Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico

La Constitución de Puerto Rico y el federalismo judicial: un diálogo imperfecto
Hon. Anabelle Rodríguez Rodríguez

El uso de las redes sociales como herramiento de trabajo del abogado: consideraciones éticas y su regulación
Delmareddie Vázquez Fuentes

El uso del cybervetting en el reclutamiento laboral: el riesgo de incurrir en prácticas prohibidas de discrimen u otras violaciones contra los solicitantes de empleo
Aracelis Burgos Reyes

El testamento ológrafo ante los avances tecnológicos
Yankiomy Hernández Borrero

Una propuesta para casos de impericia veterinaria: reconociendo a los animales como sujetos de derechos
Mariela González Alcántara

Los usos de la doctrina *de minimis* en Puerto Rico
Jorge M. Farinacci Fernós

El reconocimiento de relaciones jurídicas entre menores de edad y terceros: una nueva categoría juridíca
Juliana N. Castro Ramos

El esclavo del estado en el siglo XXI: los intereses libertarios de la población correccional y el debido proceso de ley
Derdlim Rodríguez Malavé

El cannabis medicinal en el ambiente laboral: cómo balancear los intereses del empleado-paciente y el patrono
Nicole G. Rodríguez Velázquez

El Right of Publicity estadounidense en la ley del derecho sobre la propia imagen
Pedro Cabán Vales y Louanna N. Cruz Rivera

Volumen LIII agosto – mayo 2018-2019 Número 2

Todos los derechos reservados.

La Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, fundada en 1964, se publica una (1) vez al año por estudiantes de la Facultad de Derecho.

MANUSCRITOS: La Revista Jurídica es un foro académico abierto a la libre discusión de temas jurídicos de interés general. Se invita al público a someter escritos tales como artículos, comentarios, reseñas y ensayos. Estos deben entregarse en archivo digital. La Junta Editorial de la Revista Jurídica evalúa todos los manuscritos que se reciben. La publicación de un escrito no significa, necesariamente, que la Facultad de Derecho ni la Revista Jurídica compartan los puntos de vista que expone el autor.

CONFERENCIA NACIONAL DE REVISTAS JURÍDICAS: La Revista Jurídica es miembro de la Conferencia Nacional de Revistas Jurídicas (NCLR, por sus siglas en inglés). Durante el mes de marzo de 1994, la Revista Jurídica fue la anfitriona de la Cuadragésima Conferencia Nacional de Revistas Jurídicas.

CITACIÓN: El texto y la citación de la Revista Jurídica se rigen por las reglas establecidas en THE BLUEBOOK: A UNIFORM SYSTEM OF CITATION (Columbia Law Review Ass'n *et al*., eds., 20th ed. 2015).

TABLA DE CONTENIDO: Cada número tiene una tabla de contenido de los escritos publicados en él. Anualmente, se publica un índice general en el tercer número de cada volumen. Los índices generales de Revistas Jurídicas de Puerto Rico, correspondiente uno hasta el 1982 y el otro hasta 1998, están disponibles a un costo de $15.00 cada uno.

DERECHOS DE AUTOR: Los derechos de autor de los escritos publicados en la Revista Jurídica los retienen sus autores y autoras. La Revista Jurídica se reserva el derecho de reproducir electrónicamente los escritos. Cada autor y autora consiente a no publicar su escrito en ninguna otra Revista en Puerto Rico por espacio de dos (2) años a partir de que se llegue a un acuerdo de publicación en la Revista Jurídica.

La oficina de la Revista Jurídica está ubicada en la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Cualquier comentario o sugerencia debe dirigirse a: Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, Facultad de Derecho; P.O. Box 70351; San Juan, Puerto Rico 00936-8351. Además, puede comunicarse al (787) 751-1912, extensiones 2073 y 2078 o a revista.juridica@juris.inter.edu. Para más información, puede visitar nuestra página de Internet: http://www.derecho.inter.edu/vida-estudiantil/revistas/.

Cítese esta revista de la siguiente manera:

53 REV. JUR. UIPR ___ (2019).

Copyright © 2019

All rights reserved.

The *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, founded in 1964, is published by Law School students once (1) a year.

MANUSCRIPTS: *Revista Jurídica* is an academic forum open to the free discussion of legal matters of public interest. Citizens are invited to submit written works such as articles, comments, reviews or essays. These must be submitted in digital archive. The Editorial Board of the *Revista Jurídica* evaluates all manuscripts received. The publication of any written work does not, necessarily, mean that either the School of Law or the *Revista Jurídica* share the points of view expressed by the author.

NATIONAL CONFERENCE OF LAW REVIEWS: *Revista Jurídica* is a member of the National Conference of Law Reviews (NCLR). In March of 1994, *Revista Jurídica* was host to the Fortieth National Conference of Law Reviews.

CITATION: Both the text and the quotations in *Revista Jurídica* follow the rules established in THE BLUEBOOK: A UNIFORM SYSTEM OF CITATION (Columbia Law Review Ass'n *et al*., eds., 20th ed. 2015).

TABLE OF CONTENTS: An index is published in the third number of each volume every year. The general indexes of Puerto Rican Law Reviews, one covering up to 1982 and the other covering up to 1998, are available at a cost of $15.00 each.

COPYRIGHT: The copyright of articles published in *Revista Jurídica* are retained by its authors. *Revista Jurídica* reserves the right to electronically reproduce the articles. Each author consents not to publish the article in any other legal periodical in Puerto Rico for a two-year term once an agreement has been reached to publish it in *Revista Jurídica*.

The office of *Revista Jurídica* is located at Interamerican University of Puerto Rico, School of Law. Any comment or suggestion should be addressed to: *Revista Jurídica de la Universidad de Interamericana de Puerto Rico*, School of Law, P.O. Box 70351, San Juan, Puerto Rico 00936-8351. Anyone interested can contact *Revista Jurídica* by telephone at (787) 751- 1912, extensions 2073 and 2078 or at revista.juridica@juris.inter.edu. For more information, you may visit our website http://www.derecho.inter.edu/vida-estudiantil/revistas/.

Cite this journal as follows:

53 REV. JUR. UIPR ___ (2019).

Copyright © 2019

Revista Jurídica
Universidad Interamericana
de Puerto Rico

Volumen LIII agosto - mayo 2018-2019 Número 2

JUNTA EDITORA
2018-2019

Zoé C. Negrón Comas
Directora

Mariela González Alcántara
Directora Asociada

Luis Miguel Cotto Cruz
Director Asociado

Peterson Tavil
Director Asociada

Cuerpo de Redactores

Aracelis Burgos Reyes
Juliana Castro Ramos
Jonathan Coley
William Cruz
Yankiomy Hernández Borrero
Xavier Rivera Álvarez
Derdlim Rodríguez Malavé
Nicole Rodríguez Velázquez
Delmareddie Vázquez Fuentes
Johdalys Quiñonez

Cuerpo de Editores
Elynest del Mar Cruz Miranda

Consejeros Académicos
Prof. Carlos E. Ramos González
Prof. Jorge M. Farinacci Fernós

Administrador
César Alvarado Torres

Bibliotecario
José M. Estrada-Bolívar

Miembro del *National Conference of Law Reviews* y del
Consejo Latinoamericano de Publicaciones de Jurídicas Estudiantiles

Universidad Interamericana de Puerto Rico
Facultad de Derecho

Manuel J. Fernós López-Cepero…….…….....…….....Presidente
Julio Fontanet Maldonado……..…….....Decano
Yanira Reyes Gil …….....Decana de Asuntos Académicos
Iris M. Camacho Meléndez…….....……Decana de Asuntos Estudiantiles
Juan Carlos Fernández Fernández…….…….....…Decano de Administración
Rafael E. Rodríguez Rivera…….....Director de Clínica de Asistencia Legal
Héctor Rubén Sánchez Fernández……....Director de Centro de Acceso a la Información
Cesar A. Alvarado-Torres…….…...Decano Asociado de Estudios Graduados
Lin Collazo Carro…….....Decana Asociada de Estudiantes y Asuntos Internacionales
Luis E. Romero Nieves…….....Coordinador de Programa de Maestría

Facultad

Evelyn Benvenutti Toro, B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., LL.M., Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico; Catedrática Asociada.

Gerardo J. Bosques Hernández, B.B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico; LMI., Universidad de Tulane; Catedrático Auxiliar.

Pedro J. Cabán Vales, B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico; Doctorado, Universidad Complutense de Madrid; Catedrático Auxiliar.

Sylvia E. Cancio González, B.A., Colegio Universitario del Sagrado Corazón; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico; M.C.I., Universidad de Tulane; Catedrática.

Andrés L. Córdova Phelps, B.A., Colegio *The Holy Cross*; M.A., Colegio de Boston; J.D., Universidad de Puerto Rico; Catedrático Asociado.

Juan F. Correa Luna, B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico; Catedrático Auxiliar.

Jorge M. Farinacci Fernós, J.D., Universidad de Puerto Rico; LL.M. Harvard, S.J.D. Georgetown; Catedrático Auxiliar.

Manuel J. Fernós López-Cepero, B.B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico; LL.M., Universidad de Nueva York; Diploma de Estudios Avanzados, Facultad de Derecho, Universidad Complutense; Catedrático.

María Dolores Fernós López–*Cepero*, B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico; LL.M., Universidad de Columbia; Catedrática Honoraria.

Marta Figueroa Torres, B.B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico; LL.M., Universidad de Harvard; Diploma de Estudios Avanzados, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid; Doctorado, Universidad Complutense de Madrid; Catedrática.

Julio E. Fontanet Maldonado, B.A., Universidad Central de Florida; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico; LL.M., Universidad de Chicago; Doctorado en Derecho, Universidad del País Vasco; Catedrático.

Margarita E. García Cárdenas, B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico; Doctorado en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Catedrática.

Marilucy González Báez, B.B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico; Catedrática Asociada.

Carlos I. Gorrín Peralta, B.A., Colegio *The Holy Cross*; J.D., Universidad de Puerto Rico; L.L.M., Universidad de Harvard; Catedrático.

Alberto Omar Jiménez, B.A.; J.D., Universidad de Puerto Rico; LL.M., Universidad de Harvard; Catedrático Asociado.

Myrta Morales Cruz, B.A.*,* Universidad de Georgetown; J.D., Universidad de Puerto Rico; LL.M., Universidad de Harvard; M.A., Sociología Jurídica, Oñati; Catedrática Asociada.

Manuelita Muñoz Rivera, B.B.A.; J.D., Universidad de Puerto Rico; M.L.T., Universidad de Georgetown; J.S.D., Universidad Complutense; Catedrática.

Antonio Negrón García, B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico; Catedrático Distinguido.

Luis Mariano Negrón Portillo, B.A., M.A.P., J.D., Universidad de Puerto Rico; LL.M., Universidad de Yale; J.S.D. Universidad de Stanford; Catedrático.

Dora Neváres Muñiz, B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico; M.A., PH. D., Universidad de Pennsylvania; Catedrática.

Doel R. Quiñonez Nuñez, B.B.A., Universidad del Estado de Nueva York en Búfalo; J.D., Universidad de Puerto Rico; M.A., Universidad de Boston; Doctorado en Derecho, Universidad Complutense de Madrid; Catedrático.

Heriberto Quiñonez Echevarría, B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico; LL.M., Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico; Catedrático Asociado.

Carlos E. Ramos González, B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico; Diploma Post Grado, Universidad de Estocolmo; LL.M., Universidad de California en Berkeley; Catedrático.

Yanira Reyes Gil, B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico; PH. D., Universidad de Purdue; Catedrática Asociada.

Luis Rafael Rivera Rivera, B.A., M.P, J.D, Universidad de Puerto Rico; Doctorado en Derecho, Universidad Complutense de Madrid; Catedrático.

Jessica Rodríguez Martín, B.A., J.D, Universidad de Puerto Rico; Catedrática.

Luis H. Sánchez Caso, B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico; LL.M., Universidad de Georgetown; Catedrático.

Héctor Rubén Sánchez Fernández, B.A., M.L.S., J.D., Universidad de Puerto Rico; M.A.R., Seminario Evangélico de Puerto Rico; Catedrático Auxiliar.

Enrique Vélez Rodríguez, B.A., Universidad de St. Louis; J.D., Universidad de Puerto Rico; M.A., Universidad de New York; Doctorado en Derecho, Universidad del País Vasco; Catedrático.

Esther Vicente Rivera, B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico; LL.M, Escuela de Economía y Ciencias Políticas de Londres, Universidad de Londres; PH. D., Universidad de Londres; Catedrática.

Charles Zeno Santiago, B.B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico, LL.M, Universidad de Harvard; Doctorado en Derecho, Universidad Complutense de Madrid; Catedrático.

Roberto Abesada Agüet, B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico.

Diego H. Alcalá Laboy, B.S., Babson College; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico; LL.M., American University.

César Alcover Acosta, B.A. en Ciencias Políticas, Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico.

Leo M. Aldridge Kontos, B.A. en Ciencias Económicas, Literatura Hispana, Boston College; J.D., Universidad de Puerto Rico; LL.M., Temple University Law School.

Harry Anduze Montaño, B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico.

Myrna E. Ayala Díaz, B.A., M.B.A., J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico; LL.M., Universidad de Villanova; P.A.

Judith Berkan Barnett, B.A., Universidad de Yale; J.D., Universidad de Harvard.

Abelardo Bermúdez Torres, B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico.

Osvaldo Burgos Pérez, B.A., J.D., M.A., Universidad de Puerto Rico.

Iris M. Camacho Meléndez, B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico; Doctorado en Derecho, Universidad del País Vasco.

Ariel Caro Pérez, B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico.

Juan B. Casillas Rodríguez, B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico.

Alberto J. Castañer Padró, B.A. en Psicología, Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico; LL.M, University of Tulane.

Lin Collazo Carro, B.A. en Psicología, J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico.

Carlos Concepción Castro, B.A., Universidad de Massachusetts; J.D., Universidad de Puerto Rico; M.A., Universidad de Nueva York.

Nelson Córdova Morales, B.S., Goldey Beacon College; J.D. Universidad Interamericana de Puerto Rico; LL.M., Concentración en Litigación, Temple University.

Wanda Cruz Ayala, B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico.

José de la Cruz Feliciano, B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico.

Julia A. Cruz Santana, B.A. en Relaciones Públicas, Purdue University; J.D., Universidad de Puerto Rico.

Julio De la Rosa Rivé, B.A., Universidad de Notre Dame; J.D., Universidad de Puerto Rico.

Manuel Del Valle Colón, B.A., Universidad de Princeton; J.D., Universidad de Yale; LL.M., Escuela de Economía y Ciencias Políticas de Londres, Universidad de Londres.

Yvonne Feliciano Acevedo, B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico; LL.M., Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico.

Félix Figueroa Cabán, B.A. en Ciencias Políticas y Filosofía; J.D. Universidad de Puerto Rico.

Miguel Garay Aubán, Licenciatura en Derecho, Universidad Literaria de Valencia, España.

Emmalind García García, B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico; LL.M., Universidad de Nueva York.

Víctor García San Inocencio, B.A., J.D. Universidad de Puerto Rico.

Gustavo Gelpí Abarca, B.A., Universidad de Brandeis; J.D., Universidad de Suffolk.

Richard Graffam Rodríguez, B.S., Universidad de Michigan; J.D., Universidad de Connecticut.

Lorraine Juarbe Santos, B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico; LL.M., Universidad Católica de Puerto Rico.

Erick V. Kolthoff Caraballo, B.A. en Administración de Empresas, J.D., Universidad de Puerto Rico; Maestría en Justicia Criminal, Universidad Interamericana de Puerto Rico.

Joseph Laws Del Valle, B.A., Universidad Interamericana de Puerto Rico; J.D., Universidad de Puerto Rico; LL.M., George Washington University.

Jocelyn López Vilanova, B.A., Universidad de Puerto Rico; M.A., J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico.

Virgilio Mainardi Peralta, B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico; LL.M., Universidad de Nueva York.

Omar J. Marrero Díaz, B.A. Administración de Empresa, University of Dayton, Ohio; J.D. Universidad Interamericana de Puerto Rico; LL.M. en Derecho, New York University.

Annette Martínez Orabona, B.A., Licenciatura en Estudios Interdisciplinarios, Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana Puerto Rico; LL.M., Derecho Internacional, Público y Derechos Humanos, Universidad de Tufts.

Rubén Medina Lugo, B.A. Contabilidad; B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico; LL.M., Universidad de Pennsylvania.

Lilliam Miranda Rodríguez, B.A. en Ciencia, Universidad de Puerto Rico, Recinto de Mayagüez; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico.

Hiram Morales Hernández, B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico.

Edgardo L. Muñoz Maldonado, B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D. Universidad de Puerto Rico.

Mildred E. Negrón Martínez, B.A. en Ciencias Sociales, J.D., Universidad de Puerto Rico, Recinto de Mayagüez.

Patricia Otón Olivieri, B.A., M.P.H.E. (R.C.M.), J.D., Universidad de Puerto Rico; LL.M., Universidad de Toronto.

Samuel R. Pamias Portalatin, B.A., M.A., Universidad de Puerto Rico; J.D. Universidad Interamericana de Puerto Rico.

Carlos Pérez Pérez, B.A. en Administración de Empresas, Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico.

Jesús Peluyera Santiago, B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico; M.A., Universidad Interamericana de Puerto Rico.

Héctor J. Pérez Rivera, B.A., Universidad de Puerto Rico; M.A., Universidad de Marquette; J.D., Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico.

Carmen A. Pesante Martínez, B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico.

José Quiñones López, B.A. en Ciencias Políticas, Universidad de Puerto Rico, Recinto de Mayagüez; J.D. Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico.

Ricardo Ramos González, B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico.

William Ramírez Hernández, B.A., Sociología y Música Universidad de Nueva York; M.A., Long Island University; J.D., Universidad de Puerto Rico.

Federico Rentas Rodríguez, B.A., Finanzas, Universidad de Puerto Rico; M.A. Washington State University; J.D., Universidad de Puerto Rico.

Edgardo Rivera García, B.A., M.A., J.D., Universidad de Puerto Rico.

Ana I. Rivera Lassen, B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico.

Anabelle Rodríguez Rodríguez, B.A., Universidad de Puerto Rico; M.A., Universidad de Fordham; J.D., Universidad de Puerto Rico.

Vladimir Román Rosario, B.A. Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico; Diploma en Estudios Avanzados, Universidad Complutense de Madrid.

Luis Enrique Romero Nieves, B.A. Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico; LL.M., American University.

José R. Roque Velázquez, B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., LL.M., Universidad Interamericana de Puerto Rico.

Oscar J. Serrano, B.A., Universidad del Sagrado Corazón; J.D., Universidad de Puerto Rico.

Sigfrido Steidel Figueroa, B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico.

Brian K. Tester Motycka, B.A., Universidad Oral Roberts; J.D., Universidad de Pepperdine.

José Juan Torres Rodríguez, B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico.

Luis J. Torres Asencio, B.A., Universidad Interamericana de Puerto Rico; J.D., Universidad de Puerto Rico; LL.M., Universidad de Harvard.

Alejandro Torres Rivera, B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico.

José J. Torres Rodríguez, B.A. Adm. de Empresas en Contabilidad, Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico.

Aleida Varona Mendez, B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico.

Fredrick Vega Lozada, B.B.A., Universidad de Puerto Rico; M.B.A., Universidad de Long Island; J.D., Universidad de Puerto Rico; LL.M., Universidad de Strathclyde.

Arlyn Vélez Cuebas, B.A. en Educación Física para Escuelas de Nivel Secundario, J.D., Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras.

Félix Vélez Alejandro, B.A., Universidad Interamericana de Puerto Rico; M.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico.

Juan Carlos Vélez Santana, B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., LL.M., Universidad Interamericana de Puerto Rico;

Eric Alexander Vos, B.A. (Double Major), Clark University, MA; J.D., Temple University, PA; LL.M., Clark University, MA.

Revista Jurídica
Universidad Interamericana
de Puerto Rico

Volumen LIII agosto - mayo 2018-2019 Número 2

TABLA DE CONTENIDO

La Constitución de Puerto Rico y el federalismo judicial: un diálogo imperfecto
Hon. Anabelle Rodríguez Rodríguez 257

El uso de las redes sociales como herramiento de trabajo del abogado: consideraciones éticas y su regulación
Delmareddie Vázquez Fuentes 267

El uso del cybervetting en el reclutamiento laboral: el riesgo de incurrir en prácticas prohibidas de discrimen u otras violaciones contra los solicitantes de empleo
Aracelis Burgos Reyes 307

El testamento ológrafo ante los avances tecnológicos
Yankiomy Hernández Borrero 341

Una propuesta para casos de impericia veterinaria: reconociendo a los animales como sujetos de derechos
Mariela González Alcántara 371

Los usos de la doctrina *de minimis* en Puerto Rico
Jorge M. Farinacci Fernós 393

El reconocimiento de relaciones jurídicas entre menores de edad y terceros: una nueva categoría juridíca
Juliana N. Castro Ramos 415

El esclavo del estado en el siglo XXI: los intereses libertarios de la población correccional y el debido proceso de ley
Derdlim Rodríguez Malavé 439

El cannabis medicinal en el ambiente laboral: cómo balancear los intereses del empleado-paciente y el patrono
Nicole G. Rodríguez Velázquez 467

El Right of Publicity estadounidense en la ley del derecho sobre la propia imagen
Pedro Cabán Vales y Louanna N. Cruz Rivera 495

LA CONSTITUCIÓN DE PUERTO RICO Y EL FEDERALISMO JUDICIAL: UN DIÁLOGO IMPERFECTO

*Hon. Anabelle Rodríguez Rodríguez**

Buenas noches a todas y todos.

Me honra que la Junta Directiva del Volumen LIII de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico me haya extendido una invitación para participar como oradora invitada de los Actos de Investidura de su Cuerpo de Redactores para el año académico 2018-2019. Este evento marca el comienzo de una travesía que impactará el resto de su recorrido por esta Facultad, así como su trayectoria profesional futura. Esto no lo digo en abstracto. A través de los años, como Profesora Adjunta, he tenido la inmensa satisfacción de compartir con jóvenes muy talentosos, miembros de esta publicación académica, cuya dedicación y entrega a una de las revistas jurídicas más importantes en nuestro País, es verdaderamente encomiable. De entrada, enhorabuena y éxito en sus labores editoriales.

Aprovecho la ocasión para compartir con ustedes algunas reflexiones acerca de un tema que en los últimos años me he dado la tarea de estudiar en mayor detalle y que este semestre tengo la dicha de discutir semanalmente en mi curso-seminario, junto a un grupo de estudiantes audaces. A grandes rasgos, en la noche de hoy, quisiera que repensemos ciertos componentes esenciales del *federalismo norteamericano* y las *soberanías estatales*, así como la función de Puerto Rico y su Constitución, en esta discusión dentro y fuera del mundo académico.

Estos pilares del proyecto constitucional-democrático estadounidense se han ido desarrollado desde el campo de lo jurídico, mediante la enseñanza en las Escuelas de Derecho de cursos electivos y seminarios enfocados en la instrucción de Derecho Constitucional estatal y comparado. Es decir, estos temas se centran en la investigación de cómo los distintos estados de la nación americana utilizan sus respectivas constituciones para expandir el reconocimiento de los derechos

* Juez Asociada del Tribunal Supremo de Puerto Rico. Palabras en ocasión de los Actos de Investidura de la Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

individuales y las demás protecciones constitucionales garantizadas en sus cartas magnas. En ese contexto, y en el marco de nuestra relación jurídica-política con Estados Unidos, participamos de ese diálogo.

Como pueden notar, nos encontramos ante un tema complejo, con varios componentes históricos más que propiamente legales, y del cual podríamos estar hablando un año académico completo. Por razón de ello, enfocaré mi intervención en examinar varios objetivos precisos y puntuales.

Primero, estimo imperativo ubicarnos en tiempo y espacio con la intención de comprender *qué relevancia* tiene esto para ustedes, jóvenes editores y redactores de la Revista Jurídica, y *por qué* tanto en la academia como en la judicatura puertorriqueña, debemos de obrar y conspirar juntos para establecer una *metodología adjudicativa uniforme* que nos permita, de manera coherente, dilucidar controversias de Derecho Constitucional. Segundo, discutiré el desarrollo del movimiento llamado el nuevo federalismo judicial (*new judicial federalism*) cuyos integrantes, nuevamente desde la academia y la judicatura –estatal y federal– estadounidense, han propuesto acercamientos teóricos para enfrentar estos debates. Por último, problematizaremos ciertos parámetros de nuestra Constitución, el historial de su Convención Constituyente y las herramientas con las cuales contamos para robustecer el alcance de los derechos individuales en el País.

La relación jurídico-política entre Puerto Rico y Estados Unidos ha marcado, con sus virtudes y defectos, la enseñanza del Derecho Constitucional en las facultades de Derecho de Puerto Rico. La gran mayoría de ustedes ya completaron, o están en proceso de culminar, sus cursos básicos de Derecho Constitucional I y II. En esos cursos estudiaron en paralelo las dos (2) jurisdicciones que componen el sistema democrático estadounidense: la esfera federal y la esfera estatal. Jurisdicciones que, como sabemos, en ocasiones se entrecruzan y no siempre de manera armoniosa. Así, en sus cursos leían primero *Marbury v. Madison* para la doctrina de revisión judicial y luego la Constitución de Puerto Rico para lo propio en nuestra jurisdicción.[1] Sin embargo, cuando estudiaban la doctrina de caso controversia se adentraban en *ELA v. Aguayo* y no necesariamente revisaban la jurisprudencia federal, sino la propia Constitución de Estados Unidos.[2] Curiosamente, cuando consideraban la

---

[1] *Compárese* Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803) *con* CONST. PR. art. V, § 4. Como surge de este ejercicio, la Constitución de Puerto Rico contiene una disposición que presume el principio de *revisión judicial* que el Tribunal Supremo de Estados Unidos desarrolló por jurisprudencia en el caso insigne de *Marbury*.

[2] *Compárese* CONST. EE.UU. art. III, § 2 *con* ELA v. Aguayo, 80 DPR 552 (1958). Como se desprende de este ejercicio, la Constitución de Estados Unidos requiere un "caso o controversia" para que un tribunal pueda atender un pleito ante su consideración, mientras que en Puerto Rico dicho principio de autolimitación judicial fue incorporada jurisprudencialmente en *ELA v. Aguayo*. Véase, además, C. E. Ramos González, *ELA v. Aguayo o los albores de la revisión judicial puertorriqueña*, 34 REV. JUR UIPR 633 (2000), para una crítica sobre la incorporación de la doctrina de "caso o controversia" en nuestra jurisdicción.

doctrina de legitimación activa recurrían primero a *Lujan v. Defenders of Wildlife* y su progenie para luego, lamentablemente, compararla con *Fundación Surfrider v. ARPE*.[3] Lo mismo sucedía en el estudio de los derechos individuales cuando, al analizar controversias sobre las "expectativas" de una persona y la sociedad ante una violación al derecho a la intimidad, en ocasiones se empieza por *Griswold v. Connecticut*, para luego leer *Figueroa Ferrer v. ELA* y *Arroyo v. Rattan Specialties*.[4] ¿Me equivoco? Parece que no.

Como surge de este limitado ejercicio *comparado*, el estudio del Derecho constitucional en Puerto Rico se centra en las dos jurisdicciones. Además, y como podemos advertir de lo anterior, la gran mayoría de las doctrinas y principios de Derecho Constitucional que acabo de mencionar fueron establecidas por el Tribunal Supremo de Estados Unidos interpretando la Constitución federal. Esto último puede que nos resulte problemático. En fin, nuestro Tribunal Supremo, por virtud de la Cláusula de Supremacía de la Constitución federal, está llamado a garantizar el "mínimo federal" en cuanto a su interpretación de los ya derechos reconocidos por el máximo foro federal.

De otra parte, quizá desconocen que esta manera de enseñar el Derecho Constitucional, comparando y contrastando a lo largo de un curso la esfera federal y estatal, resulta *extraña y ajena* para la gran mayoría de los estudiantes de Derecho en los Estados Unidos. En las aulas de las Facultades de Derecho estadounidenses no se aborda el desarrollo jurisprudencial de las estructuras de gobierno y los derechos individuales contenidas en las constituciones del estado en el cual está sita una universidad. Esto es tarea de cursos independientes, llamados *State Constitutional Law*. Hoy, sólo *veintiocho (28)* facultades de Derecho de las sobre *doscientas (200)* acreditadas, y no acreditadas por la ABA, enseñan estos cursos, según recoge el juez de la Corte de Circuito de Apelaciones de Estados Unidos para el Sexto Circuito, Jeffrey S. Sutton, en su libro publicado en el 2018 y titulado *51 Imperfect Solutions*: *States and the Making of American Constitutional Law*.[5] Esta cifra no incluye las tres (3) escuelas de derecho en Puerto Rico, ni el libro del Juez Sutton incluye a nuestra isla entre sus soluciones imperfectas.

Entonces, más allá de tomar por hecho que deben conocer las doctrinas que enmarcan el Derecho constitucional para completar unos cursos requisitos y para aprobar la tan temida reválida, nos debemos preguntar: ¿por qué en Puerto Rico tenemos esta "burundanga jurídica", como decía el exjuez presidente de nuestro Tribunal Supremo Trías Monge, en materia de Derecho Constitucional? ¿Por qué

---

[3] *Véase* Fundación Surfrider v. ARPE, 178 DPR 563 (2010); Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U.S. 555 (1992).

[4] *Véase* Arroyo v. Rattan Specialties, Inc., 117 DPR 35 (1986); Figueroa Ferrer v. ELA, 107 DPR 250 (1978); Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)

[5] Jeffrey Sutton, 51 Imperfect Solutions: States and the Making of State Constitutional Law 194-95 (2018).

enseñamos ambas esferas en un mismo curso? ¿Será, quizá, porque desde que el Tribunal Supremo de Puerto Rico perdió su carácter de tribunal de casación producto del nuevo orden jurídico impuesto a partir del 1898 se *recurre reiteradamente e irreflexivamente*, y en demasiadas instancias, a los precedentes establecidos por el Tribunal Supremo de Estados Unidos para dilucidar controversias constitucionales de derecho puertorriqueño que no siempre lo ameritan?

Hace más de treinta años, precisamente en un artículo de revista jurídica, Trías Monge criticaba el efecto adverso de la *adopción alocada* del derecho común norteamericano para analizar y resolver controversias sobre derecho puertorriqueño.[6] El llamado que hizo don Pepe en ese momento, en cuanto a potenciar al máximo nuestro derecho autóctono, resulta una faena ineludible en los tiempos actuales que se viven en este País. El cuadro social y político de Puerto Rico requiere que constantemente estemos repensando los paradigmas que nos han llevado a esta crisis multidimensional. Quizá no me corresponda trazarles el camino de la movilización social o cómo cada grupo en la sociedad debe enfrentar sus luchas ciudadanas. Sin embargo, desde la judicatura, tengo una responsabilidad ineludible para con nuestro País de utilizar las herramientas disponibles en el marco de nuestro estado de derecho, para reforzar los cimientos del Derecho Constitucional puertorriqueño. Para lograr este acometido, y retomando la temática de esta ponencia, las revistas jurídicas puertorriqueñas deben continuar contribuyendo a esa búsqueda por una *metodología adjudicativa clara y precisa* que permita adjudicar los reclamos de violaciones de derechos individuales que enfrentan –a diario– el pueblo de Puerto Rico. La pregunta, entonces, debe ser: ¿cómo, en qué forma y a dónde más debemos mirar? De ahí la relevancia del tema que abordaré para ustedes.

Una respuesta inicial a esta interrogante la encontramos en el pensamiento del exjuez asociado de la Corte Suprema de Estados Unidos, William J. Brennan Jr., quien en los años setenta publicó *un importantísimo artículo de revista jurídica* cuya tesis central convocaba a los tribunales estatales estadounidenses a interpretar sus propias constituciones de manera independiente a la Constitución federal y ampliar la protección de sus derechos individuales.[7] Este artículo avivó un debate olvidado en los Estados Unidos en torno a los reclamos históricos de mayor soberanía estatal dentro del federalismo norteamericano y la tensión de poder inherente a la existencia de dos esferas gubernamentales.

Este artículo de revista jurídica contribuyó significativamente a la creación del *nuevo federalismo judicial* o *state constitutionalism*. El designio de esta propuesta ha sido, entre otras cosas, proponer *teorías interpretativas* para examinar situaciones en las cuales los tribunales estatales se enfrentan a derechos reconocidos tanto a

---

[6] *Véase* José Trías Monge, *La crisis del derecho en Puerto Rico*, 49 REV. JUR. UPR 2 (1980).

[7] William J. Brennan, Jr., *State Constitutions and the Protection of Individual Rights*, 90 HARV. L. REV. 489 (1977).

nivel estatal como federal o, cuando estos foros interpretan un derecho individual que no tiene una contraparte en la Constitución federal. Para entender el trasfondo y el contexto en el cual floreció el nuevo federalismo judicial debemos recorrer, brevemente, ciertos aspectos de la historia constitucional estadounidense.

Primero, la concepción misma del sistema de gobierno norteamericano y el desarrollo particular de su modelo de federalismo ilustran la eterna tirantez de poder entre los estados y el establecimiento de un gobierno federal robusto. Durante los debates de ratificación de la Constitución federal, James Madison y los Federalistas reconocieron el valor democrático de los derechos individuales contemplados, hasta entonces, *solamente* en las constituciones estatales. No nos debe sorprender que estas constituciones sirvieron de base para la redacción del *Bill of Rights* federal. Incluso, luego de la Guerra Civil, los derechos individuales que los ciudadanos tenían frente al Estado, con limitadas excepciones, sólo eran aquellos que los *propios estados* de la Unión habían reconocido en sus respectivas constituciones.[8]

Fue luego de la Guerra Civil norteamericana y en 1868 que, aprobada la Enmienda Decimocuarta, comenzaron una serie de litigios que buscaban incorporar en los ordenamientos jurídicos estatales las garantías constitucionales contenidas en las primeras ocho (8) enmiendas de la Constitución federal. A pesar de que inicialmente hubo resistencia por parte del Tribunal Supremo de Estados Unidos, paulatinamente dicho foro fue adjudicando controversias mediante las cuales "incorporó" las distintas protecciones federales haciéndolas oponibles frente a los estados a través de la Cláusula de Debido Proceso de Ley de la Enmienda Decimocuarta.[9] Así, conforme la llamada "teoría de incorporación selectiva" y posteriormente gracias a la corriente expansiva de la Corte Warren en torno a los derechos federales que habían sido incorporados, los tribunales estatales fueron relegando su interpretación *independiente y expansiva de sus propias constituciones*. Esto, tuvo el efecto de que *Bill of Rights* federal se convirtiera en el referente más importante, por no decir el único**,** para el desarrollo los derechos individuales estadounidenses.

A pesar de esta realidad jurídica, el Tribunal Supremo de Estados Unidos en *Michigan v. Long* abrió las puertas, con intención o sin ella, a que en aquellos casos estatales en donde estuviesen involucrados reclamos de derechos reconocidos tanto en la esfera federal como en la estatal, se le brindase una oportunidad al tribunal estatal de *entablar un diálogo constitucional* con el máximo foro federal.[10] De esta decisión, nació la doctrina de los *fundamentos estatales sustantivos adecuados e independientes.* No olvidemos, como ya mencionáramos, que el uso de esta doctrina ocurre en el contexto de que, en función de la Cláusula de Supremacía de

---

[8] *Véase* J. Blocher, *Reverse Incorporation of State Constitutional Law,* 84 S. CAL. L. REV. 323 (2011).

[9] *Véase, en general*, José Julián Álvarez González, *La protección de los derechos humanos en Puerto Rico*, 57 REV. JUR. UPR 133 (1988).

[10] *Véase* Michigan v. Long, 463 U.S. 1032 (1983).

la Constitución federal, la extensión mínima de derechos constitucionales estatales que sí tienen contraparte federal está delimitada por las interpretaciones que sobre ésta emita o haya emitido el Tribunal Supremo de Estados Unidos.[11]

La decisión de *Long* –hace ya más de treinta (30) años– desató un nuevo debate académico en las décadas venideras sobre el alcance de las constituciones estatales y los derechos individuales consagrados en ellas. Es así como los partidarios del nuevo federalismo judicial han desarrollado, a través del tiempo, una serie de *acercamientos metodológicos* para atender controversias jurídicas donde se invocan preceptos constitucionales al amparo tanto de la Constitución federal como la estatal. A manera de vuelo de pájaro, resumiré las *tres (3)* vertientes principales de estas aproximaciones.[12] De un lado, el denominado *lockstep approach* (o abordaje en paralelo) implica que cuando el tribunal estatal se enfrenta a un reclamo cuyo derecho encuentra una contraparte en la esfera federal, la interpretación de su propia constitución seguirá, sin cuestionarse, la interpretación del Tribunal Supremo de Estados Unidos. De otra parte, el *criteria approach* (abordaje jurisprudencial independiente) conlleva que cuando un tribunal estatal pretende adjudicar una controversia sobre un derecho reconocido en ambas esferas debe establecer primero si existen factores autóctonos de la constitución estatal que ameriten alejarse de la interpretación federal; esto lleva a ese tribunal a buscar criterios interpretativos fijos para evaluar si se debe desviar o no del estándar federal. Por último, el *primacy approach* (abordaje prioritario) reconoce a la constitución estatal como la fuente primaria de derechos individuales, mientras que la Constitución federal como una fuente secundaria; esto, incluso cuando el texto de ambas constituciones sea parecido o hasta idéntico. Les adelanto que, entre estos acercamientos, me decanto por un híbrido entre *el abordaje jurisprudencial independiente y el abordaje prioritario.*

Ahora bien, la historia constitucional de nuestro País permite que echemos una pizca de sazón boricua a estas metodologías. En el contexto específico de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, toda esta discusión se ha enmarcado en el arraigado principio de que nuestra Constitución, en particular la Carta de Derechos, es de una "factura más ancha" a la Constitución federal. La "anchura" de la Constitución de Puerto Rico ha sido objeto de discusión en un sinnúmero de decisiones de nuestro Tribunal y desde la academia, el profesor Ernesto Chiesa Aponte publicó de los primeros artículos en relación con este debate, en su reconocido trabajo, *Los derechos de los acusados y la factura más ancha*.[13]

---

[11] Véase José Julián Álvarez González, DERECHO CONSTITUCIONAL DE PUERTO RICO Y RELACIONES CONSTITUCIONALES CON LOS ESTADOS UNIDOS 73-78 (2009), para una discusión más en detalle sobre la teoría los fundamentos estatales sustantivos adecuados e independiente.

[12] Véase Ann M. Lousin, *Justice Brennan's Call to Arms-What Has Happened Since 1977?*, 77 OHIO ST. L.J. 387 (2016) y James A. Gardner, *The Failed Discourse of State Constitutionalism*, 90 MICH. L. REV. 761 (1992), para una discusión completa de estos acercamientos metodológicos.

[13] Ernesto L. Chiesa, *Los derechos de los acusados y la factura más ancha*, 65 REV. JUR. UPR 83 (1996).

No obstante, el único artículo de revista jurídica publicado en nuestro País que examina en detalle el nuevo federalismo judicial, sus propuestas metodológicas y el caso de Puerto Rico dentro de este movimiento, se publicó en la Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico por la licenciada Tatiana Vallescorbo Cuevas. La discusión histórica a la cual aludía hace unos minutos está recogida con brillantez en su artículo titulado, *Interpretando la factura más ancha.*[14]

Este artículo –además de lectura obligada en mi seminario y escrito modelo para sus trabajos investigativos– propone una *metodología criolla* enumerando una serie de preguntas retóricas al considerar controversias constitucionales que involucren un derecho individual, tenga éste o no contraparte en la Constitución federal.[15] Más importante aún, la licenciada Vallescorbo esboza un principio que los jueces y juezas solemos olvidar con frecuencia: el estribillo de la "factura más ancha" sólo tiene sentido si se está analizando una controversia jurídica que involucre un derecho individual que haya que "agrandar".[16] Es decir, si no estamos ante un derecho con una contraparte en la Constitución federal, *no hay que invocar* la "factura más ancha" porque no hay necesidad alguna de recurrir a la jurisprudencia federal. Sólo agrandamos frente a lo mínimo. La aportación de la licenciada Vallescorbo a esta discusión, sin lugar a dudas, es invaluable y sirve como el ancla teórica sobre la cual debemos continuar construyendo un principio de hermenéutica constitucional autóctono.

Ahora entrando al último tema para la noche de hoy, considero que todos debemos reflexionar sobre cómo el proyecto constitucional puertorriqueño, a diferencia de muchas constituciones estatales y de la Constitución federal, cuenta con unas herramientas interpretativas valiosas e indispensables para nuestro quehacer jurídico. Todo este debate teórico parte de una premisa inarticulada: la aspiración de *expandir* el alcance de los derechos individuales implica que nuestra Constitución es *una viva y no es una prisionera del tiempo*.[17]

La eterna disputa en el mundo jurídico estadounidense en torno a cómo leer la Constitución federal, si desde el "originalismo", cuyos proponentes avanzan una lectura textualista y fijada en la intención invariable de sus redactores en el Siglo 18, o como una "constitución viviente", cuya lectura requiere que la constitución evolucione y se adapte a las nuevas realidades en la sociedad, necesariamente no tiene mucha relevancia para la adjudicación constitucional bajo la Constitución de Puerto Rico. Nosotros contamos con el Diario de Sesiones de la Convención

---

[14] *Véase* Tatiana Vallescorbo Cuevas, *Interpretando la factura más ancha*, 46 REV. JUR. UIPR 303 (2012).

[15] *Id*. en la págs. 325-30.

[16] *Id*. en la págs. 330-31.

[17] AAR, Ex parte, 187 DPR 835, 1037 (2013) (Rodríguez Rodríguez, opinión disidente).

Constituyente, que sirve para descifrar la *intención original* de quienes la redactaron. Allá apenas existen escritos de la Convención de Filadelfia celebrada en 1787. Más importante aún, en Puerto Rico al adentrarnos en este debate no podemos olvidar que nuestra Constitución cuenta con un *canon de interpretación judicial*. La Sección 19 de nuestra Carta de Derechos dispone que: "La enumeración de derechos que antecede *no se entenderá en forma restrictiva* ni supone la exclusión de otros derechos pertenecientes al pueblo en una democracia, y no mencionados específicamente".[18] A diferencia de mi compañero, el Juez Asociado señor Martínez Torres, estimo que esta sección de nuestra Carta de Derechos apunta hacia una interpretación expansiva y un tanto híbrida entre los conceptos antes discutidos, no hacia un *reduccionismo* o *minimalismo judicial*.[19]

Digamos que hace un llamado a un "*originalismo* viviente", robándome el término acuñado por el profesor de Yale, Jack Balkin, pero sin necesariamente adscribirme al mismo.[20] Esta sección, junto a los extensos debates suscitados en la Convención Constituyente y recogidos en el Diarios de Sesiones, los trabajos preparativos de la Escuela de Administración Pública, los volúmenes de *La Historia Constitucional de Puerto Rico* de Trías Monge y el Informe presentando ante el Congreso de los Estados Unidos por el gobierno de Puerto Rico, a través de su Comisionado Residente el Dr. Antonio Fernós Isern, apoyan esta posición. Y si esto no fuese suficiente, el excelente trabajo del profesor Jorge Farinacci Fernós en esta materia ayuda a disipar cualquier duda en torno a si la Constitución de Puerto Rico debe interpretarse desde el originalismo o constitucionalismo vivo.[21]

La *intención original* de los delegados constituyentes precisamente requiere que seamos expansivos en la protección de los derechos individuales contenidos, y los no contenidos, en la Constitución. Le corresponde a los operados del Derecho en la Rama Judicial *asumir su deber ineludible de impartirle mayor vida*. Lamentablemente, en años recientes, nuestro Tribunal Supremo ha olvidado que la adopción insensata de escrutinios judiciales provenientes del Tribunal Supremo de Estados Unidos, como apuntó el ex Juez Presidente Hernández Denton en su disidencia de *Pueblo v. Díaz Medina*, *"*no toma en consideración la tradición histórica del federalismo y la *interacción dinámica* entre el constitucionalismo federal y estatal, la cual ha permitido que la democracia en Estados Unidos sobreviva y prospere por más de dos siglos" y, a su vez, se ha olvidado, que la Constitución federal provee "un *gran margen* para que los tribunales supremos estatales interpreten las garantías de sus

---

[18] CONST. PR art. II, §19 (énfasis suplido).

[19] *Véase* Hon. Rafael L. Martínez Torres, *El Originalismo como método de interpretación constitucional y el principio de separación de poderes*, 49 REV. JUR. UIPR 249 (2015).

[20] *Véase* JACK E. BALKIN, LIVING ORIGINALISM (2011).

[21] *Véase* Jorge M. Farinacci Fernós, *Originalism in Puerto Rico: Original Explication and Its Relation with Clear Text, Broad Purpose and Progressive Policy*, 85 REV. JUR. UPR 203 (2016).

respectivas Constituciones con *mayor amplitud y a la vanguardia* de los preceptos enunciados en algunos de los dictámenes del Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Esa es la virtud del federalismo estadounidense tan preciado por sus ciudadanos*".[22]

Jóvenes, les invito a que continúen luchando, dentro o fuera de esta Revista Jurídica, por *garantizar, expandir y fortalecer* los derechos individuales cobijados por nuestra Constitución. Muchos, tanto en Puerto Rico como en Estados Unidos, están en una campaña incesante por aminorar, ningunear y restarle legitimidad a la trascendencia y vigencia de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Para algunos, la aprobación de la ley federal PROMESA la ha hecho prácticamente inoperante. Mi respuesta a ellos, así como a quienes se empeñan en minusvalorar el avance real que supuso el proceso que culminó en el 1952 con la adopción de nuestra Constitución, es la siguiente: es la única constitución con la que contamos, y mientras siga *vigente* tiene que ser nuestra adarga, lanza y espada para enfrentarnos a nuestros molinos de viento, al igual que lo hizo el Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha en las laderas de una localidad castellana. Y es que no puede ser de otra forma. Nuestra exquisita Carta de Derechos recoge como valor primario e inviolable la dignidad del ser humano y ello nos obliga a su realización efectiva por ser indispensable para el desarrollo integral de la persona.

Justo antes de que los constituyentes procedieran a aprobar nuestra Constitución, el delegado don Miguel Ángel García Méndez, miembro destacado del Partido Estadista Republicano, se dirigió a la Convención en un breve, pero elocuente mensaje. Éste recordó a los constituyentes que a pesar de que habían comenzado los trabajos con serias discrepancias,

> [C]omo diría Nervo, juntos y separados como los remos de una misma barca, a la postre, luego de haberse terminado este trabajo [. . .] los delegados que aquí estamos reunidos en este momento trascendente para la historia de nuestro país han realizado una labor y han terminado redactando un documento que es honra de Puerto Rico y los puertorriqueños.[23]

Les convocó, no a una merecida ovación por la labor acometida, sino más bien a que se pusieran de pie todos y que en "el silencio de [una] plegaria esta Constitución toque a rebato en nuestros corazones, la podamos defender con uñas y con dientes y en definitiva nos traiga la felicidad a todos los puertorriqueños bajo el amplio palio de una amada tierra puertorriqueña".[24]

---

[22] Pueblo v. Díaz Medina, 176 DPR 601, 656 (2009) (Hernández Denton, opinión disidente) (énfasis en el original) (énfasis suplido).

[23] 4 DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCIÓN CONSTITUYENTE 2472 (1952).

[24] *Id*.

Jóvenes, los invito a defender incansablemente nuestro texto constitucional como fiel exponente de nuestros valores de País.

Muchas gracias. Una vez más, ¡enhorabuena y mucho éxito este año!

EL USO DE LAS REDES SOCIALES COMO HERRAMIENTA DE TRABAJO DEL ABOGADO: CONSIDERACIONES ÉTICAS Y SU REGULACIÓN

*Delmareddie Vázquez Fuentes**

Resumen

Las redes sociales han impactado la manera en que los abogados pueden realizar varias tareas inherentes a su profesión. Esa realidad suscita muchas dudas respecto a las consideraciones éticas pertinentes al uso de las redes sociales como herramienta de trabajo del abogado y cómo se aplican las reglas de conducta profesional de la clase togada en ese contexto. El Código de Ética Profesional de Puerto Rico fue adoptado en 1970, cuando la realidad tecnológica era muy diferente. Por lo tanto, el lenguaje que emplea es insuficiente para abordar adecuadamente esas preguntas, ya que las redes sociales tienen características muy singulares, que no comparten otros avances tecnológicos. Eso crea un vacío en el ordenamiento legal de Puerto Rico que debe llenarse. Aunque otras normas de conducta profesional pueden entrar en juego cuando un abogado emplea las redes sociales como su herramienta de trabajo, este artículo examina cómo las reglas relativas a 1) el deber de competencia y diligencia, 2) las comunicaciones ex parte, 3) los anuncios publicitarios de los abogados y 4) la solicitación, deberían aplicarse en ese contexto. También recomienda el curso a seguir para regular el uso de las redes sociales como herramienta de trabajo del abogado y expone por qué ese método resulta ser el más adecuado.

---

* Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Fue miembro del Cuerpo de Redactores de la Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. La autora desea agradecer al Lcdo. Nelson N. Córdova Morales por su apoyo y dirección durante el proceso de redacción del artículo. También desea extender su agradecimiento al Lcdo. Jorge Farinacci Fernós y a la Lcda. Jessica Rodríguez Martín por sus invaluables recomendaciones y sugerencias para mejorar el escrito.

Abstract

Social media has impacted the way in which lawyers are able to perform various tasks inherent to their profession. That reality gives rise to many questions regarding the ethical considerations pertinent to lawyers' use of social media as a work tool and how the present rules of professional conduct are applied in that context. Puerto Rico's Code of Professional Ethic was adopted in 1970, when the technological reality was very different. Thus, the language that it employs is insufficient to adequately address those questions, for social media has very unique characteristics, uncommon to any other technological advances. That creates a void in Puerto Rico's legal system that needs to be filled. Although other rules of professional conduct might come into play when social media websites are employed as work tools, this article examines how the rules regarding 1) competence and diligence, 2) ex parte communications, 3) lawyer advertising, and 4) solicitation, should be applied in that context. It also recommends the way in which the use of social media as a lawyer's work tool should be regulated and explains why this method is the most adequate.

I. Introducción 269

II. ¿Qué es una red social?: Una breve descripción 271

III. Normas deontológicas cuyo cumplimiento supone nuevos retos para los abogados y abogadas en el contexto de las redes sociales 273

IV. Recomendación 303

V. Conclusión 304

I. Introducción

Las redes sociales han adquirido gran preeminencia en nuestros tiempos.[1] No solo "se han convertido en parte importante de la cotidianidad de la mayoría de las personas",[2] sino que han logrado impactar grandemente la forma en que sus usuarios se comunican, intercambian ideas y comparten información. Aunque el impacto de las redes sociales en el mundo de las comunicaciones es tal vez el más evidente, no es el único. Para la profesión legal, la creación y proliferación de las redes sociales ha representado un cambio en la forma en que los abogados y las abogadas pueden realizar tareas inherentes al desempeño de su profesión, tales como: 1) la identificación y recolección de evidencia; 2) la detección de conducta impropia por parte de algún miembro del jurado; 3) la promoción de la disponibilidad de sus servicios profesionales, y 4) la solicitación de la contratación de sus servicios.

A modo de ejemplo, un abogado podría visitar el perfil virtual de la parte contraria en un pleito para identificar imágenes o publicaciones que sustenten las alegaciones o las defensas de su cliente. También podría visitar el perfil de un miembro del jurado para asegurarse de que este no esté comentando o conversando en línea acerca del caso. Por otro lado, podría realizar una publicación en su perfil para comunicarles a las personas la disponibilidad de sus servicios.

La posibilidad de que los abogados hagan uso de las redes sociales de manera innovadora para desempeñar su profesión —esto es, como su herramienta de trabajo— suscita interrogantes sobre cómo las normas de conducta profesional de la clase togada entran en juego en ese escenario. Particularmente, levanta dudas sobre cómo dichas normas se aplican en el contexto de las redes sociales. Aclarar esas dudas resulta imprescindible para que los letrados y las letradas puedan aprovechar las ventajas de las redes sociales, en beneficio suyo y de sus clientes, sin transgredir las normas deontológicas que regulan la profesión legal. Este artículo persigue cumplir, en parte, ese objetivo, el cual —adelantamos— no siempre resulta fácil.

Esto es así, ya que el Código de Ética Profesional[3] —cuerpo de normas que rige la conducta profesional de los abogados y abogadas en Puerto Rico— fue

---

[1] *Véase* Andrew Perrin, *Social Media Usage: 2005-2015,* PEW RESEARCH CENTER, (8 de octubre de 2015), http://www.pewinternet.org/2015/10/08/social-networking-usage-2005-2015/ (última visita 5 de mayo de 2019) (según una encuesta realizada por el *Pew Research Center*, en el 2005 apenas un siete porciento de los adultos en Estados Unidos utilizaba al menos una red social. No obstante, en tan solo diez años, ese porciento aumentó a sesenta y cinco. Es decir, que para el 2015, el sesenta y cinco porciento de los adultos en Estados Unidos utilizaba al menos una red social).

[2] *Sobre la ética y la competencia en búsquedas de datos personales de jurados a través de la Internet*, MICROJURIS, http://pr.microjuris.com/noticias/noticia/sobre-la-etica-y-la-competencia-en-busquedas-de-datos-personales-de-jurados-a-traves-de-la-internet (última visita 5 de mayo de 2019).

[3] CÓD. ÉTIC. PROF., 4 LPRA Ap. IX (2012).

adoptado por el Tribunal Supremo de Puerto Rico el 24 de diciembre de 1970.[4] Para esa fecha, la realidad tecnológica era muy distinta a la actual y, con toda probabilidad, los avances tecnológicos de las próximas décadas y el advenimiento de la era digital resultaban impredecibles. Por tanto, el lenguaje de las normas de conducta profesional, redactadas con otra realidad tecnológica en mente, no permite aplicarlas con facilidad al contexto de las redes sociales. Aun así, el Código de Ética Profesional establece unos principios básicos de conducta que pueden y deben aplicarse al uso de las redes sociales para determinar si las normas deontológicas permiten, prohíbe o exigen una conducta.

Por consiguiente, para determinar cómo se aplican las normas deontológicas en el contexto de las redes sociales, primero se identifican los principios básicos que rigen la conducta de los abogados y las abogadas en relación con cada uno de esos deberes. Ello se hace a base de cuatro fuentes principales: 1) el Código de Ética Profesional; 2) la jurisprudencia interpretativa de dicho Código; 3) el Proyecto de Código de Conducta Profesional, al que se hizo referencia previamente[5] y 4) las Reglas Modelo de Conducta Profesional de la *American Bar Association*.[6] Una vez identificados los principios básicos pertinentes, se determina cómo estos se aplican al uso de las redes sociales como herramienta de trabajo del abogado. Finalmente, a base de esas determinaciones, se propone la adopción de normas de conducta que regulen ese uso.

Son múltiples las reglas de conducta cuya aplicación en el contexto de las redes sociales resulta confusa y que resultan pertinentes para regular el uso de dichas plataformas como herramienta profesional. No obstante, este artículo se limita a abordar aquellas relativas a: 1) el deber de competencia y diligencia; 2) las comunicaciones ex parte; 3) la publicidad o anuncios publicitarios y 4) la solicitación. Aunque estas no son las únicas normas que tienen preeminencia cuando un abogado emplea una red social como su herramienta de trabajo, las que se analizan son algunas de las de mayor relevancia y las que más interrogantes han generado.

La parte II de este artículo pone en contexto el análisis, al proveer una breve descripción de las redes sociales, con particular atención en las características que resultan pertinentes para fines de este artículo. La parte III recoge el proceso y los resultados de la identificación de los principios éticos básicos pertinentes y

---

[4] In re Código de Ética Profesional, 99 DPR 999 (1970).

[5] Esta fuente resulta pertinente, pues la misma ilustra la política pública que persigue el Estado en relación con la regulación ético-disciplinaria de los abogados. Además, es importante considerarla, pues su adopción podría darse en un futuro.

[6] Esta fuente resulta pertinente, debido a que el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha expresado su intención de adoptar un nuevo código de ética que se asemeje, en la mayor medida posible, a ese conjunto de normas. A esos efectos, véase *In re Proyectos Código de Conducta Profesional y Reglas de Procedimiento para Asuntos Disciplinarios de la Abogacía y la Notaría*, 189 DPR 1032 (2013).

su aplicación en el contexto de las redes sociales. La parte IV incluye nuestras recomendaciones para la regulación del uso de las redes sociales como herramienta de trabajo del abogado. Finalmente, la parte V expone nuestras conclusiones en relación con la importancia y la pertinencia de dicha regulación.

