes bajo un escenario de diplomacia. Israel debe apoyar que Palestina tenga su autonomía propia como Estado soberano. En cambio, Palestina debe cesar la violencia, garantizar la seguridad y reconocer el estado judío de Israel. Ambos deben delimitar las fronteras de sus territorios y alcanzar acuerdos razonables en materia de los asentamientos judíos y el retorno de refugiados. El compromiso y el cumplimiento específico de lo pactado son esenciales y deben seguir unas pautas internacionales. Entretanto, Jerusalén ha sido una de las ciudades más disputadas en el mundo. Jerusalén Occidental es la sede del gobierno de Israel, y los palestinos consideran a Jerusalén Oriental como la capital de su futuro Estado. El derecho internacional consideró ilegal la ocupación de Jerusalén Oriental por parte de Israel.³⁵ A pesar de ello, Donald Trump reconoció a Jerusalén como capital de Israel revolcando las hostilidades y los resentimientos de los habitantes en el cercano Medio Oriente tras décadas de opresión y de violaciones a resoluciones internacionales. Uno de los muchos retos es el de construir sociedades inclusivas dentro de las fronteras donde se satisfagan las demandas religiosas, políticas y socioeconómicas de la población; validando el derecho a la autodeterminación como pueblo. Entonces, podrá existir un Jerusalén como ciudad de paz y no de conflictos.

35 *ONU pide respuestas más “intensivas” contra ocupación Israel*, HISPANTV (23 de marzo de 2017), <https://www.hispantv.com/noticias/ee-uu-/336394/onu-lynk-respuestas-intensivas-ocupacion-israel-relator> (última visita 4 de abril de 2018).



Facultad de Derecho
Universidad Interamericana de Puerto Rico
PO Box 70351
San Juan, PR 00936-8351
Tel. (787) 751-1912, ext. 2193
Fax (787) 751-9003
amicus@juris.inter.edu

amicus

 **INTERJURIS**