II. ¿Qué es una red social?: Una breve descripción

El término "red social" ha sido definido de diversas maneras. La Real Academia Española lo define como una "[p]lataforma digital de comunicación global que pone en contacto a gran número de usuarios".[7] Otros lo han definido como un servicio basado en la web (*web-based*) que permite a sus usuarios crear un perfil público o semi-público, articular una lista de usuarios con los que quieren compartir una conexión y ver y compartir su lista de conexiones y las de otros usuarios.[8] Como podemos observar, no existe una definición uniforme de lo que es una red social. Algunos definen el término de manera muy general; mientras que otros intentan incorporar a la definición algunas de las características más comunes de las redes sociales. La diversidad de definiciones se debe, en parte, a las diversas formas, funciones, herramientas y características que tienen las múltiples redes sociales que existen. Por esa razón, resulta casi imposible realizar una descripción exhaustiva de estas. Por ello, esta parte se limita a describir las redes sociales de manera general, con especial énfasis en las características que resultan más relevantes para fines del presente artículo.

La primera característica que resulta importante destacar, es que las redes sociales pertenecen al tipo de páginas web conocido como web 2.0. Las páginas web 2.0 son aquellas que permiten a sus usuarios interactuar y colaborar entre sí como creadores de contenido.[9] Se distinguen de las páginas web tradicionales, ya que estas se limitan a permitir que sus usuarios o visitantes vean pasivamente su contenido.[10] Esto es, sus "usuarios limita[n] su actividad a beneficiarse y aprovechar la información presente en la Red (. . .)".[11] En estas páginas, la información está estática y solo se transmite en una dirección.[12]

Por el contrario, la web 2.0 es una web eminentemente dinámica, donde los usuarios tienen una participación activa, puesto que intercambian archivos y

---

[7] *Red*, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, http://dle.rae.es/?id=VXs6SD8 (última visita 5 de mayo de 2019).

[8] JOSHUA BRIONES & ANA TAGVORYAN, SOCIAL MEDIA AS EVIDENCE: CASES, PRACTICE POINTERS AND TECHNIQUES 6 (2013).

[9] PATRICIA E. SALKIN & JULIE A. TAPPENDORF, SOCIAL MEDIA AND LOCAL GOVERNMENTS: NAVIGATING THE NEW PUBLIC SQUARE 3 (2013).

[10] *Id*.

[11] LAURA DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, IMPLICACIONES SOCIO-JURÍDICAS DE LAS REDES SOCIALES 42 (2015).

[12] SALKIN & TAPPENDORF, *supra* nota 9.

conocimiento e interaccionan y se relacionan entre sí.[13] Por tanto, podemos decir que la web 2.0 se caracteriza por "el dinamismo, la interacción y el intercambio de opiniones, archivos e informaciones. . .".[14] Se distingue, además, por la "importancia de la información [que contiene], [el] acceso fácil y rápido a la misma y [la] posibilidad de modificarla, mejorarla u opinar sobre [ella]".[15] Las redes sociales son, junto a los *blogs*, los principales representantes de la web 2.0, "por cuanto permiten y fomentan el intercambio ágil, frecuente y recíproco de información, gustos, intereses, etc. . . . y los usuarios juegan un rol fundamental protagonista y activo [en ellas]".[16]

Atado a lo anterior, la segunda característica que típicamente comparten las redes sociales es que permiten o, en algunas ocasiones, requieren que el usuario —ya sea una persona jurídica o una persona natural— cree un perfil virtual.[17] El perfil es la página donde aparece toda la información del usuario: información de contacto, fotos, publicaciones, etc. Una vez el usuario crea su perfil, puede comenzar entonces a crear su red, es decir, el grupo de personas (usuarios al igual que él) con las que desea compartir en esa red social.[18] Los nombres que reciben los miembros que componen la red de un usuario son variados: "amigos", "conexiones", "seguidores", etc.

La tercera característica que comparten las redes sociales es que permiten al usuario determinar el nivel de privacidad de su perfil.[19] Ello significa que el usuario puede limitar la audiencia que tendrá acceso a la información contenida en su perfil virtual.[20] Aunque los controles de privacidad varían entre una red social y otra, la mayoría de estos permiten que se haga una distinción entre las porciones públicas y las porciones privadas de un perfil.[21] Las porciones públicas son aquellas disponibles a toda persona que acceda el perfil, sin necesidad de que el visitante sea "amigo", "seguidor" o esté "conectado" con el usuario visitado.[22] Por el contrario, las porciones privadas son aquellas disponibles únicamente a los "amigos", "seguidores" o "conexiones" del usuario visitado y no al público

---

[13] FERNÁNDEZ DE MARCOS, *supra* nota 11, en la pág. 41.

[14] *Id*. en las págs. 41-42.

[15] *Id*. en la pag. 43.

[16] *Id*. en la pág. 42.

[17] Hope A. Comisky & William M. Taylor, *Don't Be A Twit: Avoiding the Ethical Pitfalls Facing Lawyers Utilizing Social Media in Three Important Arenas - Discovery, Communications With Judges And Jurors, And Marketing*, 20 TEMP. POL. & CIV. RTS. L. REV. 297, 298 (2011).

[18] *Id*.

[19] Agnieszka McPeak, *Social Media Snooping and Its Ethical Bounds*, 46 ARIZ. ST. L. J. 845, 873 (2014).

[20] *Id*.

[21] *Id*.

[22] *Id*.

general.[23] Esto implica que si una persona no "amiga" quisiera ver esas porciones del perfil, tendría que solicitar autorización al usuario y convertirse en "amiga" para poder hacerlo.

La cuarta y última característica que resulta pertinente mencionar —la cual está relacionada con el hecho de que las redes sociales son páginas web 2.0—, es que las redes sociales permiten interacciones o comunicaciones entre sus usuarios, las cuales pueden llevarse a cabo de diversas maneras. Los usuarios pueden interactuar: al realizar comentarios en el perfil de un usuario; al etiquetar o mencionar a un usuario en una publicación; al enviar a un usuario un mensaje privado, parecido a un correo electrónico; o al conversar con un usuario mediante un chat, el cual se caracteriza por la instantaneidad de la comunicación.[24] Finalmente, además de estas formas de comunicación directa entre los usuarios, algunas redes sociales notifican a los usuarios cuando otro usuario visita su perfil. Incluso cuando estos no son "amigos" ni comparten una conexión en dicha red social. Ello genera una comunicación indirecta entre el usuario visitante y el visitado, aun cuando el primero no lo solicitó y/o desconocía que esta se produciría.

Todo lo anterior evidencia la particularidad de las redes sociales como medios de comunicación y las características que las diferencian de los medios clásicos de comunicación. Su capacidad para facilitar las comunicaciones entre personas, así como el flujo de información, no tiene precedente. Es por eso que resulta necesario articular normas deontológicas que atiendan esas particularidades y las implicaciones éticas del uso de las redes sociales como herramienta de trabajo del abogado. A continuación, se discuten algunos de los deberes éticos cuyo cumplimiento supone nuevos retos para los togados y las togadas en el país, en el contexto de las redes sociales.

III. Normas deontológicas cuyo cumplimiento supone nuevos retos para los abogados y abogadas en el contexto de las redes sociales

Como se señaló en la introducción, los retos éticos que presentan las redes sociales son muchos y variados. Su uso como herramienta de trabajo del abogado, tiene implicaciones en relación con diversos deberes y normas éticas de los abogados y abogadas. Por ejemplo, el uso de las redes sociales tiene implicaciones en: 1) las normas relativas a los conflictos de intereses; 2) el nacimiento de la relación abogado-cliente; 3) las normas que prohíben la práctica ilegal de la profesión; 4) las normas relativas a las expresiones sobre pleitos pendientes; y 5) las normas relativas a la preservación de la dignidad de la profesión en la vida privada y profesional. No obstante, según se había adelantado, este artículo se limita a discutir

[23] *Id*.

[24] *Id*. en la pág. 874.

los retos éticos que presenta el uso de las redes sociales en relación con: 1) el deber de competencia y diligencia; 2) las comunicaciones ex parte; 3) la publicidad o anuncios publicitarios y 4) la solicitación.

A. El deber de competencia y diligencia

El deber de competencia de los abogados y abogadas en Puerto Rico está regulado directa y principalmente por el Canon 18 del Código de Ética Profesional [en adelante, *Canon 18*].[25] El mismo dispone, en lo pertinente, que "[e]s deber del abogado defensor defender los intereses del cliente diligentemente, desplegando en cada caso su más profundo saber y habilidad y actuando de aquella forma que la profesión jurídica en general estima adecuada y responsable".[26] Al interpretar este canon, el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha resuelto que un abogado o una abogada no actúa de manera competente y diligente cuando "[a]bandona o desatiende el caso; no comparece a los señalamientos realizados por el foro judicial; permite que expire el término prescriptivo de una acción, o incurre en una actuación negligente que pueda resultar o, en efecto, resulte en la desestimación o archivo del caso, entre otras cosas".[27] No obstante, el Tribunal Supremo no ha emitido una expresión particular sobre el alcance de ese deber a la luz de las realidades tecnológicas del siglo XXI y la accesibilidad de la información a través de los medios cibernéticos de comunicación, en particular las redes sociales. Ello tampoco se desprende del lenguaje expreso del Canon 18.

Por tanto, no resulta claro si el deber de competencia, según definido en la actualidad, exige a los abogados y abogadas considerar y hacer uso de los avances tecnológicos —particularmente los medios cibernéticos de comunicación— al momento de brindar asistencia legal adecuada a un cliente. No obstante, existen varias razones y fuentes, discutidas a continuación, que apoyan la conclusión de que debería exigirse dicha conducta. Incluso, si el Canon 18 pudiese interpretarse como que da base a la obligación de los abogados y abogadas de considerar y utilizar las redes sociales en el desempeño competente de su profesión, resulta necesaria la adopción de una regla más específica. Ello, para que dicha obligación se desprenda clara y expresamente de las reglas de conducta profesional y para definir sus parámetros y alcance.

A continuación, se discutirá por qué el deber de diligencia debe comprender la obligación antes mencionada. Posteriormente, se definirán y discutirán qué conductas por parte del abogado comprenden dicha obligación y cuál es su alcance.

---

[25] CÓD. ÉTIC. PROF., 4 LPRA Ap. IX, C. 18 (2012).

[26] *Id*.

[27] In re Avilés Vega, 197 DPR 829, 843 (2017).

i. Por qué el deber de competencia debe comprender la obligación del abogado de considerar y utilizar las redes sociales en el desempeño de su labor como representante legal

En la sección anterior se expuso que, de conformidad con el deber de competencia de los abogados, debe exigírseles que consideren y utilicen las redes sociales en el desempeño de su labor como representantes legales. ¿Por qué debe hacérseles esta exigencia?

En primer lugar, dicha conclusión encuentra apoyo en las Reglas Modelo de Conducta Profesional de la *American Bar Association*. La Regla 1.1 de las Reglas Modelo, titulada *Competence* dispone: "*A lawyer shall provide competent representation to a client. Competent representation requires the legal knowledge, skill, thoroughness and preparation reasonably necessary for the representation*."[28] Aunque del lenguaje de esta disposición no se desprende expresamente la obligación propuesta, el número ocho de la misma sí apoya su existencia. Dicho comentario lee: "*To maintain the requisite knowledge and skill, a lawyer should keep abreast of . . . the benefits and risks associated with relevant technology*. . .".[29] Este comentario, aunque no hace una mención expresa de las redes sociales, incluye explícitamente dentro del deber de competencia de los abogados, la obligación de mantenerse al día con los avances tecnológicos, particularmente con sus riesgos y ventajas. Ya que los medios de comunicación cibernética, como las redes sociales, son indudablemente un avance tecnológico, bajo las Reglas Modelo, el deber de competencia comprende la obligación de los abogados de tener presentes las ventajas y riesgos de las redes sociales en el desempeño de su labor profesional.

En segundo lugar, diversos tribunales estatales de Estados Unidos han amonestado a abogados o resuelto controversias en su contra por no emplear medios cibernéticos para acceder a información pertinente a un litigio donde fungían como representantes legales. Ello demuestra que el deber de competencia y diligencia de los abogados se extiende al mundo virtual.

Por ejemplo, en *Johnson v. McCullough*, durante la etapa de desinsaculación, el abogado de la parte demandada preguntó a los potenciales miembros del jurado si habían sido parte en un litigio previamente.[30] Uno de los miembros del jurado, quien había sido demandado recientemente, ocultó dicha información. Terminado el juicio, el jurado rindió un veredicto a favor del demandado. Posteriormente, el demandante descubrió mediante internet que el miembro del jurado había mentido, por lo cual solicitó un nuevo juicio. El Tribunal de Instancia concedió el nuevo juicio, y los demandados apelaron esa decisión. El Tribunal Supremo de Missouri

---

[28] MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.1 (2016).

[29] *Id*. cmt. [8].

[30] Johnson v. McCullough, 306 S.W.3d 551, 554 (Mo. 2010).

confirmó la decisión del Tribunal de Instancia, en vista de la falta de regulación en el estado en cuanto al momento oportuno para traer ese tipo de información ante la consideración del tribunal.[31] No obstante, adoptó una regla prospectiva a los efectos de que los abogados tenían que revisar el historial de litigación de los potenciales miembros del jurado en una página web del estado que contenía dicha información.[32] Además, de ser relevante la información encontrada, debían poner en conocimiento al tribunal oportunamente.[33]

Otro ejemplo es el caso *Munster v. Groce*.[34] En este, Munster presentó una demanda contra varias personas en el estado de Indiana. Una vez presentada la demanda, intentó emplazar a los demandados en múltiples ocasiones, enviando copia de la demanda y los emplazamientos a determinadas direcciones. No obstante, los emplazamientos fueron devueltos una y otra vez, ya que las direcciones eran erróneas. Finalmente, la demanda fue desestimada por insuficiencia en el emplazamiento. El demandante recurrió de dicha determinación y el Tribunal de Apelaciones de Indiana confirmó la sentencia apelada. El Tribunal Apelativo señaló que el demandante no había ejercido la debida diligencia para conocer el paradero de los demandados.[35] A esos efectos, expresó había realizado una simple búsqueda en internet utilizando el nombre de uno de los demandados y había descubierto una dirección distinta a la que poseía el demandante, así como información de familiares que podían conocer su paradero.[36]

Finalmente, sirve como ejemplo el caso *Weatherly v. Optimum Asset Mgmt., Inc.*[37] Allí, sucedió algo similar a lo acontecido en el caso previamente discutido. Una propiedad inmueble fue vendida como consecuencia del impago de impuestos contributivos. Weatherly, quien poseía un derecho hipotecario sobre dicho inmueble, no fue notificado sobre el proceso de venta. Por esa razón, demandó al adquiriente del inmueble en el estado de Luisiana y solicitó que la venta fuese declarada nula. El demandado se opuso a dicha solicitud. Argumentó que Weatherly no tenía derecho a ser notificado, pues su identidad no podía ser razonablemente conocida.[38] El único dato que constaba en los récords que contenían información sobre las hipotecas, era el nombre de Weatherly.[39] Tras considerar los planteamientos de las partes, el Tribunal de Instancia declaró con lugar la demanda. Señaló que había realizado una búsqueda en internet utilizando el nombre del demandante y que la información

---

[31] *Id*. en la pág. 558.
[32] *Id*. en las págs. 558-59.
[33] *Id*. en la pág. 559.
[34] 829 N.E.2d 52 (Ind. Ct. App. 2005).
[35] *Id*. en la pág. 61.
[36] *Id*. en la pág. 61 n. 3.
[37] 928 So. 2d 118 (La. Ct. App. 2005).
[38] *Id*. en la pág. 121.
[39] *Id*. en la pág. 120.

obtenida de esa búsqueda demostraba que este era razonablemente identificable.[40] El demandado recurrió de esta determinación, pero el Tribunal Apelativo confirmó la sentencia apelada.

En tercer lugar, según los casos previamente mencionados lo ejemplifican, la red cibernética —incluidas las redes sociales— contiene información que podría resultar esencial en la resolución de un pleito. La información contenida en esos medios no solo es de fácil acceso, sino que es abundante. Las redes sociales se utilizan para publicar videos, fotografías, estados de ánimo, entre otras. Además, la mayoría de ellas pueden ser visitadas libres de costo.

Lo anterior nos lleva a la cuarta y última razón por la que debería exigirse que el deber de competencia de los abogados comprenda la utilización de las redes sociales en el desempeño de su profesión (particularmente para fines investigativos). Dicha razón es que esa exigencia no representaría una carga onerosa para los miembros de la profesión legal. Como se dijo anteriormente, las redes sociales son de fácil acceso (puede accederse desde una computadora, una tableta o un teléfono móvil); la mayoría puede accederse libre de costo; y visitarlas y obtener de ellas la información pertinente no conlleva más tiempo que sentarse a investigar el derecho aplicable a un caso.

Podría argumentarse que, a pesar de lo anterior, exigir el empleo de las redes sociales para fines investigativos sería oneroso para aquellos que no están familiarizados con el uso de dichos medios de comunicación. Si bien es cierto que, en esas circunstancias, cumplir con la exigencia sería más difícil de lo que sería cumplirla ausente dicha limitación, ello no conduce automáticamente a la conclusión de que la exigencia sería demasiado onerosa. La realidad es que la labor que realiza un abogado al asumir la representación legal de un cliente es muy delicada, pues los intereses y derechos de esa persona están en sus manos. Sería injusto que dichos derechos e intereses no prevalecieran porque el abogado omitió realizar una simple búsqueda en una red social, la cual hubiese descubierto información pertinente a la causa de acción del cliente. Por tanto, en el balance de intereses, el derecho que tiene todo cliente a que sus intereses sean defendidos eficientemente debe triunfar sobre la dificultad que pudiese conllevar a un abogado adaptarse a las realidades tecnológicas del siglo XXI. Lo anterior es consistente con el Comentario número ocho de la Regla Modelo 1.1, que señala que el deber de competencia de los abogados les exige mantenerse al día con las ventajas y riesgos que presentan los avances tecnológicos.[41]

Tras definir por qué el deber de competencia debe exigir a los abogados considerar y utilizar las redes sociales en el desempeño de sus labores, pasaremos a delimitar qué deberes supone tal exigencia.

---

[40] *Id*. en la pág. 121.

[41] MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.1 cmt. [8] (2016).

ii. Alcance del deber de competencia en el contexto del uso de las redes sociales

1. Investigación de miembros o potenciales miembros del jurado a través de las redes sociales

El internet ha aumentado la posibilidad de que los miembros o potenciales miembros del jurado incurran en conducta impropia.[42] Esto es así, ya que las personas que componen el jurado en ocasiones utilizan el internet —el cual está fácilmente accesible— para: 1) realizar su propia investigación extrajudicial sobre el caso; 2) realizar expresiones sobre el litigio en las redes sociales[43] o 3) comunicarse extrajudicialmente con las partes o los testigos en un pleito.[44] Dichas conductas por parte de los jurados son problemáticas y pueden desembocar en un *mistrial*.[45] Lo anterior se debe a que, al incurrir en las conductas antes descritas, los miembros del jurado se enfrentan a la posibilidad de advenir en contacto con información extrajudicial que puede minar su imparcialidad o influenciar la decisión que tomen respecto al resultado de un litigio. Varios casos resultan ilustrativos de las conductas que llevan a cabo los miembros del jurado a través de los medios cibernéticos de comunicación y las consecuencias que estas pueden tener en el desenlace de un pleito.

Por ejemplo, en *Russo v. Takata Corp.*, el Tribunal Supremo de South Dakota confirmó la determinación del tribunal inferior de ordenar la celebración de un nuevo juicio. [46] La orden fue dictada a solicitud de la parte demandante, luego de que se descubriera que uno de los miembros del jurado había buscado información sobre el demandado en internet y la había compartido con otros miembros del jurado durante la etapa de deliberación. El Tribunal de Instancia resolvió que al menos seis miembros del jurado habían estado en contacto con información extrínseca que contradecía la evidencia presentada en el juicio, y que pudo haber prejuiciado al jurado en su veredicto. El Tribunal Supremo de South Dakota confirmó ese dictamen.

De manera similar, en *People v. Jamison*, el acusado solicitó al Tribunal Supremo de New York que dejara sin efecto el veredicto del jurado, ya que uno de sus miembros, entre otras cosas, había buscado en Google información sobre el abogado de defensa.[47] La moción fue denegada, puesto que el acusado no logró

---

[42] Association of the Bar of the City of New York Committee on Professional and Judicial Ethics, Op. Formal 2012-2 I (2012) (discute el uso de las redes sociales por parte de los abogados para investigar a los miembros del jurado).

[43] *Id*.

[44] United States v. Fumo, 655 F.3d 288, 332 (3er Cir. 2011) (Nygaard, J., opinión concurrente y disidente).

[45] Association of the Bar of the City of New York Committee on Professional and Judicial Ethics, *supra* nota 42.

[46] Russo v. Takata Corp., 2009 S.D. 83 (S.D. 2009).

[47] People v. Jamison, 899 N.Y.S.2d 62 (N.Y. 2009).

probar que esa conducta le causó perjuicio. No obstante, el Tribunal reconoció la proliferación de las redes sociales y la adopción, en esa jurisdicción, de instrucciones al jurado dirigidas específicamente al uso del internet y las redes sociales.

Resulta también ejemplarizante lo sucedido en *Dimas-Martinez v. State*, un pleito penal en el estado de Arkansas.[48] En ese caso, antes de comenzar el juicio, el juez instruyó a los miembros del jurado a los efectos de que no podían publicar nada relacionado con el caso en la red social Twitter. El jurado número 2 actuó en contra de lo instruido y, durante el juicio, publicó en su perfil de Twitter un mensaje relacionado con el procedimiento criminal. También realizó publicaciones de la misma naturaleza durante la etapa de deliberación. El acusado resultó convicto y solicitó que se decretara un *mistrial*, debido a —entre otras cosas— la conducta impropia del jurado número 2. El Tribunal de Circuito denegó la solicitud. En apelación, el Tribunal Supremo de Arkansas revocó la determinación del foro inferior y ordenó la celebración de un nuevo juicio. Resolvió que las actuaciones impropias del jurado número 2 —así como aquellas de otro miembro del jurado que se durmió durante parte del juicio— violentaron el derecho del acusado a un juicio justo. Como parte de los fundamentos para su determinación, el máximo foro estatal citó el caso *United States v. Fumo*.[49]

Allí, ocurrieron hechos muy similares a los del caso anterior. El jurado rindió un veredicto de culpabilidad contra el acusado y este solicitó la celebración de un nuevo juicio. Basó su solicitud en la conducta impropia de uno de los miembros del jurado, quien durante el juicio publicó comentarios sobre el caso en Facebook y Twitter. La Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Tercer Circuito confirmó la determinación del Tribunal de Distrito de denegar la solicitud. Entendió que la conducta del miembro del jurado no le había causado perjuicio al acusado. No obstante, reconoció que el riesgo de que un miembro del jurado sostenga comunicaciones extrajudiciales que resulten perjudiciales a los intereses de las partes en un pleito, puede ser mayor cuando un jurado comenta sobre el caso en un blog o una red social que cuando lo hace en persona.[50] Aunque ambos supuestos encierran la posibilidad de que el miembro del jurado obtenga respuestas que incluyan información extrínseca sobre el caso o intentos de persuadirlo o influenciarlo, la cantidad significativamente mayor de personas que pueden ver y responder al comentario del jurado a través de blogs o redes sociales, aumenta esa posibilidad.[51]

Finalmente, se puede ejemplificar el tipo de conducta impropia que llevan a cabo los miembros del jurado a través de las redes sociales, mediante lo acontecido

---

[48] Dimas-Martinez v. State, 385 S.W.3d 238 (Ark. 2011).

[49] 655 F.3d 288 (3er Cir. 2011).

[50] *Id*. en la pág. 305.

[51] *Id*.

en *State v. Smith*.[52] En este caso, un miembro del jurado utilizó Facebook para comunicarse con un testigo durante el juicio. Luego de que recayera un veredicto de culpabilidad, el acusado solicitó la celebración de un nuevo juicio, basándose en ese hecho. El Tribunal de Instancia denegó la solicitud, sin antes celebrar una vista para dilucidar la naturaleza y el alcance de las comunicaciones habidas entre el testigo y el miembro del jurado. El asunto llegó en apelación hasta el Tribunal Supremo de Tennessee, el cual revocó la determinación del Tribunal de Instancia. El más alto foro estatal ordenó la celebración de una vista para determinar si la conducta del miembro del jurado había perjudicado los derechos del acusado. Al fundamentar su determinación, el Tribunal se mostró consciente de que las nuevas tecnologías de comunicación han aumentado el riesgo de que los jurados investiguen los hechos de un caso por su cuenta y que se comuniquen extrajudicialmente con terceras personas acerca del caso.[53]

Ahora bien, al igual que el internet y las redes sociales han facilitado la conducta impropia por parte de los miembros y potenciales miembros del jurado, también han facilitado —aunque no en todos los supuestos— la capacidad de los abogados para descubrirla, identificarla y denunciarla.[54]

A modo de ejemplo, en *Commonwealth v. Werner*, luego de que la acusada fue hallada culpable, el abogado de defensa visitó las porciones públicas de los perfiles de Facebook de dos de las personas que habían conformado el jurado.[55] Esta visita le permitió descubrir diversas publicaciones y comentarios hechos por ambas durante y después del juicio, en relación con el servicio que habían prestado en el caso. La búsqueda también reveló que esas publicaciones habían recibido múltiples respuestas de otros usuarios de Facebook. Incluso, una de esas respuestas fue de parte de otro miembro del jurado. Esa información, de rápido y fácil acceso, sirvió para fundamentar una moción de nuevo juicio. Aunque esta fue denegada, dio paso a la celebración de un vista evidenciaria en la cual se dilucidó si los miembros del jurado habían estado expuestos a influencias externas que hubiesen podido afectar su veredicto. En otras palabras, la información obtenida a través de Facebook, permitió al representante legal del acusado abogar efectivamente por el derecho de su cliente a un juicio justo e imparcial.

Igualmente ocurrió en *Sluss v. Commonwealth*, donde una investigación de los perfiles de Facebook de dos miembros del jurado reveló que estos aparentemente habían mentido durante la etapa de desinsaculación.[56] Uno de ellos guardó silencio

---

[52] 418 S.W.3d 38 (Tenn. 2013).

[53] *Id*. en la pág. 47.

[54] Association of the Bar of the City of New York Committee on Professional and Judicial Ethics, *supra* nota 42, en la parte I.

[55] Commonwealth v. Werner, 967 N.E.2d 159, 161 (Mass. App. Ct. 2012).

[56] Sluss v. Commonwealth, 381 S.W.3d 215 (Ky. 2012).

al preguntársele si conocía a la víctima o a su familia y negó conocer algo sobre el caso. El otro, además de lo anterior, contestó que no era usuario de las redes sociales Facebook o Topix, tras haber sido inquirido al respecto. No obstante, ambos alegadamente eran "amigos" de la madre de la víctima en Facebook. Esta última publicaba cosas relacionadas con la muerte de su hija en su perfil virtual. El Tribunal Supremo de Kentucky, tras reconocer que los hechos alegados podían dar base a la celebración de un nuevo juicio, ordenó la celebración de una vista evidenciaria. En esta debía dilucidarse: 1) la veracidad de las alegaciones y 2) el alcance y naturaleza de la relación entre los dos miembros del jurado y la madre de la víctima.[57]

Según los dos casos previamente discutidos ejemplifican, las redes sociales han aumentado y facilitado la capacidad de los abogados y las abogadas de identificar y denunciar ciertas conductas impropias de los miembros o potenciales miembros del jurado. Lo anterior crea la obligación de los togados y las togadas de efectivamente realizar dichas acciones, pues su deber de competencia y diligencia se lo exige.

Como se había mencionado anteriormente, el Canon 18 del Código de Ética Profesional exige a los miembros de la profesión legal, entre otras cosas, "defender los intereses del cliente diligentemente".[58] Para un cliente que es acusado en un caso penal, uno de sus intereses es que, de ser juzgado por un jurado, el mismo se componga de miembros competentes para desempeñar su tarea. Además, que una vez se seleccione ese grupo de personas competentes para desempeñar su tarea, el mismo la realice conforme a su deber, durante todo el proceso. Por ello, si un miembro del jurado miente en la etapa de desinsaculación o incurre en una conducta impropia durante el juicio, y ello es fácilmente constatable mediante el empleo de medios cibernéticos, el deber de competencia le exige al abogado realizar dicha constatación mediante la investigación correspondiente. El abogado faltaría a sus obligaciones éticas si no lo hace. Lo anterior es consistente con el Comentario número ocho de la Regla 1.1 de las Reglas Modelo, mencionado previamente, que dice que el deber de competencia exige a todo abogado mantenerse al día con los riesgos y ventajas asociados a los avances tecnológicos.[59]

Finalmente, el siguiente extracto de un artículo de revista jurídica sirve de apoyo al argumento presentado, ya que pone de relieve las diversas ventajas que supone la investigación de miembros y potenciales miembros del jurado en relación con los intereses del cliente:

> *Attorneys can . . . reduce the risk of juror misconduct by searching for communication by jurors on social networks before, during, and after*

---

[57] *Id*. en la pág. 229.

[58] CÓD. ÉTIC. PROF., 4 LPRA Ap. IX, C. 18 (2012).

[59] MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.1 cmt. [8] (2016).

> voir dire. *Trial attorneys can help by asking jurors during* voir dire *about whether they have a Facebook profile so that an attorney may monitor those profiles during trial. In addition to spotting juror misconduct, attorneys can use social network sites open to public viewing to obtain information about potential jurors, like political views, truthfulness in answering the juror questionnaire, and may even use such information to tailor arguments to juror interests and social views.*[60]

2. Utilización de las redes sociales como mecanismo informal de descubrimiento de prueba

La proliferación de las redes sociales ha aumentado su uso como fuente de investigación. Debido a la cantidad y variedad de información que se puede encontrar en las redes sociales, resulta lógico que las mismas contengan publicaciones, fotos, videos, etc. que puedan ser determinantes para la resolución de un pleito. "[E] l deber de competencia de un abogado le exige que persiga todas las fuentes de evidencia que puedan ser necesarias para establecer y preparar completamente la reclamación o defensa de su cliente".[61] Por ello, si la información contenida en las redes sociales pudiese resultar necesaria para establecer o preparar la defensa o reclamación de un cliente, su abogado debe tener la obligación de recurrir a esa fuente de información. A modo de ejemplo, podría darse el caso que una alegación de infidelidad matrimonial encuentre apoyo en las publicaciones en una red social; o que un caso de derechos de autor encuentre apoyo en las publicaciones de un video pirata en YouTube.[62]

Aunque esos ejemplos son hipotéticos, existen casos con circunstancias similares que ejemplifican la relevancia de las redes sociales como fuente de investigación y de descubrimiento de prueba. Uno de ellos es *Romano v. Steelcase Inc.*[63] En ese caso, la demandante presentó una acción de daños y perjuicios en el estado de New York en la que alegó, entre otras cosas, que el demandado le había causado daños físicos, los cuales habían resultado en su pérdida del disfrute de la vida.[64] No obstante, al revisar las porciones públicas de los perfiles de la demandante en MySpace y Facebook, el abogado del demando encontró información que demostraba que esta tenía una vida sumamente activa: había viajado a Florida y Pennsylvania durante el periodo en que alegaba haber estado privada del disfrute de la vida; y aparecía

---

[60] Kathleen Elliott Vinson**,** *The Blurred Boundaries of Social Networking in the Legal Field: Just "Face" it*, 41 U. MEM. L. REV. 355, 404 (2010).

[61] Comisky & Taylor, *supra* nota 17, en la pág. 302 (traducción suplida).

[62] Colorado Bar Association Ethics Committee, Op. Formal 127 (2015).

[63] 907 N.Y.S.2d 650 (N.Y. Sup. Ct. 2010).

[64] *Id*. en la pág. 651.

sonriente en una fotografía tomada fuera de su casa, cuando alegaba que el daño que sufrió la había obligado a estar confinada a su casa y su cama.[65] Ello no solo proveyó al abogado del demandado con información pertinente para establecer la defensa de su cliente, sino que le sirvió de fundamento para solicitar y lograr que el tribunal ordenara el descubrimiento de las porciones privadas de los perfiles virtuales de la demandante.[66]

De manera similar, en *McMillen v. Hummingbird Speedway, Inc.*, el demandante presentó una acción de daños y perjuicios en el estado de Pennsylvania, en la que alegó una multiplicidad de daños, tanto físicos como emocionales.[67] Entre ellos se encontraban: la pérdida de salud, fuerza y vitalidad; y la incapacidad de disfrutar ciertos placeres de la vida.[68] No obstante, al visitar las porciones públicas del perfil de Facebook del demandante, los demandados encontraron comentarios de este sobre un viaje de pesca que había realizado y sobre su asistencia a una carrera de autos en Florida.[69] Al igual que en el caso previamente discutido, ello le sirvió de base para establecer una defensa y para obtener una orden judicial a los efectos de que se descubrieran las porciones privadas del perfil en cuestión.[70]

Ambos casos ejemplifican el tipo de información contenida en las redes sociales y lo relevante que dicha información puede resultar para sustentar una defensa o causa de acción de un cliente. Si la información descubierta en esos casos no se hubiese obtenido, el resultado de los mismos pudiese haber sido otro. Ello, no solo porque los demandados no hubiesen contado con información valiosa para establecer su defensa –la cual además era de fácil acceso y totalmente libre de costo–, sino también porque sin ello no hubiesen podido obtener una orden judicial para descubrir las porciones privadas de los perfiles de los demandantes; perfiles que muy probablemente contenían más información favorable a su caso.

¿Por qué no hubiesen podido obtener la referida orden judicial? Tanto en esos casos, como en otros que se discuten a continuación, los tribunales exigieron a los solicitantes que establecieran la razonabilidad de exigir el descubrimiento de las porciones privadas de los perfiles de los demandantes. ¿Cómo podían establecer esa razonabilidad? Demostrando que, a base de la información contenida en las porciones públicas de los perfiles, había razones para creer que las porciones privadas contenían más información que contradecía las alegaciones de la parte contraria. Así, por ejemplo, en *Tapp v New York State Urban Dev. Corp.*, el Tribunal Supremo de New York denegó una solicitud presentada por el demandante para obligar al

---

[65] *Id*. en las págs. 653-54.

[66] *Id*. en la pág. 654.

[67] McMillen v. Hummingbird Speedway, Inc., 2010 Pa. D. & C. 270.

[68] *Id*.

[69] *Id*. en las págs. 1-2.

[70] *Id*. en la pág. 13.

demandado a descubrir la información contenida en su perfil de Facebook.[71] Al denegar la solicitud, el Tribunal señaló:

> [*The*] *plaintiff's mere possession and utilization of a Facebook account is an insufficient basis to compel plaintiff to provide access to the account. . . . To warrant discovery, defendants must establish a factual predicate for their request by identifying relevant information in plaintiff's Facebook account —that is, information that contradicts or conflicts with plaintiff's alleged restrictions, disabilities, and losses, and other claims*.[72]

El Tribunal rechazó el argumento de los demandados de que su solicitud se justificaba por el hecho de que el perfil del demandante tal vez contenía información que contradecía sus alegaciones.[73] Además, añadió que lo que los demandados solicitaban realmente era autorización del tribunal para realizar una expedición de pesca.[74] A igual conclusión llegó el Tribunal Supremo de New York en *McCann v. Harleysville Ins. Co. of N.Y.*, donde la parte demandada hizo la misma solicitud que los demandados en el caso anterior.[75] Allí, el Tribunal señaló: "*Although defendant specified the type of evidence sought, it failed to establish a factual predicate with respect to the relevancy of the evidence. Indeed, defendant essentially sought permission to conduct 'a fishing expedition' into plaintiff's Facebook account based on the mere hope of finding relevant evidence*."[76] Tribunales de otras jurisdicciones han hecho expresiones similares ante solicitudes de descubrimiento de las porciones privadas de un perfil virtual.[77]

---

[71] Tapp v New York State Urban Dev. Corp., 102 A.D.3d 620 (N.Y. 2013).

[72] *Id*. en las págs. 620-21 (comillas omitidas).

[73] *Id*. en la pág. 621.

[74] *Id*.

[75] McCann v. Harleysville Ins. Co. of N.Y., 910 N.Y.S. 2d 614, 615 (2010).

[76] *Id*. (citas omitidas).

[77] *Véase* Tucker v. Momentive Performance, 2016 W. Va. 187413, 23-24. ("*In the present case, . . . Plaintiffs' social media content could be discoverable. However, Defendant's failure to provide any specific reasons for believing the information sought in interrogatory number 14 would produce relevant information makes the current discovery request a fishing expedition"*.) (comillas omitidas); El Tribunal ilustró lo siguiente:

> *The Defendant lacks any evidentiary showing that Plaintiff's public Facebook profile contains information that will reasonably lead to the discovery of admissible evidence . . . Thus, the Court concludes that Defendant has not made the requisite showing for full access to Plaintiff's private Facebook or other social media pages.*

Potts v. Dollar Tree Stores, Inc., 2013 Tenn. 38795, 7-8.

Tompkins v. Detroit Metro. Airport, 278 F.R.D. 387, 389 (2012) ("*[B]ased on what has been provided to this Court, Defendant has not made a sufficient predicate showing that the material it seeks is reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence"*.).

Aunque el Tribunal Supremo de Puerto Rico no ha hecho pronunciamientos similares en el contexto del descubrimiento de información electrónica, los casos previamente discutidos demuestran que hay una tendencia en relación con el estándar que se exige en esos casos. Dicha tendencia es requerir que la parte que solicite el descubrimiento de las porciones privadas de un perfil demuestre que, a base de la información disponible en las porciones públicas del perfil —la cual contradice las alegaciones o defensas de la parte contraria— hay razones para creer que el acceso a las porciones privadas llevará al descubrimiento de prueba admisible en el juicio. Ese estándar es el que con toda probabilidad adoptará el Tribunal Supremo si se le plantea la interrogante. Por tanto, ya que el material contenido en las redes sociales puede ser determinante para la resolución de un pleito y las porciones privadas de un perfil virtual solo están sujetas a descubrimiento si se cumple con el estándar antes señalado, "*the failure of a lawyer to look for social media evidence in a reasonable manner could support a legal malpractice claim*."[78]

Por todo lo anterior, para cumplir su deber de competencia, todo abogado tiene la obligación de visitar los perfiles virtuales de las partes interesadas en el pleito en busca de información que apoye la reclamación o defensa de su cliente.[79]

B. Comunicaciones ex parte

En la sección precedente, se estableció la obligación ética de los abogados de considerar y utilizar las redes sociales en el desempeño de sus labores profesionales. Ello, como componente del deber de competencia y diligencia que tiene todo abogado o abogada. En esta segunda parte, se establecen los límites y alcance de dicha obligación, a la luz de las reglas de conducta profesional que prohíben o limitan las comunicaciones ex parte de un abogado con otras personas involucradas en un pleito. Para una mejor comprensión de esas limitaciones, se discuten de manera separada las comunicaciones con: 1) miembros o potenciales miembros del jurado, 2) personas que no tienen representación legal, 3) personas que tienen representación legal y 4) juez o jueces que presiden el caso.

---

[78] Thomas Roe Frazer II, *Social Media: From Discovery to Marketing--A Primer for Lawyers*, 36 AM. J. TRIAL ADVOC. 539, 556 (2013).

[79] Cabe destacar que si un abogado pretender presentar como evidencia algún documento (físico o electrónico) obtenido a través de su investigación en las redes sociales, debe anticipar el método que va a utilizar para autenticarlo. Esto resulta necesario para evitar incurrir en una violación al Canon 22 del Código de Ética Profesional, el cual prohíbe, como regla general, que un abogado testifique en beneficio o apoyo de su cliente. CÓD. ÉTIC. PROF., 4 LPRA Ap. IX, C. 22 (2012). En otras palabras, el abogado o la abogada debe prever si su testimonio resultará indispensable para autenticar el documento que pretende presentar en evidencia. De ser así, debe identificar las alternativas que tiene disponible para evitar que ello ocurra.

i. Comunicaciones ex parte con los miembros y potenciales miembros del jurado

El Canon 16 del Código de Ética Profesional [en adelante *Canon 16*] dispone que un abogado no debe "comunicarse en forma alguna con los jurados acerca de casos en los cuales esté interesado y, ya en la etapa de la celebración del juicio, debe evitar comunicarse privadamente con ellos, aunque sea sobre asuntos extraños al caso excepto con el permiso del tribunal".[80] Tampoco "debe comunicarse con un jurado o con familiares de [e]ste después del juicio sobre materias relacionadas con el caso excepto únicamente para investigar si existe alguna razón legal para impugnar el veredicto, y ello con el permiso previo del tribunal".[81]

Por tanto, aunque un abogado tiene la obligación de investigar la conducta de los miembros y potenciales miembros del jurado en las redes sociales, debe hacerlo de manera consistente con el Canon 16: sin comunicarse de forma alguna con los miembros o potenciales miembros del jurado. Ahora, ¿qué tipo de conducta investigativa constituiría una comunicación en el contexto de las redes sociales? Múltiples opiniones, emitidas por comités de conducta profesional estatales, así como por el *Standing Committee on Ethics and Proffesional Responsibility de la ABA*, han abordado el asunto. Aunque en términos generales las opiniones coinciden en varios aspectos, existen ciertas e importantes discrepancias.

En primer lugar, existe un consenso general de que "la tecnología, configuraciones de privacidad y mecánica de cada servicio" son factores que influyen en la determinación de si un método de investigación empleado constituye o no una comunicación prohibida por las reglas de conducta profesional.[82] De conformidad con lo anterior, en la Opinión Formal 466 de la ABA, el *Standing Committe on Ethics and Professional Responsibility* identificó y discutió tres niveles de investigación de un miembro o potencial miembro del jurado en internet: 1) revisión pasiva de la red social o página web de un jurado que está disponible sin necesidad de solicitar acceso y que puede ser visitada sin que el jurado advenga en conocimiento de ello; 2) revisión activa en la que el abogado solicita acceso a la red social del jurado, y 3) revisión pasiva en la que el jurado adviene en conocimiento de la visita y de la identidad de quien la hizo.[83]

En cuanto al primer nivel de investigación, el Comité concluyó que el mismo no viola la prohibición de comunicaciones ex parte con un miembro o potencial miembro del jurado.[84] Razonó que ese tipo de conducta se compara con conducir

---

[80] CÓD. ÉTIC. PROF., 4 LPRA Ap. IX, C. 16 (2012).

[81] *Id*.

[82] Association of the Bar of the City of New York Committee on Professional and Judicial Ethics, *supra* nota 42, en la parte IIB (traducción suplida).

[83] ABA Comm. on Ethics & Prof'l Responsibility, Op. Formal 466, 2 (2014).

[84] *Id*.

por la calle donde vive el miembro del jurado para observar los alrededores y obtener información disponible públicamente; y ya que el mero acto de observar aquello que está disponible al público no constituye una comunicación en el contexto de comunicaciones con un jurado, observar las porciones públicas de un perfil virtual es éticamente permisible.[85] Los comités de conducta profesional de la ciudad de New York, el *New York County Lawyers' Association* y Colorado han llegado a la misma conclusión en relación con este tipo de conducta.[86]

En cuanto al segundo nivel de revisión, el Comité asumió la posición de que una solicitud de acceso es una comunicación ex parte con el jurado y, por tanto, está prohibida.[87] El Comité entendió que este tipo de actuación se compara con conducir por el lugar donde vive un jurado, detenerse, bajarse del auto y preguntarle al jurado si puede observar el interior de su casa, ya que no pudo ver suficientemente bien desde su vehículo.[88] Por consiguiente, un abogado no puede solicitar acceso a las porciones privadas de un perfil de un jurado en una red social, pues ello constituiría una comunicación ex parte prohibida.[89] Dicha conclusión ha sido adoptada igualmente por diversos comités de conducta.[90]

Finalmente, en cuanto al tercer nivel de investigación, el Comité concluyó que aunque una notificación a los efectos de que un perfil ha sido visitado y por quién ha sido visitado constituye una comunicación, el emisor de la misma es la red social y no el abogado.[91] El Comité razonó que el envío de esa notificación por parte del servidor de la red social es una conducta análoga a que el vecino de un jurado le comunique a este que vio al abogado conducir frente a su casa.[92] Por tanto, según el análisis del Comité, visitar las porciones públicas del perfil virtual de un miembro o potencial miembro del jurado, aun cuando este advenga en conocimiento de la visita, es una conducta éticamente permisible. Esta conclusión no es compartida por todos los comités de conducta, por lo que las opiniones en cuanto a este aspecto están divididas.

Una de las opiniones que no comparte la conclusión del Comité de Conducta Profesional de la ABA es la Opinión Formal 2012-2 del *Association of the Bar of*

---

[85] *Id*. en la pág. 4.

[86] *Véase* Association of the Bar of the City of New York Committee on Professional and Judicial Ethics, *supra* nota 42; NYCLA Comm. on Prof'l Ethics, Op. Formal 743 (2011); Colorado Bar Association Ethics Committee, *supra* nota 62.

[87] ABA Comm. on Ethics & Prof'l Responsibility, *supra* nota 83.

[88] *Id*. en la pág. 4.

[89] *Id*.

[90] *Véase* Association of the Bar of the City of New York Committee on Professional and Judicial Ethics, *supra* nota 42; NYCLA Comm. on Prof'l Ethics, *supra* nota 86; Colorado Bar Association Ethics Committee, *supra* nota 62.

[91] ABA Comm. on Ethics & Prof'l Responsibility, *supra* nota 83, en la pág. 5.

[92] *Id*.

the City of New York Committee on Professional and Judicial Ethics [en adelante *Comité de New York*].[93] Allí, el Comité de New York comenzó su análisis con la definición del término "comunicación". A base de la definición de "comunicación" del *Black's Law Dictionary* y otros diccionarios, concluyó que la intención del emisor de transmitir un mensaje es irrelevante; lo importante es el efecto que tiene en el receptor. Añadió que lo que define una comunicación es la transmisión e intercambio de información o ideas de una persona a otra. Por último, expresó que:

> *In the realm of social media, this focus on the transmission of information or knowledge is critical. A request or notification transmitted through a social media service may constitute a communication even if it is technically generated by the service rather than the attorney, is not accepted, is ignored, or consists of nothing more than an automated message of which the "sender" was unaware. In each case, at a minimum, the researcher imparted to the person being researched the knowledge that he or she is being investigated*.[94]

Basado en lo anterior, el Comité de New York concluyó que el envío de una notificación que ponga sobre aviso a un miembro o potencial miembro del jurado de que su perfil fue visitado por el abogado —incluso si el abogado no solicita el envío de esa notificación o no está consciente de que esta se va a producir— constituye una comunicación que puede ser atribuible al abogado.[95] Esto es así, incluso si la misma fue técnicamente generada por el servidor de la red social. Por tanto, el Comité de New York resolvió que si el método de investigación a ser empleado por el abogado pone sobre aviso al miembro o potencial miembro del jurado a los efectos de que es investigado, dicho método es éticamente impermisible.[96]

No obstante, aclaró que su opinión se extendía únicamente a los supuestos en que, al visitar un perfil, el abogado estuviese consciente de que el jurado sería notificado de su visita. Por consiguiente, el Comité se abstuvo de asumir una postura sobre aquellos casos en que el abogado visitase un perfil sin estar consciente de que se produciría una notificación. En cuanto a estos supuestos, el Comité de New York se limitó a decir que estos podrían constituir una conducta éticamente impermisible. Aun así, expresó: "*The transmission of the information that the attorney viewed the juror's page. . . raises the specter of the improper influence and/or intimidation that the Rules [of Profesional Conduct] are intended to prevent"*.[97]

---

[93] Association of the Bar of the City of New York Committee on Professional and Judicial Ethics, *supra* nota 42.

[94] *Id.* en la parte IIB2.

[95] *Id*. en la parte IIB3.

[96] *Id*. en la parte I.

[97] *Id*. en la pág. IIB3.

El *New York County Lawyers' Association Committee on Professional Ethics* [en adelante *Comité de la NYCLA*], llegó a una conclusión similar.[98] En su Opinión Formal 743, el Comité de la NYCLA razonó que en aquellas circunstancias en que un miembro del jurado pueda advenir en conocimiento de la visita a su perfil por parte un abogado, ese contacto podría constituir una comunicación impermisible, ya que puede tender a influenciar al miembro del jurado en cuanto al caso.[99] Por tanto, cualquier acto del abogado que transmita al jurado el hecho de que es investigado, está éticamente prohibido.[100] A diferencia del Comité de New York, el Comité de la NYCLA no hizo distinción entre aquellos supuestos en que el abogado conocía que el miembro del jurado sería notificado de su visita y aquellos en que el abogado ignoraba que esa notificación se produciría.

¿Cuál argumento debe prevalecer en nuestro ordenamiento? Nos parece persuasivo el argumento de que la notificación que recibe un usuario a los fines de que su perfil fue visitado y por quién constituye una comunicación entre el visitante y el usuario visitado, que puede ser atribuible al primero. Esto es así, ya que es la acción del visitante la que produce que se envíe dicha notificación. Además, el efecto que produce la visita del abogado es de igual naturaleza al que se produce cuando este solicita acceso a las porciones privadas de un perfil virtual: el jurado adviene en conocimiento de que está siendo investigado.

Así, en ambos supuestos, el abogado realiza una acción que acarrea el riesgo de que el miembro del jurado investigado incurra en conducta impropia o sea objeto de influencias externas. Esto responde a que, en la medida en que el jurado conozca que está siendo investigado por el representante legal de una parte, se sentirá tentado de hacer lo mismo con la persona que lo investiga.[101] Por lo tanto, podría llevarlo a hacer búsquedas o investigaciones que lo pongan en contacto con información extrajudicial sobre el abogado o el caso.[102] Esta información, a su vez, podría influenciar indebidamente la determinación que el miembro del jurado tome en relación con el desenlace del litigio. Incluso si la persona que compone el jurado no reconoce al visitante como uno de los abogados en el pleito, su reacción será investigar quién ha visitado su perfil. Así las cosas, en cualquiera de los dos escenarios, el resultado será el mismo.

En consecuencia, el propósito de prohibir las comunicaciones ex parte con miembros del jurado —evitar que los abogados ejerzan influencias o intimidación indebida sobre el jurado— quedaría frustrado si estos advinieran en conocimiento de que están siendo investigados. Ello, independientemente de si el abogado o la

---

[98] NYCLA Comm. on Prof'l Ethics, *supra* nota 86, en la pág. 3.

[99] *Id*. en la pág. 3.

[100] *Id*. en la pág. 4.

[101] Oracle Am., Inc. v. Google Inc., 172 F. Supp. 3d 1100, 1102 (N.D. Cal. 2016).

[102] *Id*.

abogada estaban conscientes o no de que su investigación produciría ese resultado. No obstante, esta conclusión no pone fin al análisis.

Como se mencionó anteriormente, el Canon 16 prohíbe a los abogados comunicarse con los miembros del jurado *acerca del caso*, *antes* y *después* de la celebración del juicio.[103] Además, prohíbe a los abogados comunicarse con los miembros del jurado *sobre cualquier asunto*, *durante el juicio*.[104] Si interpretáramos esta disposición literalmente, tendríamos que concluir que el tercer nivel de investigación estará prohibido o permitido dependiendo de la etapa en que se encuentre el caso. Si el caso se encuentra en la etapa de desinsaculación o en una etapa previa al juicio, el abogado podrá hacer uso del tercer nivel de investigación. Lo anterior se debe a que, aunque su uso producirá una comunicación entre el abogado y el potencial miembro del jurado, la misma no será realmente acerca del caso. Por el contrario, una vez comience la etapa de juicio, el abogado estará impedido de recurrir al tercer nivel de investigación para monitorear la conducta del jurado. Ello, pues el empleo de ese método de investigación producirá una comunicación entre el jurado y él, la cual siempre está prohíba en esa etapa del proceso, sin importar el asunto de que trate.

No obstante, si consideráramos el propósito que encierra el Canon 16 —evitar que se ejerza influencia impropia sobre los miembros del jurado— y los peligros que acarrea el tercer método de investigación, la conclusión tendría que ser distinta. Lo anterior se debe a que el peligro de que se ejerza influencia indebida a través de una visita a un perfil sobre la cual el jurado adviene en conocimiento, es el mismo en cualquier etapa de los procedimientos judiciales.[105] Por tal razón, entendemos que un abogado no debe investigar a un jurado mediante la visita pasiva a su perfil virtual cuando ello pone sobre aviso al jurado del hecho de la visita, a menos que el letrado obtenga previamente una orden judicial a esos efectos.

ii. Comunicaciones ex parte con personas sin representación legal

El Canon 28 del Código de Conducta Profesional [en adelante *Canon 28*], titulado "Comunicaciones con la parte contraria" dispone que un abogado "debe abstenerse de aconsejar o incurrir en conducta que pueda inducir a error a una parte que no esté a su vez presentada por abogado".[106] De conformidad con esta regla de conducta, las comunicaciones ex parte con una persona que no cuenta

---

[103] CÓD. ÉTIC. PROF., 4 LPRA Ap. IX, C. 16 (2012).

[104] *Id.*

[105] *Véase* MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.1 (2016) (prohíbe toda comunicación entre un abogado y un miembro del jurado, sin establecer distinciones en relación con el asunto o el momento en que se produce dicha la comunicación).

[106] CÓD. ÉTIC. PROF., 4 LPRA Ap. IX, C. 28 (2012).

con representación legal no están terminantemente prohibidas, pero un abogado no puede aconsejar o inducir a error a tales personas con su conducta. A la luz del lenguaje de esta disposición, surge la interrogante acerca del alcance de esta prohibición en cuanto a la investigación a través de las redes sociales de una persona no representada legalmente.

En la Opinión 2010-2 emitida por el *Association of the Bar of the City of New York Committee on Professional and Judicial Ethics*, se abordó la interrogante sobre si un abogado podía solicitar acceso a una página web de una persona sin representación legal en un caso. [107] Esto, con el fin de obtener información a ser utilizada en el litigio. Tras analizar las normas de conducta aplicables, el Comité concluyó que un abogado o abogada puede solicitar acceso a las porciones privadas de un perfil virtual de una persona no representada legalmente siempre que el abogado o abogada utilice su nombre y perfil real, sin necesidad de informar las razones para hacer dicha solicitud.[108] No obstante, el abogado o abogada no puede utilizar trucos, medios engañosos o falsas pretensiones para obtener tal acceso, como por ejemplo crear un perfil con información falsa para aumentar las posibilidades de que la solicitud sea aceptada.

Posteriormente, el *Massachusetts Bar Association Ethics Committee* emitió una opinión en la que abordó la misma interrogante.[109] Aunque llegó a la misma determinación en cuanto a que un abogado puede solicitar acceso a las porciones privadas del perfil virtual de una persona que no tiene representación legal, adoptó una conclusión distinta en cuanto al modo de hacerlo.[110] El Comité concluyó que el abogado o abogada debe incluir un mensaje en la solicitud de acceso en la que revele su identidad (quién es para fines de un asunto legal y con qué fines solicita el acceso).[111] Señaló que ello era necesario para evitar las posibilidades de engaño o falta de representación por parte del abogado.[112] Basó su conclusión, en parte, en la Regla 4.3(a) de las de Conducta Profesional de Massachusetts, la cual disponía que un abogado, al relacionarse con una persona sin representación legal en un caso, no podía afirmar ni hacer creer a esta que era una persona desinteresada en el pleito.[113]

De conformidad con el lenguaje del Canon 28 previamente citado, la conclusión del Comité de Massachusetts parece ser la más compatible con nuestro ordenamiento. Aunque podría parecer que cuando un abogado utiliza su nombre y perfil real al

---

[107] Association of the Bar of the City of New York Committee on Professional and Judicial Ethics, Op. Formal 2010-2 (2010).

[108] *Id*. en la pág. 2.

[109] Massachusetts Bar Association Committee, Op. Formal 2014-05 (2014).

[110] *Id*. en el ¶ 1.

[111] *Id*.

[112] *Id*. en el ¶ 4.

[113] *Id*. en el ¶ 3.

momento de enviar una solicitud de acceso, advierte adecuadamente al receptor de la solicitud sobre su identidad, ello no resulta necesariamente cierto. Podría darse la situación de que una parte o persona interesada en un pleito no conozca los abogados que trabajan en el caso; o ignore sus nombres, pues solo los conozca de vista; o no entienda bien el rol del abogado en el proceso. Ante la posibilidad de que se dé alguna de estas circunstancias, sería más adecuado exigir que los abogados dejen claro quiénes son y cuál es su propósito al solicitar acceso a las porciones privadas del perfil de una parte sin representación legal. Ello crearía un balance apropiado entre la facultad que tiene un abogado de comunicarse con una persona que no está representada legalmente y el objetivo que persigue el Canon 28 de evitar que el abogado induzca a esa persona a error.

iii. Comunicaciones ex parte con personas representadas legalmente

En relación con las comunicaciones de un abogado con una persona representada legalmente en un pleito, el Canon 28 dispone que un abogado "no debe, en forma alguna, comunicarse, negociar ni transigir con una parte representada por otro abogado en ausencia de [e]ste".[114] Como se desprende del texto de la disposición, la misma contiene una prohibición absoluta de las comunicaciones ex parte de un abogado con una persona o parte en un pleito que cuenta con representación legal. Dicha prohibición es parecida a la prohibición de comunicaciones ex parte con miembros del jurado durante el transcurso de los procedimientos judiciales. Por tanto, en este contexto resulta igualmente aplicable casi todo lo discutido anteriormente en relación con las comunicaciones ex parte con miembros o potenciales miembros del jurado.

La única diferencia es en cuanto al tercer nivel de investigación. Las conclusiones respecto al primer y segundo nivel de investigación son las mismas. Es decir, un abogado o abogada puede visitar pasivamente el perfil en una red social de una persona representada legalmente sin infringir sus deberes éticos. No obstante, no puede solicitar acceso a dicho perfil o realizar alguna otra conducta que constituya un acto de comunicación entre él o ella y la persona representada. En cuanto al tercer nivel de investigación, es decir, en el supuesto de que la visita pasiva al perfil virtual de una persona representada ponga sobre aviso a dicha persona sobre la visita y quién la realizó, el abogado no podría realizar dicha visita. Esto, pues la misma produciría una comunicación —aunque técnicamente producida por el servidor de la red social— entre el abogado y la persona representada legalmente. Dicha comunicación resultaría contraria a la norma deontológica citada en este inciso.

Finalmente, en este contexto, resulta de suma importancia señalar que el Comentario [3] a la Regla 4.2 de las Reglas Modelo de la ABA señala que la

[114] CÓD. ÉTIC. PROF., 4 LPRA Ap. IX, C. 28 (2012).

prohibición de comunicaciones ex parte con personas representadas aplica incluso en el supuesto de que dichas personas sean las que inicien la comunicación o consientan a la misma.[115] De conformidad con este comentario, un abogado no debe aceptar una solicitud de acceso a su perfil virtual de parte de una persona representada.

iv. Comunicaciones ex parte con el juez o jueces que presiden un caso

Con relación a las comunicaciones ex parte con el juez que preside un caso, el Canon 11 del Código de Ética Profesional [en adelante *Canon 11*] dispone que "[u]n abogado no debe comunicarse ni discutir con el juez en ausencia de la otra parte sobre los méritos de un caso pendiente, y merece ser reprendido por cualquier acción encaminada a obtener especial consideración personal de un juez".[116] De conformidad con esta disposición, no toda comunicación ex parte entre un abogado y el juez que preside un caso está prohibida, sino que están prohibidas solo aquellas comunicaciones relativas a los méritos del caso. ¿Cómo se aplica esta disposición al contexto de las redes sociales?

El detalle en este contexto es considerar en qué momento se da la comunicación, así como su asunto. Aunque el Canon 11 no hace referencia al momento en que se lleva a cabo la comunicación (antes, durante o después de pleito), sino únicamente al asunto de esta (si es sobre los méritos del caso), la Regla 3.5 de las Reglas Modelo prohíbe las comunicaciones ex parte con jueces durante el transcurso de los procedimientos. A pesar de que esa prohibición no ha sido adoptada expresamente en nuestro ordenamiento, el Canon 38 puede servir de base para fundamentar su existencia. Dicho canon dispone, en lo pertinente, que todo abogado "debe evitar hasta la apariencia de conducta impropia".[117] Ese lenguaje podría interpretarse a los efectos de que aunque una comunicación con un juez a través de las redes sociales no trate sobre los méritos del caso, el mero hecho de que esta se lleve a cabo durante el transcurso de los procedimientos podría llevar a un tercero a pensar que el asunto de la comunicación es sobre los méritos del caso.

A modo de ejemplo, si una persona ve que un juez y un abogado se hicieron "amigos" en las redes sociales durante el transcurso de un pleito que el juez preside y en el cual el abogado es representante legal o parte, podría pensar que se hicieron "amigos" para comunicarse acerca del caso. Podría pensar, además, que el juez está parcializado a favor de ese abogado. Es por ello que, aunque un abogado no está impedido de ser "amigo" de un juez en las redes sociales o comunicarse con él a través de tales medios, dicha "amistad" o comunicación no debe darse en el transcurso de

---

[115] MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 4.5 cmt. [3] (2016).

[116] CÓD. ÉTIC. PROF., 4 LPRA Ap. IX, C. 11 (2012).

[117] *Id*. en el C. 38.

los procedimientos.[118] Además, si ya un abogado y un juez eran "amigos" antes del comienzo de un procedimiento en el que ambos están involucrados, comenzado dicho procedimiento, deben dejar de ser "amigos".[119] Esto es así, pues aunque no se comuniquen directamente, "[*s*]*ocial networking sites*. . . *pose the risk that an attorney may, intentionally or not, review any postings that inform the attorney about the judge's mood, temperament, or preferences or, of more concern, postings that a judge inappropriately makes about a case*".[120]

C. Publicidad o anuncios publicitarios y solicitación

Como se expuso en la introducción de este artículo, un gran porcentaje de personas hace uso de las redes sociales. Dentro de ese grupo de personas se encuentran abogados, abogadas y bufetes. Según una encuesta realizada por la *American Bar Association* en 2010, para ese año cincuenta y seis porciento (56%) de los abogados estadounidenses en la práctica privada eran usuarios de al menos una red social.[121] De ese porciento de abogados que utilizan las redes sociales, algunos las utilizan para fines exclusivamente personales, mientras que otros lo hacen con fines profesionales o una combinación de ambos. Debido a las diversas naturalezas y características de los perfiles y publicaciones de los miembros de la profesión legal en las redes sociales, se han suscitado diversas interrogantes sobre el contenido de sus perfiles virtuales en relación con las reglas de conducta sobre publicidad o anuncios publicitarios y solicitación. A continuación, se abordan esas interrogantes y las respuestas que deben darse a las mismas.

i. Publicidad o anuncios publicitarios

El uso de la publicidad o los anuncios publicitarios por parte de los miembros de la profesión legal está regulado por el Canon 36 del Código de Ética Profesional [en adelante *Canon 36*].[122] Dicho canon establece normas sobre lo que puede y no puede contener un anuncio publicitario. Por ejemplo, un abogado no puede incluir en un anuncio, entre otras cosas, "expresiones autoelogiosas del abogado o referencia a la calidad de los servicios legales que presta" o un "reclamo del abogado como especialista o perito en determinada área del derecho".[123] No obstante, puede incluir, entre otras cosas, "[i]nformación sobre cuáles áreas del derecho están comprendidas

---

[118] Comisky & Taylor, *supra* nota 17, en la pág. 310.

[119] *Id*. en la pág. 311.

[120] *Id*. en las págs. 310-11.

[121] *Id*. en la pág. 298.

[122] CÓD. ÉTIC. PROF., 4 LPRA Ap. IX, C. 36 (2012).

[123] *Id*.

en su práctica de la profesión" o "[i]nformación relativa a los honorarios por servicios legales rutinarios".[124] Aunque estas y las demás normas que contiene el Canon 36 parecerían regular efectivamente el empleo de anuncios publicitarios en las redes sociales, un aspecto del canon dificulta su aplicación. Dicho aspecto es que el Canon 36 no define propiamente qué es un anuncio publicitario.

Ello hace particularmente difícil, si no imposible, determinar cuándo una publicación o el perfil en una red social estaría sujeto a las limitaciones que impone el Canon 36. Aunque un anuncio en un periódico o en la televisión puede identificarse fácilmente, en el mundo cibernético lo que constituye o no un anuncio publicitario no siempre resulta fácilmente identificable. Varias opiniones de los comités de conducta profesional estatales han enfrentado esta dificultad y la han podido superar mediante el empleo de una definición de lo que constituye un anuncio publicitario. Esa es la base del análisis.

En la Opinión Formal 2012-186, el *Standing Committee on Professional Responsibility and Conduct of the State Bar of California* contestó la interrogante de cuándo las publicaciones hechas por un abogado en su perfil virtual de una red social estarían sujetas a las reglas de conducta profesional relativas a publicidad o anuncios publicitarios.[125] Para responder la pregunta, la opinión hizo referencia a la Regla 1-400 de las *California Rules of Professional Conduct*. Esa regla define *communications* en el contexto de publicidad, como "cualquier mensaje u oferta hecha por o a nombre de un miembro [de la profesión legal] sobre la disponibilidad de servicios profesionales de un miembro o un bufete dirigida a cualquier cliente antiguo, actual o prospectivo . . .".[126]

A base de dicha definición, el Comité concluyó que una publicación en la que el abogado únicamente anuncia ciertas victorias recientes que ha tenido, sin acompañar la publicación de una oferta de disponibilidad de servicios profesionales, no constituye un anuncio publicitario.[127] No obstante, una publicación que anuncia una victoria en un caso, pero añade la frase "¿Quién quiere ser el próximo?", constituye un anuncio publicitario, pues esa última frase sugiere la disponibilidad de servicios profesionales.[128]

De manera similar, constituiría un anuncio publicitario una publicación que comunica una victoria y luego alienta al lector a decir a sus amigos que visiten su página web (la del abogado).[129] Finalmente, el Comité concluyó que una

---

[124] *Id*.

[125] Standing Committee on Professional Responsibility and Conduct of the State Bar of California, Op. Formal 2012-186 (2012).

[126] *Id*. en las págs. 6-7 (traducción suplida).

[127] *Id*. en las págs. 9-10.

[128] *Id*. en la pág. 10.

[129] *Id*. en la pág. 13.

publicación que anuncia la publicación de un artículo por parte del abogado o la abogada e invita al lector a comunicarse con él o ella para la obtención de una copia, no constituiría un anuncio publicitario. Ello, pues no versa sobre la disponibilidad de servicios profesionales.[130] Por tanto, de conformidad con la definición provista por el Comité, la aplicabilidad de las reglas de conducta sobre anuncios publicitarios dependerá esencialmente de si la publicación que se hace en una red social sugiere la disponibilidad de servicios profesionales.

Como vemos, la definición existente resultó adecuada para determinar, con relativa facilidad, cuándo una publicación de un abogado en una red social constituiría un anuncio publicitario. Su existencia hizo posible que el Comité atendiera la interrogante presentada, sin la necesidad de recurrir a fuentes externas; es decir, a fuentes diferentes a las reglas de conducta estatales. Además, la aplicación de la definición al contexto de las redes legales no provocó resultados o respuestas irrazonables.

Cabe mencionar que en algunas ocasiones, la línea que divide lo que es publicad de lo que no es publicidad es muy fina, sobre todo en el contexto de las redes sociales. Por tanto, desarrollar una norma que elimine todos espacios grises resulta imposible. Además, no es posible adoptar una norma que cubra todos los supuestos posibles de expresiones que podrían hacer los abogados en las redes sociales. Sin embargo, sí se pueden tomar medidas para mejorar las normas existentes. Como se mencionó al principio de este inciso, bajo el estado de derecho actual, la aplicación de las normas sobre publicidad al contexto de las redes sociales resulta totalmente ambigua. Por eso, se sugiere la adopción en nuestra jurisdicción de una definición similar a la de California, de manera que se facilite la aplicación de la norma sobre publicidad y anuncios publicitarios en el contexto de las redes sociales. Ello contribuiría grandemente a subsanar la ambigüedad existente. Aunque no la elimine por completo, sería un paso hacia adelante que es preciso dar.

Por otro lado, otra opinión que resulta relevante al tema de publicidad es la Opinión Formal 748 del *New York County Lawyers' Association Committee on Professional Ethics*.[131] Allí, el Comité analizó y discutió las implicaciones éticas de los perfiles de abogados en la red social LinkedIn. En particular, abordó las siguientes interrogantes: si un perfil de LinkedIn es considerado un anuncio publicitario; y qué información puede o debe incluir o excluir un abogado de su perfil.[132]. Para responder a la primera pregunta, el Comité comenzó su análisis con la definición de *advertising* según las Reglas de Conducta Profesional de New York. La Regla 7.1 de dicho cuerpo de reglas lo define como "*communications made in any form about the lawyer or the law firm's services, the primary purpose of which is retention of*

---

[130] *Id*. en la pág. 14.

[131] NYCLA Comm. on Prof'l Ethics, Op. Formal 748 (2015).

[132] *Id*. en la pág. 1.

the lawyer or law firm for pecuniary gain as a result of the communication".[133] De manera similar a nuestra regla sobre anuncios publicitarios, la regla de New York indica qué tipo de información puede o no contener un anuncio publicitario. Al aplicar esas normas al asunto bajo consideración, el Comité concluyó que un perfil que contiene únicamente información biográfica (educación, experiencias de trabajo, etc.) no constituye un anuncio publicitario del abogado.[134] Por el contrario, si el abogado incluye información relativa a las áreas a las que se limita su práctica o sobre sus destrezas, o incluye endosos o recomendaciones, el abogado debe considerar su perfil como un anuncio publicitario sujeto a las normas relativas a publicidad.[135]

Por su parte, en la Opinión 2015-7, el *New York State Bar Association Committee on Professional Ethics* abordó también la interrogante de cuándo el perfil de un abogado en LinkedIn constituye publicidad o un anuncio publicitario.[136] No obstante, las conclusiones a las que llegó el Comité fueron muy distintas a las de la opinión anteriormente discutida. Tras exponer las disposiciones aplicables y de conformidad con su lenguaje, el Comité concluyó que para que el contenido de LinkedIn pueda ser considerado *advertisement* debe cumplir cinco (5) requisitos.[137]

En primer lugar, el contenido debe ser creado por o a nombre del abogado o la abogada.[138] En cuanto a las recomendaciones y endosos que se pueden hacer en LinkedIn, el Comité concluyó que estas son hechas por o a nombre del abogado porque tienen una inherente connotación positiva y el abogado tiene la facultad de ocultar o mostrar aquellas recomendaciones y endosos que desee.[139] En segundo lugar, su propósito principal debe ser la contratación del abogado por nuevos clientes con fines pecuniarios; esto se determina según el criterio subjetivo del abogado.[140] En tercer lugar, debe relacionarse con los servicios legales que presta el abogado. En cuarto lugar, debe estar dirigido a potenciales clientes.[141] En quinto y último lugar, no puede caer dentro de las excepciones a la definición de lo que constituye un anuncio publicitario.[142]

Las dos opiniones precedentes, a diferencia de la primera que se discutió en este inciso, abordan la interrogante de cuándo el perfil de una red social, en su conjunto —no cada una de sus publicaciones— constituye publicidad o un anuncio

---

[133] *Id*. en la pág. 2
[134] *Id*. en la pág. 3.
[135] *Id*.
[136] New York State Bar Association Comm. on Prof'l Ethics, Op Formal 2015-7 (2015).
[137] *Id*.
[138] *Id*. en la pág. 3.
[139] *Id*.
[140] *Id*. en la pág. 4.
[141] *Id*.
[142] *Id*. en las págs. 11-12.

publicitario. Aunque en ambas opiniones se identifica el contenido del perfil como factor a considerar, el nivel de consideración que se le da a ese factor es distinto en cada opinión. En la Opinión Formal 748, el contenido del perfil es *el factor* a considerar. En otras palabras, el contenido es el factor determinante y el único, realmente. En cambio, en la Opinión 2015-7, el contenido es unos de los factores a considerar, pero no es el único ni es determinante. Se deben considerar otros factores, entre ellos, el propósito que tuvo el abogado o abogada al incluir ese contenido en su perfil. ¿Cuál enfoque resulta más adecuado? En nuestra opinión, el enfoque debe ser uno híbrido.

Ciertamente, adoptar el enfoque de que el contenido debe ser el único factor a considerar resulta problemático. Esto, pues existe infinidad de posibles contenidos que un abogado o abogada puede incluir en su perfil. ¿Cómo se trazaría la línea entre el perfil que constituye publicidad y el que no lo es? Ello se haría muy difícil. No obstante, tampoco se puede adoptar un enfoque que, aunque considera el contenido, se centra en el propósito subjetivo del abogado. Si fuese así, los miembros de la profesión legal se verían tentados a convencerse a sí mismos que el propósito de lo que incluyen en su perfil es para fines distintos a su contratación con fines pecuniarios. Por ello, el mejor enfoque sería considerar el contenido, en conjunto con un criterio objetivo. Dicho criterio objetivo sería: si una persona razonable creería que el propósito de incluir el contenido fue atraer clientes con fines pecuniarios. De esa manera se regula adecuadamente el uso de perfiles virtuales con fines publicitarios, sin limitar totalmente a los abogados y abogadas a base únicamente de lo que publiquen o incluyan en sus perfiles.

ii. Solicitación

En el contexto de la responsabilidad ético-disciplinaria de los abogados, el término "solicitación" se utiliza para describir una comunicación iniciada por un abogado a través de la cual este, "con propósito de lucro y sin ser requerido para que ofrezca su consejo o asesoramiento legal, alient[a] o estimul[a], en forma alguna, a clientes potenciales para que inicien reclamaciones judiciales o de cualquier otra índole".[143] Aunque la conducta antes descrita puede llevarse a cabo mediante diversos medios de comunicación, la solicitación directa y en persona por parte de un abogado está especialmente regulada. Esto responde a que se considera inconsistente con el ideal de relación abogado-cliente que persigue la profesión legal y porque presenta un riesgo significativo de daño al cliente potencial.[144] En Puerto Rico, la solicitación personal por parte de abogados y abogadas con fines pecuniarios está prohibida. Así lo establece el Canon 36, el cual, tras exponer

---

[143] CÓD. ÉTIC. PROF., 4 LPRA Ap. IX, C. 34 (2012).

[144] Ohralik v. Ohio State Bar Ass'n, 436 U.S. 447, 454 (1978).

las normas que rigen los anuncios publicitarios de abogados, dispone: "Nada de lo dispuesto en este canon debe interpretarse como permitiendo la solicitación personal—directa o indirecta [a través de intermediarios o agentes]—de clientes, confines [sic] pecuniarios".[145]

Fueron varias las razones que inspiraron la adopción de esta norma. Según el Tribunal Supremo de Puerto Rico, en primer lugar, esta responde "a la histórica animadversión de la profesional legal hacia la conducta de abogados que instigan pleitos judiciales a base de un interés puramente pecuniario".[146] En segundo lugar, "responde a la repulsión que generan las actuaciones de abogados enfocadas en gestionar la contratación de clientes en momentos en que [e]stos se encuentran en una situación angustiosa o apesadumbrada".[147] Por último, la norma está inspirada por "la idea de que la contratación de representación legal debe darse de forma libre, inteligente y voluntaria, sin que medien persuasiones o presiones directas e indebidas de parte del abogado".[148]

Esto último corresponde a las expresiones del Tribunal Supremo de Estados Unidos en *Ohralik v. Ohio State Bar Ass'n*.[149] Allí, el Tribunal resolvió que una norma que proscribe la solicitación personal por parte de abogados encuentra justificación y sobrevive un ataque constitucional. Fundamentó esta posición en el hecho de que la solicitación cara a cara tiene efectos perjudiciales en los consumidores. Al respecto, el Tribunal expresó:

> [*T*]*he potential for* overreaching is significantly greater when a lawyer, a professional trained in the art of persuasion, personally solicits an unsophisticated, injured, or distressed lay person. *Such an individual may place his trust in a lawyer, regardless of the latter's qualifications or the individual's actual need for legal representation, simply in response to persuasion under circumstances conducive to uninformed acquiescence. Although it is argued that personal solicitation is valuable because it may apprise a victim of misfortune of his legal rights, the very plight of that person not only makes him more vulnerable to influence but also may make advice all the more intrusive. Thus, under these adverse conditions the overtures of an uninvited lawyer may distress the solicited individual simply because of their obtrusiveness and the invasion of the individual's privacy, even when no other harm materializes. Under such circumstances, it is not unreasonable for the State to presume that in-*

---

[145] CÓD. ÉTIC. PROF., 4 LPRA Ap. IX, C. 36 (2012).

[146] In re Gervitz Carbonell, 162 DPR 665, 687 (2004).

[147] *Id*.

[148] *Id*.

[149] 436 U.S. 447 (1978).

> *person solicitation by lawyers more often than not will be injurious to the person solicited*.[150]

En resumen, el Tribunal resolvió que un abogado puede ser válidamente disciplinado por incurrir en solicitación personal por dos razones. En primer lugar, la solicitación personal tiene el potencial de causar presión sobre el cliente potencial y muchas veces exige una respuesta inmediata por parte de este, evitando que tenga la oportunidad de reflexionar sobre la necesidad o idoneidad de los servicios ofrecidos.[151] En segundo lugar, el Estado tiene un interés sustancial en regular y mantener ciertos estándares de conducta entre los abogados y abogadas, quienes son considerados funcionarios del Tribunal.[152] Así, el Tribunal Supremo de Estados Unidos dejó sentados los parámetros o razones que justifican la prohibición de la solicitación personal.

No obstante, *Ohralik v. Ohio State Bar Ass'n* fue resuelto en 1978, mucho antes de que existiera la comunicación a través de medios electrónicos. Por tanto, aunque allí el Tribunal Supremo se limitó a reconocer la validez de una norma que proscribe la solicitación personal, cabe preguntarse si existen nuevos medios de comunicación que suponen o conllevan los mismos riesgos o daños que la solicitación personal. Ello, con la consecuencia de que se justifique su prohibición como medio de solicitación. La *American Bar Association* consideró esta posibilidad y adoptó una regla que considera los avances tecnológicos y su efecto en cuanto a las reglas relativas a solicitación. Ello, basándose en los principios generales expuestos en *Ohralik v. Ohio State Bar Ass'n*. La Regla 7.3 de las Reglas Modelo de Conducta Profesional de la *American Bar Association*, dispone, en parte: "*(a) a lawyer shall not by in-person, live telephone* or real-time electronic contact *solicit professional employment when a significant motive for the lawyer's doing so is the lawyer's pecuniary gain*. . . ".[153]

¿Cuál fue el fundamento para prohibir la solicitación a través de un *real-time electronic contact*? El Comentario [2] de la citada Regla 7.3 señala que un *real-time electronic contact* (comunicación electrónica en directo), al igual que una comunicación telefónica o en persona, se presta para abuso por parte de los abogados y las abogadas.[154] La razón es que somete al receptor de la comunicación —el cliente potencial— a un encuentro inter-personal importuno con una persona entrenada para persuadir.[155] Además, la presencia e insistencia del abogado para

---

[150] *Id*. en la pág. 464.

[151] *Id*. en la pág. 457.

[152] *Id*. en la pág. 460.

[153] MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 7.3 (2016) (énfasis suplido).

[154] *Id*. cmt. [2].

[155] *Id*.

que sus servicios sean contratados en ese instante, dificulta el que el cliente potencial pueda tomar una decisión realmente informada.[156] Por ello, la situación se presta para que el abogado o la abogada incurra en intimidación e influencia indebida.[157] Por su parte, el Comentario [3] de la misma regla señala que prohibir la solicitación a través de una comunicación electrónica en directo se justifica, además, por la existencia de vías alternas que los abogados y las abogadas pueden utilizar para comunicar información acerca de sus servicios a personas necesitadas o potencialmente necesitadas de asistencia legal.[158]

Como vemos, la adopción de la prohibición antes discutida se basó, en gran parte, en el reconocimiento de que algunas comunicaciones electrónicas tienen características similares a las comunicaciones cara a cara y por vía telefónica.[159] En particular, comparten las características de inmediatez e interactividad.[160] Una comunicación inmediata es aquella que se produce enseguida y sin tardanza.[161] Una comunicación interactiva es aquella que "se ejerce recíprocamente [a modo de diálogo] entre dos o más. . . personas".[162]

Lo anterior hace que la norma adoptada por la *American Bar Association* sea pertinente a la regulación del uso de las redes sociales. Como se mencionó en la segunda parte de este artículo, una de las características de estos medios de comunicación es que las comunicaciones que se llevan a cabo a través de ellas tienden a ser inmediatas y, en ocasiones, interactivas. Basado en lo anterior, se puede concluir que la adopción de una norma similar en nuestra jurisdicción tendría implicaciones en el uso de las redes sociales por parte de los miembros de la clase togada, particularmente en relación con su uso para fines de solicitación. Además, sin duda alguna, su adopción sería un paso que adelantaría la adaptación de las normas deontológicas en nuestra jurisdicción a las realidades del siglo XXI.

En realidad, ello podría estar cerca de ocurrir, ya que el Proyecto de Código de Conducta Profesional contiene una norma inspirada en la Regla Modelo 7.3 antes citada. La Regla 6.7 del Proyecto de Código de Conducta Profesional lee, en lo pertinente:

---

[156] *Id*.

[157] *Id*.

[158] *Id*. cmt. [3].

[159] *Véase Model Rule 7.3 Reporter's Explanation of Changes*, AMERICAN BAR ASSOCIATION, https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/policy/ethics_2000_commission/e2k_rule73rem.html (última visita 5 de mayo de 2019).

[160] *Id*.

[161] *Inmediato*, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, http://dle.rae.es/?id=LeBH7Sl (última visita 5 de mayo de 2019).

[162] *Interacción*, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, http://dle.rae.es/?id=LsCpk2t (última visita 5 de mayo de 2019).

> (a) Un abogado o abogada no deberá, por sí o a través de otra persona:
> (1) ofrecer sus servicios a clientes potenciales con quienes no ha tenido una relación profesional previa bien sea, personalmente o mediante comunicación telefónica *o electrónica en directo*, excepto si tienen una relación personal cercana o de parentesco. . . .[163]

Ahora bien, si dicha norma fuese adoptada, ¿sería fácilmente aplicable a las comunicaciones realizadas a través de las redes sociales? En otras palabras, ¿sería suficiente para regular adecuadamente la solicitación en el contexto de las redes sociales, de manera que los abogados y las abogadas pudiesen determinar de antemano si su conducta constituiría solicitación indebida? Varias razones conducen a la conclusión de que la respuesta a esas preguntas debe ser en la negativa. En primer lugar, la norma citada no define qué es una "comunicación electrónica en directo" y el concepto, de por sí, resulta ambiguo. Algunos podrían interpretarlo como refiriéndose a las transmisiones en vivo hechas electrónicamente (live streaming). No obstante, la idea de la *American Bar Association* al adoptar ese lenguaje fue otra. En el informe que recoge las razones para adoptar la prohibición de la solicitación a través de un real-time electronic contact se señala:

> *The* [*Ethics 2000*] *Commission . . . is recommending that lawyer solicitation by real-time electronic communication (e.g., an Internet chatroom) be prohibited. Differentiating between e-mail and real-time electronic communication, the Commission has concluded that the interactivity and immediacy of response in real-time electronic communication presents the same dangers as those involved in live telephone contact*.[164]

Según se desprende del texto citado, la prohibición de las comunicaciones electrónicas en directo como medio de solicitación se adoptó pensando en medios de comunicación como los *chat rooms*. Definitivamente, el término *real-time electronic communication* no comunica automáticamente *chat room*. Ello demuestra que dicho término, al estar desprovisto de una definición, no resulta adecuado para regular la conducta que se pretendía regular con su adopción. Esto nos lleva a la segunda razón por la cual la norma en controversia, según está redactada actualmente, resulta defectuosa.

Según la cita precedente, el *Ethics Committee 2000* recomendó la adopción de la prohibición de la solicitación a través de medio electrónicos en directo,

---

[163] *Véase* Secretariado de la Conferencia Judicial y Notarial, *Proyecto de Código de Conducta Profesional*, TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO R 6., en la pág. 95 (2013), http://www.ramajudicial.pr/Avisos/etica2013/PROYECTO_DE_CODIGO_CONDUCTA_PROFESIONAL-PUERTO-RICO.pdf. (última visita 11 de diciembre de 2018).

[164] *Model Rule 7.3 Reporter's Explanation of Changes*, *supra* nota 159.

pensando en medio de comunicación como los *chat rooms*.[165] Ello, debido a dos características distintivas que posee dicho medio de comunicación: la interactividad y la inmediatez de las comunicaciones.[166] Ahora, si bien el término *real-time* o "en directo" pudiese interpretarse como que recoge la característica de inmediatez, no hay ningún concepto en la frase *real-time electronic communication* que recoja la característica de interactividad. Esa característica resulta sumamente importante, pues es la que diferencia muchos medios electrónicos de comunicación entre sí. Si lo pensamos bien, casi todas las comunicaciones electrónicas gozan de la característica de la inmediatez: las comunicaciones se transmiten de una persona a otra inmediatamente. No obstante, no todas son interactivas.

¿Por qué esto resulta importante en el contexto de las redes sociales? La respuesta es que si se adopta la norma que regula la solicitación a través de medios electrónicos tal y como está redactada actualmente, la misma podría interpretarse como que prohíbe toda solicitación a través de las redes sociales. Esto es así, ya que una de las características de las comunicaciones que se dan a través de las redes sociales es su inmediatez. Entonces, ¿qué se sugiere? Se sugiere que se incluya el término "interactividad", o uno equivalente, a la frase "comunicación electrónica en directo". Además, se sugiere que se provea una definición del concepto que surja de esa combinación. De esta manera, los abogados y las abogadas estarán debidamente advertidos sobre cuándo pueden o no solicitar la contratación de sus servicios a través de las redes sociales.

IV. Recomendación

A la luz del análisis y los hallazgos previamente expuestos, se recomienda la adopción de un cuerpo de guías, separado del Código de Ética Profesional, que regule de manera particular el uso de las redes sociales por parte de los abogados y las abogadas. La adopción de este cuerpo de guías de manera separada al Código de Ética tiene dos propósitos: 1) facilitar la consulta, por parte de los miembros de la profesión legal, de los principios y normas éticas aplicables al uso de las redes sociales, al contar con un cuerpo de normas que atiende ese asunto de manera particular; y 2) hacer posible la actualización periódica de las guías, sin necesidad de enmendar constantemente el Código de Ética Profesional. Debido a que las redes sociales están en constante evolución, resultaría impráctico incluir normas sobre el uso de las redes sociales dentro del Código de Ética Profesional, pues ello supondría tener que enmendar el Código de Ética constantemente para mantenerlo actualizado. Dicho escollo se superaría adoptando un cuerpo de normas separado, cuya actualización no supusiera una alteración de los principios deontológicos

---

[165] *Id.*

[166] *Id.*

básicos que contiene el Código de Ética Profesional.

Se recomienda utilizar como modelo las *Social Media Ethics Guidelines of the Commercial and Federal Litigation Section of the New York State Bar Association* [en adelante *Social Media Ethics Guidelines*].[167] Este cuerpo de guías fue adoptado con el propósito de guiar a los abogados y abogadas en el uso de las redes sociales. Las diferentes guías tienen como base las reglas de conducta profesional del estado de Nueva York y la interpretación y aplicación que se ha hecho de las mismas al contexto de las redes sociales. Algunos de los temas éticos que las guías abordan son: el deber de competencia, la investigación de miembros del jurado, los anuncios o publicidad del abogado, entre otros. Por cada tema, se expone una guía (o más de una) y las fuentes normativas o interpretativas que la sustentan. Por ejemplo, en cuanto al deber de competencia, las *Social Media Ethics Guidelines* exponen la siguiente guía: "*A lawyer has a duty to understand the benefits and risks and ethical implications associated with social media, including its use as a mode of communication, an advertising tool and a means to research and investigate matters*".[168] Luego, debajo de la guía, hacen constar que las fuentes para la misma son: la Regla 1.1, incisos (a) y (b), de las Reglas de Conducta Profesional de Nueva York; las interpretaciones que se han hecho de dicha regla; la Opinión Formal 466 de la ABA; entre otras.[169]

La adopción de un cuerpo de guías con un formato similar al de las *Social Media Ethics Guidelines* resultaría acertada, ya que constituye un medio óptimo para regular el uso de las redes sociales de manera organizada, práctica y fácilmente comprensible para los miembros de la profesión legal en Puerto Rico.

V. Conclusión

El aumento del uso de las redes sociales y el impacto que estas tienen en el acceso y difusión de información —a lo cual los abogados no son ajenos–, hace imperioso delimitar la forma y el alcance de ese uso por parte de los abogados y abogadas. Además, resulta necesario adaptar o conformar el Derecho Puertorriqueño, en particular el Código de Ética Profesional, a las realidades tecnológicas del siglo XXI. No cabe duda de que las herramientas que brindan las redes sociales resultan sumamente beneficiosas a la profesión legal—al menos en la mayoría de los casos.

---

[167] The Social Media Committee of the Commercial and Federal Litigation Section, *Social Media Ethics Guidelines of the Commercial and Federal Litigation Section of the New York State Bar Association* (2015), https://www.nysba.org/Sections/Commercial_Federal_Litigation/Com_Fed_PDFs/Social_Media_Ethics_Guidelines.html (última visita 11 de diciembre de 2018).

[168] *Id*. en la pág. 3.

[169] *Id*. en las págs. 3-4.

Por lo tanto, no se puede dejar a los abogados y abogadas desprovistos de reglamentación que dirija su conducta en esos medios de comunicación. Hacer lo contrario podría representar un costo muy alto para la profesión legal, pues muchos abogados y muchas abogadas se abstendrían de utilizar las redes sociales por miedo a incurrir en conductas éticamente impermisibles.[170] Es por ello que existe una necesidad imperiosa de adoptar un cuerpo de normas que guíe a los abogados y abogadas en el uso de las redes sociales en los diversos contextos y para los diversos propósitos que se discuten en este artículo. En la medida en que esto se haga, los abogados y las abogadas podrán adaptar y conformar responsablemente su conducta en las redes sociales con los estándares deontológicos que imperan en nuestro país. Además, podrán hacerlo sin temor a ser disciplinados profesionalmente por su conducta.

[170] Comisky & Taylor, *supra* nota 17, en la pág. 322.

EL USO DEL CYBERVETTING EN EL RECLUTAMIENTO LABORAL: EL RIESGO DE INCURRIR EN PRÁCTICAS PROHIBIDAS DE DISCRIMEN U OTRAS VIOLACIONES CONTRA LOS SOLICITANTES DE EMPLEO

*Aracelis Burgos Reyes**

Resumen

Con el surgimiento de las redes sociales, se han transformado las interrelaciones sociales. A consecuencia, en la última década las compañías han aumentado su uso como método de verificación para la selección de empleados, esta práctica es conocida como el *cybervetting*. A pesar de este aumento, no existe legislación específica que regule o controle este fenómeno moderno. Ante esta ausencia, se produce un alto riesgo de que los patronos y organizaciones laborales incurran en violaciones de los derechos de los empleados, específicamente en prácticas prohibidas de discrimen. Por lo cual, en este artículo se hace un análisis profundo sobre esta práctica, los propósitos para los que se puede utilizar cuando tiene una relación con el empleo, los riegos inaceptables de discrimen y otras violaciones constitucionales. Esto con el propósito de que se regule el uso del *cybervetting*, para así evitar que las protecciones laborales en el proceso de reclutamiento no se hagan inoperantes en la era digital.

Abstract

Social interactions have been transformed with the rise of social networking. As a result, companies have integrated social networks as part of their recruitment process, this practice is known as cybervetting. Even though cybervetting has

* Estudiante de tercer año de la Universidad Interamericana de Puerto Rico Facultad de Derecho. Dedico este escrito a mi pareja Christian Rivera por todo su amor y sacrificios. Agradezco a la directora de la Revista Jurídica de la Universidad Interamericana Zoé Negrón y a los profesores Lin Collazo, Jorge Farinacci y Charles Zeno por guiarme durante la realización de este escrito.

increased over the past decade, it lacks the necessary legislation to regulate the high risks it may involve. The deficiency in legislation in this modern trend may lead to adverse discriminatory and other prohibited practices between employer and employee. This article provides an into depth analysis of the practice of cybervetting and its purpose in the recruitment process. We also consider the discriminatory risks and constitutional violations these practices may carry. Our objective of our article is to make the reader aware of the importance of creating laws and regulations to control the overuse and abuse of cybervetting. This with the purpose of updating labor laws to effectively protect employees during the recruitment process in the digital world.

I. Introducción 309

II. Redes Sociales 311

III. Protección contra discrimen en el proceso de reclutamiento... 315

IV. Proyectos de leyes y medidas análogas sobre métodos de verificación de empleo 324

V. Posible impacto al derecho de intimidad con el uso del cybervetting 329

VI. Regulación del cybervetting 333

VII. Conclusión 338

I. Introducción

Con el surgimiento de las redes sociales, se han producido cambios significativos en las comunicaciones y en el manejo de la información.[1] Ha llegado al punto que las redes sociales se han integrado tanto en la vida cotidiana que han transformado las interrelaciones sociales.[2] Por supuesto, los procesos de reclutamiento no son la excepción. En la última década, ha habido un aumento exponencial en el uso de las redes sociales como método de verificación para los candidatos a empleo por compañías en los Estados Unidos.[3] A la acción de utilizar las redes sociales como mecanismo para la selección de empleados, se le conoce como "*cybervetting*".[4] A pesar del aumento en la práctica del *cybervetting*, no existe legislación para regular o controlar su uso a nivel federal,[5] ni en Puerto Rico.

Ante esta ausencia, el uso del *cybervetting* puede producir violaciones a los derechos de los empleados en Puerto Rico, en lo que respecta a su dignidad, intimidad, la igualdad de oportunidades en empleo, entre otros. De igual forma, nuestro ordenamiento jurídico protege a los candidatos a empleo contra el discrimen en el reclutamiento, por varias causales enunciadas en la ley.[6] Con la práctica del *cybervetting*, en el proceso de reclutamiento existe un alto riesgo de que las compañías incurran en prácticas prohibidas de discrimen contra los candidatos a empleo.[7] Por tanto, es meritorio regular su uso para así evitar que las protecciones contra el discrimen se hagan inoperantes en esta era digital.

Con esta breve introducción imagínese a Mariana, una oficial de recursos humanos de una compañía. A esta le encargaron la búsqueda de cuatro personas para

---

[1] In Re Colón Colón, 197 DPR 758, 771 (2017) (Rodríguez Rodríguez, opinión disidente). Este caso se trata de una acción disciplinaria contra un juez que publicó comentarios y fotografías de documentos judiciales en su página de *Facebook*, para humillar y mofarse de los ciudadanos que acudían a su sala.

[2] *Id.*

[3] *Number of Employers Using Social Media to Screen Candidates Has Increased 500 Percent over the Last Decade*, CAREERBUILDER (28 de abril de 2016),

http://www.careerbuilder.com/share/aboutus/pressreleasesdetail.aspx?ed=12%2F31%2F2016&id=pr945&sd=4%2F28%2F2016.

[4] *Véase* Katherine Mikkelson, *Cybervetting and Monitoring Employees' Online Activities: Assessing the Legal Risks for Employers*, 18 A.B.A THE PUB. Law., no.2, verano 2010, en la pág. 1 (*disponible en* https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/labor_law/meetings/2010/annualconference/161.pdf).

[5] Richard L. Pate, *Invisible Discrimination: Employers, Social Media Sites and Passwords in the U.S.*, 12 INT'L J. DISCRIMINATION & L. 133, 134 (2012).

[6] *Véase* Ley de contra el Discrimen en el Empleo, Ley Núm. 100 de 30 de junio de 1959, 29 LPRA §§ 146-151 (2017); Title VII of the Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C.A. § 2000e-2 (2012).

[7] *Véase* Jorge Pizarro García, *Nuevas tendencias en el viejo arte de reclutar*, ELNUEVODIA.COM (28 de mayo de 2017), https://www.elnuevodia.com/opinion/columnas/nuevastendenciasenelviejoartedereclutar-columna-2325657/.

las siguientes posiciones: empleado de mantenimiento, asistente administrativo, manejador de redes sociales e instructor físico. Varias personas han solicitado a las posiciones disponibles. Según las solicitudes recibidas, la mayoría cumple con los requisitos de los puestos vacantes. En consecuencia, Mariana pasó al próximo paso, las entrevistas telefónicas. Luego del proceso de las entrevistas telefónicas quedaron algunos solicitantes preseleccionados, pero Mariana no había escogido a cuáles candidatos iba a entrevistar personalmente. Su compañero José le aconsejó que hiciera una búsqueda del perfil de los candidatos a través de la red social *Facebook*, para disminuir la cantidad de personas a ser entrevistadas. Ante esto, Mariana se pregunta: ¿Es legal utilizar las redes sociales como mecanismo de verificación de empleo? ¿Podría la compañía exponerse a una demanda por parte de los candidatos a empleo al utilizar esta información para la determinación, cuando esta no fue publicada con el propósito de conseguir empleo? ¿Es necesario el consentimiento informado de cada uno de los candidatos, previo a realizar la búsqueda? ¿Podría encontrar información que esté protegida por leyes laborales contra el discrimen?

En este artículo jurídico se persigue como objetivo contestar todas estas interrogantes. Además, se pretende establecer criterios que guíen la construcción del marco jurídico sobre el uso del *cybervetting*, con el fin de salvaguardar los derechos de los trabajadores y prevenir que los patronos incurran en prácticas prohibidas de discrimen. Así mismo, los intentos de legislación para regular el uso de las redes sociales en los procesos de reclutamiento.

Por otro lado, en estos momentos de crisis económica en Puerto Rico, el *cybervetting* podría limitar a los ciudadanos el acceso a un empleo, por publicaciones que no hicieron para propósitos laborales y que tienen poca relación con la ejecutoria efectiva del trabajo. Por consiguiente, se recomienda como primera alternativa prohibir a los patronos utilizar las redes sociales de tipo general, para disminuir el riesgo de que se incurra en prácticas prohibidas de discrimen y eliminar la posibilidad de que un patrono sea demandado por violaciones los derechos de ese trabajador. Por otro lado, de permitirse el uso de las redes sociales como método de verificación de empleo, se recomienda que se limite su uso a la ejecutoria efectiva con relación al empleo que se solicita.

A modo de guía, en la Parte II se discute el término y los tipos de redes sociales, además se define el concepto del *cybervetting*. Luego, en la Parte III se exponen las protecciones laborales contra el discrimen y se examinan los riesgos de incurrir en prácticas prohibidas de discriminación por el uso del *cybervetting*. En la Parte IV se describen los diversos intentos de regulación sobre métodos de verificación de empleos por parte de la Legislatura. Posteriormente, en la Parte V se analizan el posible impacto al derecho a la intimidad de los empleados con el *cybervetting*. En la Parte VI se presentan varios potenciales escenarios de la práctica del *cybervetting* y la propuesta de reglamentación interna o legislación sobre el uso del *cybervetting*. Por último, en la Parte VII se recogen las conclusiones de la investigación jurídica.

II. Redes Sociales

A. Definición, historia y clasificaciones

Las redes sociales son un fenómeno moderno que surge a partir de los avances del Internet en la década de los 1990.[8] Sin embargo, no es hasta el año 2000 que las redes reciben un gran impulso con la creación de nuevas plataformas de interacción digital entre individuos y organizaciones, que compartían intereses comunes como: música, educación, películas y amistades.[9] Estas se definen como un servicio de la sociedad de la información que le ofrece a los usuarios una plataforma de comunicación, a través del internet, donde los usuarios generan un perfil con *datos personales* y que facilita la creación de comunidades.[10] De esta manera, las personas interactúan a través de publicaciones, de forma inmediata mediante mensajes, comentarios, fotos y vídeos.[11] En la actualidad, existen diversos tipos de redes sociales, que se clasifican por su audiencia, objetivo y temática.[12]

En primer lugar, las redes horizontales están dirigidas a todo tipo de usuario. Estas son generales, permiten una participación libre y no tienen una temática definida.[13] Algunos ejemplos son: *Facebook*, *Twitter*, *Instagram*, etc. En segundo lugar, las redes verticales tienen un eje temático y específico.[14] Estas se clasifican según su especialización, como: las profesionales (*LinkedIn*), para buscar pareja (*Tinder*), por su contenido (*YouTube*), mensajería (*WhatsApp*), entre otros.[15] Aunque hay un sinnúmero de redes sociales a modo de guía y para propósitos de la discusión en este artículo nos enfocaremos en las redes sociales *Facebook,* como ejemplo de una red social general, y *LinkedIn*, como una red social específica. De manera que, se pueda comprender la distinción de propósitos de cada una de estas y pueda servir para clasificar la diversidad de redes sociales, entre generales o específica. *LinkedIn* es la red profesional con más usuarios en el mundo.[16] *Facebook* es la red general más popular a nivel mundial.[17]

---

[8] *Véase* Simeon O. Edosomwan et al., *The history of social media and its impact on business*, 16 THE J. OF APPLIED MGMT. AND ENTREPRENEURSHIP 3-7 (2016) (*disponible en* https://www.researchgate.net/publication/303216233).

[9] *Id.*

[10] *Red social*, DICCIONARIO DEL ESPAÑOL JURÍDICO (2016).

[11] *Id*.

[12] *Véase* Pablo F. Burgueño, *Clasificación de redes sociales*, PABLOFB (2 de marzo de 2009), https://www.pablofb.com/2009/03/clasificacion-de-redes-sociales/.

[13] *Id*.

[14] *Id*.

[15] *Id*.

[16] LINKEDIN, https://about.linkedin.com/ (última visita 12 de mayo de 2019).

[17] Salman Aslam, *Facebook by the Numbers: Stats, Demographics & Fun Facts*,_OMNICORE (1 de enero de 2018) https://www.omnicoreagency.com/facebook-statistics/.

B. Facebook y LinkedIn

La red social *LinkedIn* fue fundada en el 2003 por Reid Hoffman.[18] Esta red tiene como objetivo que sus usuarios obtengan oportunidades económicas en la fuerza laboral global.[19] Fue en el año 2005 que la red introdujo la herramienta de *LinkedIn Jobs*, la cual logró poner en contacto a los reclutadores y usuarios,[20] para así lograr su misión de conectar a los profesionales del mundo. A su vez, la empresa se ha diversificado en el mundo de los negocios, publicidad y soluciones para el proceso de reclutamiento.[21] Como resultado, en el 2017, *LinkedIn* superó los 500 millones de usuarios alrededor del mundo, lo que la posiciona en la red social profesional líder en el mundo.[22]

En cuanto a la política de privacidad, *LinkedIn* le ofrece a sus miembros ajustes y configuraciones accesibles sobre las preferencias de privacidad, seguridad, anuncios y notificaciones de sus cuentas.[23] En la pestaña de privacidad, el usuario puede ajustar la información y datos que pueden ver, utilizar o descargar otras personas.[24] Además, el usuario puede controlar la visibilidad de la actividad de su perfil y elegir quienes pueden seguirle.[25] De manera que, la misión de esta red es mantener un compromiso con la transparencia de los datos que recopila sobre sus miembros.[26] Por ello, se le considera como una de las redes sociales más seguras.[27]

Por su parte, la red social *Facebook* surge en el 2004.[28] Esta comenzó como un proyecto universitario de Harvard entre varios compañeros, entre ellos Mark Zuckerberg (actual CEO) y Eduardo Saverin.[29] A partir de su creación, *Facebook*

---

[18] *La historia de LinkedIn. Pasado, presente y futuro*, D.G. COMUNICACIÓN (3 de octubre de 2014), http://www.dgcomunicacion.com/articulo/la-historia-de-linkedin-pasado-presente-y-futuro.

[19] LINKEDIN, *supra* nota 16.

[20] Angela Carsi, *Un breve repaso a la historia de LinkedIn en su 15 cumpleaños*, WEBSA100, https://www.websa100.com/blog/historia-de-linkedin-15-aniversario (última visita 28 de abril de 2019).

[21] LINKEDIN, *supra* nota 16.

[22] *La historia de LinkedIn*, *supra* nota 18.

[23] *Gestionar tu configuración de cuenta y de privacidad*, LINKEDIN, https://www.linkedin.com/help/linkedin/answer/555/gestionar-tu-configuracion-de-cuenta-y-de-privacidad-resumen?lang=es (última visita 12 de mayo de 2019).

[24] *Comprender la configuración de privacidad*, LINKEDIN, https://www.linkedin.com/help/linkedin/answer/92055 (última visita 12 de mayo de 2019).

[25] *Id*.

[26] *Política de privacidad*, LINKEDIN, https://www.linkedin.com/legal/privacy-policy (última visita 12 de mayo de 2019).

[27] ¿Sabes cómo proteger tu privacidad en LinkedIn?, OFICINA DE SEGURIDAD DE INTERNAUTA (11 de abril de 2018), https://www.osi.es/es/actualidad/blog/2018/04/11/sabes-como-proteger-tu-privacidad-en-linkedin (última visita 12 de mayo de 2019).

[28] Christiane Drummond, *La historia de Facebook desde 2004 hasta hoy*, TICBEAT (3 de agosto de 2017), http://www.ticbeat.com/socialmedia/la-historia-de-facebook-desde-2004-hasta-hoy/ (última visita 12 de mayo de 2019).

[29] *Id*.

ganó gran popularidad y en la actualidad es la red social más utilizada en el mundo.[30] La misma cuenta con más de 2.2 billones de usuarios activos mundialmente.[31] En Puerto Rico, existe un estimado de 2,184,889 de usuarios de Internet y la plataforma más utilizada es la red social *Facebook*.[32] La misión de esta red es proveerle a las personas herramientas para la construcción de comunidades, y de esta manera unir al mundo.[33] Además, tiene como propósito mantener a sus usuarios en contacto con amistades y familiares; que los usuarios puedan compartir, expresar sus intereses y descubrir lo que está pasando en el mundo.[34]

Aunque, las redes sociales se consideran un servicio web que permite a las personas construir perfiles públicos o semi-públicos,[35] no toda publicación en *Facebook* es pública.[36] Esta plataforma indica en su servicio de ayuda que cierta información que el usuario proporciona para completar su perfil es pública, como son: *edad, idioma, país, nombre, sexo, foto de perfil y portada*.[37] Cabe añadir que cada vez que se publica en la red, esta provee la opción de escoger a la audiencia que desea el usuario compartir su publicación.[38] Si el usuario utiliza la configuración de *público*, cualquier persona fuera o dentro de *Facebook* puede ver su publicación.[39]

En fin, cada una de estas redes tienen un propósito distinto, aunque recientemente la red social *Facebook*[40] ha implementado dentro de sus plataformas nuevos productos para conseguir mayores ganancias.[41] Se debe tener en cuenta que las redes sociales cambian constantemente para ofrecer a sus usuarios nuevas experiencias.

---

[30] *Id*.

[31] *Facebook Statistics & Facts*, STATISTA, https://www.statista.com/topics/751/facebook/ (última visita 12 de mayo de 2019).

[32] *Veáse* Lillian Agosto, *5 hallazgos principales del uso de Internet en Puerto Rico*, THEMEDIASCOOP (8 de mayo de 2017), https://www.themediascoop.com/blog/2017/5/8/5-hallazgos-principales-del-uso-de-internet-en-puerto-rico. / (última visita 12 de mayo de 2019).

[33] *FAQs*, INVESTOR FB, https://investor.fb.com/resources/default.aspx (última visita 12 de mayo de 2019).

[34] *Id*.

[35] James Grimmelmann, *Saving Facebook,* 94 IOWA L. REV. 1137, 1142 (2009).

[36] *Id*. en la pág. 1141.

[37] *¿Qué es la información pública? Servicio de Ayuda*, FACEBOOK, https://www.facebook.com/help/203805466323736?helpref=uf_permalink (última visita 12 de mayo de 2019).

[38] *Cuando publico algo, ¿cómo elijo quién lo puede ver? Servicio de Ayuda*, FACEBOOK, https://www.facebook.com/help/120939471321735?helpref=faq_content (última visita 12 de mayo de 2019).

[39] *¿Qué es la información pública?*, *supra* nota 37.

[40] Recientemente, la plataforma *Facebook* agregó a sus funciones dentro del *Marketplace* la sección de oferta de empleo. En esta nueva sección, las empresas pueden crear ofertas de trabajo en sus páginas oficiales, para que los usuarios de la red accedan a estas a través de *facebook.com/Jobs*. Con esta nueva expansión, *Facebook* busca competir con las redes especializada de profesionales.

[41] Alex Barredo, *Facebook lanza una nueva sección de oferta de empleo*, LAVANGUARDIA (16 de febrero de 2017), https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20170216/4273860135/facebook-empleo-ofertas-de-empleo-infojobs-linkedin-trabajo-paro.html.

Como consecuencia, estos cambios pueden afectar derechos individuales de las personas, de usarse incorrectamente la información personal de los usuarios. Por lo tanto, cada vez es más necesario crear límites legales sobre el uso que se pueda dar a la información de los usuarios de las redes sociales en el proceso de reclutamiento, máxime cuando será más común que los patronos puedan obtener información extrínseca de los candidatos que no esté relacionada con la ejecutoria efectiva del empleo.

C. Cybervetting: Definición, historia y riesgos

A través de las redes sociales, los usuarios publican una variedad de datos que en gran medida revela su identidad, cualidades, personalidad y aptitudes.[42] Por esta razón, numerosas compañías utilizan estas plataformas como herramienta para la selección de sus empleados.[43] La información provista en las redes sociales de los candidatos puede revelar a los reclutadores mayores detalles de la persona de los que pudieran obtener a través de solicitud de empleo, currículum o entrevista.[44] A esta práctica se le conoce como *cybervetting*.[45] Este concepto se refiere a la práctica de compañías de investigar a través de las redes sociales para obtener información sobre los candidatos a empleo.[46] La tendencia de las compañías de utilizar *cybervetting* es cada vez mayor. En un estudio realizado por la empresa *CareerBuilder* en el 2017, el 70% de las compañías indicaron que utilizan las redes sociales para seleccionar sus candidatos antes de contratarlo.[47]

En Puerto Rico, se está reproduciendo esta práctica. Un estudio sobre el reclutamiento y el *cybervetting* indicó que el 85.5% de los profesionales de recursos humanos no les informa a los candidatos que sus redes sociales serán examinadas como parte del proceso de reclutamiento.[48] Además, sostuvo que los

---

[42] *Véase* Pablo F. Burgueño, *Cómo usar Facebook en el trabajo y conservar el empleo*, PABLOFB (22 de febrero de 2012), https://www.pablofb.com/2012/02/como-usar-facebook-en-el-trabajo-y-conservar-el-empleo/.

[43] Marcos Hideyuki Yokoyama, *How social network sites (SNS) have changed the employer–employee relationship and what are the next challenges for human resource (HR)?,* 23 REV. DE GESTÃ 2, 3 (2006) (*disponible en* https://ac.els-cdn.com/S1809227616300017/1-s2.0-S1809227616300017-main.pdf?_tid=6a8bde3c-0e40-4d65-ad96-3a003c31e7ad&acdnat=1539792538_53a3af4b0e2486c72ce8f8676a465633).

[44] Mark Bannister et al., *Employer Use of Facebook and Other Social Media in Hiring*, 82 J. KAN. B. ASS'N 20, 21 (2013).

[45] Mikkelson, *supra* nota 4.

[46] *Id*.

[47] *Number of Employers Using Social Media to Screen Candidates at All-Time High*, CAREERBUILDER (15 de junio de 2017), http://press.careerbuilder.com/2017-06-15-Number-of-Employers-Using-Social-Media-to-Screen-Candidates-at-All-Time-High-Finds-Latest-CareerBuilder-Study.

[48] Michelle M. Meléndez Rodríguez, Reclutamiento Social y Cybervetting en una Muestra de Profesionales de Reclutamiento y Selección de Personal en Puerto Rico: Un Estudio Exploratorio-

factores de mayor preocupación sobre el *cybervetting* son la falta de veracidad de la información publicada y los riesgos legales.[49] De igual manera, profesionales del campo de recursos humanos han reconocido que, una vez se comienza a investigar, se adviene en conocimiento de "[c]riterios que no se pueden considerar al momento de reclutar, pero una vez expuestos a ellos, se tornan susceptibles para configurar un potencial caso de discrimen en el reclutamiento".[50]A continuación, se discutirán las protecciones contra el discrimen en el empleo en el proceso de reclutamiento y como el *cybervetting* produce riesgos de incurrir en prácticas prohibidas de discriminación en el ámbito laboral

III. Protección contra discrimen en el proceso de reclutamiento

A. Puerto Rico

i. Medidas estatutarias contra el discrimen en el empleo

El siguiente aspecto por tratar es el riesgo de incurrir en prácticas prohibidas de discriminación, al utilizar las redes sociales como método de verificación en los procesos de reclutamiento. El discrimen en el empleo se define como "la distinción en el trato que un patrono da a un empleado o grupo de empleados en materias que afectan la condición de su empleo, debido [a las causales de discrimen] o a cualquier otro motivo que no esté relacionado con su trabajo".[51] No obstante, esto no significa que el patrono no pueda discriminar en la selección del candidato adecuado.[52] Hay situaciones en las cuales no es ilegal discriminar.[53] Esto surge cuando una organización discrimina en busca del solicitante mejor cualificado y con experiencia necesaria para el puesto.[54]

En cuanto a la prohibición de discrimen, la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico "prohíbe expresamente el establecimiento de discrimen alguno por razón de raza, color, sexo, nacimiento, origen o condición social, ideas

---

Descriptivo 25 (mayo, 2017) (tesis M.S sin publicar., Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico) (*disponible en* http://www.shrmpr.org/wp-content/uploads/2018/01/Resultados-Tesis-Michelle-Melendez-PUCPR.pdf).

[49] *Id*. en la pág. 26.

[50] Pizarro García, *supra* nota 7.

[51] II CHARLES ZENO SANTIAGO Y VÍCTOR M. BERMÚDEZ PÉREZ, TRATADO DE DERECHO DEL TRABAJO 2 (2014).

[52] *Id*.

[53] *Id*.

[54] *Id*.

políticas o religiosas".[55] A su vez, el 30 de junio de 1959, la Asamblea Legislativa de Puerto Rico promulgó la *Ley Contra el Discrimen en el Empleo* (en adelante *Ley Núm. 100*).[56] Esta ley prohíbe el discrimen en el ámbito obrero-patronal:

> [P]or razón de edad, raza, color, sexo, orientación sexual, identidad de género, origen social o nacional, condición social, afiliación política, o ideas políticas o religiosas, o por ser víctima o ser percibida como víctima de violencia doméstica, agresión sexual o acecho, o por ser militar, ex-militar, servir o haber servido en las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos o por ostentar la condición de veterano.[57]

Además, "[t]odo patrono que [. . .] deje de emplear o rehúse emplear o reemplear a una persona, o limite o clasifique sus empleados en cualquier forma que tienda a privar a una persona de oportunidades de empleo", por las causales antes mencionadas incurrirá en responsabilidad civil.[58] Dicha ley ha sido enmendada a través de los años para atemperarse a las nuevas modalidades de discrimen, reafirmándose su objetivo principal de proveer un mecanismo de protección para los trabajadores y aspirantes a empleo.[59]

Desde la aprobación de la Constitución del Estado Libre Asociado, en Puerto Rico se ha desarrollo bastante legislación laboral.[60] Esta incluye: la *Ley Contra el Discrimen por Razón de Sexo*,[61] que prohíbe que por razón de sexo un patrono suspenda, rehúse emplear, despida o discrimine; la *Ley de Protección de Madres Obreras*,[62] que garantiza a las madres obreras a no ser discriminadas por el estado de embarazo; la *Ley para Prohibir el Hostigamiento Sexual en el Empleo*,[63] que expone al hostigamiento sexual como una modalidad de discrimen por razón de sexo; la *Ley que Prohíbe el Discrimen Contra las Personas con Impedimentos*

---

[55] Rosario v. Toyota, 166 DPR 1, 7-8 (2005) (sentencia) (Rebollo López, opinión de conformidad) (*citando a* CONST. PR art. II, §1).

[56] Ley de contra el Discrimen en el Empleo, Ley Núm. 100 de 30 de junio de 1959, 29 LPRA §§ 146-151 (2017).

[57] *Id*. § 146.

[58] *Id.*

[59] II ZENO SANTIAGO Y BERMÚDEZ PÉREZ, *supra* nota 51, en las págs. 44-45.

[60] I CHARLES ZENO SANTIAGO Y VÍCTOR M. BERMÚDEZ PÉREZ, TRATADO DE DERECHO DEL TRABAJO 25 (2003).

[61] Ley Contra el Discrimen por Razón de Sexo, Ley Núm. 69 del 6 de julio de 1985, 29 LPRA §§ 1321-1341 (2017).

[62] Ley de Protección de Madres Obreras, Ley Núm. 3 del 13 de marzo de 1942, 29 LPRA §§ 467-474 (2017).

[63] Ley para Prohibir el Hostigamiento Sexual en el Empleo, Ley Núm. 17 del 22 de abril de 1988, 29 LPRA §§155- 155m (2017).

Físicos, Mentales o Sensoriales,[64] que protege contra el discrimen por impedimento físico; la *Ley Sobre Despido Injustificado*,[65] que aunque no aplica en el proceso de reclutamiento, regula la indemnización por despido sin justa causa para desalentar la incidencia de despido.[66] Por todo esto, se puede concluir que en Puerto Rico existe una política pública con un alto interés en proteger a los trabajadores.

ii. Regulaciones contra el discrimen en el proceso de reclutamiento

Con el fin de implementar la Ley Núm. 100 y desalentar el discrimen contra los empleados y aspirantes a empleo, la Legislatura creó la Unidad Anti-Discrimen y estableció el procedimiento para una reclamación por discrimen a tenor con la Ley.[67] De igual manera, en su Artículo 17, esta ordena a los patronos a mantener un récord apropiado sobre sus prácticas de reclutamiento.[68] Cabe resaltar que este reglamento indica que cualquier indagación sobre "la identidad racial, ideológica, afiliación política**,** sexo, edad o sobre el origen, matrimonio e impedimento físico y mental de un empleado(a) o miembro de una organización laboral, según fuere el caso, es por este medio desalentada y se podrá considerar tal indagación como evidencia de discrimen *prima facie*".[69]

En cuanto a las leyes antes mencionadas, el Tribunal Supremo de Puerto Rico (en adelante, *TSPR*) se ha expresado en un sinnúmero de ocasiones.[70] En relación con la Ley Núm. 100, se ha indicado que al interpretar su alcance debe hacerse de una manera más favorable a los trabajadores que han sido víctimas de actuaciones

---

[64] Ley que Prohíbe el Discrimen Contra las Personas con Impedimentos Físicos, Mentales o Sensoriales, Ley Núm. 44 del 2 de julio de 1985, 1 LPRA §§ 501-511b (2016).

[65] Ley Sobre Despido Injustificado, Ley Núm. 80 de 30 de mayo de 1976, 29 LPRA §§ 185a-185m (2017).

[66] I ZENO SANTIAGO Y BERMÚDEZ PÉREZ, *supra* nota 60, en la pág. 35 (*discutiendo a* 29 LPRA §§ 185a-185m).

[67] DTRH, Reglamento General de la Unidad Anti-Discrimen, Núm. 6236 (21 de noviembre de 2000), http://app.estado.gobierno.pr/ReglamentosOnLine/Reglamentos/6236.pdf.

[68] *Id*.

[69] *Id*.

[70] *Véase* Guardiola Álvarez v. Depto. de la Familia, 175 DPR 668, 683-84 (2009) (*discutiendo* discrimen en la modalidad de discapacidad); S. L. G. Afanador v. Roger Electric Corp., Inc., 156 DPR 651 (2002), (*discutiendo* discrimen en la modalidad de hostigamiento sexual); Belk Arce v. Martínez, 146 DPR 215 (1998), (*discutiendo* discrimen en el empleo por razón de matrimonio); García Meléndez v. Mun. de Arroyo, 140 DPR 750 (1996), (*discutiendo* discrimen contra empleados transitorios); Santini Rivera v. Serv. Air Inc., 137 DPR 1 (1994) (*discutiendo* discrimen por razón de origen nacional); Rivera Aguila v. K-mart, 123 DPR 599 (1989) (*discutiendo* discrimen contra mujer embarazada); Báez Cancel v. Rivera Pérez, 100 DPR 982 (1972) (*discutiendo* discrimen por motivo de creencias políticas).

discriminatorias e injustificadas por parte del patrono, tanto en el empleo como en el proceso de reclutamiento.[71] Sin embargo, se debe hacer un *adecuado balance* entre las protecciones de los empleados y el valor e interés patronal.[72] No obstante, la mayoría de la discusión sobre el discrimen en el empleo es en el contexto de despido, no en el proceso de reclutamiento.

En *Rosario v. Toyota*, el TSPR revisó una sentencia del Tribunal de Apelaciones sobre una causa de acción por discrimen en el proceso de reclutamiento.[73] El demandante alegaba discrimen por sus convicciones criminales previas, como modalidad de la causal de discrimen por condición social.[74] Luego del proceso de entrevista, el coordinador de recursos humanos de la empresa le indicó a Rosario que cumplía con todos los requisitos para ocupar el puesto de chófer.[75] Posteriormente, se le informó que debía hacerse las pruebas de dopaje, además debía tramitar el *certificado de buena conducta*.[76] Al entregarlo, constataba una convicción de más de 20 años, en ese momento el oficial de la empresa le indicó que debía paralizarse los trámites de empleo.[77] Más tarde, se le notificó que la empresa tenía una política pública de no reclutar o emplear personas con antecedentes penales.[78] En este caso, se le negó el puesto de chofer al demandante por convicciones que constan en su certificado de antecedentes penales.[79] En la revisión, el TSPR quedó dividido en su decisión, por lo que se confirmó el dictamen del foro apelativo.[80]

La opinión de conformidad del Juez Rebollo concluyó que la condición de ex convicto es un tipo de discrimen por condición social protegida por la Constitución.[81] Además, que a luz de la Carta de Derechos debía "interpretarse las alegaciones lo más liberalmente posible a favor del demandante".[82] No obstante, la protección contra el discrimen laboral por antecedentes penales no es ilimitado, se deben considerar varios factores.[83] Entre estos se encuentran: (1) *la relación entre el delito cometido;* (2) *el empleo solicitado, y* (3) *los requisitos y responsabilidades*

---

[71] *Véase* Díaz v. Wyndham Hotel Corp., 155 DPR 364, 381-82 (2001).

[72] *Id*.

[73] Rosario v. Toyota, 166 DPR 1, 1-2 (2005) (sentencia) (Rebollo López, opinión de conformidad).

[74] *Id*. en la pág. 4.

[75] *Id*. en la pág. 4.

[76] *Id*. en las págs. 4-5.

[77] *Id*.

[78] *Id*.

[79] *Id*. en las págs. 45-47.

[80] *Id*. en la pág. 2.

[81] *Id*. en la pág. 22.

[82] *Id*. en la pág. 7.

[83] *Id*. en las págs. 28-29.

que el trabajo conlleva.[84] Por tanto, el patrono debe sopesar, bajo el *criterio de razonabilidad*, los factores allí mencionados previo a descalificar a un solicitante por convicciones previas.[85]

Aunque la controversia de esta sentencia giraba en determinar si negar un empleo por condición de ex convicto era discrimen por condición social,[86] demuestra la existencia de protecciones laborales de los candidatos a empleos en el proceso de reclutamiento.[87] Además, entre los factores que utilizan para examinar si a un individuo se le puede negar empleo por antecedentes criminales, se confirmó la importancia de que la información que se obtenga con la verificación de empleo –en este caso los antecedentes penales– tenga una la relación con la posición que se solicita.[88] En ese caso la empresa utilizó una convicción de homicidio que era muy remota y no tenía ninguna relación con la ejecución efectiva del trabajo de chofer. Por tanto, recomendamos que ante cualquier controversia sobre la metodología de verificación de empleo –redes sociales, la aquí pertinente– y el uso que le dé el patrono –cualquier reclutador– debe haber una relación entre la información que se obtenga y la ejecución del empleo que solicita el candidato.

B. Estados Unidos

i. Medidas estatutarias contra el discrimen en el empleo

La Constitución de los Estados Unidos expone: "Los ciudadanos de cada estado tendrán derecho en los demás a todos los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de estos".[89] Dicha disposición constitucional es la Cláusula de Privilegios e Inmunidades que regula las relaciones interestatales.[90] Esta se caracteriza por

---

[84] *Id*. en la pág. 28:

> 1) la naturaleza y gravedad del delito cometido; (2) la relación entre el delito cometido, el empleo solicitado, y los requisitos y responsabilidades que el trabajo conlleva; (3) el grado de rehabilitación del solicitante y cualquier información que el solicitante o un tercero pueda legítimamente brindar al respecto; (4) las circunstancias bajo las cuales se cometió el delito, incluyendo circunstancias atenuantes o particulares existentes al momento de la comisión del mismo; (5) la edad del solicitante al cometer el delito; (6) el tiempo transcurrido entre la convicción y la solicitud de empleo; y (7) el interés legítimo del patrono en proteger la propiedad, la seguridad y bienestar propio, de terceros o del público en general.

[85] *Id*.

[86] *Id*. en la pág. 4.

[87] *Id*. en la pág. 24.

[88] *Id*. en las págs. 28-29.

[89] CONST. EE. UU. art. IV, § 2, cl. 1 (*traducción disponible en La Constitución de los Estados Unidos de América 1787*, NATIONAL ARCHIVES (16 de abril de 2018), https://www.archives.gov/espanol/constitucion).

[90] I ZENO SANTIAGO Y BERMÚDEZ PÉREZ, *supra* nota 60, en la pág. 5.

prevenir que un estado discrimine contra ciudadanos no residentes.[91] De igual forma, las enmiendas a la Constitución Federal protegen a los individuos contra la interferencia indebida del gobierno en su vida, libertad y propiedades.[92] Algunas de estas protecciones son: el derecho al debido proceso de ley, el derecho a la igual protección de leyes y el derecho a los privilegios e inmunidades de una ciudadanía nacional.[93] A la luz de estos preceptos constitucionales y los desarrollos históricos en la nación norteamericana, surge el *Title VII of the Civil Rights Act* (en adelante *Título VII*).[94] Este estatuto federal prohíbe la discriminación en varias áreas, entre ellas el ámbito laboral.[95]

El Título VII prohíbe a los patronos que se nieguen a emplear por razón de raza, color, religión, sexo u origen nacional, entre otras razones.[96] De igual forma, esta ley tuvo una progenie de estatutos federales sobre diversas prohibiciones de discriminación en el ámbito obrero-patronal. Algunas de ellas son: la *Age Discrimination in Employment Act,*[97] que prohíbe que se niegue a emplear a una persona por su edad, y la *Americans with Disabilities Act,*[98] que prohíbe a los patronos discriminar en procedimiento de selección de empleo por motivo de las discapacidades allí reconocidas.

ii. Regulaciones contra el discrimen en el proceso de reclutamiento

La entidad encargada de hacer cumplir las leyes y regulaciones contra el discrimen en el ámbito federal es la Comisión para la Igualdad de Oportunidades (en adelante *EEOC*, por sus siglas en inglés).[99] La EEOC es la encargada de publicar guías de cumplimiento para los patronos y organizaciones laborales, esto incluye las guías del proceso de reclutamiento.[100] Como regla general, estas guías establecen que en el proceso de reclutamiento la información solicitada y obtenida debe limitarse a aquellos aspectos que sean esenciales para determinar la cualificación del candidato.[101] Además, indican que no se debe utilizar información

---

[91] *Id.*

[92] *Id.*

[93] *Id*. (*discutiendo a* CONST. EE. UU. enm. IV).

[94] Title VII of the Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C.A. § 2000e-2 (2012).

[95] *Véase* I ZENO SANTIAGO Y BERMÚDEZ PÉREZ, *supra* nota 60, en la pág. 8.

[96] *Véase* 42 U.S.C.A. § 2000e-2.

[97] Age Discrimination in Employment Act, 29 U.S.C.A. §§ 621-34 (2006).

[98] The Americans with Disabilities Act, 42 U.S.C.A. § 12112 (2013).

[99] EQUAL EMPL. OPPORTUNITY COMM'N, Laws & Guidance**,** https://www.eeoc.gov/laws/index.cfm, (última visita 16 de marzo de 2019) (traducción suplida). Estas guías no son mandatorias, pero son altamente persuasivas.

[100] *Id*.

[101] *Id*.

sobre las causales de discriminación, como por ejemplo: raza, sexo, nacionalidad, edad y religión; estas son irrelevantes para la determinación.[102] De igual manera, se prohíbe hacer preguntas explícitas a los candidatos sobre impedimentos o discapacidades.[103] Los patronos pueden hacer consultas previas sobre el candidato que indiquen estos rasgos. Sin embargo, de la misma manera, estas investigaciones pueden utilizarse para probar el discrimen.[104] Por estas razones, los patronos deben evitar prácticas que puedan ser discriminatorias, a menos que esté justificado por algún propósito comercial.[105] Por otro lado, los patronos no deben solicitar fotografías a un solicitante, a no ser que sea necesario para fines de identificación luego que se haga la oferta de empleo.[106] A modo de ejemplo, un patrono no puede preguntar: sobre antecedentes penales; cuestiones religiosas; lugar de nacimiento; origen nacional; estado civil, número y edad de los hijos; el trabajo del cónyuge; la altura y el peso del solicitante, salvo que se cumpla con algunas de las excepciones reconocidas.[107]

De igual forma, la *EEOC* establece en sus guías las pruebas y procedimientos que son lícitos en los procedimientos de selección de empleados.[108] En esta guía se reconocen un sinnúmero de pruebas y procedimientos. Estas pueden incluir pero no se limitan a: pruebas cognitivas, pruebas de personalidad, exámenes médicos, verificaciones de crédito y verificación de antecedentes penales.[109] Estas son para determinar si el aspirante es la persona mejor calificada para el puesto.[110] Sobre este asunto, en *Griggs v. Duke Power Co*., el Tribunal Supremo de Estados Unidos (en adelante, *TSEU*) determinó que un requisito solicitado por una empresa en el procedimiento de reclutamiento era discriminatorio, porque no se relacionaba con la ejecutoria efectiva del trabajo y el requisito tenía un efecto adverso sobre una clase protegida.[111] Se trataba de un grupo de afroamericanos que solicitaron trabajo en la empresa y que fueron denegados porque no cumplían con el requisito de poseer un diploma de escuela superior.[112] Las alegaciones de los demandantes fueron que el

---

[102] EQUAL EMPL. OPPORTUNITY COMM'N, Prohibited Employment policies/ Practices, https://www.eeoc.gov/laws/practices/#pre-employment_inquiries, (última visita 28 de abril de 2019) (traducción suplida).

[103] *Id*.

[104] *Id*.

[105] *Id*.

[106] *Id*.

[107] Bannister, et al., *supra* nota 44 (traducción suplida). Entre las excepciones reconocidas se encuentran: esté relacionado con los requisitos y ejecución del empleo, se realice con todos los solicitantes, etc.

[108] Employment Tests and Selection Procedures, EEOC, https://www.eeoc.gov/policy/docs/factemployment_procedures.html (última visita 2 de mayo de 2019).

[109] *Id*.

[110] *Id*.

[111] *Véase* Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424, 434-36 (1971).

[112] *Id*. en las págs. 425-26.

requisito era discriminatorio, ya que, discriminaba contra los miembros de una clase protegida y la prueba no se relacionaba con la ejecutoria de efectiva del trabajo.[113] El tribunal aquí falló a favor de los demandantes y se estableció dos principios sobre la discriminación ilegal:

> 1) La discriminación patronal no tiene que ser intencional para estar presente y ser ilegal; 2) Las prácticas de selección para el empleo tienen que estar relacionadas con el trabajo; los patronos tienen el peso de la prueba para demostrar que los requisitos exigidos se relacionan con este o constituyen una necesidad del negocio.[114]

C. Discrimen por contenido de redes sociales

Hasta el momento ni el TSPR ni el TSEU han interpretado la posibilidad de discrimen en el proceso de reclutamiento por la práctica del *cybervetting*. Tampoco se ha legislado para crear una política pública sobre este tipo de práctica. En cambio, profesionales y expertos en el proceso de reclutamiento han sostenido que el uso del *cybervetting* es una nueva tendencia en Puerto Rico.[115] Además, han reconocido que una vez se comienza se adviene en conocimiento de "[c]riterios que no se pueden considerar al momento de reclutar, pero una vez expuestos a ellos, se tornan susceptibles para configurar un potencial caso de discrimen en el reclutamiento".[116]

Como se mencionó al inicio de la discusión, hay cierta información en las redes sociales que siempre va a ser pública como son la *edad, idioma, país, nombre, sexo, foto de perfil y portada*.[117] Según las guías de la EEOC, un patrono no debe hacer ciertas preguntas relacionadas con las causales prohibidas de discriminación.[118] La realidad es que al hacer una búsqueda sobre una persona en las redes sociales efectivamente se obtendría información que está protegida por los estatutos laborales. Por ejemplo, las guías establecen que no se puede preguntar sobre el estado civil del solicitante,[119] que a su vez es una causal de la Ley Núm. 100. Sin embargo, el patrono, sin tener que preguntar directamente a la persona, podría obtener la información a través del perfil de *Facebook* del solicitante. De modo que, de no seleccionar a la persona por razón de este contenido, el patrono

---

[113] *Id*. en la pág. 427.

[114] I ZENO SANTIAGO Y BERMÚDEZ PÉREZ, *supra* nota 60 en las págs. 2-3 (*discutiendo a* Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971)).

[115] Pizarro García, *supra* nota 7.

[116] *Id*.

[117] *¿Qué es la información pública?*, *supra* nota 37.

[118] Pate, *supra* nota 5, en la pág. 140.

[119] Bannister, et al., *supra* nota 44, en la pág. 23 (traducción suplida).

incurriría en una práctica prohibida de discrimen.

Por otra parte, los patronos son libres de escoger a los empleados que mejor llenen la posición. A su vez, las disposiciones laborales le permiten el uso de un sinfín de pruebas para que estos tengan las mayores garantías de conseguir a la persona de su preferencia.[120] No obstante, estas pruebas deben estar relacionadas con la ejecución del trabajo.[121] Es por ello que, ante una reclamación de discrimen en el proceso de reclutamiento, el tribunal debe realizar un *adecuado balance* con los valores e intereses del patrono.[122]

En ese ejercicio se deben considerar factores tales como: la relación del uso del contenido en las redes sociales generales con el empleo solicitado, los requisitos y responsabilidad de la ocupación, entre otros. Un patrono no debe descalificar a un candidato a empleo por información o contenido en su perfil de redes sociales, a menos que dicha información esté relacionada con la ejecutoria efectiva del trabajo o las necesidades del negocio. Sin embargo, son pocas las posiciones laborales donde sería necesario investigar las redes sociales generales como *Facebook*, por la mínima relación que podría tener con la ejecutoria efectiva de este.[123] Por ello, ante una reclamación de discrimen por el uso del *cybervetting*, la balanza debe inclinarse en beneficio del candidato discriminado, a menos que el patrono pueda demostrar que la información obtenida de esta estaba relacionada con la ejecutoria del trabajo. No obstante, en la actualidad, no existe ningún estatuto que restrinja el uso de las redes sociales en el proceso de reclutamiento.[124]

En resumen, a falta de un precedente o legislación clara sobre el uso del *cybervetting*, los patronos podrían utilizar la información de las redes sociales de los candidatos de manera caprichosa y arbitraria. Así mismo, podrían incurrir en prácticas discriminatorias, de las cuales habría poca probabilidad que los candidatos puedan protegerse. De manera que, si el patrono no lleva un récord apropiado sobre el proceso de reclutamiento del candidato, este último nunca podrá demostrar que fue discriminado.[125] Como consecuencia, las protecciones laborales contra el discrimen se tornarán inoperantes.

Por esto, en lugar de utilizarse redes sociales generales, como *Facebook*, los patronos u organizaciones laborales solamente deberían utilizar redes sociales

---

[120] EQUAL EMPL. OPPORTUNITY COMM'N, Laws & Guidance**,** https://www.eeoc.gov/laws/index.cfm, (última visita 28 de abril de 2019) (traducción suplida).

[121] *Véase* Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971).

[122] *Veáse* Rosario v. Toyota,166 DPR 1 (2005) (sentencia).

[123] *Véase infra* Parte VI.

[124] Pate, *supra* nota 5, en la pág. 134.

[125] *Véase* Maritza Soto, *Impacto de Facebook™ y otras redes de comunicación social en los procesos de reclutamiento y otros asuntos de recursos humanos en el ámbito laboral,* 4 REV. CRIT. 113 (2009).

específicas para buscar empleados, como *LinkedIn*.[126] Además, se debe considerar que en Puerto Rico se vive una gran crisis económica y la práctica del *cybervetting* podría limitar a los ciudadanos profesionales el acceso a un empleo digno, por publicaciones que no son hechas para propósitos laborales y tienen poca relación con la ejecutoria efectiva del trabajo.

IV. Proyectos de leyes y medidas análogas sobre métodos de verificación de empleo

A. Puerto Rico

En cuanto al *cybervetting* en el procedimiento de reclutamiento, en Puerto Rico no existe ninguna ley o reglamentación que regule el proceso. Tampoco existe ningún estatuto que prohíba el uso de las redes sociales en el proceso de reclutamiento. No obstante, en Puerto Rico se ha legislado para la creación de diversos sistemas de información gubernamentales en los cuales los patronos pueden obtener certificaciones o información, para el proceso de selección de sus empleados.[127] Algunos de estos sistemas tienen propósitos particulares relacionados con la ejecución efectiva del trabajo. A modo de ejemplo, se trae a la discusión el *Puerto Rico Background Check Program*.

La legislatura de Puerto Rico adoptó un reglamento para proveer un sistema de verificación de credenciales profesionales e historial delictivo de potenciales proveedores de servicios y trabajadores que tendrán acceso directo a poblaciones de niños, ciudadanos de edad avanzada y personas con impedimentos.[128] Este sistema tiene como fin prevenir el maltrato o abuso físico o sexual contra niños y envejecientes en instalaciones de cuidado.[129] Con la creación de una plataforma, llamada *Puerto Rico Background Check Program* (en adelante *PRBCP*), los proveedores de ese tipo de servicios pueden verificar el historial delictivo de cualquier candidato.[130] El reglamento cuenta con un procedimiento estructurado

---

[126] Véase Cameron R. Lile, Organizational Use of Social Networking in Employment Actions (mayo, 2015) (**M.S. Theses & Specialist Projects,** Paper 1457**,** Western Kentucky University) (*disponible en* https://digitalcommons.wku.edu/theses/1457) (*proponiendo* utilizar redes sociales dirigidas al contexto laboral como es *LinkedIn*).

[127] *Véase* Ley para Autorizar a la Policía de Puerto Rico la Expedición de Certificados de Antecedentes Penales, Ley Núm. 254 de 27 de Julio de 1974, 34 LPRA §§ 1725 -1725e (2016).

[128] Depto. Salud, Reglamento del Sistema Integrado de Credenciales e Historial Delictivo del Departamento de Salud, Núm. 9030 (27 de junio de 2018) http://www.salud.gov.pr/Estadisticas-Registros-y-Publicaciones/Reglamentos/REGLAMENTO%20Puerto%20Rico%20Background%20Check%20Program.pdf.

[129] *Id*.

[130] *Id*.

entre el proveedor, la agencia y el candidato.[131] A este último se le comunicará el resultado del proceso detalladamente en un informe y tendrá derecho a solicitar revisión.[132] Por tanto, este programa le ofrece a los patronos en Puerto Rico una herramienta que: es poco onerosa, –un formulario a través del portal web–, protege la información de todas las partes en el proceso, –el candidato acudirá a brindar su información y la misma podrá ser revisada–, y asegura que la información está vinculada con la ejecutoria del empleo –aplica a cualquier persona o proveedor que aspire a trabajar en el cuidado de niños o envejecientes–.[133] Este tipo de programa le provee a los patronos un mecanismo para que este sea diligente en el proceso de selección de sus empleados con información relevante con la ejecución del trabajo, en contraste a la búsqueda de los candidatos a través de sus redes sociales generales.

Por otra parte, en el año 2010 hubo un intento por parte de la legislatura de crear un Código Cibernético.[134] En la exposición de motivos de este proyecto se reconocía el derecho a la intimidad en los centros de trabajo y como este se ve amenazado cada vez más por la apertura del Internet.[135] Con este proyecto de ley se buscaba responder a las necesidades de proteger a la ciudadanía frente a los grandes riesgos que trae consigo el uso ilimitado y alcance del internet.[136] No obstante, este proyecto no ha sido aprobado. Entre las razones por las cuales no ha sido aprobado el proyecto de ley es porque presenta lagunas e incongruencias en su redacción con los derechos fundamentales de los individuos.[137] Sin embargo, se reconoce la necesidad de revisar esta propuesta de ley para armonizar sus disposiciones con los derechos fundamentales de las personas y así adoptar legislación de vanguardia en Puerto Rico.[138]

En cuanto a legislación sobre métodos de verificación de empleo, en el 2018 el Senador Carmelo Ríos radicó una medida en el Senado que busca prohibir que los patronos utilicen el informe crediticio de los trabajadores o aspirantes a puestos de trabajo como un criterio a la hora de su evaluación.[139] Este proyecto se radicó por motivo de que, en muchas ocasiones, esta práctica ha provocado que personas cualificadas en los puestos no sean consideradas por ostentar una puntuación baja

---

131 *Véase Id.* art. IX.

132 *Id*.

133 *Id*.

134 Cyber Code of 2010, P. de la C. 2408, 16ta Asamblea Legislativa, 3ra Sesión Ordinaria (2010).

135 *Id*. en la pág. 5.

136 *Véase* Héctor J. Del Río Jiménez, *Análisis del Cyber Code 2010,* INFORMÁTICAJURÍDICA.COM (1 de enero de 2015), http://www.informatica-juridica.com/anexos/analisis-del-cyber-code-2010/.

137 *Id.*

138 *Id.*

139 *Prohibirían que el informe de crédito se utilice para calificar a empleado*, ELNUEVODIA.COM (31 de octubre de 2018), https://www.elnuenvodia.com/noticias/locales/nota/prohibirianqueelinformedecreditoseutiliceparacalificaraempleados-2456533/.

en la empírica de su crédito.[140] La medida del Senador procura que no se pueda despedir, negar beneficio o compensación, ascenso o empleo a los trabajadores que tengan problemas con su crédito.[141] De convertirse en ley, los patronos que la violen enfrentarían multas que entre $1,000 a $2,500.[142] Por otro lado, varios estados como California, Colorado, Connecticut, Delaware, Hawaii, Illinois, Maryland, Nevada y Washington han regulado esta práctica.[143] Al igual que la propuesta presentada en la Parte VI, que busca garantizar que ninguna persona sea discriminada por sus publicaciones en redes sociales generales, esta medida hace lo propio para que, al momento solicitarse un empleo, ninguna persona sea discriminada por no poseer una buena puntuación crediticia.[144]

B. Estados Unidos

En los Estados Unidos los asuntos relacionados con la tecnología y la información de personas privadas han sido concebidos como un asunto de libre competencia y los derechos de los consumidores.[145] Por ello, no existe una ley general que regule este asunto, sino que ha sido por sectores que han surgidos leyes sobre la protección de datos.[146] Algunos estados han desarrollado mayores regulaciones de protección a los consumidores y su información personal.[147]

El organismo regulador federal en materia de competencia, la *Federal Trade Commission* (en adelante *FTC*), en la última década ha ocupado un papel protagónico en la defensa de los consumidores.[148] Esta agencia, por la amplitud del *consumer report*[149] en el *Fair Credit Reporting Act* (en adelante *FCRA*),[150]

---

[140] *Id*.

[141] *Id*.

[142] *Id*.

[143] *Id.*

[144] *Radican medida para evitar que patronos utilicen informes de crédito para dar empleo*, ELVOCERO.COM (31 de octubre de 2018), https://www.elvocero.com/gobierno/radican-medida-para-evitar-que-patronos-utilicen-informes-de-cr/article_27b4707c-dd15-11e8-9cb3-eb5516fc3437.html.

[145] AMAYA NOAIN SÁNCHEZ, LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD Y VIDA PRIVADA EN INTERNET: LA INTEGRIDAD CONTEXTUAL Y LOS FLUJOS DE INFORMACIÓN EN LAS REDES SOCIALES (2004- 2014) 98 (2016).

[146] *Id.* en las págs. 98-99.

[147] *Id*.

[148] *Id*. en la pág. 100.

[149] The Fair Credit Reporting Act, 15 U.S.C.A. § 1681a(d)(1) (2009):

> *[A]ny written, oral, or other communication of any information by a consumer reporting agency bearing on a consumer's credit worthiness, credit standing, credit capacity, character, general reputation, personal characteristics, or mode of living which is used or expected to be used or collected in whole or in part for the purpose of serving as a factor in establishing the consumer's eligibility for . . . employment purposes.*

[150] 15 U.S.C.A. §§ 1681-1681x (2009).

reconoce como fuentes legítimas para realizar investigación de verificación en el proceso de reclutamiento: reportes de crédito, historial de empleo, salarios, récord criminal e incluso *redes sociales*.[151] Sin embargo, dicho estatuto aplica solamente cuando es una compañía intermediaria o subcontratada la que realiza la verificación para empleo (*selling background reports*).[152] No obstante, se le exige a los patronos requerir un consentimiento informado de los futuros empleados, para obtener esta información.[153] Además, si a un candidato se le niega el empleo por el contenido del informe, se le debe proveer una copia y un documento que describa los derechos que le cobijan bajo la FCRA.[154]

A modo de ejemplo, para que se cumpla con este estatuto, en relación con *cybervetting* se le exige al patrono que: (1) le informe al solicitante su negación de contratar por la evaluación realizada por tercero, a través de las redes sociales; (2) le proporcione al candidato una copia sobre las publicaciones en las redes sociales que le fueron proporcionadas por un tercero; (3) le envíe una notificación al solicitante de sus derechos bajo la FCRA, y (4) le brinde al solicitante la oportunidad de explicar o refutar la información contenida en las publicaciones de las redes sociales antes de tomar una decisión final.[155] Ahora bien, si el patrono decide realizar *cybervetting* por su cuenta, sin involucrar a terceros, al candidato no le aplicarían las protecciones de la FCRA.[156]

Otra vertiente del uso de redes sociales en el proceso de reclutamiento, que ha provocado gran controversia en los Estados Unidos, es la práctica de solicitar a los posibles candidatos su nombre de usuario y contraseña como condición previa para ser considerado al empleo.[157] Este asunto llega por primera vez a la discusión jurídica a raíz de un incidente en el estado de Maryland. Donde a un agente del Departamento de Corrección se le exigió brindar su información de *Facebook* como requisito para ocupar un puesto de

---

[151] Lesley Fair, *The Fair Credit Reporting Act & social media: What businesses should know*, FED. TRADE COMM'N (23 de junio de 2011) https://www.ftc.gov/news-events/blogs/business-blog/2011/06/fair-credit-reporting-act-social-media-what-businesses.

[152] *Id.*

[153] 15 U.S.C.A. § 1681b (b) (2)(A).

[154] *Id.* §§ 1681b(b)(3)(A)(i), 1681b(b)(3)(A)(ii).

[155] Sherry D. Sanders, *Privacy is Dead: The Birth of Social Media Background Checks*, 39 S.U. L. REV. 243, 248 (2012) (*citando a* 15 U.S.C. § 1681).

[156] Fair, *supra* nota 151.

[157] Press Release, U.S. Senators Richard Blumenthal & Charles E. Schumer, Emp. demands for Facebook And Email passwords as precondition for job interviews may be a violation of Federal Law; Senators ask feds to investigate, (25 de marzo de 2012), (*disponible en* http://www.blumenthal.senate.gov/newsroom/press/release/blumenthal-schumer-employer-demands-for-facebook-and-email-passwords-as-precondition-for-job-interviews-may-be-a-violation-of-federal-law-senators-ask-feds-to-investigate).

supervisor.[158] Dicha exigencia era parte de la política de verificación del historial de los candidatos a empleo del Departamento. El fin era detectar afiliaciones con pandillas.[159] El Departamento suspendió la práctica luego de que el *American Civil Liberties Union* (en adelante *ACLU*) presentó una querella a nombre del agente y argumentó que la práctica violaba su privacidad.[160] Posteriormente, Maryland se convirtió en el primer estado en prohibir a los patronos pedir a los empleados o solicitantes de empleo el acceso a su perfil de redes sociales.[161] Otros estados han seguido el ejemplo. California y Luisiana, entre otros, han aprobado legislación para proteger a los solicitantes y empleados de tener que proporcionar sus contraseñas de las redes o dar acceso a sus cuentas.[162]

Por su parte, el 28 de abril de 2016, el Rep. Eliot L. Engel presentó al Congreso el proyecto de ley *Social Networking Online Protection Act*.[163] Este proyecto busca prohibir que los patronos y otras entidades puedan solicitar el nombre de usuario, contraseña u otros medios para acceder a cuentas de redes sociales personales de empleados o solicitantes a empleo.[164] Además, busca prohibir que los patronos discriminen de cualquier manera en contra de solicitantes porque no proporcionen dicha información.[165] Como remedio, el proyecto provee que cualquier patrono que viole las prohibiciones allí enunciadas estará sujeto a demandas civiles, acciones cautelares por parte del Departamento del Trabajo Federal, entre otros.[166] Actualmente, el proyecto está referido al *House Committee on Education and the Workforce*.[167]

---

[158] Catherine Ho, *Maryland becomes first state to prohibit employers form asking for Facebook logins*, THE WASHINGTON POST (3 de mayo de 2012) https://www.washingtonpost.com/blogs/capital-business/post/maryland-becomes-first-state-to-prohibit-employers-from-asking-for-facebook-logins/2012/05/03/gIQAsE1GzT_blog.html?noredirect=on&utm_term=.da06f76404ff.

[159] *Id*.

[160] *Id*.

[161] MD. CODE ANN., Lab. & Empl. § 3-712 (Lexis, through 2018 Regular Sess.).

[162] Lisa Guerin, *Can Employers Ask for Passwords to My Social Media Accounts?*, NOLO, https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/can-employers-ask-passwords-my-social-media-accounts.html (última visita 13 de mayo de 2019).

[163] Social Networking Online Protection Act, H.R. 5107, 114th Cong. (2016) (*disponible en* https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/5107/text).

[164] *Id*.

[165] *Id*.

[166] *Id*.

[167] Actions Overview of Social Networking Online Protection Act, H.R.5107, 114th Cong. (2015-2016) (*disponible en* https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/5107/all actions?overview=closed#tabs).

V. Posible impacto al derecho de intimidad con el uso del cybervetting

A. Derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad es altamente protegido en nuestra jurisdicción.[168] Por ello, ha habido varios intentos por parte del TSPR para darle contenido.[169] Sin embargo, no existe un consenso sobre el contorno y alcance del derecho a la intimidad.[170]

El derecho a la intimidad se manifiesta en diversas situaciones, como en el ámbito de las decisiones personales o los intereses de intimidad de mantener de manera confidencial información personal que se haya depositado en terceros o que está en nuestro poder o sobre nuestra persona.[171] Es por esto que el Juez Negrón García sugirió que el derecho a la intimidad no es una categoría cerrada, sino que debe ser lo suficientemente amplia para que se pueda invocar ante cualquier nuevo e inesperado desarrollo tecnológico y/o de costumbres.[172]

En la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico se reconoce expresamente el derecho a la intimidad en la sección 8 del artículo II. Esta dispone que "[t]oda persona tiene derecho a la protección de la ley contra ataques abusivos a su honra, vida privada o familiar".[173] Por otro lado, en la sección 1 del artículo II se establece, que "[l]a dignidad del ser humano es inviolable".[174] Ambos derechos gozan de la más alta protección en nuestro sistema de derecho.[175] A su vez, se considera que el derecho a la intimidad es inherente con la dignidad humana.[176] Por tal razón, este mandato de alta jerarquía constitucional exige que se limite la intervención de terceros, sean particulares o poderes públicos, en los ámbitos de la vida privada o familiar de las personas.[177]

---

[168] JOSÉ J. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, DERECHO CONSTITUCIONAL DE PUERTO RICO Y RELACIONES CONSTITUCIONALES CON LOS ESTADOS UNIDOS: CASOS Y MATERIALES 693 (2da ed. 2009) (*citando a* E.L.A v. Hermandad de Empleados, 104 DPR 436, 439-40 (1975)).

[169] *Id*. en la pág. 694 (*citando a* Sostre Lacot v. Echlin of P.R., Inc., 126 DPR 781, 792-94 (1990) (Negrón García, opinión disidente)).

[170] Sostre Lacot v. Echlin of P.R., Inc., 126 DPR 781, 793 (1990) (resolución) (Negrón García, voto disidente).

[171] Carlos E. Ramos González, *La inviolabilidad de la dignidad humana: lo indigno de la búsqueda de expectativas razonables de Intimidad en el Derecho Constitucional puertorriqueño* 45 REV. JUR. UIPR 185, 192 (2011).

[172] *Sostre Lacot*, 126 DPR en la pág. 794.

[173] CONST. PR art. II, § 8.

[174] CONST. PR art. II, § 1.

[175] López Tristani v. Maldonado, 168 DPR 838, 849 (2006).

[176] Ramos González, *supra* nota 171, en la pág. 192.

[177] *López Tristani*, 168 DPR en las págs. 849-51.

Por tanto, se puede definir el derecho a la intimidad como un componente de la personalidad, que le impone a todas las personas un deber de no inmiscuirse en la vida privada o familiar de las demás.[178] Sin embargo, este derecho no se concibe como absoluto.[179] De manera que, como la mayoría de los derechos, el derecho a la intimidad puede ser renunciado.[180] No obstante, el TSPR ha señalado que para que tal renuncia sea válida tiene que ser "patente, específica e inequívoca".[181] En otras palabras, "debe ser clara, voluntaria y efectuada con pleno conocimiento de causa".[182]

B. Derecho a la intimidad en la relación obrero-patronal

A lo largo de la historia del derecho puertorriqueño se ha extendido el derecho a la intimidad a distintos ámbitos de la vida privada. En *Colón Vda. de Rivera v. Romero Barceló* se reconoció que la protección a la vida privada por su primacía en el derecho opera *ex proprio vigore* y puede hacerse valer entre personas privadas.[183]Ahora bien, no fue hasta *Arroyo v. Rattan Specialties Inc.* que se resolvió que el derecho a la intimidad puede hacerse valer contra un patrono en la relación obrero-patronal.[184] En *Arroyo v. Rattan Specialties Inc*., a un ebanista, que trabajaba en la empresa *Rattan*, le solicitaron someterse a una prueba de polígrafo como requisito para conservar su trabajo, conforme al reglamento de normas disciplinarias de la empresa.[185] Al negarse a dicha prueba, fue suspendido de su empleo.[186] Ante esto, el TSPR tuvo que resolver si, en el contexto de la relación obrero-patronal, al empleado le cobijaba el derecho constitucional a la intimidad y a la dignidad humana, y si lo hacía por encima del derecho del patrono al disfrute de su propiedad garantizado por la sección 7 de la Carta de Derechos.[187]

Como se trataba de una prueba de polígrafo, se consideró que el patrono intervino en las áreas más preciadas del ser humano, su mente y sus pensamientos.[188] Por esta razón, se resolvió que hubo un impacto al derecho a la intimidad del empleado, ya

---

[178] Ramos González, *supra* nota 171, en la pág. 194 (*discutiendo a* López Tristani v. Maldonado, 168 DPR 838 (2006)).

[179] *López Tristani*, 168 DPR en la pág. 851.

[180] *Id*. en la pág. 855.

[181] P.R.T.C. v. Martínez Cardona, 114 DPR 328, 343 (1983).

[182] *López Tristani*, 168 DPR en la pág. 849 (*citando a* UTIER. v. AEE, 149 DPR 498 (1999); Pueblo v. Morales Romero, 100 DPR 436 (1972)).

[183] Colón Vda. de Rivera v. Romero Barceló, 112 DPR 573, 576 (1982).

[184] 117 DPR 35, 43 (1986).

[185] *Id*.

[186] *Id*.

[187] *Id*. en la pág. 43 (*discutiendo a* CONST. P.R. art. II, § 7).

[188] *Id*. en las págs. 60-61.

que no se demostró ninguna circunstancia especial o amenaza real a la seguridad nacional o grave peligro para el orden social, o algún otro interés apremiante.[189] De manera que, se declaró inconstitucional el reglamento de la empresa y, a su vez, se reconoció que al trabajador le cobijaba el derecho a la intimidad, integridad personal e inviolabilidad de la dignidad del ser humano en el empleo.[190] De igual manera, se indicó que, para proteger la propiedad del patrono, este debía optar por medios menos intrusivos.[191]

Posteriormente, el TSPR se enfrentó a una controversia sobre la constitucionalidad del sistema de vigilancia y videograbación en el área del trabajo.[192] En *Vega et. al. v. Telefónica*, unos empleados de la *Puerto Rico Telephone Company* (en adelante *PRTC*), alegaron que la instalación de un sistema de cámaras de seguridad en su lugar de trabajo violaba sus derechos a la intimidad y dignidad, entre otros.[193] Nuevamente se afirmó que el derecho a la dignidad e intimidad son oponibles contra un patrono privado.[194] A su vez, se reconoció que en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la intimidad es uno de alta jerarquía.[195] No obstante, se estableció que ante un ataque abusivo al derecho a la intimidad, hay que examinar las circunstancias de tiempo y lugar.[196] Es decir, como cuestión de umbral ante un reclamo de violación al derecho a la intimidad, se debe determinar si a la persona le abriga, dentro de las circunstancias del caso, una *expectativa razonable de intimidad*.[197] El examen de la expectativa a la intimidad consiste en dos criterios que deben concurrir: "(1) el *subjetivo*, mediante el cual el reclamante, según las circunstancias del caso, alberga una expectativa real de que su intimidad se respete, y (2) el *objetivo*, es decir, si la sociedad considera razonable tener tal expectativa".[198]

Por otra parte, se reconoció en este caso que un patrono privado, al igual que un patrono público, está obligado a respetar el derecho a la intimidad de sus empleados.[199] Sin embargo, se hizo una distinción a lo resuelto en *Arroyo v. Rattan Specialties Inc*.[200] Aquí se consideró que la situación era distinta, ya que, en aquella

---

[189] *Id*. en las págs. 61-63.

[190] *Id*. en la pág. 64.

[191] *Id*.

[192] Vega et. al. v. Telefónica, 156 DPR 584 (2002).

[193] *Id*. en las págs. 592-93.

[194] *Id*. en las págs. 600-01.

[195] *Id*. en la pág. 602.

[196] *Id*.

[197] E.L.A. v. P.R. Tel. Co.,114 DPR 394, 402 (1983) (*citando a* Katz v. U.S., 389 U.S. 347 (1967)).

[198] López Tristani v. Maldonado, 168 DPR 838, 852 (2006) (*citando a* Pueblo v. Santiago Feliciano, 139 DPR 360, 384 (1995)).

[199] *Vega*, 156 DPR en la pág. 603.

[200] *Id.* en la pág. 604 (*explicando* el examen del escrutinio estricto y los intereses apremiantes).

ocasión se trataba de una prueba de polígrafo que "interviene directamente con los pensamientos e ideas de la persona, los cuales gozan de una gran expectativa de intimidad", y en este caso era respecto a un sistema de vigilancia electrónica en el lugar del trabajo.[201] A pesar que al empleado le cobija una expectativa razonable de intimidad en el lugar del trabajo, se requiere hacer un adecuado balance entre el derecho del empleado a la intimidad y dignidad en el lugar de trabajo y del patrono a la protección de su propiedad.[202]

Como resultado, el TSPR determinó que el sistema de vigilancia no era inconstitucional per se, ya que se justificaba su uso con el propósito legítimo de proteger el equipo y seguridad, por su vital importancia en las telecomunicaciones.[203] No obstante, se determinó que es necesario analizar las circunstancias de cada caso, ya que los sistemas de vigilancia electrónica por su naturaleza o aplicación podrían conllevar una intromisión abusiva a la intimidad o dignidad del empleado.[204] Así mismo, se reconoció la necesidad de diseñar un reglamento para regular el uso y la información recopilada por los mecanismos.[205]

El lenguaje sobre el derecho a la intimidad en estos dos casos fue muy diferente. En el primero, se resolvió a base del impacto que tiene la violación al derecho de la intimidad sobre la persona.[206] El segundo fue sobre la expectativa razonable de intimidad que tienen los empleados en el ámbito laboral. En este artículo no se busca resolver cuál de estas dos metodologías es la adecuada ante una controversia del uso de las redes sociales en los procesos de reclutamiento. Aquí se busca establecer que, al utilizarse las redes sociales como metodología para la verificación de empleo, hay riesgo de impactar el derecho a la intimidad del solicitante.

C. Posible impacto al derecho a la intimidad con el uso del cybervetting

En el caso de los candidatos a empleo, cuando se trata de redes sociales generales, como *Facebook*, estos no publican su información con el propósito de que sea utilizado en un futuro por medio del *cybervetting* por un patrono. Las actividades más comunes de este tipo de redes sociales no se hacen con el fin de buscar o conseguir un empleo.[207] Particularmente, la red social general *Facebook*,

---

[201] *Id*.

[202] *Id.* en la pág. 607.

[203] *Id*. en las págs. 604, 609 (*aclarando* que el uso de mecanismo de vigilancia electrónica en el lugar de trabajo no constituye una intromisión impermisible en la intimidad).

[204] *Id*. en la pág. 609.

[205] *Id*. en la pág. 613.

[206] Ramos González, *supra* nota 171, en la pág. 201.

[207] *Most popular Facebook activities in the United States as of October 2017*, STATISTA, https://www.statista.com/statistics/275788/share-of-facebook-user-activities/ (última visita 13 de mayo de

al momento de un usuario hacer una publicación en esa plataforma, se le pregunta: *¿qué estás pensando*?[208] Por ello, muchas personas expresan sus ideas sobre temas relacionados con política, religión, cultura y otros temas.[209] Además, la mayoría de las comunicaciones allí realizadas son dentro de un contexto familiar y amistoso.[210]

Al utilizarse las redes sociales para obtener información de candidatos a empleos, el patrono, público o privado, auscultaría los pensamientos, la vida familiar, ideas políticas, entre otros aspectos del candidato. Por otro lado, según el estudio del *cybervetting* en Puerto Rico el 85.5% de los profesionales de reclutamiento no requieren a los candidatos un consentimiento informado sobre el uso de sus redes en estos procesos.[211] Tampoco cuenta la mayoría con políticas organizacionales sobre el uso de las redes sociales en la selección de personal.[212] En cuanto a las preocupaciones de las sociedad sobre el uso de la información de las redes sociales por compañías, en el estudio *Surveying the Digital Future* se encontró que el 89% de los encuestados tienen un grado de preocupación por su privacidad, dado a que su información personal pueda llegar al alcance de compañías para medir su comportamiento.[213]

En fin, la realidad de que la mayoría de los usuarios no publican su información en las redes con el propósito de que sea utilizado en su reclutamiento, la ausencia del consentimiento en los procesos de reclutamiento, las faltas de políticas sobre su uso y las preocupaciones de la sociedad en general sobre la privacidad en las redes nos llevan a concluir que en la práctica del *cybervetting,* el patrono podría impactar el derecho a la intimidad del candidato a empleo. Por tanto, se puede exponer a demandas por una causa de acción de violación al derecho a la intimidad en el uso de las redes sociales como método de verificación en el empleo.

VI. Regulación del cybervetting

En esta sección del artículo se propone establecer criterios que puedan servir de guía, tanto a los patronos en el desarrollo de reglamentación interna como para la

---

2019). Es preciso aclarar que las actividades más comunes que los usuarios ejecutan en la red social generales, como *Facebook* son: enviar mensajes privados a familiares y amistades; compartir fotos y videos; leer, ver o compartir noticias sobre el mundo; compartir mensajes positivos; comunicarse con grupos; seguir a celebridades o marcas; comprar o vender productos, entre otras.

[208] *Véase* FACEBOOK, https://www.facebook.com/.

[209] *FAQs*, *supra* nota 33.

[210] *Id*.

[211] Meléndez Rodríguez, *supra* nota 48, en la pág. 25.

[212] *Id*. en la pág. 41.

[213] Jeffrey I. Cole, et al., *The Digital Future Report Surveying the Digital Future*, UNIVERSITY OF SOUTHERN CALIFORNIA 87 (2017) (*disponible en* https://www.digitalcenter.org/wp-content/uploads/2013/10/2017-Digital-Future-Report.pdf).

creación de una ley. Esto, con el fin de evitar que los patronos incurran en prácticas prohibidas de discrimen y se expongan a demandas con el uso del *cybervetting*. Además, se pretende proveer a los candidatos a empleo acceso a la justicia ante una acción de discrimen por el uso de sus redes sociales generales como método de verificación en el proceso de reclutamiento laboral. Antes de la propuesta se presentan los elementos de esta y se contestan las interrogantes que se presentaron en la introducción para entrar en el contexto de la práctica del *cybervetting*.

A. Elementos de la propuesta

i. Práctica del cybervetting

Mariana, la oficial de Recursos Humanos, quién se cuestiona si la práctica del *cybervetting* como herramienta en la selección de candidatos a empleo es legal. La respuesta es que no existe ninguna ley que prohíba el uso de las redes sociales como mecanismo de verificación de empleo,[214] incluso la agencia FTC las ha reconocido como fuente legítima.[215] Sin embargo, este estatuto federal aplica solamente cuando hay una compañía intermediaria o subcontratada que realiza la verificación para empleo.[216] De igual manera, exige que los patronos soliciten un consentimiento informado de los candidatos y divulguen un informe.[217] Por otro lado, al utilizar las redes social de tipo general como es *Facebook, Instagram, Twitter*, entre otras, se podría impactar la intimidad de los candidatos, derechos constitucional altamente valorado en nuestro sistema jurídico.[218]

ii. El consentimiento informado y la reglamentación interna

Esto nos lleva a contestar otra interrogante de Mariana: si es necesario el consentimiento informado de los candidatos previo a realizar la búsqueda. Si se tratara de una compañía intermediaria en busca de información de los candidatos a través de las redes sociales la respuesta es que sí. [219] De ser el mismo patrono quien práctica el *cybervetting* no está obligado a solicitar consentimiento informado. De no hacerlo, podría exponerse a demandas por discrimen en el proceso de reclutamiento.

---

[214] Pate, *supra* nota 5, en la pág. 134 (a nivel Federal).

[215] Fair, *supra* nota 151.

[216] *Id.*

[217] *Véase* The Fair Credit Reporting Act, 15 U.S.C.A. §§ 1681b (b) (2)(A), 1681b(b)(3)(A)(i), 1681b(b)(3)(A)(ii) (2009).

[218] *Véase supra* Parte VII, Sección C.

[219] 15 U.S.C.A. §§ 1681b(b)(3)(A)(i), 1681b(b)(3)(A)(ii).

Cabe recalcar que la mayoría de las compañías no cuentan con políticas sobre el uso de las redes sociales en el proceso de reclutamiento. Esto resulta en que muchos candidatos pueden ser rechazados por información publicada en las redes sociales, información que puede estar protegida por las leyes laborales. Por tanto, se le recomienda a la compañías y patronos establecer una reglamentación interna, para evitar así una demanda por discrimen y violación al derecho a la intimidad.

iii. Riesgo inaceptable de discrimen y otras violaciones

Ahora veamos, ¿se puede encontrar información que esté protegida por leyes laborales contra el discrimen en el uso de *cybervetting*? A modo de ejemplo, Mariana es la encargada de seleccionar a los candidatos a empleo de su compañía. Ella obtiene el expediente de Sofía como posible candidata a empleo para la posición de asistente administrativo. Mariana no podría preguntarle a Sofía directamente: "¿usted está embarazada?" Sin embargo, al acceder al perfil en *Facebook* de Sofía, vio en su foto de perfil una imagen de Sofía embarazada. Ante esto Mariana, a pesar de que Sofía cumple con todos los requisitos para el empleo, decide no considerarla. Por esta actuación, Mariana y su compañía incurren en discrimen. Aunque Sofía tiene como remedio la Ley Núm. 100[220] que protege contra discrimen en empleo y la *Ley de Protección a Madres Obreras*,[221] la realidad es que en nuestro ordenamiento jurídico sería muy difícil para Sofía probar que fue discriminada por información obtenida en el *cybervetting*.[222] Esto es consecuencia de que a nivel estatal no se prohíbe ni se regula el uso de redes sociales como mecanismo de verificación en el empleo.

Para ilustrar otra situación, en la posición de instructor físico, Mariana decide buscar en *Facebook* al candidato José, quién posee varias certificaciones como instructor físico. Además, cuenta con vasta experiencia en el campo deportivo. Resulta que José tiene una foto de perfil en la que se puede observar que tiene un cuerpo robusto. Al ver esta imagen, Mariana decide no llamarlo, posiblemente José nunca sepa porque no fue seleccionado. Imagínese que el perfil que encontró Mariana no se tratara de la misma persona, que simplemente fuera otro individuo con el mismo nombre. A José se le haría muy difícil probar que no fue considerado para la posición por una imagen errónea o por su aspecto físico. Potencialmente, sería muy difícil para los candidatos comprobar ante un foro jurídico que han sido discriminados por el uso erróneo de la información publicada en las redes sociales.[223]

---

[220] Ley de contra el Discrimen en el Empleo, Ley Núm. 100 de 30 de junio de 1959, 29 LPRA §§ 146-151 (2017).

[221] 29 LPRA §§ 467-474 (2017).

[222] *Véase* Soto, *supra* nota 125.

[223] *Id.* en la pág.119.

Por tanto, se recomienda que se presuma que todos los patronos u organizaciones laborales utilizan las redes sociales en los procesos de reclutamiento, por lo cual se les debe exigir a todos los patronos y/u organizaciones laborales la divulgación de un informe sobre el uso de las redes sociales de los candidatos en el proceso de reclutamiento. Además, se recomienda que se le provea una copia al candidato del informe. Por otra parte, de negársele el empleo, se le debe proveer al candidato la oportunidad de explicar o refutar la información contenida en las publicaciones de las redes sociales.[224] Como parte de la propuesta del patrono no cumplir con este informe incurrirá en responsabilidad civil.

Por otra parte, ¿podría la compañía exponerse a una demanda por parte de los candidatos a empleo al utilizar esta información para la determinación de un empleo, cuando esta no fue publicada con el propósito de conseguir empleo? La contestación es que sí. En cuanto a una reclamación de discrimen en el trabajo, la Ley Núm. 100 en su Artículo 17 ordena a los patronos a mantener un récord apropiado sobre sus prácticas de reclutamiento.[225] Dicho reglamento indica que cualquier indagación sobre "la identidad racial, ideológica, afiliación política**,** sexo, edad o sobre el origen, matrimonio e impedimento físico y mental de un empleado(a) o miembro de una organización laboral, según fuere el caso, es por este medio desalentada y se podrá considerar tal indagación como evidencia de discrimen *prima facie*".[226] Esto podría llevarse a una causa de acción por discrimen en el proceso de reclutamiento.

De igual forma, podría haber una causa de acción contra el patrono por violación o impacto al derecho a la intimidad del candidato. Se ha reconocido que cuando se interfiere con los derechos fundamentales del ciudadano privado, como es el de intimidad, este puede ser indemnizado por los perjuicios que se le cause.[227] En esta situación, el perjuicio se ocasionaría al privársele a un candidato de un empleo por información en su perfil de una red social general. También la persona afectada podría solicitar el recurso de *injunction*[228] para impedir que se utilice la información publicada en las redes sociales, y así proteger su derecho a la intimidad, integridad personal y dignidad al solicitar empleo.

Con relación a la práctica de compañías solicitar a los candidatos su contraseña de redes sociales como condición a emplear, no hay legislación en Puerto Rico. En cambio, esto ha sido rechazado por varios estados de la nación norteamericana.[229] Como guía se debe seguir lo dispuesto en el proyecto de ley H.R. 5107 del Congreso,

---

[224] *Véase* Sanders, *supra* nota 155.

[225] DTRH, Núm. 6236, art.17.

[226] *Id*.

[227] *Arroyo*, 117 DPR en las págs. 64-65 (*citando a* Colón v. Romero Barceló, 112 DPR 573 (1982)).

[228] *Arroyo*, 117 DPR en las págs. 64-65 (*citando a* Victoria Capella v. Iglesia de Dios Pentecostal, 102 DPR 20 (1974); P.R. Tel. Co. v. Martínez Cardona, 114 DPR 328 (1983)).

[229] Guerin, *supra* nota 162.

para que en Puerto Rico se establezca la prohibición a los patronos de solicitar el nombre de usuario, contraseña u otros medios para acceder a cuentas de redes sociales personales de los solicitantes a empleo o empleados.[230]

iv. Relación con la ejecución efectiva del trabajo

Ahora imagínese, Mariana debe seleccionar entre varios candidatos para la posición de mantenimiento. Entre los candidatos se encuentra la candidata María. Esta tiene su perfil de *Facebook* público. En su muro la mayoría de sus publicaciones son sobre su afición por el género musical del *trap*. Mariana sabe que al jefe del área de mantenimiento no le agrada ese tipo de música y decide, para evitar situaciones futuras, no considerarla para la posición. Ahora analicemos, ¿realmente para el puesto de mantenimiento es necesario que una persona tenga un gusto particular en la música? La respuesta es rotundamente que no. También se puede inferir de esta situación que, seguramente, si Mariana no hubiese buscado en la red social de María, nunca se hubiese enterado de esta información. De aquí podemos ver los problemas de utilizar las redes sociales *generales* para la determinación de un empleo, ya que se le negaría una oportunidad de empleo a base de una prueba que no está relacionada con la ejecución efectiva del empleo. Por eso, se recomienda que los patronos y/u organizaciones laborales no utilicen redes sociales de tipo general como mecanismo de verificación en el proceso de reclutamiento.

Por otro lado, si se tratara de una posición para manejador de redes sociales de la compañía, sí es razonable que el patrono conozca como los candidatos manejan sus redes sociales. Por esta razón, se plantea que se les permita a los patronos y/u organizaciones laborales utilizar las redes sociales como método de verificación a empleo *solamente* cuando *el uso de las redes sociales tenga una relación estrecha con la ejecución efectiva del trabajo*. En conclusión, la búsqueda en las redes sociales generales solo debe justificarse cuando dentro de las funciones de la posición esté el uso de las redes sociales.

B. Propuesta

Por todo lo anterior, se propone establecer los siguientes criterios para evitar que los patronos incurran en discrimen en el proceso de reclutamiento y los candidatos no sean discriminados por razones ajenas a sus cualificaciones profesionales. Además, para que se actualicen las legislaciones de protección laboral en la era digital. Se proponen los siguientes criterios:

---

[230] *Véase* H.R. 5107, 114th Cong. (2016).

1) Se le prohíbe a los patronos y organizaciones laborales solicitar el nombre de usuario, contraseña u otros medios para acceder a cuentas de redes sociales personales de los solicitantes a empleo.
2) Se les exige a los patronos y organizaciones laborales solicitar consentimiento informado de los candidatos para usar sus redes sociales en el proceso de reclutamiento.
3) Se presuma que los patronos y organizaciones laborales utilizan las redes sociales en los procesos de reclutamiento y se le exija hacer un informe sobre la información recopilada en las redes sociales y que, además, se le provea una copia al candidato, en caso de denegarse el empleo.
4) De no cumplir con lo anterior, el patrono u organización laboral incurrirá en responsabilidad civil.
5) Se le provee al solicitante la oportunidad de defenderse en cuanto a la determinación basada en la información contenida en s las publicaciones de las redes sociales.
6) Se le restringe a los patronos y organizaciones laborales utilizar redes sociales de tipo general como lo son: *Facebook*, *Twitter*, *Instagram*, etc.
7) Se le permite solamente a los patronos y organizaciones laborales, utilizar las redes sociales de tipo general, como método de verificación a empleo cuando la posición de empleo tenga dentro de sus funciones el uso de las redes sociales o tenga una relación estrecha con la ejecución del trabajo.

VII. Conclusión

No cabe duda, de que las redes sociales han transformado los procesos de reclutamiento laboral.[231] Ciertamente el asunto del *cybervetting* es novel, pero su uso va en aumento.[232] Como consecuencia, la ausencia de legislación sobre el *cybervetting* es una laguna en el estado de derecho. Expertos en el campo de la psicología industrial reconocen el alto riesgo de incurrir en prácticas prohibidas de discriminación.[233] En consecuencia, esta tendencia puede tornar inoperante la legislación laboral, al provocar que el candidato se exponga a ser discriminado por las causales prohibidas, incluso previo a una entrevista.[234] Por tanto, permitir el uso indiscriminado del *cybervetting* va a ocasionar que los ciudadanos no puedan

---

[231] Martin Risak, *Employer Acquisition and Use of the Contents of Employee Social Media*, 39 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 441, 442 (2018).

[232] *Number of Employers Using Social Media to Screen Candidates at All-Time High, supra* nota 47.

[233] Lile, *supra* nota 126.

[234] *Id*. en la pág. 137.

obtener un empleo digno, por publicaciones en su redes sociales en contexto no laborales. Por eso se recomienda legislar sobre el asunto, con el fin de extender las protecciones contra el discrimen en empleo en la era digital.

Por otra parte, ha habido varios intentos para prohibirle a los patronos el que se le solicite a un candidato a empleo, la contraseña de su cuenta de una red social y el uso de su informe crediticio, como condición para emplear. Estas propuestas de ley son análogas a lo que se propone en este artículo: (1) disminuir el que se discrimine a una persona de un empleo, por cuestiones no relacionadas a la ejecutoria efectiva de este, y (2) a la vez, impedir que los patronos incurrir en prácticas prohibidas de discrimen y en violaciones al derecho a la intimidad en la búsqueda del candidato idóneo. Por eso, la manera más segura para que lo anterior no surja es prohibir o limitar a los patronos el uso de las redes sociales generales como método de verificación de empleo.

Antes de finalizar se debe mencionar que en la propuesta inicial de nuestra constitución se había establecido el derecho de toda persona a obtener trabajo. Aunque no está vigente, según la opinión en conformidad de *Rosario v. Toyota*, "late entre aquellos derechos que, aunque no se mencionan expresamente en el texto, el pueblo se reserva frente al poder político creado a propósito de la antes citada Ley [Núm.] 100 Anti-Discrimen".[235] Como resultado, en nuestra jurisdicción se debe mantener el alto interés en el derecho a la intimidad y el derecho de todo trabajador a no ser discriminado.

[235] *Rosario*, 166 DPR en la pág. 23 n.18.

EL TESTAMENTO OLÓGRAFO ANTE LOS AVANCES TECNOLÓGICOS

*Yankiomy Hernández Borrero**

Resumen

Este artículo analiza las formalidades del testamento ológrafo a la luz de los avances tecnológicos. El análisis se concentra en el grado en el que la autonomía de la voluntad se verá afectada si se mantienen las formalidades del testamento ológrafo y se continúa exigiendo el cumplimiento estricto de estas. El tema se aborda desde un punto de vista comparativo entre sistemas de derecho común y de derecho mixto. Este análisis comparativo se concentra, específicamente, en las reformas adoptadas en jurisdicciones de Estados Unidos y en África del Sur, que permiten el otorgamiento de distintas formas testamentarias consistentes con la sociedad moderna y la revolución tecnológica.

Abstract

This article analyzes the formalities of the holographic will in light of technological advances. The analysis focuses on the extent to which the autonomy of the testator will be affected if the formalities of the holographic will are maintained and the requirement of strict compliance prevails. The subject is approached from a comparative standpoint between common and mixed law jurisdictions. This comparative analysis focuses, specifically, on the reforms adopted in the United States and South African jurisdictions that allow different testamentary forms consistent with modern society and the technological revolution.

* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

I. Introducción 342
II. El Testamento Ológrafo en el Código Civil de Puerto Rico 343
III. Cambios Sociales a Raíz de los Avances Tecnológicos y su efecto en el Testamento Ológrafo 354
IV. Soluciones Propuestas en Otras Jurisdicciones 357
V. Propuesta para Aceptar el Testamento Electrónico en Puerto Rico.... 366
VI. Conclusión..... 370

I. **Introducción**

Este artículo analiza el Derecho Sucesorio puertorriqueño vigente, en específico, el testamento ológrafo y sus formalidades ante los avances tecnológicos. Estos avances han provocado el desarrollo de unas propuestas para confrontar y adaptar nuestro Derecho Sucesorio a la actualidad. En la segunda parte se hace un breve resumen del desarrollo del Derecho Sucesorio en Puerto Rico y las características generales de los testamentos, así como la importancia de las formalidades y la interpretación de los testamentos para que prevalezca la voluntad del testador. Además, se analizan y explican las formalidades del testamento ológrafo, entiéndase la autografía, fecha y firma. Este análisis es fundamental debido a que el Código Civil de Puerto Rico proviene, en parte, del Código Civil de España de finales del siglo diecinueve y los cambios que se han llevado a cabo han sido muy pocos. Debemos recordar que el Código Civil es el principal instrumento organizador de nuestras relaciones sociales y rige nuestras vidas desde el comienzo hasta el final. Por tal razón, debería ser un reflejo de nuestra sociedad.

En la tercera parte se hace un análisis sobre los desarrollos tecnológicos, los cambios sociales en los métodos de comunicación y su efecto inminente sobre las formalidades del testamento ológrafo. No debemos olvidar que la sociedad puertorriqueña ha cambiado muchísimo desde la adopción del Código Civil y por tal razón los requisitos formales de los testamentos dejaron de ser una representación de ella. Es evidente que la acogida de la tecnología en la vida cotidiana ha llevado a que la mayoría de las personas lleven consigo teléfonos celulares, computadoras y tabletas. Esto ha provocado un cambio en la forma en que nos comunicamos, dado a que estos aparatos electrónicos sirven para redactar documentos, hacer llamadas, enviar mensajes de texto, entre muchas otras cosas. Como resultado, el uso del papel y el lápiz ha disminuido y, ante esta realidad, las formalidades del testamento ológrafo representan un impedimento para la voluntad de quien desee escribir un testamento en un medio electrónico. Resulta necesaria la búsqueda de

soluciones que faciliten la acogida de la tecnología en nuestro Derecho Sucesorio, particularmente en el testamento ológrafo.

En la cuarta parte se explican las soluciones que se han implementado en otras jurisdicciones, particularmente en países de derecho común y derecho mixto. Entre ellas se encuentra Estados Unidos, donde algunos estados han adoptado disposiciones de ley que tienen el propósito de que se cumpla siempre la voluntad del testador. Estas disposiciones permiten que un testamento creado en un medio electrónico sea válido. Hay que mencionar, además, que algunos estados han aprobado leyes que regulan la creación de testamentos electrónicos, lo cual representa un gran paso en la aceptación de que la tecnología ha permeado el Derecho Sucesorio. También, en esta parte se discuten los cambios en el Derecho Sucesorio de Sudáfrica y la implementación de una disposición que ha permitido la aceptación de testamentos creados en una computadora.

Por último, se discuten distintas propuestas para introducir el testamento ológrafo electrónico en Puerto Rico. Para ello, se usa como guía las soluciones que se han implementado en otras jurisdicciones que han acogido la tecnología en su Derecho Sucesorio.

II. El Testamento Ológrafo en el Código Civil de Puerto Rico

A. Desarrollo del Derecho Sucesorio

Como cuestión de hecho, en Puerto Rico comenzó a regir el Código Civil de España el 1ro de enero de 1890.[1] Luego de la guerra hispanoamericana y el cambio de soberanía, en 1902 se adoptó el Código Civil de Puerto Rico. Este Código fue revisado y enmendado en 1930. Hasta el momento, es este el que esencialmente conservamos.[2] A pesar del tiempo, esta ley ha sufrido muy pocos cambios en lo que a la materia de sucesiones atañe. Por tal razón, el Derecho Sucesorio puertorriqueño proviene del Derecho Civil español y, en cierta medida, representa los intereses económicos y sociales de la España del siglo dieciocho.[3]

Al igual que en el Código Civil de España, en nuestro Código Civil, el Derecho Sucesorio es considerado como un modo de adquirir la propiedad.[4] De ahí que la mayoría de las disposiciones en nuestro Código sean equivalentes a las de la ley española. A modo de ejemplo, tanto en España como en Puerto Rico las formalidades del testamento ológrafo son las mismas desde hace dos siglos. Por tal razón, estas disposiciones no representan a la sociedad puertorriqueña actual y, por lo tanto,

---

[1] Enid Martínez Moya, *El Derecho Sucesorio Puertorriqueño*, 67 REV. JUR. UPR 1, 3 (1998).

[2] *Id*.

[3] Efraín González Tejera, *Derecho de Sucesiones*, 73 REV. JUR. UPR 767, 778 (2004).

[4] CÓD. CIV. PR art. 549, 31 LPRA § 1931 (2015).

resulta necesario atemperarlas a la realidad social.

Durante los pasados años hubo un reconocimiento de la necesidad de cambio en nuestra ley. Así las cosas, en el 2005 la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico publicó un Borrador para Discusión sobre el Libro Sexto del Código Civil.[5] A raíz de esto, la legislatura ha realizado varios intentos para crear un nuevo Código. Así, por ejemplo, en el 2016, se presentó ante el Senado de Puerto Rico el P. del S. 1710 con el propósito de adoptar un nuevo Código Civil.[6] En este proyecto, se reestructuró la ley y las disposiciones sobre el Derecho de Sucesiones se separaron en un libro aparte.[7] No obstante, esta medida no fue aprobada por la legislatura.

De igual modo, en junio del 2018, se presentó ante la Cámara de Representantes el P. de la C. 1654 con el mismo propósito del proyecto anterior.[8] Esta medida fue aprobada por la Cámara, enviada al Senado de Puerto Rico y actualmente está en espera de ser revisada por este cuerpo. Es importante destacar que, sobre las formalidades del testamento ológrafo ambos proyectos de ley solo han cambiado el vocabulario, ya que en esencia siguen siendo las mismas. También, separan y explican de manera clara las fases de adveración y protocolización del testamento ológrafo.

Sin duda alguna este intento de cambio representa un gran paso para la rama legislativa de Puerto Rico, ya que por años se había ignorado el asunto del Código Civil. Ahora bien, es evidente que nuestra legislatura continúa apegada a tradición civilista de la España de hace dos siglos y, claramente, esto representará un problema para nuestra sociedad moderna.

B. Características de los Testamentos en General

Un testamento es el acto mediante el cual una persona dispone de su patrimonio para después de su muerte.[9] Por tal razón, los testamentos adquieren eficacia jurídica luego de la muerte del causante. El testamento se caracterizan por ser un acto individual, unilateral, revocable y solemne.[10] Se considera un acto unilateral debido a que la manifestación de la voluntad del testador "es no receptiva, es decir, no hace falta aceptación de nadie para que produzca sus esperados efectos".[11] Además, es

---

[5] Memorial Explicativo del Libro Sexto sobre Derecho de Sucesiones, COM. CONJ. PARA LA REV. Y REFORMA DEL CÓD. CIV. DE PR, 24 de octubre de 2005 (*disponible en* http://www.oslpr.org/v2/PDFS/Borrador%20Codigo%20Civil%20Updated/6-Libro%20Sexto-Derechos%20Sucesiones/03MemorialExplicativoLibroSextoDerechodeSucesiones.pdf).

[6] P. del S. 1710 del 25 de junio de 2016, 7ma Ses. Ord., 17ta Asam. Leg.

[7] *Id*.

[8] P. de la C. 1654 de 18 de junio de 2018 3ra Ses. Ord., 18va Asam. Leg.

[9] CÓD. CIV. PR art. 616, 31 LPRA § 2121 (2015).

[10] 5-II JOSÉ PUIG BRUTAU, FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL 7 (2da ed. 1977).

[11] 2 EFRAÍN GONZALEZ TEJERA, DERECHO DE SUCESIONES: LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA 11 (2002).

un acto individual pues, en Puerto Rico, están prohibidos por ley los testamentos mancomunados, a saber, aquellos realizados entre dos o más personas en el mismo instrumento.[12] Por su parte, se trata de un *acto solemne*, pues, el incumplimiento de los requisitos formales conlleva la nulidad del instrumento en su totalidad.[13] Al respecto, el Tribunal Supremo de Puerto Rico sostuvo que las formalidades son requisitos sustantivos sin los cuales no hay testamento.[14]

i. El Testamento como acto solemne

Se dice que el testamento es un acto solemne pues en su otorgamiento se tiene que velar el cumplimiento de los requisitos formales establecidos por ley.[15] Debido a que los testamentos surten efecto legal luego de la muerte del otorgante, las formalidades fueron creadas para garantizar la validez del instrumento y el cumplimiento efectivo de la voluntad del testador.[16] Es decir, las formalidades testamentarias tienen como función principal hacer imperecedera la voluntad del testador.[17] Por tal razón, se exige que el acto esté protegido por las garantías necesarias en cuanto la capacidad del testador, la firma y fecha del instrumento, entre otros.[18] Por medio de estas garantías se pretende impedir que personas deshonestas alteren o falsifiquen el contenido del testamento, sin disminuir ni coartar la libertad del testador en el proceso de la testamentifacción activa.[19]

Las formalidades también tienen el propósito de evitar que ocurra fraude, intimidación o dolo sobre el otorgante, dado a que sancionan con pena de nulidad cualquier testamento donde haya mediado alguna de estas instancias.[20] Ello es así puesto que la violencia tiene el efecto de privar al testador de su libertad y el dolo induce a error y vicia la voluntad del otorgante.[21] Explica Manresa que, siendo el testamento un acto de libre voluntad, es esencial que se lleve a cabo de manera espontánea, voluntaria, e inteligente, libre de toda causa que pueda impedir el otorgamiento consciente del instrumento.[22]

---

[12] *Véase* Colón v. Registrador, 67 DPR 17 (1947); MARÍA DE LOS ÁNGELES DIEZ FULLADOSA, LA HERENCIA: SU RÉGIMEN JURÍDICO EN PUERTO RICO 45 (2015).

[13] 31 LPRA § 2152.

[14] Paz v. Fernández, 76 DPR 742, 751-52 (1954).

[15] 5-II PUIG BRUTAU, *supra* nota 10, en la pág. 9.

[16] In re López, 146 DPR 756 (1998).

[17] Deliz v. Igartua, 158 DPR 403, 414 (2003).

[18] Rivera Pitre v. Galarza Fernández, 108 DPR 565, 567 (1979).

[19] *Id*.

[20] CÓD. CIV. PR art. 622, 31 LPRA § 2127 (2015).

[21] 5 JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO, COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL 572 (1972); 2 EFRAÍN GONZALEZ TEJERA, DERECHO DE SUCESIONES 268 (1983).

[22] 5 MANRESA Y NAVARRO, *supra* nota 21.

Por tanto, las formalidades crean una forma y método estandarizado para la ejecución del testamento, que advierte al testador sobre la importancia del paso que está tomando. A su vez, lo protegen de quien intente beneficiarse mediante la distribución involuntaria de sus bienes.[23] Estas formalidades permiten que los tribunales puedan realizar una evaluación confiable de la autenticidad del acto testamentario y, por lo tanto, cumplen principalmente un propósito evidenciario.[24] Es decir, tienen la función de proteger al testador, estandarizar la forma del testamento y ayudar a que el testador comprenda la importancia del otorgamiento.[25] Es por esto que, actualmente existe una resistencia por parte de la legislatura a cambiar las formalidades testamentarias establecidas por ley, particularmente las del testamento ológrafo.

ii. Voluntad del Testador

En materia de sucesiones la voluntad del testador es tan fundamental que se considera la ley de la sucesión.[26] Ello es así, dado a que un testamento es esencialmente la expresión de la última voluntad del causante.[27] Ante esto, el principio que rige la interpretación de los testamentos es salvaguardar la última voluntad del testador.[28] Es decir, que la función judicial consiste en determinar la voluntad testamentaria con el fin de que se produzcan los efectos que quería el otorgante.[29]

Sobre este particular, el Tribunal Supremo de Puerto Rico [en adelante *TSPR*] reconoció que el enfoque judicial apropiado es aplicar lo dispuesto en ley de manera que se cumpla con la última voluntad del testador mediante una interpretación juiciosa sobre las formalidades que afectan la validez del otorgamiento.[30] No obstante, este enfoque judicial es altamente subjetivo y está supeditado a la regla de que todo testamento que no cumpla con las formalidades es nulo.[31] Es principalmente bajo este fundamento que los tribunales basan sus determinaciones, haciendo caso omiso a la voluntad declarada en el testamento. Sobre esto el TSPR expresó que ante la tensión inevitable entre el derecho estricto y la equidad los tribunales deben evaluar continuamente el alcance de la nulidad impuesta por ley a todo testamento que no cumpla con las formalidades.[32] Añadió que, en materia

---

[23] *Developments in the Law More Data, More Problems*, 131 HARV. L. REV. 1714, 1790 (2018) (traducción suplida).
[24] *Id*. en la pág. 1793.
[25] *Id*.
[26] Sambolín v. Registrador, 94 DPR 320, 327 (1967).
[27] Torres v. Torres, 175 DPR 83, 101 (2008).
[28] Fernández v. Castro, 119 DPR 154 (1987).
[29] 2 GONZALEZ TEJERA, SUCESIÓN TESTAMENTARIA, *supra* nota 11, en la pág. 59.
[30] Rivera Pitre v. Galarza Fernández, 108 DPR 565 (1979).
[31] CÓD. CIV. PR art. 636, 31 LPRA § 2152 (2015).
[32] Moreno v. Martínez, 168 DPR 283, 293 (2006).

testamentaria, el juzgador debe estar alerta ante el peligro inherente del culto a la forma.[33] Es decir, en el ejercicio de interpretación testamentaria, el juzgador debe evitar rendir culto a las formalidades testamentarias y debe inclinarse por hacer un balance entre el incumplimiento y la voluntad del testador.[34] Esto significa que los jueces, en su función interpretativa, deberán considerar todas las circunstancias del caso y no únicamente si se cumple o no con los requisitos establecidos por ley.[35]

Debemos puntualizar que, el art. 624 del Código Civil dispone que, "[t]oda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador".[36] De surgir duda, el juzgador tendrá que indagar sobre el significado de las palabras según el contexto en que surge del testamento, con el fin de descubrir la verdadera voluntad del testador.[37] Al momento de hacer este análisis, el juzgador tendrá que examinar la mentalidad, las costumbres y la cultura del testador.[38]

En fin, lo importante no es determinar lo que dijo el testador "sino lo que quiso decir, pues a ello se reduce la tesis de interpretación subjetiva en materia de testamentos".[39] La jurisprudencia ha establecido que si, a pesar de haber intentado interpretar el testamento por medios de prueba intrínsecos todavía surgen dudas sobre la voluntad del testador, se podrá acudir a medios de prueba extrínseca.[40] Algunos ejemplos de este tipo de prueba son cartas, testamentos anteriores, hábitos y costumbres del testador, relación familiar del testador y el lenguaje que acostumbraba a utilizar.[41]

A pesar del enfoque interpretativo establecido, los tribunales constantemente exigen el cumplimiento estricto de las formalidades establecidas. Estas formalidades, como mencionamos anteriormente, representan a la sociedad de finales del siglo dieciocho y su principal razón de ser es proteger la voluntad del testador. Explica Danz que la interpretación de las leyes, sin excluir los preceptos de forma, debe ajustarse al sentido que sea "más conforme a las necesidades de la vida".[42] Añade que el más alto deber del juzgador es hacer que los negocios no se estrellen contra los preceptos de forma.[43] Por tanto, continuar exigiendo el cumplimiento estricto de las formalidades representa un menoscabo de la voluntad del testador.

---

[33] *Id*.
[34] *Id*.
[35] *Id*.
[36] 31 LPRA § 2129.
[37] *Id*.
[38] Moreda v. Rosselli, 141 DPR 674, 482 (1996).
[39] 2 GONZALEZ TEJERA, SUCESIÓN TESTAMENTARIA, *supra* nota 11, en la pág. 61.
[40] *Moreda*, 141 DPR en la pág. 481.
[41] *Id*.
[42] ERICH DANZ, LA INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS 353 (2006).
[43] *Id*.

C. Formalidades del Testamento Ológrafo

El testamento ológrafo es un testamento de carácter privado donde no interviene notario ni hay testigos presentes al momento del otorgamiento.[44] Los requisitos formales de este testamento es que esté escrito enteramente por la mano del otorgante, con expresión de día, mes y año y, que esté firmado al final.[45] Este testamento solo podrá otorgarse por personas que al momento de testar hayan advenido dieciocho años de edad.[46] Esto se debe a que, a esta edad ya se ha desarrollado "una grafía más definida y formada, de manera que . . . en el procedimiento de adveración correspondiente, pueda identificarse cumplidamente el escrito y la firma del testador, como lo exige la ley".[47] De igual modo, esta restricción de edad busca evitar la coacción y el fraude ya que se entiende que una persona mayor de dieciocho años, a diferencia de un menor, será menos susceptible de ser presionado indebidamente.[48]

Según Borda, el testamento ológrafo constituye una garantía de secreto puesto que el causante puede "disponer de sus bienes sin que nadie se entere y sin riesgo de sufrir presión alguna para alterar sus disposiciones".[49] Representa, además, una forma conveniente de testar debido a que le permite al testador analizar tranquilamente como desea disponer de sus bienes y rehacer o añadir disposiciones al testamento sin tener que acudir a un notario. A su vez, esto también representa un beneficio económico, ya que el otorgamiento de un testamento ológrafo no conlleva costo alguno.[50]

En cuanto al idioma en que debe otorgarse un testamento ológrafo, la ley se limita a disponer que los extranjeros podrán otorgarlo en su propio idioma.[51] Acerca del idioma en que un puertorriqueño puede otorgar un testamento ológrafo, González Tejera entiende que pueden hacerlo en el idioma que les permita expresar su última voluntad.[52] Con respecto al lugar de otorgamiento, la ley dispone que se podrá hacer en cualquier parte, ya sea en o fuera de nuestra jurisdicción.[53] Debemos puntualizar que, en Puerto Rico, el testamento ológrafo puede tomar forma epistolar si de la carta se desprende la intención del testador.[54]

---

[44] 5-II PUIG BRUTAU, *supra* nota 10, en la pág. 114.
[45] CÓD. CIV. PR art. 627, 31 LPRA § 2143 (2015); CÓD. CIV. PR art. 637, 31 LPRA § 2161 (2015).
[46] *Id*. § 2161.
[47] 2 GONZALEZ TEJERA, SUCESIÓN TESTAMENTARIA, *supra* nota 11, en la pág. 110.
[48] *Id*. en la pág. 110.
[49] *Id*. en la pág. 199.
[50] *Id*.
[51] *Id*.
[52] *Id*.
[53] CÓD. CIV. PR art. 638, 31 LPRA § 2162 (2015).
[54] Vázquez v. López, 34 DPR 241 (1925).

Observamos que las disposiciones sucesorias provienen del Código Civil de España y al momento el P. de la C. 1654 contiene algunos cambios.[55] A modo de ejemplo, este proyecto aclara que son los domiciliados en Puerto Rico los que pueden otorgar testamento fuera del país, aunque el lugar donde residan lo prohíba.[56] También, propone un cambio en la disposición sobre el idioma del testamento, sustituyendo la palabra extranjero por testador.[57] Sin embargo, este proyecto de ley mantiene las mismas formalidades del testamento ológrafo del siglo pasado, las cuales no representan la sociedad moderna.

i. Autografía

El requisito de forma de autografía total del testamento ológrafo es el más importante de todos, ya que significa que el texto, la fecha y la firma del testador deben ser a manuscrito.[58] Lo anterior se refiere a que la autoría debe ser exclusiva del otorgante de manera tal que, en el proceso de redacción, utilice las características habituales de su forma de escribir.[59] Esto permitirá que, al momento de adverar el documento, los testigos puedan identificar la letra del causante con mayor facilidad.[60] De este modo, se cumple con el propósito principal de la autografía que es, en esencia, demostrar *a posteriori* la autenticidad del testamento mediante identificación de la letra del testador.[61]

Este requisito se ha interpretado por años de forma rigurosa, exigiendo el cumplimiento estricto de las formalidades. En 1931, el TSPR resolvió que un testamento escrito a máquina es nulo, puesto que no había sido escrito por la mano del testador.[62] En este caso, los apelantes alegaron que, si la intención del testador puede inferirse razonablemente del documento, debe prevalecer.[63]

Varias décadas después, surgió un caso donde tres de las cuatro páginas del documento estaban escritas por el causante y la cuarta página era una fotocopia que contenía la fecha y la firma del testador.[64] El Tribunal de Apelaciones determinó que la formalidad de autografía del testamento ológrafo no acepta excepciones ni desviaciones.[65] Añadió que tampoco se acepta la reproducción por medio mecánico

---

[55] *Véase* CÓD. CIV. ESPAÑOL; el P. de la C. 1654 de 18 de junio de 2018 3ra Ses. Ord., 18va Asam. Leg.
[56] P. de la C. 1654 de 18 de junio de 2018 3ra Ses. Ord., 18va Asam. Leg. en la pág. 552.
[57] *Id*.
[58] 31 LPRA § 2161.
[59] 2 GONZALEZ TEJERA, SUCESIÓN TESTAMENTARIA, *supra* nota 11, en la pág. 119.
[60] *Id*.
[61] ROCA SASTRE MUNCUNILL, DERECHO DE SUCESIONES 120 (1989).
[62] Ex Parte Planis v. Pueblo, 42 DPR 689 (1931).
[63] *Id*.
[64] Cuebas v. Cuebas, KLCE201200670, 2012 WL 3136869 (TCA PR 13 de junio de 2012).
[65] *Id*.

debido a que la "autografía está directamente relacionada al reflejo de la voluntad del testador".[66] Concluyó que la ausencia de autografía total invalida el testamento ológrafo y, por tanto, no existe la posibilidad de que se pueda adverar o protocolizar el documento.[67] Esta determinación del foro apelativo es una desacertada, ya que como resultado de los cambios sociales y tecnológicos no en todos los casos la autografía total representa un reflejo de la voluntad del testador. Además, en este caso particular, no había una ausencia total de autografía porque tres de las cuatro páginas estaban escritas por la mano del causante. Son instancias como estas donde la exigencia de cumplimiento estricto con las formalidades lleva a los tribunales a rendir culto a la forma, menoscabando así la voluntad del testador.

De manera semejante, el Tribunal de Primera Instancia se enfrentó con un caso donde el documento original del testamento se había extraviado y como consecuencia se presentó una fotocopia de este.[68] El Tribunal de Apelaciones determinó que, cuando el documento original no ha sido adverado, resulta imposible determinar que una fotocopia refleja el contenido de este.[69] Reiteramos que determinaciones de esta índole representan un menoscabo de la autonomía de la voluntad testamentaria y desvirtúan el propósito principal de las formalidades.

ii. Expresión de Fecha

El segundo requisito formal del testamento ológrafo es la expresión del mes, día y año, es decir, la fecha de otorgamiento. La expresión de la fecha es sumamente importante dado a que su omisión no podrá suplirse mediante medios ordinarios de prueba.[70] Esta puede expresarse con palabras, cifras o de cualquier otra forma siempre que se pueda distinguir el día, mes y año.[71] Sin embargo, la ausencia de fecha destruye la eficacia jurídica del instrumento, ya que por disposición de ley todo testamento que no cumpla con las formalidades es nulo.[72] Además, la fecha es de vital importancia para propósitos de revocación testamentaria, porque, de existir más de un testamento, permite determinar cuál debe prevalecer.[73] También, permite determinar la capacidad mental del testador al momento del otorgamiento, es decir, si se encontraba en su cabal juicio.[74] También, la expresión de fecha falsa o errónea

---

[66] *Id*.
[67] *Id*.
[68] In re Tartak Del Palacio, KLCE201201231, 2013 WL 2316737 (TCA PR 19 de abril de 2013).
[69] *Id*.
[70] 2 GONZALEZ TEJERA, SUCESIÓN TESTAMENTARIA, *supra* nota 11, en la pág. 122.
[71] GUAROA VELÁZQUEZ, DERECHO SUCESORIO PUERTORRIQUEÑO 166 (2da ed. 1968).
[72] 2 GONZALEZ TEJERA, SUCESIÓN TESTAMENTARIA, *supra* nota 11, en la pág. 123.
[73] *Id*.
[74] *Id*.

equivale a una ausencia total de fecha y, por consiguiente, será nulo el testamento.[75]

Claramente, ante la realidad social actual exigir que la fecha sea manuscrita representa un menoscabo de la autonomía testamentaria. Como resultado de los avances tecnológicos, la mayoría de los aparatos electrónicos guardan de manera automática la fecha. Así, por ejemplo, en los teléfonos celulares la fecha y hora en que se envían mensajes de texto queda almacenada automáticamente. Lo mismo ocurre con los correos electrónicos, los documentos creados a computadora y las notas escritas en los celulares. Dicho de otra manera, la tecnología permite determinar la fecha en que se prepara un documento y hace innecesario el requisito de fecha manuscrita. Por tal razón, se debe permitir el uso de prueba extrínseca para probar la fecha en que el documento fue preparado. De este modo se cumple con el propósito de esta formalidad.

iii. Firma

La tercera formalidad o requisito del testamento ológrafo es la firma. Es importante destacar que el Código Civil no define lo que constituye una firma; esta determinación ha recaído en la jurisprudencia. Ahora bien, la firma es un elemento esencial para la validez y existencia de todo acto jurídico.[76] Al firmar un documento el autor lo hace suyo de manera gráfica y evidente.[77] A su vez, por medio de la firma se manifiesta la intención de que lo escrito en el documento es de carácter definitivo y de este modo deja de ser un mero proyecto.[78] En el testamento ológrafo la firma tiene varias funciones, entre ellas identificar al otorgante, perfeccionar el acto testamentario e integrar la voluntad declarada.[79] Por tanto, mientras el documento no esté firmado será un mero proyecto o boceto de un testamento.[80]

Explica González Tejera que una firma ilegible no bastará como firma, a menos que esta haya sido la manera habitual en la que el testador firmaba.[81] Añade, a su vez, que tampoco bastará el uso de las iniciales del nombre.[82] Según el TSPR, en cuestiones jurídicas "la firma tiene una individualidad caligráfica distinta a la mera redacción manuscrita del nombre propio para otros fines distintos a la solemne suscripción de la voluntad final de un escrito".[83] Por tanto, la expresión del nombre

---

[75] *Id*. en la pág. 125.

[76] *Id*. en la pág. 133.

[77] *Id*. en la pág. 132.

[78] DIEZ FULLADOSA, *supra* nota 12, en la pág. 82.

[79] 2 GONZALEZ TEJERA, SUCESIÓN TESTAMENTARIA, *supra* nota 11, en la pág. 134.

[80] *Id*.

[81] *Id*.

[82] *Id*.

[83] Castañer v. Tribunal, 81 DPR 869, 871 (1960).

al principio del instrumento no constituye la firma a la que se refiere el Código Civil. Ello es así, puesto que, dentro de la teoría pura del Derecho Civil, todo lo que aparece después de la firma se tendrá por no puesto, a menos que lo añadido esté debidamente fechado y firmado.[84] Esto va a la par con la última oración del art. 637 que dispone que, de haber "palabras tachadas, enmendadas o entre renglones", el testador tendrá que salvarlas con su firma.[85] Dado a que el testamento ológrafo es de carácter privado y el testador podrá alterarlo cuando desee, esta es una manera de comprobar que el cambio lo realizó el testador mismo.[86] Por consiguiente, la omisión de salvar lo tachado o enmendado no invalida el testamento, simplemente no será considerado parte de las disposiciones testamentarias.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico, la firma debe ser manuscrita, es decir, de mano propia del otorgante. Por tanto, hay ciertas instancias en las que la expresión de firma no será válida. Así, por ejemplo, no será válido un testamento donde la firma se encuentre en un papel fotocopiado.[87] Tampoco será válido un testamento redactado a computadora y firmado con letra cursiva o firmado electrónicamente. Esto por dos razones, a saber, que tanto la redacción como la firma del testamento deben ser manuscritas.

Por tal razón, resulta necesario extender la definición de lo que constituye una firma, para permitir otras formas de expresarla. Es importante destacar que, como resultado de los avances tecnológicos, muchos artefactos electrónicos contienen barreras para la protección de la privacidad de su dueño. A modo de ejemplo, los teléfonos celulares proveen opciones de privacidad tales como el uso de contraseña, la huella dactilar, el reconocimiento del rostro, entre otros. Estas barreras representan una garantía de privacidad que permite a los tribunales asegurarse de que lo contenido y redactado en ese artefacto electrónico solo pudo haber sido creado por su dueño. De este modo, los tribunales tienen maneras de corroborar la identidad del testador y se evita menoscabar su voluntad.

iv. Adveración y protocolización

El testamento ológrafo es un documento privado y, por tanto, carece de eficacia jurídica mientras no haya sido adverado y protocolizado.[88] Actualmente, el procedimiento de adveración y protocolización se puede llevar a cabo por vía judicial o acudiendo ante un notario.[89] Este procedimiento tiene dos propósitos:

---

[84] *Id*.

[85] CÓD. CIV. PR art. 637, 31 LPRA § 2161 (2015).

[86] 2 GONZALEZ TEJERA, SUCESIÓN TESTAMENTARIA *supra* nota 11, en la pág. 141.

[87] Cuebas v. Cuebas, KLCE201200670, 2012 WL 3136869 (TCA PR 13 de junio de 2012).

[88] Ab Intestato Lugo, 151 DPR 572, 579 (2000).

[89] REG. NOTARIAL DE PR, 4 LPRA Ap. XXIV, R 101 (2012).

comprobar la autografía y la firma, y autorizar la protocolización para que el instrumento adquiera eficacia.[90] Por tanto, el Código Civil dispone que, pasados cinco años de la muerte del testador, el testamento ológrafo perderá su validez, es decir, caducará.[91] Esto es así debido a que, a medida que transcurra el tiempo, se hará más difícil comprobar la autenticidad del instrumento, principalmente, por la disponibilidad de los testigos.[92] Por tal razón, quien lo tenga en su poder deberá presentarlo al Tribunal de Primera Instancia del último domicilio del causante dentro de diez días luego de que tenga noticia de la muerte del causante; de no hacerlo así, será responsable civilmente por los daños y perjuicios que haya causado la dilación.[93] La razón de la responsabilidad civil impuesta por esta disposición yace en que el testamento ológrafo es un documento privado que será ineficaz mientras no se eleve a escritura pública.[94] Luego de la presentación y acreditado el fallecimiento del testador, comienza la etapa de adveración del testamento.

La adveración consiste en comprobar la autenticidad e identidad del escrito autografiado por el otorgante.[95] Es decir, es el proceso mediante el cual el tribunal comprueba la identidad del testador por medio de sus rasgos caligráficos y su firma.[96] En esta etapa, el juez celebrará una vista pública en la cual leerá el testamento y junto con el notario rubricará cada hoja.[97] A esta vista se citará el cónyuge sobreviviente, los ascendientes o descendientes y en ausencia de estos, los hermanos del causante.[98] Además, para comprobar la identidad del testador se citarán tres testigos que conozcan su letra y firma y que, además, puedan declarar que no existe duda racional de que el testamento fue escrito y firmado de la mano propia del otorgante.[99] Ante la ausencia de testigos idóneos que puedan confirmar la identidad del testador, el juez podrá consultar a un perito calígrafo.[100] Lo importante de esta etapa es que el juzgador quede convencido de que la letra y firma pertenecen al testador.[101]

---

[90] *Ab Intestato Lugo*, 151 DPR en la pág. 579.

[91] CÓD. CIV. PR art. 639, 31 LPRA § 2163 (2015).

[92] 2 GONZALEZ TEJERA, SUCESIÓN TESTAMENTARIA, *supra* nota 11, en la pág. 151.

[93] 31 LPRA § 2164.

[94] *Id*. § 2191.

[95] 2 GONZALEZ TEJERA, SUCESIÓN TESTAMENTARIA, *supra* nota 11, en la pág. 154.

[96] *Ab Intestato Lugo*, 151 DPR en la pág. 579.

[97] Ley de Procedimientos Legales Especiales, Ley Núm. 20 de 9 de abril de 1937, 32 LPRA § 2280a (2017).

[98] *Id*.

[99] *Id*.

[100] *Id*.

[101] In Re De la Texera, 177 DPR 468, 480 (2009).

> Finalmente, si el Tribunal entiende justificada la identidad del testador, ordenará al notario la protocolización del testamento. Esta etapa es esencial, puesto que la protocolización significa que el documento es elevado a escritura pública y, por tanto, adquiere eficacia jurídica. Es meritorio señalar que el proceso de protocolización será nulo si no se cumplió con citar a los familiares del testador y llevar a cabo la lectura del testamento.[102] Una vez protocolizado, cualquier asunto que surja acerca de la validez del testamento podrá llevarse al tribunal por medio de una acción civil ya que el procedimiento de adveración y protocolización es no contencioso.[103]

III. Cambios Sociales a Raíz de los Avances Tecnológicos y su efecto en el Testamento Ológrafo

A. Realidad de una Sociedad Tecnológica

En la sociedad moderna la tecnología ha permeado la mayoría de los aspectos de la vida humana. En la actualidad, las computadoras portátiles permiten redactar documentos, firmar electrónicamente, enviar correos electrónicos, calendarizar eventos importantes, hacer pagos electrónicos, imprimir documentos, entre otros. Además, se han convertido en la herramienta principal para el trabajo en algunas profesiones, tales como la contabilidad, administración de empresas y para los abogados. Del mismo modo, las computadoras son también la herramienta esencial de estudio para los estudiantes universitarios. Estas les permiten hacer investigaciones, preparar trabajos y hasta acceder libros electrónicos.

De igual forma, con el desarrollo de la tecnología, los teléfonos celulares han dejado de ser meramente un instrumento de llamadas de voz para convertirse en la herramienta principal de comunicación entre las personas y el mundo exterior. Adicionalmente, las tabletas, o *tablets* en inglés, se caracterizan por tener ciertas funciones de un teléfono móvil y de una computadora portátil. En algunas tabletas, se puede escribir con el dedo o con un lápiz especializado para ello; esto permite que en un aparato electrónico quede grabada la caligrafía de una persona.

Debido a estos avances tecnológicos el uso de papel y lápiz ha ido disminuyendo. Los resultados de una encuesta realizada en el 2018 mostraron que el 77% de los estadounidenses posee un *smartphone* o teléfono inteligente.[104] Se encontró,

---

[102] Ex parte Sucn. Diaz, 137 DPR 731 (1994).

[103] 2 GONZALEZ TEJERA, SUCESIÓN TESTAMENTARIA, *supra* nota 11, en la pág. 157.

[104] Jacob Poushter, et al., *Social Media Use Continues to Rise in Developing Countries but Plateaus Across Developed Ones*, PEW RESEARCH CENTER (19 de junio de 2017) http://www.pewglobal.org/2018/06/19/social-media-use-continues-to-rise-in-developing-countries-but-plateaus-across-developed-ones/ (última visita 14 de diciembre de 2018).

además, que la mayoría de las personas que lo utilizan se encuentran entre los dieciocho y treinta y seis años de edad.[105] Como consecuencia de esto, la sociedad contemporánea se ha estado alejando de manera acelerada de los medios tradicionales de comunicación, ya que los aparatos electrónicos cuentan con aplicaciones o herramientas que hacen innecesario su uso. En particular, las personas encuestadas explicaron que utilizan sus celulares para enviar mensajes de texto, hacer llamadas de voz o video, enviar correos electrónicos, entre otros.[106]Además, actualmente un 69% de los estadounidenses utiliza redes sociales como Facebook y Twitter.[107] Otro estudio realizado demostró que el usuario promedio del internet invierte al menos dos horas al día en alguna red social, media hora más de lo reportado en 2012.[108]

Por consiguiente, es claro que en los últimos años las redes sociales han pasado a ser el medio de comunicación principal de muchas personas porque les provee la oportunidad de compartir fotos, informar donde están, que están haciendo y ver lo que los demás comparten. Esta tendencia de aumento del uso del internet no muestra signos de desaceleración, ya que se espera que para el año 2020 tres billones de personas, aproximadamente, utilicen las redes sociales al menos una vez al mes.[109] Por tanto, es evidente que el desarrollo de la tecnología ha provocado un cambio en la manera en que los seres humanos se comunican, así como las herramientas de trabajo y estudio que utilizan.

Tomando en consideración que los desarrollos tecnológicos han impactado la comunicación, la legislatura aprobó la *Ley de Gobierno Electrónico* y estableció como política pública la incorporación de las tecnologías al funcionamiento del gobierno.[110] De igual manera, la Rama Judicial por medio de una orden administrativa adoptó un sistema electrónico para la presentación y notificación de casos.[111] Por tal razón, resulta inevitable analizar como la tecnología impactará el derecho puertorriqueño, en particular el Derecho Sucesorio.

---

[105] *Id*.

[106] Aaron Smith, *U.S. Smartphone use in 2015*, PEW RESEARCH CENTER http://www.pewinternet.org/2015/04/01/us-smartphone-use-in-2015/ (última visita 28 de noviembre de 2018).

[107] Poushter, *supra* nota 104.

[108] Jason Mander, *Daily Time Spent on Social Networks Ries to Over Hours*, GLOBAL WEB INDEX (16 de mayo de 2017) https://blog.globalwebindex.com/chart-of-the-day/daily-time-spent-on-social-networks/ (última visita 30 de noviembre de 2018).

[109] *Developments in the Law*, *supra* nota 23, en la pág. 1810 (traducción suplida).

[110] Ley del Gobierno Electrónico, Ley. Núm. 151-2004, 3 LPRA § 991a (2019).

[111] Orden Adm. del Juez Presidente del Tribunal Supremo Núm. OA-JP-2013-173, *Aprobación de Directrices Administrativas para la Presentación y Notificación Electrónica de Documentos mediante el Sistema Unificado de Manejo y Administración de Casos; implantación de las funcionalidades de presentación y notificación electrónica en las Salas de Recursos Extraordinarios del Centro Judicial de San Juan y en las Salas del Asuntos de lo Criminal de la Región Judicial de Humacao* (10 de enero de 2014) (disponible en http://www.ramajudicial.pr/sumac/Orden-Administrativa-SUMAC.pdf).

B. Impacto Inminente de la Tecnología en la Figura del Testamento Ológrafo

En Puerto Rico, a pesar de los intentos realizados para actualizar el Código Civil la figura del testamento ológrafo se ha dejado intacta.[112] En gran medida, esto representa un problema para la sociedad moderna, ya que los tribunales se seguirán enfrentando a situaciones similares a las discutidas anteriormente. Por tanto, nos debemos cuestionar cuál es el futuro de esta forma testamentaria, ante la posibilidad de que escribir en un papel se vuelva tan inusual que el testamento ológrafo quede desprovisto de valor probatorio.[113]

Explica González Tejera que no debemos olvidar que "vivimos en una época cuando la comunicación manuscrita es cada día más escasa, dada la proliferación del uso de las nuevas tecnologías en la comunicación inter-personal".[114] Se debe agregar que, es probable que en la actualidad una persona promedio perciba escribir a computadora (*typing*) como una extensión de escribir a mano.[115] Actualmente, las personas se comunican principalmente por mensajes de texto, correos electrónicos y mediante el uso de las redes sociales. Por tal razón, mantener la formalidad de autografía total en un testamento ológrafo provocará que cada vez menos testamentos ológrafos adquieran eficacia jurídica ya que la redacción a manuscrito está en deceso. También, la interpretación rigurosa de las formalidades provocará el mismo efecto, dado que todo testamento que no cumpla estrictamente con las formalidades será nulo.

En consecuencia, se menoscabará significativamente la voluntad testamentaria al impedir que un documento adquiera eficacia jurídica y, por tanto, que se cumpla con lo que el causante deseaba. Resulta forzoso concluir que continuar por este camino significa ir en contra de la autonomía testamentaria de quien desee otorgar un testamento privado. Mantener este requisito significa dejar a la sociedad puertorriqueña, particularmente a las personas de escasos recursos, desprovistos de opciones para testar, ya que esta es la opción más económica para otorgar un testamento, porque no conlleva ningún gasto económico. Tal acción representa un problema de acceso a la justicia.

Ahora bien, los desarrollos tecnológicos han permitido que se pueda firmar electrónicamente. En la actualidad la firma electrónica es utilizada por entidades bancarias, en la industria de la medicina y para llevar a cabo transacciones electrónicas. A pesar de esto, en Puerto Rico no se permite firmar un testamento ológrafo de forma electrónica porque se requiere que la firma esté manuscrita. Es

---

[112] *Véase* P. de la C. 1654 de 18 de junio 2018 3ra Ses. Ord., 18va Asam. Leg. en la pág. 641.

[113] REINHARD ZIMMERMANN, ET AL., TESTAMENTARY FORMALITIES 444 (2011).

[114] 2 GONZALEZ TEJERA, SUCESIÓN TESTAMENTARIA, *supra* nota 11, en la pág. 110.

[115] *Developments in the Law*, *supra* nota 23, en la pág. 1801 (traducción suplida).

decir, que cualquier testamento que contenga una expresión de firma que no sea manuscrita no será válido, esto incluye una fotocopia de un testamento firmado. En estas circunstancias no estamos hablando de ausencia total de firma, sino de la existencia de una firma que nuestro sistema de derecho no reconoce. Por tanto, esto también representa un menoscabo de la voluntad testamentaria, porque existe una firma, pero la interpretación rigurosa de las formalidades impide que se considere como tal.

Como mencionamos anteriormente, en nuestro sistema de derecho sucesoral, la ausencia de fecha hace ineficaz el documento. Por tal razón, al mantener esta formalidad un testamento escrito por algún medio electrónico será ineficaz, aunque contenga una expresión clara de la última voluntad del testador. Así, por ejemplo, sucederá con testamentos escritos en las notas de un teléfono móvil, enviado por correo electrónico o por mensaje de texto. No obstante, es necesario recalcar que, en los ejemplos antes mencionados, la fecha se queda grababa, por lo que no será necesario expresarla.

En definitiva, resulta necesaria la búsqueda de soluciones para ajustar las formalidades del testamento ológrafo a la sociedad moderna. Debemos comenzar a ver la tecnología como una herramienta útil para comprobar la intención del testador, la fecha, la autografía y las circunstancias que mediaron en el otorgamiento del instrumento. Se acerca el momento en el que el Derecho Sucesorio debe abrirle las puertas a los desarrollos tecnológicos y reconocer que estos tienen la capacidad de cumplir efectivamente los propósitos de las formalidades testamentarias y que, a su vez, ofrecen garantías de confiabilidad para propósitos evidenciarios. De esta manera, se podrá utilizar la tecnología como aliado, y el Derecho Sucesorio podrá representar nuestra sociedad actual. Actuar de otro modo es poner en juego los principios de libertad testamentaria enraizados en nuestro derecho.

IV. Soluciones Propuestas en Otras Jurisdicciones

La tecnología ha impactado la sociedad y el derecho a nivel mundial. A pesar de que en algunas jurisdicciones no ha habido ningún cambio, existen otras que han dado pasos para validar la autonomía testamentaria por otros medios. Es importante mencionar que, en cierta medida estos movimientos responden al desarrollo histórico del Derecho Sucesorio de cada país. Así, por ejemplo, los países de tradición civilista como Argentina y España, han cerrado las puertas a la aceptación de la tecnología en los testamentos ológrafos. En cambio, los países de derecho común, como Australia y Estados Unidos, han utilizado la tecnología a su favor, al adoptar medidas que regulan su uso en el Derecho Sucesorio. Del mismo modo, algunos países de jurisdicción mixta han implementado medidas que permiten que prevalezca la voluntad testamentaria por otros medios. Entre ellos, se encuentra

Escocia y África del Sur.[116] Debido a que Puerto Rico es un país de jurisdicción mixta, el estudio de las medidas implementadas en estos países resulta pertinente.

A. Estados Unidos

i. Derecho Sucesorio

Debido a su sistema constitucional, el Derecho Sucesorio en los Estados Unidos varía según el estado. No obstante, el testamento ológrafo ha sido reconocido por la mayoría de los estados. Inicialmente, en el 1751, fue reconocido mediante legislación en Virginia y por las influencias del derecho civil en Luisiana.[117] Históricamente, el derecho privados de cada estado incluye disposiciones legales que establecen las formalidades que se deben cumplir en el otorgamiento de los testamentos para que estos sean válidos.[118] Para la creación de sus leyes, la mayoría de los estados han adoptado como modelo el Código Uniforme de Sucesiones denominado en el idioma inglés como *Uniform Probate Code* [*en adelante UPC*], el cual fue redactado por la Comisión de Leyes Uniformes de Estados Unidos, conocida en inglés como el *Uniform Law Commission*. Esta Comisión fue establecida en 1892, con el propósito de proveer a los estados leyes no partidistas que proveyeran claridad y estabilidad en áreas críticas del derecho estatal.[119]

El UPC más reciente fue aprobado en 1991 y, con el pasar del tiempo, ha sufrido algunas enmiendas.[120] El UPC es un código modelo nacionalmente recomendado para optimizar el progreso de las leyes estatales relacionadas a la sucesión de los bienes de una persona el momento de su muerte.[121] Este código modelo tiene como objetivo principal establecer la uniformidad de las legislaciones entre los estados y promover un sistema rápido y eficiente para la administración de bienes.[122] Al amparo del UPC, un testamento que no cumpla con las formalidades requeridas para otorgar un testamento ante notario o un testamento testificado, podría ser válido como un testamento ológrafo siempre y cuando, la firma y las porciones materiales del documento estén escritas a mano por el testador.[123] Sin embargo,

---

[116] VERNON VALENTINE PALMER, MIXED JURISDICTIONS WORLDWIDE 8 (2da ed. 2012). Los países de jurisdicción mixta son aquellos en los que el derecho común y el derecho civil constituyen los elementos básicos de la estructura de su sistema de derecho.

[117] JESSE DUKEMINIER & ROBERT H. SITKOFF, WILLS, TRUSTS AND ESTATES 198 (10ma ed. 2013).

[118] *Id*. en la pág. 147.

[119] UNIFORM LAW COMMISSION https://www.uniformlaws.org/aboutulc/overview (última visita 1ro de mayo de 2019).

[120] UNIF. PROBATE CODE §2-502(b) (NAT'L CONF. OF COMM'R ON UNIF. STATE LAWS 2010).

[121] *Probate Code Summary*, UNIFORM LAW COMMISSION http://www.uniformlaws.org/ActSummary.aspx?title=Probate%20Code (última visita 20 de noviembre de 2018).

[122] *Id*.

[123] UNIF. PROBATE CODE §2-502(b) (NAT'L CONF. OF COMM'R ON UNIF. STATE LAWS 2010).

mediante enmienda, el UPC estableció que, de existir porciones del testamento que no estén escritas a mano por el testador, el testamento podría ser reconocido como un testamento ológrafo válido si mediante prueba extrínseca se demuestra que el testamento en cuestión representa la última voluntad del testador.[124]

ii. Testamento Ológrafo

A pesar de que la mayoría de los estados reconoce el testamento ológrafo, siempre que este cumpla con los requisitos formales, existe discrepancia en cuanto a otros requisitos esenciales.[125] Por ejemplo, el estado de Pennsylvania, en el 1924, reconoció como un testamento ológrafo válido una epístola, siempre que de la misma se desprenda que esa es la última voluntad del causante.[126] También, en algunos estados, un formulario testamentario podría ser considerado como un testamento ológrafo si las partes materiales están escritas por el testador. Varios estados, además, han establecido que será válido el testamento, si lo escrito por el testador, sin considerar lo escrito a computadora, cumple con las formalidades establecidas por ley.[127] En fin, esto demuestra que algunos estados son más rigurosos con los requerimientos establecidos por ley, mientras que otros son más laxos en cuanto al cumplimiento de las formalidades.

Ahora bien, tradicionalmente los tribunales interpretaban la ley aplicando la regla de cumplimiento estricto; es decir, para que un testamento fuera válido debía cumplir estrictamente con los requisitos formales establecidos por ley.[128] Como resultado, si un testamento contenía un defecto inocuo, el mismo se invalidaba sin considerar que se pudiera estar menoscabando la voluntad del testador.[129] Es necesario recalcar que las formalidades testamentarias están diseñadas para cumplir funciones que tienen el propósito de garantizar que los bienes sean distribuidos de acuerdo a la voluntad del testador.[130] Además de tener este fin protector, estas formalidades proveen evidencia confiable sobre la intención testamentaria, advierten al testador sobre la importancia de sus acciones, y estandarizan las maneras de testar. Sin embargo, por mucho tiempo en Estados Unidos existió una tensión aparente entre el principio de libertad testamentaria y las formalidades.

Las leyes que rigen el Derecho Sucesorio están creadas para que el cumplimiento literal de las formalidades produzca una rutina y una transferencia de derechos

---

[124] *Id*. § 2-502(c).
[125] DUKEMINIER & SITKOFF, *supra* nota 117, en la pág. 197; ZIMMERMANN, ET AL., *supra* nota 113, en la pág. 371.
[126] In re Kimmel's Estate, 123 A. 405 Pa (1924).
[127] DUKEMINIER & SITKOFF, *supra* nota 117, en la pág. 205.
[128] *Id*. en la pág. 153.
[129] *Id*.
[130] John H. Langbein, *Substantial Compliance with the Wills Act*, 88 HARV. L. REV. 489, 492 (1975).

libre de problemas.[131] No obstante, reiteramos que el incumplimiento con las formalidades no debe provocar la nulidad del testamento si su propósito se cumple de otro modo.[132]

iii. Doctrina de cumplimiento sustancial y la regla de error inofensivo

Ante la búsqueda de un balance entre las formalidades y la voluntad del testador, en 1975, John Langbein propuso la adopción de la doctrina de cumplimiento sustancial.[133] Esta doctrina permite que, en casos donde se haya otorgado un testamento defectuoso, se puedan probar dos cosas: (1) la existencia de intención testamentaria, y (2) que el testamento cumple con el propósito de la ley.[134] Añade, también, que el incumplimiento de una formalidad no debe llevar a la nulidad del instrumento, sino que el juzgador debe cuestionarse si el documento expresa la intención clara del testador y si la forma del instrumento se aproxima suficientemente a las formalidades establecidas en ley.[135] Si el juzgador estima que del testamento surge la intención del testador y que la forma cumple con el propósito legislativo, se entenderá que el testamento es válido porque cumple con la ley. Según el autor, esta doctrina aplica a cualquier ley que regule las consecuencias del incumplimiento con las formalidades prescritas.[136]

Varios años después, Langbein analizó el desarrollo de su doctrina y publicó un artículo donde explicó que existe otro medio para excusar los errores en el otorgamiento de testamentos, conocido como la regla de error inofensivo, denominado en el idioma inglés como *harmless error rule*.[137] La regla del error inofensivo permite que el tribunal valide un testamento aun cuando reconoce que no se otorgó en cumplimiento con la ley.[138] Para ello, el proponente debe probar, por medio de prueba clara y convincente, que el causante tenía la intención de que ese fuera su testamento.[139] Si el juzgador determina que el error fue inofensivo, excusa el incumplimiento y es válido el testamento. La visión central de esta regla es que se pueden evitar gran parte de las dificultades asociadas con la regla de cumplimiento estricto, si la presunción de invalidez impuesta sobre un instrumento defectuoso pasa de ser una concluyente a una refutable.[140]

---

[131] *Id*. en la pág. 520.
[132] *Id*.
[133] *Id*. en la pág. 489.
[134] *Id*. en la pág. 513.
[135] *Id*. en la pág. 489.
[136] *Id*.
[137] John H. Langbein, *Excusing Harmless Errors in the Execution of Wills: A Report on Australia's Tranquil Revolution in Probate Law*, 87 COLUM. L. REV. 1, 5 (1987).
[138] *Id*. en la pág. 6.
[139] *Id*. en la pág. 53.
[140] *Id*. en la pág. 4.

Así las cosas, la Comisión sobre Leyes Estatales Uniformes decidió incorporar esta regla al UPC, con el propósito de mantener los beneficios de las formalidades sin provocar resultados que menoscaben la voluntad testamentaria en casos de error inofensivo.[141] Por medio de la adopción de esta regla, el UPC permite que un documento que no haya sido ejecutado en cumplimiento con formalidades testamentarias establecidas por ley se pueda considerar como un testamento. Para esto, el proponente tiene que establecer, por medio de prueba clara y convincente, que el causante tenía la intención de que ese fuese su testamento.[142] Es decir que, el peso de la prueba recae sobre el proponente, que es quien tiene interés en que se acepte el documento y se valide como testamento. Además, esta disposición permite que haya un balance entre la observancia de las formalidades testamentarias, diseñadas para proteger al testador de influencia indebida, y la protección de la voluntad testamentaria del causante.[143]

Por lo tanto, esta regla disminuye la necesidad de reglas específicas sobre testamentos digitales, porque permite que se validen testamentos creados en medios electrónicos.[144] La razón de ello es que, a pesar de que un testamento creado en un aparato electrónico no cumple con las formalidades establecidas por ley, bajo esta regla, si se prueba la intención testamentaria del otorgante, el testamento podría ser válido. No obstante, se argumenta que el problema fundamental de la regla es que recae en la buena voluntad de los juzgadores para hacer justicia.[145] Es importante destacar que, esta regla debe ser implementada por la legislatura; si no, la única opción para el juzgador de los hechos es adoptar la doctrina de cumplimiento sustancial.[146]

En la actualidad la regla del error inofensivo ha sido adoptada por trece estados, entre ellos esta: California, Hawaii, Michigan, Nueva Jersey, Colorado, Ohio, Dakota del Sur, Utah y Virginia.[147] El resultado de este proceso de liberalización de las formalidades ha provocado el aumento en la protocolización de testamentos que de otro modo hubiesen sido considerados inválidos.[148] A modo de ejemplo, el Tribunal de Apelaciones de Michigan ordenó la protocolización de un testamento ológrafo escrito en una aplicación de un teléfono móvil, bajo el fundamento de

---

[41] UNIF. PROBATE CODE §2-503 (NAT'L CONF. OF COMM'R ON UNIF. STATE LAWS 2010).

[142] *Id*.

[143] Irma Sasso, *Will Formalities in the Digital Age: Some Comparative Remarks*, 4 ITAL. L. J. 169, 176 (2018).

[144] *Id*. en la pág. 177.

[145] Stephen Clowney, *In their own hand: An Analysis of Holographic Wills and Homemade Willmaking*, 43 REAL PROP. TR. & EST. L. J. 27, 67 (2008).

[146] Christopher J. Caldwell, *Should E-wills be wills: Will Advances in Technology be Recognized for Will Execution*, 63 U. PITT. L. REV. 467, 484 (2002).

[147] DUKEMINIER & SITKOFF, *supra* nota 117, en la pág. 184.

[148] ZIMMERMANN, ET AL., *supra* nota 113, en la pág. 375.

que se estableció por medio de prueba clara y convincente que el testador tenía la intención de que esa fuese su última voluntad.[149] En este caso, un joven dejó una nota escrita a mano donde informó que su testamento se encontraba en su teléfono móvil y proveyó la contraseña para acceder al mismo. De igual modo, en el estado de Ohio, una persona escribió su testamento en una *tablet* frente a dos familiares, luego de no haber conseguido un papel para escribirlo.[150] El Tribunal inferior ordenó la protocolización del testamento bajo el fundamento de que se probó que esa era la intención del testador y que se cumplió con lo establecido por ley.[151]

iv. Testamentos Electrónicos

En 2001, Nevada se convirtió en el primer estado que aprobó una ley para regular los testamentos electrónicos.[152] Dicha ley establece que, un testamento electrónico es un instrumento creado y guardado en un récord electrónico que contiene la fecha y firma electrónica del testador e incluye, sin limitarse, al menos uno de los siguientes requisitos: (1) una autenticación de las características del testador; (2) la firma o el sello electrónico del notario y la del testador, o (3) la firma electrónica de al menos dos testigos.[153] La autenticación de las características a la que se refiere la ley debe ser única del otorgante y que ayude a reconocer aspectos biológicos o físicos de la persona.[154] Es decir, podrá utilizarse huella digital, reconocimiento de la retina o la cara, grabación de voz o de video, entre otros.[155] Además, la ley define firma electrónica como una imagen gráfica de una firma manuscrita que es creada, generada o almacenada por algún medio electrónico.[156]

Según esta ley, para disponer los bienes mediante testamento electrónico, el testador debe tener al menos dieciocho años de edad.[157] Además, el documento debe generarse de tal manera que solo pueda existir una copia y que esta sea custodiada por quien el testador elija.[158] La ley también dispone que un testamento electrónico tendrá valor probatorio por sí mismo si: (a) las declaraciones o affidavit de los testigos están incorporadas como parte del testamento; (b) el testamento designa un custodio cualificado para que guarde el récord electrónico del testamento, y (c)

[1149] In re Estate of Horton, No. 339737, 2018 N.W. 2d Westlaw 3443383 (Julio 17 de 2018).

[150] In re Estate of Castro, UNIFORM LAW COMMISSION http://www.uniformlaws.org/shared/docs/electronic%20wills/2017oct_E- (última visita 15 de mayo de 2019).

[151] *Id*.

[152] NEV. REV. STAT. ANN. §133.085 (2017).

[153] *Id*.

[154] *Id*.

[155] *Id*.

[156] *Id*.

[157] *Id*.

[158] *Id*. § 133.086 (2017).

antes de ser sometido a los procesos de rigor se mantuvo siempre bajo el poder del custodio.[159]

Esta ley, a pesar de ser una de avanzada, ha sido criticada, debido a que no especifica qué programa electrónico es confiable y adecuado para el cumplimiento de las provisiones legislativas.[160] Además, existe el riesgo de que terceras personas logren acceso a los documentos guardados en medios digitales, a pesar de las medidas seguridad que puedan tomarse.[161] Otro riesgo relacionado con el almacenamiento de los documentos en una computadora es que el formato en el que fue almacenado se vuelva obsoleto.[162] Debido a que el testamento debe estar disponible luego de la muerte del otorgante, es imperativo que el medio en el que se guarde quede preservado por tiempo prologando y los constantes cambios tecnológicos ponen en riesgo este factor.

Así las cosas, el pasado año, el *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* presentó un borrador para la creación de una Ley de Testamentos Electrónicos; recientemente, recibió cambios.[163] En la nota preliminar, explican que las personas recurren cada vez más a herramientas electrónicas para realizar tareas diarias, lo que incluye tareas legales.[164] Añaden que, a pesar de que algunas leyes actuales permiten testamentos electrónicos, ante la ausencia de una ley clara, los resultados pueden ser aleatorios.[165] Por lo tanto, aunque algunos estados han adoptado la regla de error inofensivo, esta requiere una decisión judicial basada en prueba clara y convincente y esto se traduce a un aumento en los costos de litigio para las partes y el tribunal.[166]

De manera que el borrador de esta ley nace de la preocupación de la Comisión por la posible inconsistencia que surgirá, si los estados modifican sus leyes sin uniformidad.[167] Las metas principales del Comité son permitir el otorgamiento electrónico de un testamento manteniendo las mismas protecciones que la ley de testamentos le provee al testador. También, tienen como meta crear requisitos de otorgamiento o ejecución que resulten en un instrumento válido, sin tener que acudir al tribunal.[168] Ahora bien, el borrador no contempla el otorgamiento de testamentos

---

[159] *Id*.

[160] Sasso, *supra* nota 143, en la pág. 174 (traducción suplida).

[161] *Id*. en la pág. 175 (traducción suplida).

[162] *Developments in the Law*, *supra* nota 23, en la pág. 798 (traducción suplida).

[163] UNIFORM LAW COMMISSION, *supra* nota 117.

[164] Electronic Wills Act, UNIFORM LAW COMMISSION https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=506a61da-e7cc-9b69-0fe1-8df8df6bf431(última visita 1 de mayo de 2019).

[165] *Id*.

[166] *Id*.

[167] *Id*.

[168] *Id*.

ológrafos. No obstante, incluye la regla de error inofensivo para testamentos electrónicos y define firma como un símbolo electrónico, sonido o proceso hecho con la intención de autenticar un registro electrónico.[169] Esto significa que existe la posibilidad que un testamento ológrafo electrónico sea válido por vía de la regla de error inofensivo.

B. Escocia y Australia

Existen otras jurisdicciones donde se han aceptado testamentos escritos en medios electrónicos. Así, por ejemplo, en 1935, el Tribunal Supremo Civil de Escocia determinó que un testamento ológrafo escrito por el testador a maquinilla es válido. Su decisión estuvo basada en la postura que la ley debe ir a la par con la marcha de la ciencia y que la maquinilla era una forma moderna de escribir.[170]

Similarmente, muchos años después, surgieron en Australia dos casos de testamentos electrónicos. En el primero de ellos, se consideró como testamento un documento escrito en una computadora y almacenado como *"Will.doc"*. Esto fue posible, porque la *Ley de Testamentos* del 1996 permite que los tribunales puedan prescindir de las formalidades testamentarias cuando se les presente un documento que pretenda declarar las intenciones testamentarias del difunto y del cual el causante haya tenido la intención de que fuese su testamento.[171] Dispone, además, que para hacer su análisis, los tribunales podrán considerar cualquier evidencia relacionada con la forma en que se preparó el documento o evidencia sobre la intención de testar de la persona fallecida. En este caso el tribunal obtuvo como evidencia la *metadata*, es decir, información que contiene la historia y características técnicas del documento.[172] Luego de un extenso análisis, el tribunal determinó que, en efecto, el escrito almacenado cumplía con las disposiciones de la ley y la evidencia presentada demostraba que el escrito había sido redactado por el causante.[173] Igualmente, en 2013, el Tribunal Supremo de Australia ordenó la admisión de un testamento escrito en un teléfono móvil porque del documento se desprendía la clara intención del testador de que esa era su última voluntad.[174] Estos casos demuestran que la tecnología puede utilizarse para propósitos evidenciario y que existen distintas maneras de determinar la identidad del testador.

---

[169] *Id*.

[170] McBeath's Trustees v. McBeath (1935) SC 471 (Scot.).

[171] Succession Act of 2006 s 8 (Austl.).

[172] Yazbek v. Yazbek (2012) NSWLR 1 (Austl.).

[173] *Id*.

[174] Jim D. Sarlis, *From tractor fenders to iPhones: Holographic Wills*, 86 N.Y. ST. B.A. J. 11, 13 (2014).

C. África del Sur

El Derecho Sucesorio de Sudáfrica es producto del sistema legal mixto del país, el cual se compone de derecho común y derecho romano.[175] El derecho romano fue introducido en Sudáfrica en el siglo diecisiete y, como cualquier sistema de derecho civilista, estaba basado en el principio de sucesión universal. [176] Así las cosas, en el 1833 surgió un cambio al aprobarse una ordenanza que reemplazó el sistema romano con el sistema de derecho común.[177] La implementación de esta ordenanza provocó disparidad en el Derecho Sucesorio de Sudáfrica; en el 1953, se aprobó el *Wills Act* con el propósito de introducir uniformidad en el sistema.[178] Finalmente, la influencia que prevaleció fue la del derecho común y, por lo tanto, las formas testamentarias que han sobrevivido son esencialmente de carácter inglés.[179] Ahora bien, en el Derecho Sucesorio sudafricano, los testadores pueden utilizar cualquier tipo de lenguaje siempre que su intención quede establecida con certeza razonable, es decir, no existen requisitos sobre el contenido interno del testamento.[180]

Dicho lo anterior, la ley no define claramente lo que es un testamento; más bien, dispone que un testamento incluye un codicilo y cualquier otro escrito testamentario.[181] A su vez, el término escrito testamentario fue definido por los tribunales en ausencia de una definición en la ley. Se considera un escrito testamentario aquel que identifica (1) la propiedad legada, (2) el alcance del interés en esa propiedad, y (3) el beneficiario.[182] Si el documento cumple con los tres requisitos, se considerará un escrito testamentario que tiene que cumplir con las formalidades establecidas en ley.

Ahora bien, las formalidades establecidas por ley son las siguientes: (1) el testamento debe estar firmado al final, ya sea por el testador o si lo firma otra persona a su ruego, en la presencia de este; (2) el acto de firmarlo se tiene que hacer frente a dos o más testigos competentes o si ya se firmó previamente, el testador debe reconocer que esa es su firma; (3) los testigos tendrán que firmar el testamento en presencia del testador y de los demás testigos, y (4) si el testamento consiste en más de una página, cada una debe estar firmada.[183] Además, la firma debe ser a manuscrito, ya que la *Ley de Comunicaciones y Transacciones Electrónicas* no autoriza el uso de firmas electrónicas en los testamentos.[184]

---

[175] ZIMMERMANN, ET AL., *supra* nota 113, en la pág. 382.
[176] *Id*.
[177] *Id*.
[178] *Id*. en la pág. 385.
[179] *Id*. en la pág. 382.
[180] *Id*.
[181] Wills Act 7 of 1953 §1 (S. Afr.).
[182] ZIMMERMANN, ET AL., *supra* nota 113, en la pág. 386.
[183] Wills Act 7 of 1953 §2 (S. Afr.).
[184] *Id*. § 4(4) (S. Afr.).

Dicho lo anterior, hace varias décadas, se introdujo una innovación radical en el Derecho Sucesorio de Sudáfrica. La *Ley de Enmiendas* de 1992 incluyó una sección dentro del *Wills Act* que permite a los tribunales condonar el incumplimiento de las formalidades testamentarias bajo ciertas circunstancias. La disposición establece tres requisitos principales: (1) la existencia de un documento (2) preparado o ejecutado por el causante y (3) que este tenía la intención de que el documento constituyera su testamento.[185] Si el tribunal estima que se cumplen con los tres requisitos debe ordenar que se acepte el documento como un testamento, aunque no cumpla con las formalidades testamentarias impuestas por ley.[186] Sobre este particular, ya han surgido varios casos, entre ellos, el de una persona que redactó su testamento en la computadora de su lugar de empleo pero no lo imprimió. Así las cosas, antes de quitarse la vida, dejo una nota en la que informaba que su testamento se encontraba en una computadora en su lugar de empleo. Finalmente, se logró acceso al documento y se imprimió. El tribunal concedió una orden para la aprobación del documento como testamento.[187]

Otra situación interesante se dio en un caso donde dos amigos decidieron preparar un testamento donde cada uno sería el único beneficiario del otro. Así las cosas, ambos pactaron por medio de un correo electrónico los términos de sus respectivos testamentos y lo confirmaron por medio de una llamada telefónica. Lamentablemente, solo uno de ellos logró otorgar su testamento con los acuerdos pactados ya que el otro falleció. Como resultado de una solicitud sometida, el Tribunal Supremo permitió que la aceptación del correo electrónico como testamento del amigo fallecido.[188] Es menester aclarar que en los casos antes mencionados se logró imprimir el documento electrónico y presentarlo ante el tribunal. Esto nos lleva a cuestionarnos si el resultado hubiera si no hubiese logrado imprimir el documento.

V. Propuesta para Aceptar el Testamento Electrónico en Puerto Rico

Como pudimos ver, cada país ha adoptado distintas formas de testar según el desarrollo histórico de su sistema de derecho. Ante la realidad tecnológica que vivimos, algunos países han implementado distintas soluciones para los problemas que surgen entre la tecnología y las formalidades testamentarias. Estos cambios resultan particularmente ventajosos para aquellos lugares donde no se ha dado el paso inicial a la inclusión de la tecnología en el Derecho Sucesorio.

Como mencionamos anteriormente, en Puerto Rico el testamento ológrafo continúa teniendo las mismas formalidades desde el siglo pasado. Es necesario

---

[185] *Id*. § 2(3) (S. Afr.).

[186] *Id*.

[187] ZIMMERMANN, ET AL., *supra* nota 113, en la pág. 396.

[188] *Id*.

recalcar que este tipo de testamento corre el riesgo de entrar en desuso, puesto que, con el tiempo cada vez menos personas utilizarán lápiz y papel, y se normalizará la escritura en aparatos electrónicos. En consecuencia, se podría perder la forma de testar más accesible para personas que carecen de recursos económicos, ya que, como explicamos, al momento de otorgar un testamento ológrafo, no hay que incurrir en gasto económico alguno.

Por tanto, permitir que se exija el cumplimiento estricto de las formalidades es ir en contra del principio de voluntad testamentaria. Es decir, exigir el cumplimiento estricto de las formalidades provocará que no se haga valer la voluntad del testador, quien al momento de otorgar el testamento lo hizo confiado en que luego de su muerte se cumplirían sus deseos. En situaciones como esta, el Estado obstaculiza la libertad que tienen sus ciudadanos de disponer de su patrimonio para luego de su muerte. Más aun, falla en la función de revisar y enmendar leyes, al negarse a actualizar disposiciones legales de antaño, que no representan la sociedad puertorriqueña actual. Esta inacción del Estado representa un menoscabo de la voluntad testamentaria y un serio problema de acceso a la justicia. Por tal razón, se proponen algunas soluciones al problema.

A. Legislación que enmiende el Derecho Sucesorio

Ante la realidad tecnológica actual, la legislatura debería comenzar por implementar legislación que flexibilice las formalidades del testamento ológrafo. De este modo, se abre un espacio necesario en nuestro derecho para la aceptación de diferentes modos de testar, que sean reales y accesibles para todos. A su vez, se crea un balance esencial entre el cumplimiento de las formalidades y la voluntad del otorgante.

i. Condonación de las formalidades

La primera propuesta consiste en incluir, por medio de ley, una disposición que condone el incumplimiento con las formalidades testamentarias, si existe un documento donde el causante haya expresado su última voluntad con la intención de que ese fuese su testamento. Para la implementación de dicha disposición, se puede utilizar como modelo la *Ley de Testamentos de Sudáfrica*, discutida anteriormente. Ahora bien, para incorporarla adecuadamente a nuestra realidad social será necesario que bajo esta disposición legal se puedan aceptar testamentos escritos en medios electrónicos. Para ello, es esencial que la legislatura, en la definición de la palabra *documento*, incluya documentos escritos en procesador de palabras, documentos escritos en teléfonos móviles o cualquier otro medio electrónico. Al implementar una disposición de esta índole, no será necesario crear ni eliminar las

formalidades existentes, ya que se crea un remedio para darle validez a aquellos testamentos que de otro modo serían nulos. Además, se crearía un balance entre el cumplimiento con las formalidades testamentarias y la voluntad del testador. A su vez, al ser una disposición que depende principalmente de la expresión de la voluntad del testador da espacio para que los cambios tecnológicos futuros también puedan ser considerados.

Resulta esencial que, al implementar esta disposición, se permita el uso de prueba extrínseca para probar la autenticidad del documento y asegurarse de que el testador fue el autor. La idea principal es lograr un cambio de perspectiva en nuestro derecho, de manera tal que se reconozca que la tecnología tiene las garantías de confiabilidad necesarias para que se cumpla el propósito de las formalidades. Reiteramos que los artefactos electrónicos son puramente privados y quien protege su privacidad por medio del uso de contraseñas reclama tácitamente el derecho a la intimidad protegido por nuestra constitución. Esto, en cierto modo, sería un gran paso hacia la búsqueda de que prevalezca siempre la voluntad del testador sin alejarnos de la tradición civilista que ha regido nuestro Derecho Sucesorio por décadas.

ii. Regla del Error Inofensivo

Otra posible solución es la adopción de la regla de error inofensivo acogida por el UPC. La ventaja principal de la regla de error inofensivo yace en que se requiere, necesariamente, que se traiga prueba extrínseca sobre la intención del testador con el fin de buscar que siempre prevalezca su voluntad. Por lo que, si el juzgador queda convencido de que el otorgante tenía la intención de que ese fuese su testamento, será válido. A diferencia de la propuesta anterior, la regla de error inofensivo recae principalmente en la voluntad y el criterio de los tribunales, lo cual puede llevar a la falta de uniformidad en las decisiones judiciales. No obstante, ambas se asemejan en que tienen como norte el que siempre prevalezca la voluntad del testador. Además, al igual que la propuesta anterior, la creación de una regla de error inofensivo en nuestro Derecho Sucesorio significaría que se crea un remedio y no formalidades específicas, de manera tal que resulta innecesario alterar de manera significativa las disposiciones legales vigentes.

Por último, es necesario recalcar que la implementación de esta regla disminuye la necesidad de implementar disposiciones específicas sobre testamentos electrónicos. Ello es así puesto que, según explicado anteriormente, bajo la regla de error inofensivo se puede permitir la creación de un testamento electrónico.

iii. Testamento electrónico

Una tercera solución podría ser la aprobación de una ley de testamentos electrónicos. Para esto, podría usarse como modelo el borrador creado por la

Comisión de Leyes Estatales Uniformes de los Estados Unidos, así como las leyes de los estados que lo aceptan. Ahora bien, hay que ser muy cautelosos al momento de implementar una ley de esta índole en nuestro sistema de Derecho Sucesorio, ya que existe una gran posibilidad de que se afecten otras disposiciones del Código Civil, como por ejemplo las formalidades del testamento abierto.

Conviene subrayar que, para que la ley sea efectiva, la legislatura debe definir claramente las formas testamentarias aceptadas de manera tal que no impidan la inclusión de tecnologías futuras. También, deben disponer que el peso de la prueba recae sobre el proponente, es decir, en quien tenga el interés de que el testamento adquiera eficacia jurídica. Además, la inclusión de la regla de error inofensivo dentro de esta ley es vital para que, en caso de incumplimiento con las formalidades, pueda prevalecer la voluntad del testador. Igualmente, la ley debe contener disposiciones que protejan al testador en contra de fraude, dolo e intimidación. A modo de ejemplo, como parte de las formalidades requeridas para el otorgamiento del testamento electrónico, pueden disponer que el testamento esté firmado por dos testigos, ya sea ante la presencia física o electrónica del testador. Por último, es conveniente anotar que antes de implementar cualquier cambio legislativo debe hacerse un análisis completo de cualquier otra disposición legal que pueda trastocar porque de lo contrario estaríamos resolviendo un problema para crear otro.

B. Doctrina de cumplimiento sustancial

Finalmente, ante la ausencia de legislación que se atempere a nuestra realidad social los tribunales podrían considerar la adopción de la doctrina de cumplimiento sustancial. La aplicación de esta doctrina busca cumplir con el principio de voluntad testamentaria enraizado en el derecho sucesoral puertorriqueño. De este modo los tribunales, bajo su función adjudicadora podrán dar eficacia jurídica a un testamento que incumpla con las formalidades actuales. Como se ha dicho, esta doctrina permite que se pruebe la existencia de la intención testamentaria y que, a pesar del incumplimiento, el testamento cumple con el propósito de la ley.

No obstante, debemos puntualizar que esta doctrina va a la par con la regla básica de interpretación judicial vigente en Puerto Rico. Es decir, ambas buscan crear un balance entre el cumplimiento de las formalidades y la voluntad del testador. Indiscutiblemente, la adopción de esta doctrina representa un remedio provisional, ya que recae únicamente sobre el criterio del juzgador. Sin embargo, mientras la inacción de la rama legislativa continúe, esta doctrina representa una solución para que los tribunales puedan alejarse del cumplimiento estricto de las formalidades. De este modo, se evita menoscabar la autonomía testamentaria de la futura generación.

VI. Conclusión

El Código Civil es la ley general que regula nuestras vidas desde que nacemos hasta después que morimos. Ante los cambios sociales y la vigencia de un Código Civil anticuado que no refleja ni contempla asuntos de la sociedad moderna, es imperativa la discusión de nuevas propuestas y cambios que nos representen como sociedad. Por tal razón, reiteramos que mantener este Código tal y como está, bajo el fundamento de que son principios arraigados a la tradición puertorriqueña es ignorar el hecho de que nuestra sociedad ha cambiado y seguirá cambiando. Ignorar este asunto significará continuar con el quebrantamiento de los principios de libertad testamentaria.

A pesar de que las propuestas antes discutidas puedan parecer algo radicales, tienen como propósito atemperar nuestro Derecho Sucesorio a la realidad social y tecnológica. Resulta ventajoso para Puerto Rico el que, por décadas, otros países han adoptado distintas soluciones al problema, ya que nos sirven de ejemplo para realizar las enmiendas y cambios necesarios. Lamentablemente, los países civilistas han hecho poco o ningún cambio sobre este problema. Por tal razón, debemos dirigir la mirada a países de derecho común y derecho mixto. Ha llegado el momento de dejar a un lado la resistencia que existe sobre adoptar doctrinas de derecho común en materia de sucesiones, ya que, después de todo, el derecho puertorriqueño es el resultado de las influencias de derecho civil español y derecho común estadounidense.

La adopción de una disposición que condone el incumplimiento con las formalidades, la adopción de la regla de error inofensivo, así como la implementación de una ley de testamentos electrónicos representan soluciones reales al problema. No obstante, entendemos que la solución más apropiada es la implementación de una disposición legal que condone el incumplimiento con las formalidades testamentarias. Además, inevitablemente los tribunales se enfrentarán con mayor frecuencia a controversias como estas, por ello, si se sigue exigiendo el cumplimiento estricto de las formalidades se menoscabará constantemente la voluntad testamentaria de todos los puertorriqueños.

Es menester aclarar que lo que se propone no es la adopción de todas estas disposiciones, sino las que la Rama Legislativa luego de un estudio profundo entienda qué resuelve mejor este problema. Finalmente, reiteramos que antes de la implementación de cualquier enmienda o ley, la legislatura debe hacer un análisis exhaustivo para determinar cómo estos cambios afectarán otras disposiciones legales, ya sea de una ley especial o general.

UNA PROPUESTA PARA CASOS DE IMPERICIA VETERINARIA: RECONOCIENDO A LOS ANIMALES COMO SUJETOS DE DERECHOS

*Mariela González Alcántara**

Resumen

Cuando un médico veterinario comete un acto de impericia el guardián tiene derecho a reclamar los daños y perjuicios que esto le haya provocado. Sin embargo, la mascota no puede ser indemnizada. Esto se debe a que el ordenamiento jurídico vigente no reconoce a los animales como seres sintientes. Para que el guardián pueda solicitar la indemnización del animal se debe reconocer que estos son sujetos con derechos, capaces de sufrir. Para ello, se utiliza de forma análoga la personalidad jurídica atenuada que se otorga las corporaciones, los menores y los incapaces. El propósito de este artículo es establecer una propuesta sobre cómo debe evaluarse el acto de impericia de un médico veterinario y reconocer que el animal también es merecedor de un resarcimiento por su sufrimiento.

Abstract

When a veterinarian commits an act of malpractice with an animal, the guardian has the right to pursue a legal action for his or her emotional and physical damages, but not the animal's. Although our legal order does not recognize animals as feeling beings. The only way to compensate an animal for their suffering is by recognizing their personhood, capable of suffering. Using by analogy the same personhood granted to corporations, minors, and mentally disabled. The purpose of this article is to establish a proposal about how veterinary negligence should be evaluated and to recognize that the animal also deserves compensation for all its suffering.

---

* Estudiante de cuarto año nocturno y directora asociada de la Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Deseo agradecer a todas las personas que creyeron en este trabajo y apoyaron la idea desde el principio, en especial a la profesora E. Benvenutti.

I. Introducción 372
II. El reconocimiento de la Impericia Veterinaria..... 374
III. Animales como sujetos de derechos 376
IV. Una propuesta para casos de impericia veterinaria..... 382
V. Derecho Comparado 387
VI. Propuesta..... 390
VII. Conclusión 392

> La grandeza de una nación y su progreso moral puede ser juzgada por la forma en que sus animales son tratados.
> – Mahatma Gandhi

I. Introducción

En este artículo se presentará una propuesta normativa para la resolución de controversias en casos en que un médico veterinario le cause daño a un animal de manera negligente. Para ello, se estarán abordando los elementos que deben considerarse para evaluar la impericia del médico veterinario y la indemnización del animal y el guardián.

Para poner en contexto lo anterior, analice los siguientes hechos. Imagínese, que usted tiene una mascota[1] con la cual tiene una conexión muy especial, el amor que recibe por parte de ella es incondicional y para usted no hay algo que le alegre más el día que estar con su mascota. Por esta razón, la lleva al médico veterinario para que le realicen los tratamientos pertinentes y estar al tanto de su salud. Como parte de estos tratamientos, usted lleva a la mascota al veterinario para limpieza bucal. Sin embargo, el médico veterinario comete un error con el registro del animal y en lugar de hacer el procedimiento acordado, le abre el abdomen para esterilizarlo. Tan pronto le abre el abdomen se da cuenta que el animal ya está esterilizado. La mascota despierta subsumida en un inmenso dolor. Como consecuencia de esa negligencia, a su mascota le da una infección en la herida y comienza a tener efectos en su salud. El animal no quiere comer, tiene fiebre, vomita y su estado emocional cambia totalmente. Por lo tanto, usted no solamente tiene que realizar una mayor inversión monetaria para sanar a su mascota, sino que se siente deprimido porque ya el animal no es el mismo, está irritable y no quiere jugar. Es evidente que el

[1] En este artículo solo haremos referencia a los animales de compañía, definidos como aquel animal doméstico que comparte los espacios y vivencias del humano. CHRISTINA GIL MEMBRADO, RÉGIMEN JURÍDICO CIVIL DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA 15 (2014).

médico veterinario cometió un acto negligente, que su mascota sufrió un daño físico y emocional, y que usted también está sufriendo al ver que su mascota ya no es la misma, juguetona y cariñosa.

Así, como en la situación anterior, para muchas familias puertorriqueñas sus mascotas han pasado a ser una parte esencial en su diario vivir. Actualmente esta conexión entre humanos y mascotas es más común, ya que la percepción de la sociedad hacia los animales ha evolucionado. Estos antes se utilizaban para realizar labores y ahora son un miembro más en el entorno familiar.[2] Incluso, muchas personas los consideran como a un hijo.[3] Esta relación afectiva que crece entre ambos seres vivos, lleva a muchos guardianes[4] a preocuparse por la salud de sus mascotas. Es por esta razón que los guardianes acuden a los médicos veterinarios para que con la medicina moderna ayuden a que la vida de sus animales sea una prolongada y saludable. Como podemos ver esta necesidad que ha crecido entre las personas de mantener a sus mascotas sanas ha hecho que cada día aumenten las interacciones entre los médicos veterinarios y los animales, y con ello las probabilidades de actos de impericia.

Estos posibles actos de impericia nos conducen a la indemnización que deben recibir el animal y el guardián. Lamentablemente, el Tribunal Supremo de Puerto Rico [en adelante *TSPR*] y la legislatura no se han expresado sobre cómo los tribunales deben proceder ante una demanda por impericia veterinaria. Tampoco existe una regulación para saber qué elementos deben utilizarse para evaluar el acto negligente del médico veterinario. En vista de lo anterior, se hará referencia en el artículo a la causa de acción del guardián en un caso de impericia veterinaria con los animales como sujetos de derechos. Esto quiere decir que el guardián podrá solicitar lo siguiente: (1) el resarcimiento por el daño que le causó ver a un ser querido sufrir por la negligencia del médico veterinario; (2) el resarcimiento del animal por el daño físico y emocional que sufrió como consecuencia de la actuación negligente.

En el caso del resarcimiento del animal, se expondrá que actualmente estos no tienen derecho a reclamar daños y perjuicios. Por consiguiente, si un animal sufre un daño por la negligencia del médico veterinario, quien único podría recibir una indemnización bajo el derecho vigente es el guardián. Ahora, si en casos de impericia veterinaria establecemos que los animales son sujetos de derechos, capaces de sentir

---

[2] Steven Barghusen, *Noneconomic Damage Awards in Veterinary Malpractice; Using the Human Medical Experience as a Model to Predict the Effect of Noneconomic Damage Awards on the Practice of Companion Animal Veterinary Medicine*, 17 ANIMAL L. REV. 13, 15 (2010).

[3] *Id*.

[4] En este trabajo se utilizarán las palabras guardián o cuidador para referirnos a la persona que cuida de un animal y tiene una relación afectiva con el mismo. Reconocemos que en el derecho puertorriqueño la clasificación que le corresponde a la persona es de dueño debido a la caracterización de propiedad que se les otorga a los animales. Sin embargo, la palabra dueño no va acorde con los fines de este artículo.

dolor físico y emocional, entonces el guardián en su causa de acción podrá solicitar los daños del animal. Esto, así como una persona y sus familiares tienen derecho a solicitar resarcimiento por el daño causado por la impericia de un médico.

Para alcanzar el propósito de este artículo, en el primer tema abordaremos la importancia que tiene para la sociedad y el derecho que se reconozca esta causa de acción por impericia veterinaria. Nos referimos a la causa de acción en la que el guardián demanda al médico veterinario, que cometió un acto de impericia, y solicita una indemnización por sus daños y los del animal. Luego, exponemos el derecho del guardián para reclamar los daños sufridos por el animal debido a la negligencia del médico veterinario. La forma de hacer esto es otorgándole personalidad jurídica a los animales y admitir que su sensibilidad no es compatible con la de un objeto. Finalmente, proponemos unos elementos que deben utilizarse para resolver controversias de impericia veterinaria.

La finalidad de todo lo expuesto anteriormente es que, una vez se presente una controversia sobre impericia veterinaria, se pueda dar una solución más abarcadora que la disponible. Una solución que considere a los más vulnerables y a ambas víctimas de la impericia veterinaria, el guardián y la mascota. Además, consideramos que, así como para algunos no se puede equiparar la pérdida de una persona con la de una mascota, para otros no es lógico asimilar la pérdida de su mascota con la de un objeto.[5]

II. El reconocimiento de la Impericia Veterinaria

El reconocimiento de causas de acción bajo lo que conocemos como la responsabilidad civil extracontractual surgen según la sociedad va desarrollándose. Las controversias que emanan de las relaciones interpersonales en cada época son distintas. Por consiguiente, lo que antes no era un problema entre las personas puede que, en otra época, sí se desarrolle como una controversia. De estos problemas sociales depende que se reconozca una causa de acción válida y los derechos necesarios para su resolución.[6] También, depende del sentido de justicia que los tribunales tengan durante esa época.[7]

Otros cambios sociales que han evolucionado el Derecho surgen en el movimiento de los derechos de los animales. Dicho movimiento ha tenido un gran auge en la última década, especialmente en Estados Unidos. En los años setenta el filósofo Peter Singer tuvo una gran influencia en el Derecho Animal, al exponer

---

[5] Jessica Méndez Colberg, *Responsabilidad Civil Extracontractual por la impericia de un Médico Veterinario: una analogía con la responsabilidad por mala práctica en la medicina humana,* 52 REV. D.P. 69, 82 (2012).

[6] CARLOS IRIZARRY YUNQUÉ, RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL: UN ESTUDIO BASADO EN LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO 1 (7ma. ed. 2009).

[7] *Id*.

en su libro, *Animal Liberation,* que todos los seres capaces de sufrir merecen igual consideración.[8] Específicamente, declaró que esa consideración no debe basarse en su inteligencia si no en su capacidad de sufrir.[9] Así las cosas, continuó creciendo el movimiento de los derechos de los animales al punto que se generó uno de los más grandes cambios en el sistema de justicia en Estados Unidos. Para el 1994, solo quince estados de Estados Unidos penalizaban el maltrato animal; en el presente, los cincuenta estados castigan estas acciones.[10]

Sin embargo, actualmente, están surgiendo más controversias con respecto a los animales no cuentan con una legislación que brinde un remedio adecuado, como la impericia veterinaria. Debido al cambio en la perspectiva de la sociedad hacia los animales es que ha surgido esta nueva controversia. Estudios realizados por la *Harris Poll* en 2012 han demostrado que la mayoría de las personas que tienen un animal lo consideran un miembro de la familia, no un bien de su propiedad.[11] Las estadísticas demostraron que nueve de cada diez guardianes de perros y gatos los consideran un miembro más en la familia.[12]

Es indiscutible que la sociedad ha cambiado su relación con los animales. Actualmente, los guardianes se preocupan cada día más por la salud de sus mascotas. La *American Pets Products Association* [en adelante *APPA*], publicó los resultados de un estudio realizado sobre los gastos en que se incurrieron en Estados Unidos en cuidado animal durante el año 2017.[13] El resultado fue que los estadounidenses gastaron $16.62 billones en cuidado veterinario. Este estudio es prueba de la gran responsabilidad y compromiso que sienten las personas con sus mascotas y cómo esto ha llevado a un aumento en las visitas al médico veterinario. Si la sociedad no hubiera evolucionado en su percepción hacia los animales, los guardianes no gastarían cientos de dólares para curarlos cuando se enferman o resultan heridos. Las mascotas serían reemplazables y simplemente las dejarían morir sin tener que invertir dinero para tratar de prolongar sus vidas o darles una vida saludable.

Sin embargo, estas personas llevan a sus mascotas a atenderse, confiando que el médico veterinario ejercerá un estándar de cuidado adecuado. Cuando esto no

---

[8] PETER SINGER, ANIMAL LIBERATION: A NEW ETHICS TO OUR TREATMENT OF ANIMALS (1975) (traducción suplida).

[9] *Id.*

[10] *Animal Protection Laws of the United States of America and Canada*, ANIMAL LEGAL DEFENSE FUND, http://aldf.org/resources/advocating-for-animals/animal-protection-laws-of-the-united-states-of-america-and-canada/ (última visita 22 de marzo de 2018).

[11] *The Harris Poll,* PETS AREN'T JUST ANIMALS; THEY ARE MEMBERS OF THE FAMILY, HTTP://WWW.THEHARRISPOLL.COM/NEW-YORK-N-Y-SEPTEMBER-13-2012-AMERICANS-HAVE-ALWAYS-HAD-INTERESTING-RELATIONSHIPS-WITH-THEIR-PETS-WHETHER-THOSE-PETS-ARE-CATS-DOGS-PARAKEETS-OR-SOMETHING-ELSE-ENTIRELY-THE-PET-INDUSTRY-I/ (última visita 10 de febrero de 2018).

[12] *Id.*

[13] *APPA National Pet Owners Survey*, AMERICAN PET PRODUCTS ASSOCIATION, http://www.americanpetproducts.org/press_industrytrends.asp (última visita 18 de noviembre de 2017).

sucede, entonces, crea un problema social. La conducta del médico veterinario, sin importar cuan crasa sea, es inmune. La sociedad tiene el derecho de exigir que todos los profesionales realicen su trabajo de manera adecuada y que cumplan con las expectativas de su profesión. Además, las mascotas, que sufren un daño[14] por culpa de un médico veterinario, están desprovistas de legislación que les brinde una indemnización. No importa si el animal sufre una negligencia crasa, no existe una legislación a su favor para compensar ese dolor físico y emocional.

Por consiguiente, es necesario que una vez más el derecho se equipare a la nueva visión de la sociedad sobre los animales. Es por esta razón que es importante reconocer la causa de acción planteada en este artículo. Nos referimos a aquella donde el guardián de un animal puede presentar una demanda de daños y perjuicios contra un médico veterinario, que se cree cometió un acto de impericia y solicitar el resarcimiento del daño causado a él y al animal.

Las demandas de daños y perjuicios históricamente han buscado "cubrir toda manifestación de conducta antisocial dañina".[15] Es irrazonable pensar que la conducta antisocial y dañina de un médico veterinario con un animal no debe producir consecuencias. De no tener consecuencias, se atropellaría la razón de ser de la responsabilidad civil extracontractual en Puerto Rico. Recordemos, que el propósito de la indemnización cuando se ocasiona un daño es devolver a la víctima al estado que se encontraba antes. De esto no ser posible entonces se otorga una compensación.[16] A modo de ejemplo, recapitulemos la situación de hechos al inicio de este artículo. Aquí sometieron a un animal a una cirugía dolorosa y completamente innecesaria que le ocasionó daños físicos y emocionales. Esta fue una conducta dañina y antisocial que afectó los intereses tanto del guardián como del animal. Por lo tanto, las consecuencias de esa conducta deben ser indemnizadas.

III. Animales como sujetos de derechos

A. Personalidad Jurídica

En esta sección se establecerán las razones por las cuales debe reconocerse la personalidad jurídica de los animales.[17] Para adentrarnos en este tema debemos aclarar la interpretación errónea que muchas veces se hace sobre el concepto de

---

[14] En el subtema de objetos inanimados vs. seres sintientes se establece que ha sido científicamente probado que los animales son capaces de sufrir como un ser humano.

[15] ANTONIO J. AMADEO, EL VALOR DE LOS DAÑOS EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL 19 (2da ed. 2011).

[16] *Id.* en la pág. 15.

[17] Steven M. Wise*, Nonhumans Rights Project; Unlock the Cage*, *en* BOSTONIA 31 (2017) (traducción suplida). Steven Wise, es un abogado reconocido por sus planteamientos para reconocerle personalidad

personalidad jurídica.[18] Esto se debe a que el término regularmente se asocia con los humanos aun cuando la ley les reconoce personalidad jurídica a otros entes no humanos, como la corporación.[19]

El *TSPR* definió la personalidad jurídica como "la aptitud para ser sujeto de derechos y deberes".[20] El Código Civil establece qué sujetos ostentan esta aptitud: los seres humanos nacidos y desprendidos de su seno materno, las asociaciones y corporaciones.[21] Por otra parte, en nuestro ordenamiento jurídico los menores de edad y los incapacitados tienen personalidad jurídica, sin embargo, se les limita su capacidad de obrar.[22] Esto se debe a que dicha capacidad es el "ejercicio de los derechos que requiere conciencia y voluntad".[23]

Ahora bien, para poder instar una demanda es necesario tener personalidad jurídica, mas no así la capacidad de obrar. La falta de capacidad de obrar solo restringe el derecho de una persona natural o jurídica a presentar la demanda por sí mismo. En los casos en que una parte no tenga capacidad de obrar, debido a que es menor de edad o incapacitado, esa restricción puede ser subsanada.[24] En cuanto a los menores, son los padres con patria potestad quienes deben comparecer en representación de su hijo, de estos faltar entonces serán el tutor general o un defensor judicial que comparecerán a nombre del menor.[25] En cuanto a los adultos incapacitados, podrán comparecer su tutor general o un defensor judicial en su representación.[26]

Como podemos ver las definiciones anteriores no incluyen a los animales. Esto se debe a que en Puerto Rico los animales son reconocidos como bienes, por lo que se encuentran regulados por el capítulo de derechos propietarios del Código Civil de Puerto Rico.[27] Debido a ese estatus, las personas tienen un derecho constitucional de disfrute sobre sus mascotas.[28] Por lo tanto, si una persona obstaculiza dicho

---

jurídica a los chimpancés. Este plantea una extensión de la personalidad jurídica de los menores, incapacitados y corporaciones a los chimpancés. *Véase* STEVEN WISE, RATTLING THE CAGE (2002); STEVEN WISE, RATTLING THE CAGE: TOWARD LEGAL RIGHTS FOR ANIMALS (2000).

[18] Alexis Dyschkant, *Legal Personhood: How We Are Getting It Wrong*, 2015 U. ILL. L. REV. 2075, 2078 (2015).

[19] *Id*.

[20] Laureano v. Soto, 141 DPR 77, 89 (1996).

[21] COD. CIV. PR. art. 24, 31 LPRA § 81 (2015); COD. CIV. PR. art. 27, 31 LPRA § 101 (2015).

[22] Los ejemplos que se presentarán solo se utilizarán de modo ilustrativo, para establecer las distintas personalidades jurídicas que reconoce nuestro ordenamiento jurídico y cómo estas nos ayudan a evaluar qué tipo de personalidad jurídica puede otorgarse a los animales.

[23] *Laureano*, 141 DPR en la pág. 89.

[24] COD. CIV. PR. art. 25, 31 LPRA § 82 (2015).

[25] R. P. CIV. 15.2, 32 LPRA Ap. III, R. 15.2 (2010).

[26] *Id.*

[27] Infante v. Leith, 85 DPR 26 (1962).

[28] CONST. PR art. II, § 7.

disfrute, el guardián del animal podrá demandar por los daños y perjuicios causados. Solo deberá evidenciar que su felicidad, bienestar y salud se han visto afectadas y que no es una "pena pasajera".[29]

Actualmente este es el remedio que los guardianes tienen disponible en nuestro sistema de derecho. Sin embargo, el estatus de propiedad de los animales influencia los remedios disponibles tanto para el guardián como para el animal.[30] Como consecuencia, en un caso en que un médico veterinario es negligente y le causa dolor físico y emocional al animal, el guardián no podrá reclamar los daños sufridos por su mascota. A modo de ejemplo, en un caso en Florida un médico veterinario dejó a un perro en almohadillas térmicas demasiado tiempo después de una cirugía causándole severas quemaduras y desfigurando al perro.[31] El Tribunal le concedió al guardián del perro una indemnización mínima por el daño sufrido. Sin embargo, el sufrimiento del perro tanto físico como emocional no se tomó en consideración. Por actuaciones negligentes como estas es importante que se reconozca la personalidad jurídica de los animales, para lograr conseguir una indemnización cuando se les ocasiona un daño. En este caso, el perro sufrió quemaduras de tercer grado, la recuperación es sumamente dolorosa y, aun así, nunca se consideró la gravedad del daño que el médico veterinario le causó al animal. Esto se debe a que la ley equipara el sufrimiento físico y emocional de un animal con el daño sufrido por cualquier otra propiedad, como, a modo de ejemplo, un televisor.

Entonces, cuando un médico veterinario comete un acto de negligencia tan grave como el antes expuesto se le otorga un tipo de inmunidad parcial. El médico veterinario solo tendrá que resarcir el daño del guardián olvidándose completamente del sufrimiento ocasionado al animal. Por lo tanto, socialmente se promueve que estos no traten a los animales con la misma profesionalidad y cuidado que se le exige a un médico al tratar a una persona. El médico veterinario no tiene razón para ser diligente en el cuidado del animal, porque sabe que no importa cuánto dolor le ocasiona este. Sus actuaciones no tendrán mayores consecuencias.

La forma de disolver esta inmunidad es reconocer a los animales como sujetos de derechos. Esto no significa que se debe llevar a lo absurdo, ni manifestar que deben tener los mismos derechos que los humanos, tales como el derecho a votar, a conducir o a que un perro demande a un gato. Se trata de reconocer que ellos son merecedores de derechos conforme a su especie. No podemos pretender asimilar a los animales con los humanos, debemos reconocer su propia naturaleza.

Desde tiempos bíblicos se ha considerado que los humanos son superiores a todas las demás especies, es lo que algunos autores consideran la teoría del

---

[29] Moa v. ELA, 100 DPR 573, 587 (1972).

[30] PAMELA FRASCH, ET AL., ANIMAL LAW IN A NUTSHELL 141 (2011) (traducción suplida).

[31] Knowles Animal Hosp. v. Wills, 360 So.2d 37 (Fla. Dist. Ct. App. 1978).

especismo.[32] Esta teoría, de manera análoga al racismo y el sexismo, se utiliza para privar de derechos a seres con la justificación que son inferiores.[33] Claro, distinto a lo que sucede con el racismo y el sexismo, la propuesta de romper con el especismo no se refiere a que deben recibir el mismo trato que los humanos, significa reconocer su propia naturaleza y otorgarle esos derechos que se merecen.[34]

B. Personalidad Jurídica Limitada

En el ordenamiento jurídico actual a los menores e incapacitados, a pesar de ser humanos, no se les otorgan los mismos derechos o las mismas facultades que a las personas que no sufren de alguna discapacidad. Los derechos y las facultades que se les reconocen son limitados a sus capacidades. Un ejemplo del reconocimiento de la personalidad jurídica conforme a la naturaleza del ente es la establecida por Ecuador al ambiente.[35] Este no tiene derechos humanos, sino que son específicos del ambiente.[36] Sus derechos son a persistir, mantenerse y regenerar sus ciclos vitales.[37] Por lo tanto, reiteramos que la personalidad jurídica de los animales no necesita ser una plena, sino deber ser limitada a su naturaleza.

De igual forma, no podemos olvidar que en Puerto Rico las corporaciones ostentan personalidad jurídica.[38] Es la Ley Núm. 164, la cual les otorga a las corporaciones la capacidad para demandar y ser demandadas.[39] Esto quiere decir que si un tercero le causa un daño a una corporación esta tiene legitimación para demandar por daños e incluso ser resarcida.[40] Como podemos ver el término de personalidad jurídica no solo recae sobre humanos, sino que también se les reconoce a no humanos. Incluso, podemos argumentar que la ley reconoce que una corporación que no sufre física y emocionalmente puede solicitar una indemnización por los daños que le causen. No obstante, un ser viviente, que respira y sufre dolor físico y emocional no puede hacerlo.

Un fundamento que han utilizado en otras jurisdicciones para no concederle personalidad jurídica a los animales es que no son capaces de ejercer por si mismos sus derechos.[41] Ahora, si comparamos este argumento con el estado actual de la

---

[32] Álvaro Rincón Millán, *¿Animales como Sujetos de Derechos?*, ABOGACÍA ESPAÑOLA, (23 de junio 2017) http://www.abogacia.es/2017/06/23/animales-como-sujetos-iguales-de-derecho/.

[33] *Id*.

[34] *Id*.

[35] CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE ECUADOR art.72.

[36] *Id*.

[37] *Id*.

[38] COD. CIV. PR. art. 27, 31 LPRA § 101 (2015).

[39] Ley General de Corporaciones, Ley Núm. 164-2009, 14 LPRA § 3522(b) (2011).

[40] Multinational Life Ins. v. Benítez, 193 DPR 67, 79 (2015).

[41] Wise*, Nonhumans Rights Project, supra* nota 17, en la pág. 31 (traducción suplida).

personalidad de las corporaciones podemos concluir que estas no pueden ir al tribunal, como persona,[42] y reclamar la violación de un derecho. La causa de acción la realiza un ser humano (un accionista) en representación de la corporación. Dicho argumento también nos puede llevar a concluir que, entonces, las personas que pierden su capacidad para expresarse y consentir tampoco podrían tener personalidad jurídica.[43] No obstante, a estos solo se les limita su capacidad de obrar, o sea su capacidad de ejercer dichos derechos. Es por esta razón que la legislatura creó un método supletorio para estas personas.

Nuestro planteamiento va dirigido a que actualmente existe un método para suplir la capacidad de obrar de aquellos que no pueden ejercer sus derechos por sí solos. Por consiguiente, el animal que sufre un daño por la negligencia de un médico veterinario puede tener un método supletorio para que representen sus derechos. En este tipo de situaciones, quién respaldaría los derechos de la mascota sería su guardián.

Otro argumento que han utilizado para desfavorecer la personalidad jurídica de los animales es su falta de intelectualidad. El decir que los animales no pueden tener personalidad jurídica por falta de intelectualidad no coincide con los derechos otorgados a otras personas.[44] Tenemos que admitir que los animales no pueden reclamar sus derechos por sí mismos, puede que ni siquiera entiendan que se les ha violado un derecho.[45] Sin embargo, el estar imposibilitado de entender o de llevar a cabo sus derechos no es indispensable para tenerlos. De ser así, los menores y los incapacitados no estarían protegidos por nuestro ordenamiento jurídico.

A modo de ejemplo, el *TSPR* indemnizó a una menor por los daños físicos y emocionales que le causó un acto de impericia médica, aun cuando esta tenía daño cerebral.[46] Los demandados alegaron que no debía darse esa indemnización debido a que la menor no entendía ni tenía conciencia del sufrimiento.[47] El *TSPR* determinó que de unos videos sometidos en evidencia sobre la reacción de la menor cuando tenían que alimentarla se percibía su sufrimiento.[48] Es evidente que a la menor no se le retiraría su personalidad jurídica por el simple hecho de que no pueda manifestar su dolor, que no pueda entender que le violaron un derecho y mucho menos porque no tenía intelecto. De lo anterior, se puede concluir que la capacidad de sufrir tiene mayor peso que la inteligencia o racionalidad en un ser viviente.[49]

---

[42] La corporación no se presenta ella misma en el tribunal. Un ser humano, en su representación, lleva a cabo las gestiones jurídicas.

[43] Wise*, Nonhumans Rights Project, supra* nota 17, en la pág. 31 (traducción suplida).

[44] Joel Feinberg, *The Rights of Animals and Future Generations*, *en* PHILOSOPHY AND ENVIRONMENTAL CRISIS (1974) (traducción suplida).

[45] *Id.*

[46] Blas Toledo v. Hosp. La Señora de la Guadalupe, 146 DPR 267, 340 (1998).

[47] *Id*. en la pág. 340.

[48] *Id*.

[49] Adela Pérez del Viso, *El nuevo concepto de animal como sujeto de derecho no humano,* MJ-DOC-10648-AR 4 (2017).

La propuesta de otorgarles personalidad jurídica a los animales es solo para que tengan reconocimiento legal y mayor protección mediante la concesión de derechos.[50] En este caso en específico se propone su reconocimiento para que puedan reclamar los daños ocasionados por un médico veterinario, así como se hace a favor de un menor o un incapacitado en casos de impericia médica.[51]

C. Objetos inanimados vs Seres sintientes

Mantener en este tipo de controversias[52] el estatus de propiedad en los animales es irrazonable.[53] El diccionario jurídico de la Real Academia Española define la palabra cosa como "entidad material o inmaterial que tenga una existencia autónoma y pueda ser sometida al poder de las personas como medio para satisfacer una utilidad generalmente económica".[54] Es una regla de la sana critica racional que los animales no son objetos inanimados, estos son seres sintientes de dolor físico y emocional.

Existe evidencia científica que confirma la capacidad de sufrir que tienen los animales tanto física como emocionalmente.[55] Los científicos han probado que a pesar de que el dolor animal, en ciertos aspectos es diferente al dolor humano, la fisiología de estos animales funciona de igual forma que la de los seres humanos.[56] Al respecto, la Universidad de Cambridge, el 7 de julio de 2012, publicó lo que se conoce como la Declaración de Cambridge sobre la Conciencia.[57] En esta conferencia se declaró que:

> Evidencia convergente indica que los animales no humanos poseen los sustratos neuroanatómicos, neuroquímicos y neurofisiológicos de estados

---

[50] Ruth Hatten, *Legal Personhood for Animals; Can It Be Achieved in Australia,* 11 AUSTL. ANIMAL PROTECTION L. J. 35, 42 (2015) (traducción suplida).

[51] El reconocimiento de la personalidad jurídica de los animales puede dar paso a otras causas de acción. Sin embargo, esto sería materia de otro artículo de revista jurídica.

[52] La controversia a la que se hace referencia es a aquella en que un médico veterinario le crea un daño físico y emocional a un animal.

[53] Al momento de la redacción de este artículo se presentó el Proyecto de la Reforma del Código Civil donde se re-califica al animal como ser sintiente. P. de la C. 1654 de 18 de junio 2018 3ra. Ses. Ord., 18va. Asam. Leg., en los art. 249-252.

[54] *Diccionario del español jurídico*, RAE, http://dej.rae.es/#/entry-id/E83220 (17 de marzo 2017).

[55] BASILIO BALTASAR, EL DERECHO DE LOS ANIMALES 127- 147 (2015).

[56] *Véase* BERNARD E. ROLLIN, THE UNHEEDED CRY: ANIMAL CONSCIOUSNESS, ANIMAL PAIN, AND SCIENCE 107-201 (1989); BALTASAR, *supra* nota 55.

[57] Philip Low, *The Cambridge Declaration on Consciousness*, (7 de julio de 2012) http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf (21 de abril 2018). Se realizó en la Universidad de Cambridge durante una conferencia conocida como "*Francis Crick Memorial Conference on Consciousness in Human and non-Human Animals*". Este estudio fue realizado por un grupo prominente de neurocientíficos, neurofarmacología, neurofisiólogos, neuroanatomistas.

> conscientes, así como la capacidad de exhibir comportamientos deliberados. Por consiguiente, el peso de la evidencia indica que los seres humanos no son los únicos que poseen los sustratos neurológicos necesarios para generar conciencia. Los animales no humanos, incluyendo todos los mamíferos y aves, y muchos otros animales, incluyendo los pulpos, también poseen estos sustratos neurológicos.[58]

El clasificar a los animales como propiedad no esconde la realidad, que son capaces de sufrir. Esta capacidad para tener experiencias negativas es lo que permite el sufrimiento y todo aquel que sufre un daño debe ser indemnizado.

Para el ordenamiento jurídico vigente no es una novedad plantear que los animales son capaces de sufrir tanto física como emocionalmente. Por esa razón, existe la *Ley para el bienestar y protección de los animales*.[59] En dicha ley, la legislatura definió la palabra maltrato como, "todo acto u omisión en el que incurre una persona sea guardián o no, que ocasione o ponga a un animal en riesgo de sufrir daño a su salud e integridad física y/o emocional".[60] Para penalizar a alguien por maltrato, el ser que sufre el daño debe ser capaz de sentir dolor, lo cual podemos categorizar como un ser sintiente. Una propiedad inanimada no es capaz de sufrir; por eso, la ley no penaliza a las personas por maltratar a un objeto de su propiedad. Así como esta ley protege a los animales sin tener que dar derechos que estén fuera del alcance de su especie, en casos de impericia veterinaria, es posible regular las reclamaciones de daños y perjuicios del animal sin sobrepasar los límites de su especie.

Como ya expresamos anteriormente una de las consecuencias de la responsabilidad civil extracontractual es remediar el daño causado. Por lo tanto, mantener a los animales en el estatus de propiedad y no reconocer su capacidad de sentir dolor no permite que estos puedan ser indemnizados por su sufrimiento. Esto quiere decir que no importa cuánto dolor le cause el médico veterinario al animal o cuanto se separe del estándar de debido cuidado, la mascota no tiene ningún remedio disponible.

IV. Una propuesta para casos de impericia veterinaria

A. Introducción a la impericia veterinaria

El concepto de negligencia veterinaria existe desde hace más de 3,000 años y se ha regulado por legislaciones que otorgaban tanto daños punitivos como

---

[58] *Id*. La capacidad de tener experiencias positivas y negativas son las que permiten que un ser viviente sufra un daño.

[59] Ley para el bienestar y protección de los animales, Ley Núm. 154-2008, 5 LPRA §§ 1660-1684 (2013).

[60] *Id.* Se recurrió al Diario de Sesiones de la ley para poder abordar sobre las razones para incluir las emociones en esta definición, sin embargo, no se encontró información al respecto.

de compensación. Una de esas legislaciones fue el Código Mesopotámico de Hammurabi del 1800ac que establecía, "*the animal surgeon who has performed a successful operation on a beast or an ass should be given six shekels as a fee. If, however due to the operation, the animal dies, the surgeon must pay compensation for ¼ of the animal's price to the owner*".[61]

Por otra parte, en las cortes de Estado Unidos se reconoció el concepto de responsabilidad por negligencia veterinaria en 1625.[62] Sin embargo, no se registró el primer caso de impericia médica hasta 1794.[63] Por consiguiente, el término de impericia veterinaria no es nuevo en la comunidad jurídica y evidentemente no se está proponiendo algo que sería irrisorio reconocer. La única diferencia entre la impericia veterinaria contemporánea y la antigua es que en aquella época se buscaba proteger a la persona. Esto se debe a que la pérdida de un animal equivalía al deterioro de ciertas labores. Actualmente se busca proteger al animal y al guardián, debido al efecto que tiene en sus intereses emocionales y físicos.

B. Analogía entre la impericia médica y veterinaria

Ahora bien, debido a que ambas profesiones tienen la responsabilidad de trabajar con la salud de seres vivientes, sintientes de dolor físico y emocional utilizaremos la impericia médica como analogía para casos de impericia veterinaria. Las similitudes entre la medicina veterinaria y la medicina humana son más que aquellas que las distinguen.[64]

Primero, ambas profesiones están reguladas por una ley para garantizar la seguridad y el bienestar público. La ley que regula la práctica de la medicina define al médico como aquella "persona que solicita y es autorizada para ejercer la medicina y cirugía en Puerto Rico previa la obtención de una licencia por la Junta de Licenciamiento y Disciplina Médica".[65] Por otra parte, la ley que regula la práctica veterinaria define como veterinario a toda "persona natural que ha recibido un grado de doctor en medicina veterinaria, o su equivalente de una escuela de medicina veterinaria".[66] Segundo, una vez ambos profesionales pasan sus respectivos exámenes, para recibir la licencia, realizan un juramento. En este,

---

[61] Chris Green, *The Future of Veterinary Malpractice Liability in the Core of Companion Animals,* 10 ANIMAL L. REV. 163, 172 (2004).

[62] *Id*. en la pág. 173.

[63] Cross v. Guthery, 2 Root 90 (Conn. Cir. Ct. 1794).

[64] Méndez Colberg, *supra* nota 5.

[65] Ley de la Junta de Licenciamiento y Disciplina Médica, Ley Núm. 139-2008, 20 LPRA § § 131-135j (2019).

[66] Ley del Ejercicio de la Medicina Veterinaria de Puerto Rico, Ley Núm. 194 del 4 de agosto de 1979, 20 LPRA § 2951 (2019).

se comprometen a proteger la salud de sus respectivos pacientes según su mejor conocimiento. Como podemos ver, ambos profesionales están sometidos a un proceso riguroso de aprendizaje para poder practicar sus respectivas profesiones.

Tercero, la práctica de ambos profesionales incluye prescribir y administrar medicamentos, realizar diagnósticos y utilizar sus conocimientos para curar y tratar enfermedades. Cuarto, ambos campos de medicina evolucionan año tras año gracias a la tecnología y los descubrimientos científicos. Incluso muchos de los medicamentos y tratamientos que se dan para tratar ciertas enfermedades son los mismos tanto para humanos como para animales.[67] Así las cosas, es importante resaltar que en ambas profesiones las personas depositan toda su confianza en los doctores para el cuidado de la salud de ellos y de sus seres queridos. Sin embargo, cuando dicha confianza se rompe por la negligencia del profesional y culmina en un daño se tiene derecho a reclamar una indemnización por la impericia del doctor o del médico veterinario según sea el caso.

C. Elementos de acción de impericia veterinaria

La fuente de derecho de la responsabilidad civil extracontractual es el art. 1802 del Código Civil que establece, "el que por acción u omisión cause daño a otro, mediante culpa o negligencia, viene obligado a reparar el daño causado".[68] Dicho artículo permite presentar una demanda en contra de un individuo cuando causa un daño de manera negligente, y solicitar una indemnización para reparar ese daño. La finalidad es que se devuelva a la persona al estado en que se encontraba antes de la negligencia.[69] No obstante, en la mayoría de los casos en demandas de negligencia médica e impericia veterinaria no se puede devolver a la persona o al animal al estado en que se encontraba. Por lo tanto, la indemnización que se solicita en esos casos es monetaria, "es como una subrogación real, en que el dinero ocupará el lugar de los daños y perjuicios sufridos".[70]

Los elementos que debe probar el demandante para prevalecer son: (1) la existencia de un daño; (2) el nexo causal entre el daño y la acción u omisión del demandado, y (3) el acto u omisión fue culposo o negligente.[71] En el caso de la negligencia de un profesional, se debe probar que este tenía un deber jurídico de actuar.[72] Ahora bien, en Puerto Rico, cuando un médico es negligente se le somete a la mala práctica profesional. En estos casos, para evaluar si el doctor fue negligente,

---

[67] Méndez Colberg, *supra* nota 5, en las págs. 70-71.

[68] COD. CIV. PR. art.1802, 31 LPRA § 5141 (2015).

[69] IRIZARRY YUNQUÉ, *supra* nota 6, en la pág. 304.

[70] Pagán v. Caribbean, 122 DPR 193, 206 (1988)(cita omitida).

[71] Monllor v. Soc. de Gananciales, 138 DPR 600, 604 (1995).

[72] Santiago v. Sup. Grande, 166 DPR 796, 807 (2006).

el *TSPR* adoptó como norma "aquella que, reconociendo los modernos medios de comunicación y de enseñanza, establece que el nivel o calidad de esa atención debe ser la que llena las exigencias profesionales generalmente reconocidas por la profesión médica".[73]

En Puerto Rico, el Tribunal Supremo no ha tenido la oportunidad de expresar bajo qué norma evaluaría la conducta de un médico veterinario. Sin embargo, es evidente que los médicos veterinarios tienen que estar sujetos a un estándar mayor de cuidado, al igual que los doctores, basado en los estándares de la profesión. El *TSPR* ha sido más rígido con los casos de negligencia médica porque estos están a cargo de la salud y la vida de seres humanos. Por lo tanto, en casos de impericia veterinaria se debe promover la misma rigidez. Los médicos veterinarios tienen el deber de cuidar la salud y la vida de animales, que tienen la misma capacidad de sufrir que un humano. Además, al ambos ser profesionales con un alto conocimiento en sus respectivas áreas, se espera que sus actuaciones sean efectuadas con mayor cuidado.

Ahora bien, una vez establecido que el estándar de cuidado que debe utilizarse para evaluar la conducta del médico veterinario es análogo a el del doctor, evaluaremos qué elementos deben probarse. Cuando un médico es demandado porque cometió un acto de negligencia y eso causó un daño, el demandante tiene el peso de la prueba. Los elementos, establecidos por el *TSPR*, que debe probar un demandante en casos de impericia médica son los siguientes: "primero, cuáles son las normas mínimas de conocimiento y cuidado médico aplicables a los generalistas o especialistas; segundo, [. . .] que el demandado incumplió con estas normas en el tratamiento del paciente; y tercero, que esto fue la causa de la lesión sufrida por el paciente".[74]

Por ello, proponemos que en casos de impericia veterinaria el demandante pruebe los siguientes elementos: (1) cuáles son las normas mínimas de conocimiento y cuidado médico para los veterinarios (esto podrá probarlo mediante el testimonio de un médico veterinario que establezca cual era el procedimiento o tratamiento que debió seguirse según la medicina veterinaria); (2) debe establecer que el médico veterinario incumplió con el procedimiento o tratamiento reconocido por la profesión de veterinarios, y (3) que al el médico veterinario incumplir con el procedimiento o tratamiento adecuado le causó o contribuyó al daño ocasionado al animal. Una vez el demandante cumpla con esos elementos entonces el tribunal deberá conceder una indemnización justa al guardián y al animal.

---

[73] Oliveros v. Abreu, 101 DPR 209, 223 (1973).

[74] Arrieta v. De la Vega, 165 DPR 538, 548-49 (2005).

D. La indemnización del daño en impericia veterinaria

En el tema de los animales como sujetos de derechos abordamos la controversia sobre el derecho que tienen estos a que se reconozca su personalidad jurídica conforme a su naturaleza. A modo de síntesis, el reconocimiento de dicha personalidad es crucial para poder indemnizar adecuadamente al animal, debido a la capacidad de sufrimiento que este tiene. Por lo tanto, en una demanda por impericia veterinaria, el guardián del animal será quien reclamará los daños y perjuicios que él sufra y los de su mascota, así como sucede en una demanda por daños el tutor o padre con patria potestad demanda en representación del menor o del incapacitado.

Un caso que ilustra cómo se puede evidenciar el sufrimiento de un animal es el de *Blas Toledo v. Hosp. La Señora de la Guadalupe.* En este, el *TSPR* determinó que sí procedía la indemnización de las angustias mentales en el caso de una menor que quedó incapacitada.[75] La parte demandada alegó que la indemnización no procedía, ya que no podía probarse las angustias mentales de la menor, puesto que su cerebro tenía retraso mental debido a la negligencia médica.[76] El Tribunal resolvió que las películas presentadas por la parte demandante en las que se ve cómo insertan el tubo nasogástrico y cómo la menor se queja, aunque no pudiera manifestarlo, eran suficiente para probar las angustias mentales.[77] Por consiguiente, al reconocerse la naturaleza en sí de los animales su sufrimiento debe evidenciarse indirectamente.

Anteriormente establecimos que los animales son capaces de sentir emociones, tanto negativas como positivas.[78] El que no puedan sentarse a testificar no quiere decir que no estén sufriendo. Es el deber del guardián probar ese sufrimiento. Sin embargo, no otorgarles a los animales el derecho al resarcimiento porque no pueden sentarse a testificar sobre su daño, conllevaría negar el derecho de las personas que pierden su capacidad de expresarse y consentir, ya que tampoco pueden testificar.

De acuerdo con lo anterior, proponemos que el guardián sea el responsable de demandar por los daños y perjuicios causados a su mascota. Debido a que el guardián es quien ostenta la custodia del animal y debe velar por la salud y seguridad de este, también será el responsable de defenderlo, así también lo establece la Ley Núm. 154.[79] Por consiguiente, si el guardián prueba todos los elementos de impericia veterinaria el sufrimiento de la mascota podrá ser indemnizado.

Entonces, la indemnización del guardián se limitaría a una monetaria por los daños emocionales que sufra. Este resarcimiento puede ser tanto por la perdida

---

[75] Blas Toledo v. Hosp. La Señora de la Guadalupe, 146 DPR 267, 340 (1998).

[76] *Id.*

[77] *Id*. en la pág. 340.

[78] Low, *supra* nota 57.

[79] Ley para el bienestar y protección de los animales, Ley Núm. 154-2008, 5 LPRA §§ 1660-1684 (2013).

de la vida del animal como por el sufrimiento que le cause al guardián ver al animal sufrir. Por otra parte, la indemnización del animal será una monetaria por el sufrimiento emocional y físico que le causó el médico veterinario con su negligencia. El resarcimiento otorgado al animal, también debe incluir el pago por posibles tratamientos posteriores debido al daño causado por el médico veterinario.[80]

El amor y responsabilidad que tiene la persona sobre la mascota es lo que permite que el guardián solicite la indemnización de las angustias mentales que sufra, lo cual es una causa de acción distinta a la del animal. Esta depende del sufrimiento que le cause al guardián el daño sufrido por su mascota. Evidentemente, si este solo tiene una "pena pasajera", no habrá cabida para un resarcimiento.[81] Ahora bien, si el demandante prueba todos los elementos de la causa de acción entonces tendrá derecho a una indemnización por sus angustias mentales.

V. Derecho Comparado

A. Personalidad jurídica y animales como seres sintientes

En distintos países del mundo los animales han dejado de ser categorizados como objetos. A modo de ejemplo, en Cataluña se modificó la *Ley de Protección de Animales* para catalogarlos como "seres vivos dotados de sensibilidad física y psíquica".[82] En aquel momento, los activistas de los derechos de los animales en España urgían al Parlamento español para que enmendara el Código Civil y se asimilara al catalán.[83] En diciembre de 2017, estas propuestas rindieron sus frutos, el Congreso español aprobó la modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil.[84] La enmienda reconoce a los animales jurídicamente como "seres vivos dotados de sensibilidad".[85] Este es uno de los mayores avances para los defensores de los derechos de los animales. El establecer que son capaces de sentir física y emocionalmente podrá abrir las puertas a otro tipo de reclamaciones. De igual forma, puede dar inicio a causas de acción tales como la impericia veterinaria.

---

[80] La decisión de como debe manejarse el dinero que se le otorgue al animal es un tema que debe ser discutido en otro artículo. La posibilidad de como manejar este dinero es consignándolo en el Tribunal y que el uso del dinero por el guardián deba ser justificado.

[81] Moa v. ELA, 100 DPR 573, 587 (1972).

[82] Ley de Protección de Animales art. 2 (2008) (España).

[83] J.G. Albalat, *Una mascota no es una cosa*, EL PERIÓDICO, (30 de diciembre de 2012) https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20161230/las-mascotas-son-cosas-para-la-legislacion-espanola-y-seres-vivos-para-la-catalana-5716159.

[84] Claudio Álvarez, *El Congreso apoya por unanimidad considerar a los animales seres vivos y no cosas,* EL PAÍS (13 de diciembre de 2017) https://politica.elpais.com/politica/2017/12/12/actualidad/1513066545_704063.html.

[85] *Id*.

Suiza es otro de los países que ha cambiado el estatus de los animales como objetos. El derecho que Suiza le reconoce a los animales inició con una enmienda a la Constitución en 1992. Dicha modificación requirió a la legislatura que promulgara leyes que regularán el uso de material reproductivo y genético de animales, plantas y otros organismos y que para ello tomarán en cuenta "la dignidad de los seres vivientes".[86] Sin embargo, Suiza enmendó su Código civil hasta el 2003 para establecer explícitamente que los animales no son cosas. Para algunos, esta clarificación era más que evidente, pero esto significaba que legalmente los animales se reconocerían como "criaturas vivientes y sintientes.[87] Por otra parte, Austria tiene una de las enmiendas al Código Civil más antigua sobre este precepto. En 1988, en el artículo 285 de su Código Civil, establecieron que los animales no son cosas y que están protegidos por las leyes.[88]

Otro cambio en el mundo que se han estado realizando y debemos traer a nuestra atención es el reconocimiento de la personalidad jurídica de ciertos seres. A modo de ejemplo, en Argentina concedieron la solicitud de un *hábeas corpus* para que liberaran a un chimpancé de un zoológico.[89] El fallo concluyó que la chimpancé Cecilia es un "sujeto con derechos no humano".[90] Debido a que el bienestar y la supervivencia del chimpancé en el zoológico estaba en peligro decidieron que procedía el *hábeas corpus* y que Cecilia debía ser trasladada a un santuario.[91] Este no ha sido el único país en reconocer la existencia de los sujetos de derechos no humanos. En Nueva Zelanda, le reconocieron personalidad jurídica a un río.[92] Como vemos, en ambos casos se otorgó la personalidad jurídica evaluando las circunstancias en las que se encontraba cada uno de los ahora sujetos con derechos.

B. Impericia veterinaria

El art. 1802 de nuestro Código Civil proviene de España, por esta razón es importante establecer las normas que han utilizado para resolver controversias sobre impericia veterinaria. En una sentencia del Tribunal Supremo de España se estableció

---

[86] Gieri Bolliger, *Legal Protection of Animal Dignity in Switzerland: Status Quo and Future Perspectives,* 22 ANIMAL L. REV. 311 (2016); BUNDESVERFASSUNG [BV] [Constitution] Apr. 18, 1999, art. 120, para. 2 (Switz.) (traducción suplida).

[87] Bolliger, *supra* nota 86, en la pág. 359.

[88] ALLGEMEINES BURGERLICHES GESETZBUCH [ABGB] [CIVIL CODE] § 285 (Austria).

[89] Adela Pérez del Viso, *El nuevo concepto de animal como sujeto de derecho no humano,* MJ-DOC-10649-AR (2017).

[90] *Id*.

[91] *Id*.

[92] Eleonor Ainge, *New Zealand river granted same legal rights as human being*, THE GUARDIAN (16 de marzo de 2017) https://www.theguardian.com/world/2017/mar/16/new-zealand-river-granted-same-legal-rights-as-human-being.

que la norma a utilizarse para evaluar la conducta del médico veterinario debía ser la "*lex artis ad hoc*".[93] Este criterio le impone al médico veterinario que adopte los medios y las técnicas adecuadas según la ciencia moderna.[94] Cabe destacar que dicho criterio también es utilizado en España para evaluar la conducta del médico en casos de mala praxis.[95] Ahora bien, la jurisprudencia española ha sido enfática en que la obligación que tiene el médico veterinario es de medios y no de resultados.[96] Lo anterior quiere decir que el médico veterinario debe proporcionarle al animal todos los cuidados necesarios "según el estado de la ciencia y de la nominada *lex artis ad hoc*".[97] Además, para evaluar la conducta del médico veterinario también se analiza si este informó al cliente-no paciente (el guardián del animal) sobre el diagnóstico, tratamiento y los riesgos.[98]

La jurisprudencia de España ha clasificado la relación entre el médico veterinario y el guardián como una de arrendamiento de servicios.[99] Por lo tanto, la causa de acción que ejercita el cuidador contra el profesional es bajo el art.1101 del Código Civil español.[100] Este cual obliga a indemnizar los daños y perjuicios que cause una persona si incurre en dolo, negligencia o morosidad.[101] A modo de ejemplo, el médico veterinario le causa un daño al animal mientras realiza un procedimiento acordado con el guardián previamente, como puede ser la castración.[102]

Por otra parte, para que surja una acción de responsabilidad civil extracontractual no puede haber una relación jurídica previa entre el guardián y el médico veterinario.[103] A pesar de la distinción que el tribunal ha querido realizar sobre la responsabilidad contractual y la extracontractual del médico veterinario, este no ha sido constante. En una sentencia de la Audiencia Provisional de Valencia, este órgano estableció que la causa de acción contra el médico veterinario era una contractual, pero la indemnización otorgada a los demandantes se basó en elementos extracontractuales.[104] Evaluó el estado emocional de los demandantes, la edad avanzada del perro, el tiempo sobre los lazos afectivos y la incertidumbre sufrida.[105]

---

[93] STS, 11 de febrero de 1999 (RJ 1996/1999).

[94] GIL MEMBRADO, *supra* nota 1, en la pág. 250.

[95] SAP de Barcelona, 21 de marzo de 2018 (RJ 179/2018); SAP de Barcelona, 18 de enero de 2002 (RJ 562/2002).

[96] SAP de Córdoba, 11 de junio de 1999 (RJ 183/ 1999).

[97] *Id*.

[98] *Id*.

[99] SAP de Madrid, 13 de diciembre de 2005 (RJ 475/2005).

[100] COD. CIV. ESPAÑOL art 1101. (España).

[101] *Id*.

[102] GIL MEMBRADO, *supra* nota 1, en la pág. 244.

[103] *Id*. en la pág. 245. *Véase* SAP de Barcelona, 18 de enero de 2002 (RJ 562/2002).

[104] SAP de Valencia, 14 de octubre 2009 (RJ 577/2009); GIL MEMBRADO, *supra* nota 1, en la pág. 277.

[105] SAP de Valencia, 14 de octubre 2009 (RJ 577/2009).

En el caso de Estado Unidos, las cortes que han tenido bajo su consideración si el estándar de negligencia médica debe ser utilizado en las demandas de impericia veterinaria han concluido en la afirmativa. Una de las cortes que hizo esta aseveración fue el Tribunal Supremo de Pennsylvania en *Price v. Brown*.[106] El Tribunal llegó a esta conclusión al establecer que tradicionalmente las demandas por negligencia profesional se dan en el ámbito legal y médico.[107] Entonces compara que, al igual que estas profesiones, la práctica veterinaria requiere educación, conocimiento y habilidades especializadas.[108] Por lo tanto, los conceptos de negligencia profesional deben extenderse a la medicina veterinaria. Los estados que han optado por hacer esta extensión también han requerido que sea un experto quien establezca cual debe ser el estándar de cuidado de los médicos veterinarios.[109] En cuanto a los elementos que debe probar un demandante en los casos de impericia veterinaria en Estados Unidos son los siguientes, (1) el estándar de cuidado que debió ejercer el médico veterinario, y (2) que la desviación del médico veterinario del estándar causó o contribuyó al daño ocasionado al animal.[110] No obstante, como podemos observar ninguno de estos dos países considera la causa de acción del animal. El análisis realizado por ambos es para indemnizar al guardián de la mascota.

VI. Propuesta

Para gran parte de la sociedad los animales ya no son una utilidad más para resolver problemas de seguridad o para hacer labores. La integración familiar que se ha hecho con ellos va más allá de decir que la mascota "es como mi familia", ahora las personas afirman "es mi familia". Esa es la importancia que tienen las mascotas en la actualidad puertorriqueña. Estas personas, que sienten una conexión especial con sus mascotas, hacen lo imposible por mantenerlas saludables.

Cuando el guardián deposita su confianza en un médico veterinario para que cuide la salud de su mascota y este comete un acto de negligencia causándole un problema de salud mayor tiene que haber un remedio disponible. Esa es la razón de ser de la responsabilidad civil extracontractual. Cuando una persona mediante una conducta dañina perjudica los intereses de otra esta debe resarcir el daño. Dicha conducta dañina no solo afecta al guardián por ser un humano, sino que también se le causa un sufrimiento a la mascota. Sin embargo, no existe una forma de brindarle un remedio, debido a su estado de propiedad.

---

[106] Price v. Brown, Super., 680 A.2d 1149, 1152 (Pa. 1996). (traducción suplida). *Véase*, *también,* Hoffa v. Bimes, 954 A.2d 1241, 1248 (Pa. 2008).

[107] *Id*.

[108] *Id*.

[109] Baechler v. Beaunaux, 272 P.3d 277, 280 (Wash. Ct. App. 2012) (traducción suplida).

[110] *Id. Véase* JOAN SCHAFFNER, LITIGATING ANIMAL LAW DISPUTES 130 (2009).

Es por esta razón que proponemos que se reconozca la personalidad jurídica de los animales. Debido a que estos son seres sintientes de dolor físico y emocional. Ahora bien, como establecimos anteriormente el reconocer que los animales son sujetos con derechos no significa otorgar todos los derechos que un ser humano pueda tener, se tiene que reconocer su naturaleza en sí. A modo de ejemplo, en Puerto Rico los menores e incapacitados tiene personalidad jurídica, sin embargo, no tienen la capacidad de ejercer ciertos derechos por si solos. Es por esta razón que el Código Civil suple esa capacidad de obrar brindándole a los padres con patria potestad o al tutor el derecho a representar a esos menores o incapacitados.[111] Entonces, argumentar que los animales no pueden tener personalidad jurídica porque no existe manera alguna de que ellos ejerzan sus derechos no es compatible con nuestro ordenamiento. La solución está en que esa capacidad de obrar la supla el guardián del animal, que sea este el responsable de representar los derechos de su mascota.

Nuestra posición es que el guardián tiene derecho a presentar una demanda por impericia veterinaria en representación de su mascota. Para ello, debe reconocerse la personalidad jurídica del animal. En este caso, el derecho otorgado al animal será el de reclamar una indemnización debido a su capacidad de sufrir. Esto es análogo a que un incapacitado o un menor puede reclamar un remedio cuando un médico le ocasiona un daño mediante un acto negligente. En ambas situaciones no se tiene capacidad de obrar, pero se selecciona una persona que los represente como método supletorio.

Ahora, para que estos daños sean indemnizados el guardián debe presentar una causa de acción bajo el artículo 1802 del Código Civil.[112] Entonces la norma que debe utilizarse para evaluar la conducta del médico veterinario es la adoptada por el *TSPR* para determinar si la conducta de un médico fue negligente.[113] Esto debido a que, en la profesión de los veterinarios, al igual que en la profesión de los médicos, existe una serie de exigencias profesionales que solo ellos reconocen. Por lo tanto, es necesario que, en un caso de impericia veterinaria, un médico veterinario testifique para poder evaluar si la conducta del demandado fue una que no está reconocida por la profesión.

Por otra parte, es el demandante quien tiene el peso de la prueba. Por esto debe cumplir con todos los elementos de la causa de acción para recibir una indemnización. Los elementos que proponemos son: (1) cuáles son las normas mínimas de conocimiento y cuidado médico para los veterinarios; (2) que el médico veterinario incumplió con el procedimiento o tratamiento reconocido por

---

[111] COD. CIV. PR. art. 25, 31 LPRA § 82 (2015).

[112] COD. CIV. PR. art. 1802, 31 LPRA § 5141 (2015).

[113] Oliveros v. Abreu, 101 DPR 209, 223 (1973).

la profesión, y (3) que la negligencia del médico veterinario causó o contribuyó al daño ocasionado al animal. Una vez el guardián pruebe los elementos de la causa de acción entonces tanto él como la mascota podrán recibir una indemnización.

VII. Conclusión

El reconocimiento de esta causa de acción es necesario una vez se acepta que se está causando un daño, que va contra los intereses de seres sintientes y que dicho daño no se resarce adecuadamente. Recordemos, que tanto el guardián como la mascota sufren un daño real cuando un médico veterinario es negligente. Por lo tanto, no sancionar una conducta antisocial y dañina de la única manera que nuestra sociedad ha aceptado que se haga, significa ir en contra de la razón de ser de la responsabilidad civil extracontractual.[114]

[114] AMADEO, *supra* nota 15.

LOS USOS DE LA DOCTRINA *DE MINIMIS* EN PUERTO RICO

*Jorge M. Farinacci Fernós**

Resumen

La máxima *de minimis non curat lex* establece que el derecho no se preocupa por nimiedades. Como consecuencia, ciertas conductas y actos que, nominalmente, estarían cobijados por alguna norma jurídica, quedan excluidos de la aplicación de dicha norma por tratarse de un asunto que no lo amerita. En Puerto Rico, esta máxima se ha utilizado por décadas, pero nunca se había estudiado su contenido normativo, desarrollo histórico y áreas de aplicación.

Con este Artículo, exploramos las interioridades de esta figura, tanto a nivel conceptual como en su aplicación en el ordenamiento jurídico puertorriqueño. Se trata de una figura que existe tanto en el derecho civil como en el *common law*, pero que se ha desarrollado de forma autóctona en Puerto Rico, tanto a nivel de derecho positivo como en la jurisprudencia.

Abstract

The maxim *de minimis non curat lex* states that the law does not concern itself with trifles. As a result, certain conduct and actions that would, nominally, fall under a particular legal rule, would be excluded from the application of that rule. In Puerto Rico, this maxim has been used for decades, but its normative content, historical development or areas of application have not been studied.

With this Article, we explore the inner workings of this legal concept, both at the conceptual level, as well as its use in the Puerto Rican legal system. We are dealing with a concept that exists both in the civil law and the common law, but that has been developed in Puerto Rico in an indigenous manner, both in positive law and case law.

---

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

I. Introducción..... 394
II. El contenido jurídico de la máxima *de minimis non curat lex*. 395
III. Aplicación de la Doctrina a diferentes áreas del Derecho..... 397
IV. El desarrollo de la máxima en el ordenamiento jurídico puertorriqueño..... 399
V. Hacia un modelo normativo de *de minimis non curat lex* en Puerto Rico 411

I. Introducción

Este Artículo analiza la operación de la máxima *de minimis non curat lex* en el ordenamiento jurídico puertorriqueño. Se trata de la idea de que ciertos actos, potencialmente sujetos a alguna norma jurídica, quedan excluidos de la aplicación de dicha norma por ser lo suficientemente insignificantes, triviales o menores. Podemos traducir la frase como "el derecho no se preocupa por nimiedades".

Por un lado, se trata de una figura jurídica que no es ajena a nuestro ordenamiento. Ya sea expresa o implícitamente, tanto el derecho positivo como la jurisprudencia en Puerto Rico han reconocido que no toda conducta o situación está sujeta a los efectos normativos de alguna disposición legal nominalmente aplicable a esta. Por otro lado, notamos que existe un gran vacío descriptivo y normativo de cómo esta figura ha operado y debe operar en nuestro país. El objetivo de este Artículo es llenar ese vacío descriptivo y normativo.

En vista de lo anterior, en este Artículo nos enfocaremos en los siguientes asuntos: (1) discutir el contenido normativo de la máxima *de minimis non curat lex* desde una perspectiva conceptual; (2) describir la operación de esta doctrina tanto en la jurisprudencia como el derecho positivo puertorriqueño, y (3) proponer un modelo de cómo debe aplicarse esta doctrina hacia el futuro.

De entrada, debemos hacer mención del uso ambiguo de la frase "*de minimis*". Como bien explica Andrew Inesi, en ocasiones se utiliza en referencia directa a la máxima normativa *de minimis non curat lex*, pero en otras circunstancias se usa meramente como adjetivo.[1] Es decir, a veces se utiliza la frase únicamente para caracterizar algún asunto o conducta como menor o insignificante, sin necesariamente incorporar el contenido normativo de la máxima. Como veremos a continuación, tanto la jurisprudencia como el derecho positivo en Puerto Rico llevan a cabo este

[1] Andrew Inesi, *A Theory of De Minimis and A Proposal for its Application in Copyright*, 21 BERKELEY TECH. L.J. 945, 950 (2006).

uso dual. Debemos tener esto en mente pues, dependiendo del uso dado a la frase, sus efectos jurídicos variarán.

II. El contenido jurídico de la máxima *de minimis non curat lex*

A. Desarrollo histórico

La máxima *de minimis non curat lex* ha tenido una larga vida.[2] A partir del siglo XV en el derecho civil y del siglo XVI en el derecho común,[3] estos sistemas jurídicos han concluido que no toda conducta, evento, acción u ocurrencia nominalmente cobijada por una norma legal aplicable merece la atención formal del ordenamiento. Se trata de la idea de que no toda transgresión genera consecuencias normativas.

El propósito inicial de esta visión fue la economía judicial y evitar el uso innecesario de recursos para atender situaciones de poca importancia social.[4] Esta idea fue desarrollada particularmente por los tribunales ingleses, específicamente, aquellos que atendían peticiones basadas en la equidad. En ese sentido, la doctrina *de minimis* surge como producto de la interacción entre la equidad y discreción judicial.[5] Este desarrollo se dio en la Inglaterra medieval, donde surgieron un sinnúmero de máximas legales producto de la experiencia generada en el desarrollo del *common law*, incluyendo la doctrina *de minimis*.[6]

La doctrina fue incorporada en los Estados Unidos a finales del siglo XVIII.[7] Actualmente, forma parte de las normas supletorias (*background rules*) vigentes en el ordenamiento jurídico estadounidense, tanto estatal como federal. En *Wis. Dep't of Revenue v. William Wrigley, Jr., Co.*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos expresó que la doctrina *de minimis* "*is part of the established background of legal principles against which all enactments are adopted, and which all enactments (absent contrary indication) are deemed to accept*".[8] Si bien su contenido normativo específico es difuso e impreciso,[9] no cabe duda

---

[2] *Id*. en la pág. 948 ("*De minimis has a long legal history*").

[3] *Id*.

[4] Julie D. Cromer, *Harry Potter and the Three-Second Crime: Are We Vanishing the De Minimis Defense from Copyright Law?*, 36 N.M. L. REV. 261, 262 (2006); Jeff Nemerofsky, *What is a 'Trifle' Anyway?*, 37 GONZ. L. REV. 315, 324 (2002) (". . . *to save on judicial resources and prevent the system from getting bogged down with trifling or inconsequential matters*".).

[5] Nemerofsky, *supra* nota 4, en la pág. 316.

[6] *Id*. en las págs. 322-23. *C.f.* 34 Tex. Jur. 3d Equity § 18 (1984).

[7] Cromer, *supra* nota 4, en la pág. 263.

[8] Wis. Dep't of Revenue v. William Wrigley, Jr., Co., 505 U.S. 214, 231 (1992).

[9] Inesi, *supra* nota 1, en la pág. 948 ("*Given the prominence of* de minimis *as a legal defense to legal violations of all kinds, surprisingly little scholarship has focused on the maxim, and, more importantly, on the question of how and under what circumstances it is applied*". *Id*. en la pág. 249). Lo mismo ha ocurrido en Puerto Rico.

que se trata de una figura jurídica consistentemente utilizada en los Estados Unidos.[10]

B. Contenido normativo

Como articuláramos, el derecho no se preocupa por nimiedades. Se trata de situaciones en las que "una infracción de la ley puede ser tan insustancial que, aunque técnicamente una norma puede haber sido violada, la violación o su efecto es lo suficientemente trivial para que el tribunal ignore la violación enteramente".[11] Esta doctrina aplica a instancias triviales, insignificantes o insustanciales.[12]

La existencia de la norma en sí no es controversial. Lo que constituye un ejercicio más difícil es determinar si, en efecto, en determinado contexto nos enfrentamos a una nimiedad.[13] A esto se le suma el hecho de que, como vimos, hay muy poca literatura científica sobre el asunto. Para efectos de este Artículo, utilizamos la propuesta de Andrew Inesi como un punto de partida útil.[14] El autor identifica cinco (5) factores relevantes para determinar si, en efecto, la doctrina aplica en una instancia particular.[15]

Primero, el nivel y tipo de la infracción o daño sufrido. Inesi lo considera el factor más importante.[16] Este factor se refiere tanto a instancias de una infracción mínima o cuando, precisamente por esa razón, resulta difícil o imposible medir el daño.[17] Es decir, como cuestión de umbral, debemos determinar que se trata, en efecto, de una trivialidad o nimiedad.

Segundo, el costo de la adjudicación. Es decir, la cantidad de recursos que deben emplearse para atender la infracción en los canales formales del ordenamiento. Esto incluye consideraciones de costo económico, tiempo y recursos humanos. Se trata, pues, de un análisis de costo-beneficio estrechamente vinculado al primer factor.

Tercero, el propósito de la norma violentada. Es decir, el valor social de la norma infringida. En cuanto esto, Inesi propone que analicemos si la infracción "*would materially frustrate the purpose of the legal obligation in question*".[18] Esto se refiere

---

[10] *Véase De minimis non curat lex*, 44 A.L.R. 168 para un listado de casos pertinentes.

[11] Cromer, *supra* nota 4, en la pág. 262 (traducción suplida).

[12] Inesi, *supra* nota 1, en la pág. 948 ("[*T]he basic meaning of the maxim is clear: the law will not resolve petty or unimportant disputes*".).

[13] *Id*. en las págs. 248-49.

[14] Se trata de uno de los pocos comentaristas que ha publicado sobre el contenido normativo de la doctrina *de minimis* en los EE. UU., que, más allá de proveer un repaso de la jurisprudencia aplica la misma.

[15] Inesi*, supra* nota 1, en las págs. 951-55.

[16] *Id*. en la pág. 951.

[17] *Id*. en las págs. 951-52.

[18] *Id.* en la pág. 953.

a que puede haber instancias de infracciones que aparenten triviales pero que, en el contexto de la naturaleza y propósito de la norma violentada, ignorar la infracción derrotaría su objetivo. Un ejemplo de esto que discutiremos a continuación es una instancia aparentemente trivial de discrimen proscrito.

Cuarto, el efecto de la infracción en cuanto a terceros. Más que un factor, se trata de una posible excepción a la doctrina, a los efectos de que, si bien se puede pensar que la infracción fue mínima en cuanto la transgresión de la norma propiamente, sus *efectos* sobre terceros no son triviales.

Quinto, la intención de la persona que infringe la norma. En ocasiones, precisamente por la naturaleza trivial de la infracción, la persona que incurre en dicha acción no lo hizo de forma malintencionada. Ahora bien, pueden darse instancias en las que el infractor o la infractora transgrede la norma con una intención evidentemente antijurídica o antisocial. En estos casos, procede aplicar la norma, precisamente, para corregir dicha intención nociva.

Entiendo que los factores más importantes de este listado son el primero y el tercero. El primer factor requiere un análisis principalmente objetivo o descriptivo. Es decir, hace falta medir la gravedad de la infracción propiamente. Esto puede referirse a asuntos de cantidad, tiempo, porcientos, entre otros. Al ser un análisis objetivo, aún no se toma en cuenta consideraciones normativas. Por el contrario, simplemente se trata de cuantificar el nivel de la infracción. El segundo factor requiere un análisis sustantivo o normativo. Es decir, hace falta identificar la importancia y el valor social de la norma violentada.

Tras identificar el contenido específico de estos factores en determinada circunstancia, hace falta determinar cuál es la relación entre estos. De esta forma, podremos juzgar adecuadamente si la infracción aparentemente insignificante en términos descriptivos lo es también para efectos normativos. En ese sentido, la naturaleza trivial de la infracción tiene que manifestarse *tanto a nivel objetivo como normativo*.

Inesi reconoce que la doctrina supone ciertos riesgos. En particular, que se utilice de forma inconsistente de caso en caso y, sobre todo, dependiendo del asunto y las inclinaciones del tribunal. Como veremos en la Parte III de este Artículo, esto es precisamente lo que ha ocurrido en Puerto Rico ante la *ausencia* de una articulación formal de la operación de la máxima.

III. Aplicación de la Doctrina a diferentes áreas del Derecho

La doctrina *de minimis* tiene una aplicación amplia.[19] Es decir, opera como una norma supletoria que aplica, como regla general, en todo el ordenamiento

[19] Inesi, *supra* nota 1, en la pág. 948 ("*Courts today apply de minimis to a wide variety of legal disputes*. . .".).

jurídico. En los EE. UU. esto incluye áreas como contratos, responsabilidad civil extracontractual, derecho penal, *copyright*, derechos reales, derecho corporativo, entre otros.[20] Otro uso frecuente es en cuanto a regulaciones ambientales y el efecto *de minimis* de ciertas sustancias.[21]

Ahora bien, la doctrina no aplica cuando se trata de una violación constitucional.[22]Como veremos próximamente, uno de los criterios fundamentales para saber si aplica la doctrina es el valor social de la norma transgredida. Lo mismo ocurre, por ejemplo, en instancias de discrimen, ya sea al palio de la Constitución o alguna ley, como sería la prohibición de discrimen en el empleo al amparo de la Ley Núm. 100-1959.[23] En estos casos, el acto discriminatorio, por más insignificante que sea, acarrea consecuencias normativas. La importancia del derecho afecta directamente la aplicabilidad de la norma *de minimis*.

Supongamos, por ejemplo, que un patrono ordena a un empleado moverse de silla porque es negro o mujer. ¿Se trata de un acto *de minimis*? Entendemos que no. Si bien la acción tomada por el patrono puede entenderse como trivial, el acto discriminatorio es evidente y puede, por sí solo, generar fuertes daños emocionales como consecuencia del intento de degradar o humillar a un ser humano. La acción adversa (moverse de silla) puede entenderse como trivial, pero el daño social no lo es.

Existe una importante excepción a la máxima. Se trata de actos insignificantes que son *repetidos*, generando así un efecto acumulativo que no es *de minimis*. Un ejemplo importante de este fenómeno son las acciones de clase. En estos casos, el efecto *de minimis* individual es superado mediante la acción consolidada y acumulativa.[24] Lo mismo ocurriría con transgresiones repetidas, como sería apropiarse ilegalmente de $0.15 centavos diarios por 5 años consecutivos. En ese caso, esos tres vellones diarios sumarían $279.75. Si bien tampoco se trata de un número astronómico, se trata de una cantidad que podría ameritar sanción penal.

---

[20] *Véase Id.*; Nemerofsky, *supra* nota 4, en las págs. 324, 333-39; Cromer, *supra* nota 4, en la pág. 263. Estos autores también discuten las importantes discrepancias que hay en cuanto algunas de estas áreas del derecho. Por ejemplo, en una ocasión, un tribunal *validó* una sentencia de año y medio a tres años de cárcel por un robo de $0.35 centavos tras un puño. Nemerofsky, *supra* nota 4, en las págs. 334-35.

[21] *Véase* Kevin M. Stack & Michael P. Vandenbergh, *The One Percent Problem*, 111 COLUM. L. REV. 1385 (2011).

[22] Lewis v. Woods, 848 F. 2d 649, 651 (5to Cir. 1988) ("*A violation of constitutional rights is never* de minimis. . .".).

[23] Ley contra el discrimen en el empleo del 1959, Ley Núm. 100 de 30 de junio de 1959, 29 LPRA §§ 146-151 (2017).

[24] Nemerofsky, *supra* nota 4, en la pág. 333.

IV. El desarrollo de la máxima en el ordenamiento jurídico puertorriqueño

A. Desarrollo histórico y primeros pasos normativos

La primera referencia a la máxima *de minimis non curat lex* en Puerto Rico fue en 1920 en *Nin v. Rucadella et al*.[25] No sorprendentemente, los primeros usos de la doctrina fueron de la autoría de integrantes del Tribunal Supremo de Puerto Rico de origen estadounidense. En particular, nos referimos principalmente al Juez Asociado Hutchison. De los primeros seis (6) casos que utilizan esta figura, cinco (5) fueron de la autoría del Juez Hutchison.[26] La otra le corresponde al Juez Wolf.[27]

Estos primeros usos de la doctrina se dieron en el contexto de cuantías de dinero. En *Nin v. Rucalleda et al,* se trató de una reclamación de daños en un caso de finca enclavada y servidumbre de paso. El Tribunal Supremo rechazó revisar una determinación del foro de instancia, expresando que "la cuestión no es de importancia bastante para que estemos justificados en devolver las actuaciones. *De minimis non curat lex*".[28] Curiosamente, se trata de la última oración de la Opinión antes de proceder a dictar sentencia. En ese sentido, la citada máxima fue utilizada directamente como *autoridad jurídica para la actuación del Tribunal*.

En *Polanco v. Goffinet et al*, se trató de una disputa en cuanto al cálculo de unos intereses hipotecarios. Según el Tribunal, el asunto "era tan insignificante que está comprendida en el principio de *de minimis non curat lex*".[29] En *Pirazzi v. Vives*, se trataba de una diferencia ínfima en cuanto al cálculo de unos intereses legales: "[E] n ausencia de nada que demuestre el importe de la diferencia envuelta podemos asumir que está comprendida en la regla de *de minimis non curat lex*".[30] Nótese el uso *dual* de la doctrina en cuanto al factor de la cuantía. Es decir, se hace referencia tanto a su naturaleza trivial, así como a la dificultad de precisarla adecuadamente.

En *Goico v. Rodríguez et al*, hubo un error en el cómputo de intereses hipotecarios, similar a lo ocurrido en *Polanco v. Goffinet et al*. La referencia a la máxima en *Alonso v. Madera et al* fue considerablemente pasajera, en el contexto de una disputa sobre el uso de un nombre corporativo. Por último, en su disidencia en *Díaz v. Foote*, el juez Wolf entendió que una de las disputas relacionadas a una ejecución de hipoteca "es un caso *de minimis* y no es de aplicación el auto de *certiorari*".[31] Es decir,

---

[25] Nin v. Rucadella et al, 28 DPR 542A (1920).

[26] *Id.*; Polanco v. Goffinet, et al, 29 DPR 120 (1921); Pirazzi v. Vives, 30 DPR 571 (1922); Goico v. Rodríguez, et al, 30 DPR 606 (1922); Alonso v. Madera, et al, 32 DPR 719 (1924).

[27] Díaz v. Foote, Juez de Distrito, 28 DPR 1002 (1920) (Wolf, opinión disidente).

[28] *Nin,* 28 DPR en la pág. 552.

[29] *Polanco*, 29 DPR en la pág. 130.

[30] *Pirazzi*, 30 DPR en la pág. 574.

[31] *Díaz*, 28 DPR en la pág. 1003.

el caso era lo suficientemente insignificante como para no ameritar la expedición de un recurso de revisión por el Tribunal Supremo. Nótese el uso del principio de la economía judicial como justificación para emplear la máxima. No es que la infracción no haya ocurrido, sino que, incluso de haber ocurrido, no ameritaba la intervención del Tribunal.

De esta primera etapa del desarrollo de la máxima podemos identificar un contenido normativo inicial. En primer lugar, que la máxima *es autoridad jurídica por sí misma*. De esa forma, queda establecida la operación de la doctrina en nuestro ordenamiento. En segundo lugar, que el factor de la nimiedad objetiva es, sin duda, el asunto de umbral. En tercer lugar, que la doctrina aplica tanto a instancias de cantidades ínfimas, ya sean precisamente calculadas o difíciles de medir, precisamente, por su nimiedad. En cuarto lugar, que el objetivo principal de la doctrina es evitar el uso innecesario de recursos judiciales.

B. Doctrina incompleta

La práctica del Tribunal Supremo de Puerto Rico de citar la doctrina *de minimis* ha continuado tras sus primeros pasos en la década de 1920. Nuevamente, la tendencia es que se ha usado en el contexto de cálculos matemáticos ínfimos.[32]

En *Fernández v. Arjona*, resuelto en 1935, el Tribunal Supremo rechazó aplicar la doctrina en un caso de cálculo de intereses. [33] Esto, pues el Tribunal se convenció que el cálculo hecho por el foro primario excluyó unas variables importantes que afectaban el resultado final: "[T]uvimos la idea de confirmar la sentencia aplicando el principio '[*d*]*e minimis non curat praetor*,' pero no es posible, ya que se admite que el cálculo de intereses en que se basa la sentencia omite determinado tiempo".[34] Es decir, un análisis más ponderado de la controversia reveló que, en efecto, la cantidad en controversia no era insignificante. Esto nos recuerda que, en ocasiones, una controversia *meramente aparenta* ser trivial cuando, verdaderamente, no lo es. Esto puede llevar a aplicaciones incorrectas de la máxima.

El primer, y francamente único, intento de darle contenido normativo formal a la máxima *de minimis non curat lex* en Puerto Rico fue la decisión del Tribunal Supremo en *Casiano Sales v. Lozada Torres*.[35] Para colmo, su discusión se limitó

---

[32] *Véase* Carrasquillo v. Ripoll y Montalvo, 56 DPR 318 (1940); Rodríguez v. Cortés, 60 DPR 147 (1942). En *Sucn. Meléndez v. Central San Vicente*, 86 DPR 398, 407 n. 7 (1962), el Tribunal Supremo expresó: "Aún cuando la prueba demostró que el empleado trabajó en algunas ocasiones durante el domingo, su día de descanso, procede hacer caso omiso de este aspecto de la reclamación porque no se estableció el número de ocasiones en que ello ocurrió, y además, mediante la aplicación de la regla [*de minimis*]". C.f. Anderson v. Mt. Clemens Pottery Co., 328 U.S. 680, 692-94 (1945); Bridgeman v. Ford, Bacon & Davis*,* 161 F. 2d 962, 965 (8vo Cir. 1947).

[33] Fernández v. Arjona, 48 DPR 387 (1935).

[34] *Id*. en la pág. 390.

[35] Casiano Sales v. Lozada, 91 DPR 488, 498-99 (1964).

a un solo párrafo y sobre un asunto tangencial. La Opinión en este caso se emitió unos cuarenta y cuatro años después del primer uso de la máxima por parte de dicho foro. A la misma vez, cabe destacar que este caso fue resuelto en 1964, hace unos cincuenta y cuatro años. Tal ha sido la falta de atención que se la ha dado a la doctrina *de minimis* en Puerto Rico.

En *Casiano Sales v. Lozada Torres*, una persona solicitó un interdicto contra una compañía dedicada a la manufactura de pintura y otras sustancias. La parte demandante era una persona que vivía cerca de la demandada y, según alegó, sufría daños por las emisiones que producía la fábrica, así como los ruidos que generaba. En esencia, alegó que las operaciones de la fábrica le impedían disfrutar su propiedad y vivir en paz. Junto con su acción interdictal, la parte demandante solicitó el pago de daños.

El foro primario denegó la acción, concluyendo que se trataba de las operaciones normales de una industria de esa naturaleza y que la fábrica producía un beneficio social dado la actividad económica generada por esta. El Tribunal Supremo revisó.

La disposición legal aplicable era el artículo 277 del Código de Enjuiciamiento Civil, que disponía que "[t]odo lo que fuere perjudicial a la salud, indecente u ofensivo a los sentidos, o que interrumpa el libre uso de la propiedad, de modo que impida el cómodo goce de la vida o de los bienes, constituye una perturbación que da lugar a una acción. . .".[36] En cuanto al asunto de los daños, el Tribunal Supremo se refirió a su decisión en *Arcelay v. Sánchez*.[37] Específicamente, el Tribunal se enfocó en una de las fuentes utilizadas en dicha decisión. Se trataba de uno de los *Restaments of the Law* que establecía que quedaban excluidos asuntos que constituyeran meramente un "*slight inconvenience or petty annoyance. The law does not concern itself with trifles*. . .".[38]

Acto seguido, la Opinión se dio a la tarea de ofrecer una traducción del concepto "*trifle*":

> En cuanto al significado que deba dársele el concepto *trifles*—bagatela, menudencia—es bueno recordar que todos estos giros idiomáticos sobre lo mínimo están inspirados en la vieja máxima pragmática [*de minimis non curat lex*] y en relación a magnitud se refieren a errores infinitesimales, y de acuerdo con la jurisprudencia, podemos aceptar la declaración, que aun tratando la regla pragmática de evitar toda litigación sobre lo mínimo, tradicionalmente los tribunales se sienten inclinados a conceder algún remedio rápido y justo en aquellos casos que pueda existir un derecho a lo mínimo[.][39]

---

[36] *Id*. en la pág. 497 (*citando a* CÓD. ENJ. CIV. PR art 277, 32 LPRA § 2761).
[37] Arcelay v. Sánchez, 77 DPR 824 (1955).
[38] *Casiano Sales,* 91 DPR en la pág. 498 (*citando a* RESTATEMENT (FIRST) OF TORTS § 822).
[39] *Casiano Sales,* 91 DPR en las págs. 498-99 (citas omitidas).

Se trata de la única expresión en la jurisprudencia puertorriqueña intentando ofrecer una definición conceptual general de la doctrina *de minimis*. Desde entonces, las únicas referencias al concepto *de minimis* han sido escasas y limitadas a áreas muy particulares del derecho. En cuanto a esta segunda etapa jurisprudencial, podemos identificar que el factor más útil para nuestro ejercicio normativo es precisar un tanto a qué nos referimos cuando hablamos de una nimiedad.

C. Desarrollos modernos y usos aislados

En *Arenas Procesadas, Inc. v. E.L.A.*, el Tribunal Supremo hizo una referencia indirecta a la figura *de minimis* en el contexto de la doctrina en cuanto a incautaciones reglamentarias.[40] Esta se dio en el contexto de la discusión de la Opinión sobre la interacción entre la exigencia constitucional de pagar justa compensación en situaciones de expropiación y el ejercicio del poder de razón de estado. Es decir, identificar la distinción entre un ejercicio extensivo, pero válido, de este poder y circunstancias en las que dicho ejercicio se convierte en una incautación reglamentaria.

La Opinión recurrió a la doctrina constitucional federal, tomando nota de que "se ha requerido compensación cuando, como resultado de la reglamentación, el Estado invade física y permanentemente (*physical invasion*) una propiedad, 'aun cuando sea de *minimis*'".[41] Esto nos recuerda a la distinción hecha por Andrew Inesi, que explicamos al inicio de este Artículo, a los efectos de que, en ocasiones, se utiliza la frase *de minimis* como sinónimo semántico de trivial o insignificante, y no como parte de la operación de la máxima jurídica *de minimis non curat lex*. No obstante, podría decirse que las expresiones del Tribunal Supremo en *Arenas Procesadas, Inc.* constituyen indirectamente una aplicación de la doctrina en el contexto de incautaciones reglamentarias. Es decir, que la doctrina *de minimis* no aplica cuando el Estado invade física y permanentemente una propiedad. Esto es cónsono con la propuesta de que esta figura no aplica en el caso de violaciones a derechos constitucionales.

En *Jiménez v. General Inst., Inc*., el Tribunal Supremo se enfrentó a la aplicación de la doctrina *de minimis* en el contexto específico de violaciones al *Fair Labor Standards Act* [en adelante *FLSA*].[42] Pero más que una aplicación de la máxima a un área particular del Derecho se trata de una doctrina *específica nacida del propio*

---

[40] Arenas Procesadas, Inc. v. E.L.A., 132 DPR 593 (1993).

[41] *Id*. en la pág. 605 (*citando a* Loretto v. Teleprompter Manhattan C.A.T.V. Corp., 458 U.S. 419 (1982)).

[42] Jiménez v. General Inst., Inc., 170 DPR 14 (2007).

desarrollo doctrina del FLSA. Por eso el propio Tribunal caracterizó la controversia como la "doctrina federal conocida como *de minimis*".[43]

En el contexto específico del *FLSA*, se trata de una doctrina que surge de la reglamentación federal sobre el cálculo de horas extra.[44] En cuanto este asunto, se ha resuelto en los Estados Unidos que cantidades ínfimas de tiempo o periodos cortos difíciles de medir no cuentan para efectos de dicho cálculo. La norma federal es que periodos menores de veinte minutos no se contarán.

La pregunta ante la consideración del Tribunal Supremo era si esta doctrina aplicaba en el contexto de la Ley Núm. 379 de 15 de mayo de 1948 en cuanto el periodo de alimentos. El Tribunal no aplicó la doctrina a dicho esquema estatutario. Según la Opinión, si bien puede tener sentido no contar periodos cortos para efectos de horas extra, en el contexto del periodo de alimentos, cada minuto cuenta. Evidentemente, concluyó el Tribunal, veinte minutos en un periodo de una hora no puede considerarse *de minimis*. Es decir, no es que el Tribunal rechazara necesariamente la compatibilidad de la doctrina con la Ley Núm. 379-1948, sino que, en las circunstancias particulares del periodo de alimentos –a diferencia de la jornada semanal de trabajo–, los minutos no son *de minimis*. En todo caso se podría concluir que violaciones de meros segundos sí podrían cualificar como *de minimis*.

Por último, la referencia más reciente al concepto *de minimis* se encuentra en la Opinión disidente de la Juez Asociada Rodríguez Rodríguez en *Asociación de Maestros v. Departamento de Educación*.[45] Según la juez asociada, "[n]o cabe validar una transgresión al texto constitucional porque la consideremos *de minimis*".[46] Esto sería cónsono con lo que hemos analizado hasta ahora en cuanto la interacción entre la doctrina *de minimis* y asuntos de naturaleza constitucional. Pero, nuevamente, se trata de una referencia pasajera al concepto, lo que indica un uso más bien en el contexto de adjetivo que como figura normativa.

Hasta aquí la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico en cuanto la máxima *de minimis non curat lex* en todas sus manifestaciones. Como pudimos apreciar, las Opiniones de nuestro más alto foro judicial no proveen un marco normativo de la doctrina. Incluso, podemos observar que en algunas ocasiones la impresión es que el uso de la frase *de minimis* se da más en el contexto de adjetivo descriptivo que en cuanto su efecto normativo.

No obstante, sí podemos identificar ciertos elementos elaborados en esta tercera etapa jurisprudencial que serán muy útiles al articular un marco normativo que recoja la operación de la máxima en nuestro ordenamiento: (1) la importancia del contexto y peso relativo de una infracción que puede aparentar *de minimis* cuando,

---

[43] *Id*. en la pág. 42 (comillas omitidas).

[44] *Id*. en la pág. 43 (*citando a* 29 C.F.R. § 785.47).

[45] Asoc. de Maestros v. Dpto. de Educación, 2018 TSPR 150, en la pág. 48.

[46] *Id*. en la pág. 67.

verdaderamente, se trata de una violación no-insignificante de la norma aplicable; (2) la importancia del valor social de la norma violentada en nuestro análisis de si se trata, en efecto, de un asunto *de minimis* que puede ser obviado; y (3) la posibilidad de que la doctrina no aplique en el contexto de derechos constitucionales.

D. Otras referencias a la doctrina en el Derecho Puertorriqueño

Además de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, podemos identificar cuatro (4) fuentes adicionales de la doctrina *de minimis* en nuestro ordenamiento: (1) las Opiniones del Secretario de Justicia, (2) referencias incorporadas en leyes adoptadas por la Asamblea Legislativa, (3) menciones en algunos reglamentos legislativos adoptados por agencias administrativas, y (4) las decisiones del Tribunal de Apelaciones. A continuación, discutimos dichas instancias.

i. Opiniones del Secretario de Justicia

La primera Opinión del Secretario de Justicia en la que se hace referencia al concepto de *de minimis* fue en 1964.[47] En esa ocasión, se le consultó a dicho funcionario si la construcción de una capilla al interior del Centro Médico era inconstitucional. Esto, dado que se usarían fondos públicos en dicha construcción y la capilla se usaría para actividades de corte religiosa. La Opinión expresó que el uso religioso de un pequeño espacio al interior del Centro Médico era meramente incidental, en comparación con el resto de las actividades que se realizarían allí. En apoyo a su conclusión, la Opinión citó con referencia al tratadista estadounidense Sutherland a los efectos de que "*the rule of* de minimis non curat lex *is applicable to constitutional prohibitions against government aid to religion*".[48]

En 1992, el Secretario de Justicia emitió dos Opiniones sobre un mismo asunto: el uso de los recursos de los legisladores cuando actúan en su calidad de candidatos políticos.[49] El Secretario concluyó que la prohibición contra el uso de fondos públicos para fines privados no aplicaba cuando se trataba de un uso "incidental [o] *de minimis*".[50] Específicamente, expresó que "[e]l uso *de minimis* de recursos públicos para fines político-partidistas debe tolerarse únicamente cuando se trata realmente de un uso cuantitativamente insignificante, frente a lo que implicaría o costaría una prohibición".[51] Entre los ejemplos citados por la Opinión están las

---

[47] Op. Sec. Just. Núm. 1964-36.

[48] *Id*. en la pág. 193 (*citando a* LEO PFEFFER, CHURCH, STATE AND FREEDOM 179-81 (1953)).

[49] Op. Sec. Just. Núm. 1992-14; Op. Sec. Just. Núm. 1992-34.

[50] Op. Sec. Just. Núm. 1992-14, en la pág. 67.

[51] *Id*. en la pág. 77.

llamadas telefónicas y el uso de computadoras, siempre y cuando dicho uso "sea en verdad mínimo" o "de muy escasa significación cuantitativa".[52]

De lo anterior surgen varias cosas que debemos atender. Primero, nótese el uso de dos de los factores identificados en la Parte II: (1) medida cuantitativa de la infracción (en este caso "cuantitativamente insignificante") y (2) el costo de dilucidar formalmente con esta ("lo que implicaría o costaría una prohibición"). Es decir, se emplea nítidamente el modelo de Inesi en cuanto el análisis de costo-beneficio, midiendo el impacto de la infracción con el costo de su corrección. Segundo, vemos que está ausente el factor sobre el valor social de la norma violentada. En este caso, se trata de un valor de la más alta jerarquía por tratarse de una prohibición constitucional en cuanto el uso de fondos públicos. Por último, cabe señalar que, eventualmente, el Tribunal Supremo de Puerto Rico *rechazó* en cierto sentido el juicio del Secretario de Justicia en su Opinión, al resolver que *cualquier uso incidental* de propiedad pública para campañas partidarias activa los mecanismos de la veda electoral.[53] Es decir, la doctrina *de minimis* no aplica en el contexto de identificar el uso de propiedad pública para dilucidar su validez jurídica en el contexto de la veda estatutaria aplicable durante el periodo electoral en Puerto Rico.

Por último, analizamos una Opinión del Secretario de Justicia publicada en 2009.[54] En esa ocasión, se le consultó a dicho funcionario si el antiguo administrador de la Administración de Instituciones Juveniles actuó correctamente al, "posterior a la adjudicación en subasta pública y a la emisión de orden de compra a nombre del postor favorecido, dicho funcionario insertó una nota de su puño y letra en la orden de compra".[55] Específicamente, se alegó que el antiguo funcionario cambió una de las especificaciones establecidas en el pliego de la subasta adjudicada. En su Opinión, el Secretario de Justicia concluyó que "[a]ún cuando el cambio en cuestión pudiese considerarse un error o irregularidad en el proceso de subasta, éste constituiría uno *de minimis* que no afecta la validez de la adjudicación".[56]

Al igual que vimos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las Opiniones del Secretario de Justicia no ofrecen un modelo normativo o conceptual en cuanto la operación de la máxima. Pero sí ofrecen unas pistas que podremos utilizar posteriormente en este Artículo para articular dicho modelo. Por ahora, podemos identificar de estas Opiniones del Secretario de Justicia los siguientes elementos: (1) la importancia del asunto cuantitativo de la infracción, particularmente en términos relativos; y (2) el costo de atender formalmente la infracción.

---

[52] *Id*.

[53] Acevedo v. C.E.E., 172 DPR 971 (2007).

[54] Op. Sec. Just. Núm. 2001-09.

[55] *Id*. en la pág. 56.

[56] *Id*. en la pág. 59.

ii. Las decisiones del Tribunal de Apelaciones

Como hemos visto, el Tribunal Supremo de Puerto Rico no ha atendido directamente el asunto sobre el contenido normativo de la máxima *de minimis non curat lex*. En estas circunstancias, sería muy provechoso dar un vistazo a las decisiones del Tribunal de Apelaciones.[57] Como veremos a continuación, el foro apelativo tampoco ha desarrollado un marco normativo abarcador en cuanto esta doctrina. No obstante, suple ciertos elementos importantes que podemos agrupar con las demás fuentes que estudiamos en este Artículo.

Uno de los asuntos más atendidos por el Tribunal de Apelaciones que implica de alguna manera la doctrina *de minimis* es la norma aplicable al uso de circuito cerrado para el testimonio de menores de edad al amparo de la Regla 131.1 de Procedimiento Criminal. Se trata de una norma que surge de un caso del Tribunal Supremo federal que requiere tomar en consideración el efecto emocional que pudiera sufrir el menor al testificar en la presencia de la persona acusada.[58] Según dicha Opinión, dicho efecto no puede ser *de minimis*, sino que debe tratarse de una situación que trascienda el mero nerviosismo o emoción, o una resistencia a testificar.

El foro apelativo ha tomado nota de que el Tribunal Supremo federal "expresamente se reservó la decisión sobre cuán intenso tenía que ser el impacto adverso, limitándose a resolver que tenía que ser mayor que *de minimis*".[59] Esto, en el contexto de lo exigido por la Regla 131.1 de Procedimiento Criminal a los efectos de requerirse un disturbio emocional serio. Ahora bien, la práctica consistente del Tribunal de Apelaciones ha sido de conceder las solicitudes del Ministerio Público, autorizando así el testimonio de los menores a través del circuito cerrado.[60] En ese sentido, podemos concluir que el foro apelativo tiene una visión considerablemente estrecha del concepto *de minimis*, pues rara vez encuentra que, en efecto, el posible impacto sobre el menor es insignificante.

Otra instancia del uso de la doctrina *de minimis* se dio en el contexto de una orden de allanamiento en la que se omitió la hora en la que se podía diligenciar. La persona acusada solicitó la supresión de la evidencia obtenida al amparo de la

---

[57] *Véase* Jorge Farinacci Fernós, *Fuerza Persuasiva: Los usos potenciales de las decisiones del Tribunal de Apelaciones en nuestro sistema jurídico*, 51 REV. JUR. UIPR 361 (2017).

[58] Maryland v. Craig, 497 U.S. 836, 856 (1990).

[59] Pueblo v. Rodríguez, KLCE201000606, 2010 WL 3724456, en la pág. *16 (TA PR **21** de junio de 2010) (énfasis y comillas omitidas).

[60] *Véase Id*.; Pueblo v. Ramírez, KLCE0101295, 2002 WL 544583 (TA PR 5 de febrero de 2002); Pueblo v. Estremera, KLCE0200639, 2002 WL 31342376 (TA PR 4 de septiembre de 2002); Pueblo v. Vélez, KLCE200300049, 2003 WL 21043551 (TA PR 27 de enero de 2003); Pueblo v. Vélez, KLCE0400147, 2004 WL 1216240 (TA PR 18 de febrero de 2004).

Regla 231 de Procedimiento Criminal. El Tribunal de Apelaciones, por voz del hoy juez asociado del Tribunal Supremo Rafael Martínez Torres, resolvió que "ese defecto menor no conlleva la nulidad del documento. . .".[61] Específicamente, el foro apelativo concluyó que "[l]a omisión de la hora en la orden de allanamiento no debe acarrear una consecuencia tan radical como la nulidad de dicho allanamiento [. . .] a lo sumo, constituyó un error *de minimis* que no acarreó perjuicio alguno al acusado. . .".[62]

El Tribunal de Apelaciones también ha aplicado la doctrina *de minimis* en instancias en las que el Tribunal Supremo de Puerto Rico ya había adoptado la misma para asuntos particulares.[63] De igual forma, el foro apelativo ha utilizado la doctrina para situaciones de discrepancias en cantidades mínimas en cuanto al cálculo de intereses.[64]

De estas decisiones del Tribunal de Apelaciones podemos identificar los siguientes elementos: (1) la aplicación de una versión muy estrecha de la doctrina *de minimis* para efectos de solicitudes bajo la Regla 131.1 de Procedimiento Criminal; (2) el rol sobresaliente del factor cuantitativo en cuanto a la determinación si aplica la doctrina a un caso particular.

iii. Leyes de Puerto Rico y Reglamentos Legislativos

De nuestra investigación pudimos identificar dos leyes aprobadas por la Asamblea Legislativa hacen referencia al concepto *de minimis*. El número de reglamentos legislativos adoptados por las agencias administrativas es considerablemente mayor.

En cuanto a las leyes, podemos hacer referencia al artículo 40.111(5) del Código de Seguros, el que atiende instancias de reclamaciones individuales *de minimis* de forma que se puedan atender como una instancia consolidada.[65] De igual forma, está la exigencia del artículo 8 de la Ley Núm. 230-2004 a los efectos de posibles

---

[61] Pueblo v. Tirado, KLCE0601354, 2006 WL 4072713, en la pág. *1 (TA PR 22 de diciembre de 2006).

[62] *Id*. en la pág. *3 (bastardillas suprimidas).

[63] *Véase* Negrón v. ACT, KLAN200200535, 2003 WL 21043294 (TA PR 23 de enero de 2003) (incautación reglamentaria); Cruz v. Ethicon, KLAN070385, 2008 WL 5171079 (TA PR 20 de octubre de 2008) (inaplicabilidad de la doctrina *de minimis* bajo el *FLSA* a acciones al amparo de la Ley Núm. 379-1948). También debemos hacer referencia a unas expresiones del Tribunal de Apelaciones en *Vega v. Sociedad Colón Miró*, KLAN0701634, 2008 WL 2945845, en la pág. *6 (TA PR 22 de mayo de 2008), en las que el foro intermedio hace referencia a decisión aparentemente no publicada del Tribunal Supremo en las que dos integrantes de dicho foro expresaron que amonestarían a un abogado por incurrir en una violación, aunque *de minimis*, del Canon 28 de Ética Profesional.

[64] BPPR v. D'Alessio Construction, Inc., KLAN2014-00779, 2014 WL 4996249, en la pág. *2 (TA PR 29 de agosto de 2014) ("[E]l Banco presentó una tabla sobre la diferencia en el cálculo de los intereses que reflejaba que la supuesta discrepancia era **de minimis** ($13.89)").

[65] CÓD. SEG. PR, 26 LPRA § 4011a(5) (2014).

conflictos de intereses al interior de la Junta del Centro Comprensivo de Cáncer. Dicha disposición prohíbe ciertas relaciones, a menos "que no sea *de minimis*".[66]

En cuanto los reglamentos, ofrecemos algunos ejemplos. Primero, la Regla 102 del Reglamento Núm. 5300, el que expresamente define el concepto *de minimis* para efectos de ciertas emisiones.[67] Segundo, el Reglamento Núm. 7983, el que se refiere a pagos *de minimis* para efectos de caracterizar una propiedad como residencial.[68] Tercero, el Reglamento Núm. 8546 sobre Tanques de Almacenamiento Soterradas, el que excluye de su aplicación instancias *de minimis*,[69] definido como una "[c]oncentración muy baja de forma que los tanques con estas concentraciones mínimas (*de minimis*) no presentan riesgos significativos a la salud humana y al ambiente".[70] Cuarto, el Reglamento Núm. 6252 sobre Contribuciones de Corporaciones y Sociedades Extranjeras, el que excluye de su aplicación aquellas entidades que ofrecen servicios *de minimis* en Puerto rico, los que "no representan una actividad sustancial comparados con las actividades totales de la empresa y que requieren un mínimo de utilización de recursos de la empresa" y otros factores.[71] Quinto, semejante exclusión existe en el Reglamento Núm. 7795 sobre telecomunicaciones, el que incluye una disposición *de minimis* para aquellas entidades cuyos ingresos brutos provenientes de sus servicios en Puerto Rico son menores de $25,000.[72]

De lo anterior podemos identificar que la doctrina *de minimis* ha sido positivizada en nuestro país y que aplica a una gama amplia de asuntos. También vemos reiterado el factor de la importancia de las cuantías *y su relación con el objetivo de la norma nominalmente aplicable*.

---

[66] Ley del Centro Comprensivo de Cáncer de la Universidad de Puerto Rico y enmienda al Código de Seguros Ley Núm. 230-2004, 24 LPRA § 3370a (Supl. 2018) (bastardillas añadidas).

[67] JCA, Reglamento para el Control de la Contaminación Atmosférica, Núm. 5300 R.102 (28 de agosto de 1995), http://app.estado.gobierno.pr/ReglamentosOnLine/Reglamentos/5300.pdf.

[68] AFI, *Qualified Allocation Plan*, Núm. 7983 R.__ (13 de enero de 2011)(anulado).

[69] JCA, Reglamento para el Control de Tanques de Almacenamiento Soterrados. Deroga Reglamento 4362., Núm. 8546 R. 803(B)(5) (24 de diciembre de 2014), http://app.estado.gobierno.pr/ReglamentosOnLine/Reglamentos/8546.pdf.

[70] *Id.* en la R. 806(23). *Véase*, *también*, DTRH, Enmienda al Reglamento Núm. 10, Parte 1926, 59FR 153 Exposición Ocupacional a Asbesto, Núm. 5156 en la pág. 4 (29 de noviembre de 1994), http://app.estado.gobierno.pr/ReglamentosOnLine/Reglamentos/5156.pdf.

[71] Dept. Hacienda, Reglamento para implantar las disposiciones de las secciones 1231, 1232, 1233, 1235, 1236 y 1238 del Código de Rentas Internas, Núm. 6252 Art. 1231-1(d)(1)(ii) (27 de diciembre de 2000), http://app.estado.gobierno.pr/ReglamentosOnLine/Reglamentos/6252.pdf.

[72] Junta Reglamentadora de Telecomunicaciones de PR, Reglamento sobre Servicio Universal, Núm. 7795 Art. 12.4 (14 de enero de 2010), http://app.estado.gobierno.pr/ReglamentosOnLine/Reglamentos/7795.pdf.

iv. Ejemplos finales

Existen dos doctrinas vigentes en nuestro ordenamiento que entendemos deben mencionarse en estos momentos por su vínculo conceptual con la máxima *de minimis non curat lex*. Aprovechamos este espacio para discutirlas brevemente. No pretendemos ofrecer una discusión profunda de estas, sino que las mencionamos para que queden incluidas en nuestro análisis.

En primer lugar, hacemos referencia a la figura de conducta insignificante establecida en el artículo 34 del Código Penal.[73] Según dicha disposición, "[n]o incurre en responsabilidad penal la persona cuya conducta es tan insignificante que no amerita el procesamiento ni la pena de una convicción".[74] Desafortunadamente, este artículo no ha sido sujeto de análisis en una Opinión del Tribunal Supremo de Puerto Rico.

No obstante, podemos referirnos al análisis ofrecido por la profesora Dora Nevares-Muñiz y a una decisión al respecto del Tribunal de Apelaciones. También podemos ofrecer una discusión propia de lo intimado por el texto del artículo 34 de dicho cuerpo normativo.

Precisamente, la profesora Nevares-Muñiz provee el vínculo entre esta disposición del Código Penal y la doctrina que hemos analizado en este Artículo: "La conducta insignificante procede del Art. 33 del Código Penal de 2004, y tiene su apoyo en el derecho comparado, donde también se le denomina *de minimis*".[75] Continúa explicando la profesora que "[s]e trata de conducta cuya 'insignificancia' es tal que no produce un daño o riesgo significativo al bien jurídico, por lo que no amerita el procesamiento criminal. La conducta no es justificada, tampoco el delito, sino relativamente tolerada por su escasa gravedad en las circunstancias en que ocurre".[76] El ejemplo que ofrece la profesora es muy ilustrativo: una persona compra un café y se lleva 24 sobrecitos de azúcar. Aunque técnicamente ello constituye apropiación ilegal, dicha conducta no amerita un procesamiento criminal.

Nótese que la profesora Nevares-Muñiz incorpora tres de los factores que hemos analizado hasta ahora. Primero, el asunto cuantitativo y proporcional. Segundo, el uso innecesario de recursos judiciales. Y tercero, la relación entre la conducta y el daño social causado.

Lo anterior requiere analizar una decisión del Tribunal de Apelaciones relacionada a este concepto que sirve tanto de ejemplo como de señal de lo difícil que puede ser aplicar dicho concepto a casos concretos. En *Pueblo v. Infante*, el Tribunal de Apelaciones confirmó la convicción de una persona

---

[73] CÓD. PEN. PR art. 34, 33 LPRA § 5047 (Supl. 2018).

[74] *Id*.

[75] DORA NEVARES-MUÑIZ, CÓDIGO PENAL DE PUERTO RICO COMENTADO 68 (2015).

[76] *Id*.

por agresión.[77] Según surge del caso, a la acusada se le imputó agredir con un periódico doblado en la cara más de una vez a una empleada de un mostrador que la insultó. Según el foro apelativo, la fiscalía "probó los elementos del delito de agresión. . .",[78] por lo que confirmó la sentencia de $25. Si bien el escrito apelativo hizo referencia a la defensa de conducta insignificante, el Tribunal de Apelaciones ni siquiera mencionó la misma en su análisis. Podría pensarse que la referencia del tribunal al hecho que la fiscalía probó los elementos del delito constituye un rechazo a la aplicación de dicha defensa. No obstante, entendemos que se trataba de una buena ocasión para aportar al desarrollo normativo de esta figura de nuestro ordenamiento penal que no ha sido suficientemente analizada hasta ahora.

No adelanto criterio sobre si los hechos narrados en *Pueblo v. Infante Feliciano* ameritaban la aplicación de la defensa de conducta insignificante como articulación de la máxima *de minimis non curat lex*. Posiblemente el hecho de la repetición y que el golpe se dirigió a la cara de la persona agraviada impidan dicha aplicación. Pero mínimamente ameritaba un análisis más sosegado.

En cuanto a mi propio análisis del artículo 34, entiendo que su estructura textual adopta el modelo de balance costo-beneficio que hemos visto hasta ahora. Nótese que el citado artículo *vincula* el asunto cuantitativo de la conducta ("tan insignificante") con el costo de su procesamiento ("que no amerita el procesamiento…"). Se trata, pues, de un análisis proporcional entre el daño causado por la conducta y el costo de su atención por parte de sistema de justicia. A ello le debemos añadir la importancia de la relación entre la conducta y el bien jurídico protegido por la disposición del Código Penal correspondiente. De esta manera podemos identificar adecuadamente el nivel de insignificancia como asunto de umbral.

De todo lo anterior surge que la máxima *de minimis non curat lex*, si bien podría utilizarse independientemente como parte del ejercicio de la discreción judicial, tiene una clara articulación estatutaria en el contexto penal. Lo que corresponde es identificar con mayor precisión el tipo de conducta que quedaría cobijada por esta defensa.

En segundo lugar, no referimos brevemente a la figura de la absorción de culpa en el contexto de la responsabilidad civil extracontractual. La segunda oración del artículo 1802 del Código Civil establece: "La imprudencia concurrente del perjudicado no exime de responsabilidad, pero conlleva la reducción de la indemnización".[79] Como resultado de ello, en nuestro país opera la figura de la negligencia comparada, que permite que un tribunal otorgue cuotas de responsabilidad tanto al demandante como al demandado cuando concluye que, en efecto, ambas partes incurrieron en

---

[77] Pueblo v. Infante, KLAN20080641, 2009 WL 2843390 (TA PR 30 de junio de 2009).

[78] *Id*. en la pág. *6.

[79] CÓD. CIV. PR art. 1802, 31 LPRA § 5141 (2015).

culpa o negligencia y que esta tuvo un nexo causal con el daño sufrido. Así, por ejemplo, un tribunal puede concluir que en determinada controversia el demandante fue responsable del 25% del daño, mientras que el demandado fue responsable del restante 75%. De esa forma, cada parte paga por su proporción del daño causado.

Ahora bien, existe la posibilidad de que la cuota de responsabilidad de una de las partes, posiblemente, pero no necesariamente, el demandante, sea tan ínfima que no amerite imponerse. Por ejemplo, que un tribunal concluya que el demandante fue responsable del 1% del daño mientras que el demandado fue responsable del restante 99%. En estos casos, lo que procede es que el demandado absorba la culpa ínfima incurrida por el demandante y pague el 100% del daño.

La absorción de culpa es una figura muy poco desarrollada en nuestro país,[80] y valdría la pena analizarla como una articulación de la máxima *de minimis non curat lex*. Estaremos pendientes.

V. Hacia un modelo normativo de *de minimis non curat lex* en Puerto Rico

A. Contenido Normativo

De todo lo anterior podemos colegir que, en efecto, la máxima jurídica *de minimis non curat lex* opera en nuestro ordenamiento. Se trata de un ejercicio de discreción judicial que permite al tribunal concluir que ciertas conductas no ameritan una consecuencia normativa. A continuación, ofrecemos un balance del contenido normativo de esta figura.

En primer lugar, debemos identificar la naturaleza de la norma transgredida. Específicamente, su propósito y valor social. Esto es vital, pues nos proveerá los instrumentos para medir adecuadamente la gravedad o trivialidad de la conducta analizada. Mientras el valor social de la norma transgredida sea mayor, más insignificante cuantitativamente deberá ser la conducta para que se considere *de minimis*. En otras palabras, conducta que podría ser considerada insignificante en un contexto puede no serlo en otro por tratarse de un bien jurídico que ostenta mayor protección o valor social. Por ejemplo, no es lo mismo apropiarse ilegalmente de los 24 sobrecitos de azúcar para el café que apropiarse ilegalmente de 24 lápices de una escuela pública. Si bien posiblemente ninguna de las dos acarree consecuencias penales, en el segundo caso podría constituir causa para una sanción civil o administrativa por las consideraciones éticas que conlleva y la importancia de proteger los bienes del Pueblo. Lo mismo vimos con el ejemplo del discrimen en el empleo. En estos casos, la naturaleza *de minimis* de la conducta no exime de

---

[80] *Véase* Lemuel Cancel Méndez, *Doctrina de la absorción de culpas en la responsabilidad civil extracontractual en Puerto Rico*, 38 REV. DER. PR 243 (1999).

responsabilidad legal, pero sí debería tomarse en cuenta al momento de confeccionar un remedio.

En segundo lugar, debemos cuantificar el nivel de la transgresión realizada, al amparo del análisis anterior. Es decir, identificar si se trata, cuantitativamente, de una conducta o acción insignificante. ¿Fueron 2,400 sobrecitos de azúcar o 24? ¿Cuánto vale cada uno? No es lo mismo 24 sobrecitos de azúcar que 24 *iPhones*. Esto conlleva medir el valor de la conducta con relación a sus consecuencias. Fundamental para este análisis será el contexto y la proporción. No es lo mismo una diferencia de $2,000 en una transacción millonaria que en un pleito de cobro de dinero en una Regla 60.

En tercer lugar, debemos identificar el costo del procesamiento de la transgresión sobre el sistema. Este análisis es simultáneamente cuantitativo y cualitativo. Es decir, debemos sopesar el costo real en términos de recursos invertidos con la importancia jurídica de la transgresión. En otras palabras, ¿vale la pena? Recordemos que la doctrina *de minimis* tiene como uno de sus objetivos el uso eficiente de los recursos judiciales.

En cuarto lugar, debemos tener presente que la operación de esta figura recae sobre la sana discreción judicial, tanto de los foros primarios como de los apelativos. No toda transgresión debe ser atendida por el sistema. Para ello hace falta desarrollar una cultura institucional que tome en serio la doctrina *de minimis* y la aplique cuando verdaderamente lo amerite.

B. Áreas aplicables

Como norma general, la máxima *de minimis non curat lex* aplica a la totalidad de nuestro ordenamiento jurídico. Ya sea una conducta insignificante en el contexto penal, un error mínimo de cálculo de intereses hipotecarios, meras molestias para menores que serán testigos en un caso, cuotas de responsabilidad ínfimas en una acción de daños, entre otros ejemplos que vimos a lo largo de este Artículo, la operación de esta doctrina es, generalmente, universal.

Claro está, se trata de un análisis necesariamente contextual e individualizado. Por ejemplo, el asunto de los menores que deben testificar constituye una buena instancia de la norma de la relatividad que discutimos en el primer factor normativo. Es decir, que el significado cuantitativo de insignificancia dependerá de la importancia de la norma jurídica implicada. Por ejemplo, si trata de menores que deben testificar en casos de agresión sexual, el concepto *de minimis* se limita a instancias verdaderamente insignificantes y triviales.

Lo mismo ocurre, por ejemplo, en el contexto laboral. No es lo mismo veinte minutos en el cálculo de las cuarenta horas semanales para efectos de compensación extraordinaria que veinte minutos en el contexto del periodo de tomar alimentos.

Por otro lado, hemos visto que existen áreas de nuestro ordenamiento en las que esta doctrina es inaplicable o únicamente aplicaría en los casos más extremos. Por ejemplo, no aplica en el contexto de incautaciones físicas y permanentes por parte del Estado. Tampoco aplica cuando se trata de la violación de derechos constitucionales o derechos estatutarios significativos, como las protecciones contra el discrimen.

C. Hacia el futuro

La doctrina *de minimis non curat lex* es una de muchas figuras vigentes en nuestro ordenamiento jurídico que carecen de suficiente desarrollo normativo. Este Artículo tiene, en ese sentido, dos objetivos. Primero, iniciar ese proceso en cuanto esta figura específicamente. Este artículo no constituye el fin de dicho desarrollo, sino un humilde comienzo. Segundo, activar la curiosidad de la comunidad sobre otras figuras importantes cuyo análisis hasta ahora ha sido incompleto o superficial. Nos falta mucho por recorre.

EL RECONOCIMIENTO DE RELACIONES JURÍDICAS ENTRE MENORES DE EDAD Y TERCEROS: UNA NUEVA CATEGORÍA JURIDÍCA

*Juliana N. Castro Ramos**

Resumen

Aunque los menores de edad posean relaciones familiares beneficiosas para su desarrollo físico y emocional con familiares, parientes o allegados, en Puerto Rico, solamente se le reconoce el derecho de visita a los abuelos, abuelas, tíos y tías. En este artículo, se analiza el desarrollo de la doctrina de las relaciones familiares entre menores de edad y terceros en Puerto Rico. Esto, con el fin de proponer unos criterios generales para que esta relación familiar sea reconocida jurídicamente, sin necesidad de que existan lazos biológicos o de afinidad, siempre que la relación sea en beneficio del bienestar del menor.

Abstract

If a child has a substantial relationship that benefits his or her development, the only family members with standing in Puerto Rico to preserve that relationship are grandparents, aunts and uncles. In this article, we analyze the family relationship doctrine between children and third parties. With this end, we propose general criteria so that relationships formed between the third party and the child can be preserved. The analysis centers on whether the continuity of that relationship should be preserved, even though a biological or affinity bond is absent.

* Estudiante de tercer año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

I. Introducción 416
II. Aspecto constitucional 418
III. Desarrollo de la doctrina de las relaciones familiares entre menores y terceros 425
IV. Propuesta de los criterios generales para el reconocimiento de la categoría jurídica 433
V. Conclusión 436

I. Introducción

Nuestra sociedad es una que se encuentra en constante desarrollo. El Derecho de Familia puertorriqueño y, en particular, la institución de la familia no ha estado exento de sufrir estos cambios.[1] Por el contrario, es una de las ramas del Derecho que más atención legislativa ha recibido.[2] Sin embargo, las normas que, en su mayoría, lo rigen hoy día no se ajustan plenamente a las necesidades de la sociedad puertorriqueña moderna.[3] Es por ello que existe la necesidad de que estas se atemperen y atiendan las nuevas realidades.[4]

Contrario a los siglos anteriores, en los cuales se definía como familia ideal a la familia extendida del mundo agrícola, y más adelante, a la familia nuclear patriarcal, en la sociedad moderna no existe una familia modelo.[5] Hoy, las diversas

[1] Efraín González Tejera, *Bienestar del menor: Señalamientos en torno a la patria potestad, custodia y adopción*, 54 REV. JUR. UPR 409, 410 (1985); La familia es la institución social básica sobre la cual depende la existencia de la sociedad humana. Se dice que es el grupo social institucionalizado que tiene el deber de reemplazar o renovar la población, pero en ella no solamente recae la responsabilidad biológica de procreación, sino que tiene otras funciones básicas que repercuten económica, moral y jurídicamente en la sociedad. I RAÚL SERRANO GEYLS, DERECHO DE FAMILIA DE PUERTO RICO Y LEGISLACIÓN COMPARADA 1 (1997).

[2] Marta Figueroa Torres, *Ponencia presentada por la directora ejecutiva de la comisión, Marta Figueroa Torres, en torno al borrador del Libro Segundo sobre las Instituciones Familiares del Código Civil de Puerto Rico Revisado*, OFICINA DE SERVICIOS LEGISLATIVOS (12 de enero de 2007), en la pág. 9 http://www.oslpr.org/v2/PDFS/Borrador%20Codigo%20Civil%20Updated/2-%20Libro%20Segundo%20%20Las%20instituciones%20Familiares/02PonenciadelaDirectoraEjecutiva.pdf (última visita 17 de marzo de 2019).

[3] *Id*. en la pág. 12. Nuestro Código Civil, aunque fue aprobado en el año 1930, responde sustancialmente al Código Español del 1899, por lo que su normativa gira mayormente en torno a la sociedad española del Sigo XIX. I SERRANO GEYLS, *supra* nota 1, en la pág. 32.

[4] González Tejera, *supra* nota 1, en la pág. 410.

[5] Familia extendida, extensa o consanguínea es el tipo de familia que está compuesta por los padres,

formas, roles, economías, ideas, religiones y condiciones hacen muy difícil definir qué es una familia ideal.[6] Esto explica el nacimiento de nuevas exigencias sociales y la necesidad de cambios jurídicos que respondan y atiendan a la complejidad de las familias modernas.

A modo de ejemplo, en Puerto Rico, más del 50% de la población de abuelos y abuelas son responsables de sus nietos y nietas menores de edad.[7] Esto significa que gran parte de los cuidadores y guardianes de los menores no son solamente los padres y las madres, sino que hay figuras externas al núcleo familiar que complementan el desarrollo físico, social y emocional de los menores. Ante este panorama, es necesario cuestionarse si nuestro ordenamiento provee un andamiaje jurídico adecuado para atender las posibles controversias que surjan en el contexto de estas nuevas familias.

En nuestra legislación, la figura de la familia extendida está atendida con el reconocimiento del derecho de visita a los abuelos y los tíos.[8] Al conferirle derecho a estas personas, la asamblea legislativa delimitó una relación familiar que, si bien no surge naturalmente, reconoce la existencia de relaciones afectivas que contribuyen al desarrollo físico, social y emocional de los menores.[9] Sin embargo, la legislación se limita a los abuelos y tíos; guarda silencio sobre aquellos parientes o allegados con quienes los menores de edad tengan una relación afectiva que resulte favorable para su desarrollo.

> En este artículo, se atenderá la controversia de si es posible reconocer jurídicamente el derecho de terceros a relacionarse familiarmente con menores de edad con los cuales sostengan una relación afectiva que beneficia al menor. El propósito no es añadir excepciones a la norma general que reserva el derecho de visita al padre y la madre, y a modo

---

los hijos, los abuelos, los nietos, hermanos, tíos, primos y sobrinos, ya sean adoptivos o afines, y estos vivan en una misma casa o en cercanía y por ello existe una relación familiar íntima. Para fines de Siglo 19, este era el modelo de la familia tradicional puertorriqueña, pues respondía a la visión propia del mundo agrícola. Sin embargo, con la invasión norteamericana se introdujo el concepto de la familia nuclear moderna, compuesta por un padre proveedor que comparte limitadamente su autoridad con la madre y sus hijos. Para el profesor Serrano Geyls la familia extendida ha ido desapareciendo, a excepción de áreas rurales y de alta pobreza, en las cuales la familia extendida se ve obligada a vivir bajo un mismo techo o en una cercanía considerable, de modo que les permita ayudarse unos a los otros. I SERRANO GEYLS, *supra* nota 1, en las págs. 2, 11, 15-16.

[6] *Id*.

[7] *Véase* Mildred Rivera Marrero, *Casi 50% de los abuelos son responsables de sus nietos menores de edad*, EL NUEVO DÍA (8 de abril de 2018), https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/casi50delosabuelossonresponsablesdesusnietosmenoresdeedad-2412947/ (última visita 17 de marzo de 2019).

[8] Exposición de motivos, Ley para enmendar el Artículo 152A del Código Civil de Puerto Rico, Ley Núm. 32-2012, 2012 LPR 707.

[9] *Id*.

> de excepción, a los tíos y a los abuelos. El objetivo es sugerir una norma genérica que sirva de guía para que, a la hora de enfrentarse a una situación en la cual un tercero, pariente o allegado solicite relacionarse con el menor de edad, se evalúe si debe protegerse o no el vínculo, tomando como punto de partida los criterios propuestos.

Sin embargo, no puede pasarse por alto el hecho de que las relaciones familiares, en particular los derechos que emanan de la patria potestad, están cobijadas por las disposiciones constitucionales del más alto rango.[10] Es por ello que en el esquema de este artículo se planteará, en primer lugar, el marco constitucional de la protección que tienen los derechos de los padres y madres sobre sus hijos e hijas menores de edad y el choque de este derecho con la limitación que supone reconocer jurídicamente la relación familiar de un tercero con un menor de edad. Luego, en la tercera parte del artículo, se discutirá el tratamiento que le han dado otras jurisdicciones, en particular España y Estados Unidos, a las relaciones jurídicas entre menores de edad y terceros dentro del contexto familiar. Ya sentada la base sobre la posibilidad de reconocer el derecho a relacionarse familiarmente con el tercero, se propondrán una serie de criterios para que sirvan de guía a la hora de atender controversias sobre este tema. Finalmente, en la quinta parte se concluirá el artículo con la recomendación de expandir la doctrina vigente con el apoyo de la política pública de salvaguardar el mejor bienestar del menor.

II. Aspecto constitucional

En primer lugar, es necesario colocar la controversia de este artículo dentro del contexto constitucional. Para esto, es obligatorio analizar los preceptos constitucionales de Puerto Rico y Estados Unidos que cobijan los derechos de los padres y las madres sobre sus hijos e hijas menores de edad.

A. Estados Unidos

Dentro de los derechos protegidos por las enmiendas I, V y XIV de la Constitución de Estados Unidos, se encuentran los derechos a la libertad e intimidad. Esta libertad no es meramente una libertad física, sino que también incluye el derecho de las personas a establecer un hogar y decidir sobre la crianza, cuidado y educación de sus hijos.[11] Se ha reconocido que estos derechos no pueden ser privados por acción estatal arbitraria y sin el debido proceso de ley.[12]

---

[10] CONST. EE. UU. enm. I, V, XIV; CONST. PR art. II §§ 1, 8.

[11] Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390, 399-400 (1923).

[12] *Id*.

El desarrollo de la protección de los intereses libertarios de los padres y madres se puede trazar desde la decisión de *Meyer v. Nebraska*, en la cual el Tribunal Supremo de Estados Unidos invalidó una ley estatal que le prohibía a una maestra enseñar en el idioma alemán a un menor de 10 años.[13] Se entendió que la actuación estatal era arbitraria e irrazonable, producto de la visión política de la época de homogeneizar la nación americana a raíz de los conflictos de la Primera Guerra Mundial.[14] El tribunal reconoció que existe un interés libertario de los padres a establecer un hogar, tener hijos y decidir sobre su educación y que el Estado no puede interferir con este poder.[15]

Más adelante, en *Pierce v. Society of Sisters*, se declaró inconstitucional una ley que ordenaba que todos los niños de entre 8 a 16 años asistieran a la escuela pública.[16] El Tribunal determinó que la ley interfería irrazonablemente con la libertad de los padres a escoger la educación y crianza de sus hijos.[17] En este caso, se estableció que los menores de edad no son meras criaturas del Estado, sino que son aquellas personas a cargo de su cuidado y crianza quienes tienen el derecho, y el deber, de criar e instruir al menor.[18] Por otro lado, en *Prince v. Massachusets*, se confirmó el derecho y la responsabilidad que tienen los padres de decidir respecto al cuidado y crianza de sus hijos frente al rol del Estado en su función de *parens patriae*.[19] Además, se le otorgó prioridad al derecho de los padres de cuidar y decidir sobre sus hijos menores, antes del interés que pueda tener el Estado.[20]

En *Prince v. Massachusets*, se reconoció que la institución de la familia no está exenta de ser regulada conforme a la política pública ni de imponerle limitaciones.[21] Esto es así ya que el Estado, al ejercer su poder de *parens patriae* para proteger los intereses de menores de edad, tiene la facultad de restringir las decisiones de los padres y madres. Podría obligarles, incluso, a que asistan a la escuela, así como prohibirles que los menores de edad trabajen.[22] También, se reconoció que el derecho de los padres no está exento de ser limitado por parte del Estado, siempre que el límite responda al interés apremiante de proteger el bienestar de los menores.[23]

En *Santosky v. Kramer*, se decidió que cuando se intenta afectar el interés libertario de los padres, protegido constitucionalmente, el debido proceso de ley

---

[13] *Meyer*, 262 U.S. en las págs. 399-401.
[14] *Id*. en la pág. 402.
[15] *Id*. en la pág. 401.
[16] Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925).
[17] *Id*. en la pág. 534.
[18] *Id*. en la pág. 535.
[19] Prince v. Massachusets, 321 U.S. 158, 166 (1944).
[20] *Id*.
[21] *Id*.
[22] *Id*.
[23] *Id*.

requiere que el estándar de prueba sea uno de prueba clara y convincente.[24] Se aclara, también, que el interés libertario no cede fácilmente, por ejemplo, por no ser un padre modelo o haber perdido temporeramente la custodia del menor, sino que el Estado tiene que indagar y evaluar la incapacidad o capacidad del padre o madre para criar a sus hijos.[25]

Al analizar el tratamiento que se le ha dado al derecho de los padres y madres, es posible identificar que están fuertemente protegidos por los citados preceptos constitucionales.[26] Intervenir con ellos requiere, por lo tanto, que no sea un asunto que se tome livianamente por parte del Estado.[27] En este sentido, la doctrina es clara en que la protección constitucional no supone la incapacidad del Estado de interferir con la autonomía familiar, ya que la puerta se abre para proteger los intereses de los menores de edad.[28] Es por ello que el Estado tiene la facultad de limitar, e incluso restringir, las decisiones de los padres y madres, si el tribunal determina que la actuación no adelanta el bienestar del menor.[29]

Para ilustrar lo antes expuesto, en *Troxel v. Granville*, una madre cuestionó la validez de una ley del estado de Washington, que le reconocía el derecho de visita a cualquier persona en cualquier momento y facultaba a los tribunales a otorgar este derecho si era en beneficio del bienestar del menor.[30] En este caso, el padre de las menores se suicidó y los abuelos paternos solicitaron el derecho de visita respecto a sus nietas. La madre no estuvo de acuerdo con los términos de las visitas que autorizó el tribunal.[31] La ley fue declarada inconstitucional, no porque permitía el derecho de visita a terceros, sino por la forma de su aplicación.[32] Se entendió que era un estatuto muy amplio, ya que le imponía el peso de la prueba a los padres que no permitían el derecho de visita.[33] En este caso, el tribunal invirtió el peso de la prueba y decidió que, en controversias similares, donde terceros soliciten el derecho de visita, la decisión de los padres se presumirá correcta y le corresponderá al tercero probar que los padres actúan erróneamente y que, además, su solicitud redunda en el mejor bienestar del menor.[34]

---

[24] Santosky v. Kramer, 455 U.S. 745, 753, 769-70 (1982).

[25] *Id.* en la pág. 760.

[26] Kendra Huard, *A Parent Is a Parent, No Matter How Small*, 18 WM. & MARY J. OF WOMEN & L. 425, 427 (2012).

[27] Donald C. Hubin, *Parental Rights and Due Process*, 1 J.L. FAM. STUD 123, 124 (1999).

[28] Huard, *supra* nota 26, en las págs. 427-28.

[29] Sara Simeonidis, *Casenote- HCA, Inc. v. Miller*, 6 QUINNIPIAC HEALTH L.J. 57, 68 (2003).

[30] Troxel v. Granville, 530 U.S. 57, 60 (2000).

[31] *Id*. en las págs. 60-61.

[32] *Id*. en las págs. 72-75.

[33] *Id*. en la pág. 69.

[34] *Id*. en las págs. 69-70. Esta doctrina fue interpretada por el Tribunal Supremo de Puerto Rico en *Rexach v. Ramírez*, 162 DPR 130 (2004).

De otro lado, el Tribunal Supremo de Estados Unidos tuvo la oportunidad de analizar el concepto de la familia en *Moore v. East Cleveland*.[35] En este caso, se declaró inconstitucional una ordenanza que limitaba la ocupación de las residencias a una sola familia.[36] La ley ofrecía una definición muy puntual y limitada del término familia; esto ocasionó que una abuela no pudiera vivir legalmente con su hijo y dos nietos bajo el mismo techo.[37] Se discutió que la libertad de tomar decisiones en la vida familiar es un interés libertario protegido por la Enmienda XIV y, aunque se reconoce que el Estado puede regular las relaciones familiares, siempre debe hacerlo a la luz de intereses apremiantes que justifiquen la intromisión.[38] El tribunal indicó que la Constitución protege la institución de la familia, porque esta institución está profundamente enraizada en la historia y en la tradición de la nación norteamericana, ya que por medio de ella es que se inculcan y se transmiten valores morales y culturales.[39] Este caso es de particular importancia, ya que se reconoció la inconstitucionalidad de una ley por afectar las relaciones de una persona con su familia extendida. Sobre esto, el tribunal estableció que:

> *Ours is by no means a tradition limited to respect for the bonds uniting the members of the nuclear family. The tradition of uncles, aunts, cousins, and especially grandparents sharing a household along with parents and children has roots equally venerable and equally deserving of constitutional recognition. Over the years millions of our citizens have grown up in just such an environment, and most, surely, have profited from it. Even if conditions of modern society have brought about a decline in extended family households, they have not erased the accumulated wisdom of civilization, gained over the centuries and honored throughout our history, that supports a larger conception of the family. Out of choice, necessity, or a sense of family responsibility, it has been common for close relatives to draw together and participate in the duties and the satisfactions of a common home. Decisions concerning child rearing, which Yoder, Meyer, Pierce and other cases have recognized as entitled to constitutional protection, long have been shared with grandparents or other relatives who occupy the same household - indeed who may take on major responsibility for the rearing of the children. Especially in times of adversity, such as the death of a spouse or*

---

[35] Moore v. East Cleveland, 431 U.S. 494 (1977).

[36] *Id.* en las págs. 499-506.

[37] *Id*.

[38] *Id*. en la pág. 499.

[39] *Id*. en la pág. 504.

> *economic need, the broader family has tended to come together for mutual sustenance and to maintain or rebuild a secure home life*.[40]

Lo antes expuesto demuestra la importancia que le ha reconocido el Tribunal Supremo de Estados Unidos a las relaciones familiares, especialmente las relaciones con familiares extendidos que involucran el cuidado y crianza de los menores de edad.

B. Puerto Rico

En cuanto a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de Puerto Rico, son particularmente relevantes las secciones 1 y 8 del art. II. En estos preceptos se recogen el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del ser humano, y a la protección contra ataques abusivos a la dignidad y a la honra.[41] Estas disposiciones operan por su propia fuerza y han sido extendidas para proteger las relaciones familiares.[42] De modo que, el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha sido claro en que la intromisión estatal en la vida familiar solo debe permitirse cuando existan intereses de salud, seguridad pública, derecho a la vida y a la felicidad del ser humano que se afectará.[43]

En este sentido, se ha reconocido que la patria potestad es un derecho fundamental de ambos padres, pues es el conjunto de facultades que jurídicamente se les reconoce a los padres y madres para que puedan velar por los intereses de sus hijos.[44] La patria potestad es el poder que poseen los padres y madres sobre sus hijos menores de edad que no están emancipados para criarlos, educarlos y alimentarlos.[45] A su vez, "está subordinad[o] siempre al ejercicio por las cortes del poder de *parens patriae* y el factor dominante en el ejercicio de tal poder es el bienestar de los hijos e hijas".[46] En *Pena v. Pena*, el Tribunal dictaminó que:

> [L]a decisión de privar a un padre o a una madre de la custodia y patria potestad de su hijo es una de las más delicadas y . . . la determinación de a quién le corresponde la custodia de un menor es una que . . . tiene como norte, exclusivamente, garantizar y proteger el mejor interés y bienestar de ese menor.[47]

---

[40] *Id*. en las págs. 504-05.

[41] CONST. PR art. II § 1, 8.

[42] García v. Acosta, 104 DPR 321, 324 (1975).

[43] *Id*.

[44] II RAÚL SERRANO GEYLS, DERECHO DE FAMILIA DE PUERTO RICO Y LEGISLACIÓN COMPARADA 1254 (2002).

[45] *Id*.

[46] Ex parte Torres Ojeda, 118 DPR 469, 480 (1987).

[47] Pena v. Pena, 164 DPR 949, 958 (2005).

Aunque el derecho de los padres y madres que ejercen la patria potestad sobre sus hijos e hijas menores de edad puede ser limitado por parte del Estado, un tribunal no puede actuar de forma liviana cuando se trata de relaciones familiares.[48] Se debe tomar en consideración la información más completa que se pueda obtener para tomar una decisión adecuada cuando el bienestar del menor está en juego.[49] Es por ello que intervenciones estatales a la vida familiar, como las causales para restringir la patria potestad,[50] el reconocimiento de legitimación a los abuelos y tíos a solicitar derecho de visita sobre los menores,[51] la *Ley de la Junta Asesora para la Protección y Fortalecimiento de la Familia*,[52] entre otros, han resultado en controversias que cuestionan el choque entre los intereses del Estado con los derechos constitucionales de los padres.[53]

En el caso de *Rexach v. Ramírez* se cuestionó la constitucionalidad del artículo del Código Civil de Puerto Rico que le reconoce legitimidad a los abuelos para que soliciten derechos de visita con los menores de edad.[54] En ese caso, el Tribunal Supremo interpretó la doctrina de *Troxel*[55] y cambió el peso de la prueba para que sean los terceros quienes tengan que demostrar que la posición de los padres es incorrecta y que el derecho de visita solicitado es en beneficio del mejor bienestar del menor.[56]

Para el Tribunal Supremo de Puerto Rico, "[d]eterminar cuál es el bienestar del menor no es tarea fácil ya que están envueltos factores emocionales, físicos e incluso especulativos, que en algunas ocasiones no pueden ser demostrados científicamente".[57] Para guiar estas controversias, en *Marrero v. García*, el Tribunal Supremo estableció los criterios que deben observarse para determinar el mejor bienestar del menor:

1. la preferencia del menor, su sexo, edad y salud mental y física;
2. el cariño que pueden brindarle las partes en controversia;
3. la habilidad de las partes para satisfacer las necesidades afectivas, morales y económicas del menor;

---

[48] Rexach v. Ramírez, 162 DPR 130, 147 (2004).

[49] *Id*.

[50] CÓD. CIV. PR art. 166, 31 LPRA § 634 a-c (2016).

[51] *Id*.; 31 LPRA §591a.

[52] Ley de la Junta Asesora para la Protección y Fortalecimiento de la Familia, Ley Núm. 85 de 12 de septiembre de 1990, 8 LPRA §701 (2003 & Supl. 2016).

[53] *Véase* Colón v. Colón, 126 DPR 337 (1990).

[54] *Rexach*, 162 DPR en la pág. 143.

[55] Troxel v. Granville, 120 S. Ct. 2054 (2000).

[56] *Rexach*, 162 DPR en la pág. 150.

[57] *Id*.

4. el grado de ajuste del menor al hogar, la escuela y la comunidad en que vive;
5. la interrelación del menor con las partes, sus hermanos y otros miembros de la familia; y
6. la salud psíquica de todas las partes.[58]

No obstante, estos no son los únicos criterios que actualmente se utilizan en nuestra jurisdicción para resolver asuntos que envuelven el mejor bienestar de los menores. Con el fin de lograr un análisis objetivo de los factores que afectan cada caso, los tribunales también se valen, por ejemplo, de los criterios que se esbozan en la *Ley para la Seguridad, Bienestar y Protección de Menores*.[59] Entendemos que esto responde a que el poder de *parens patriae* no debe ser ejercido en el vacío y debe estar:

> [F]undamentado en concepciones filosóficas sobre cuál es el bienestar óptimo de un menor en el abstracto. Al contrario, cada controversia debe mirarse en atención a las particularidades y hechos materiales que le rodean para determinar, conforme a los hechos, cuál es el mejor bienestar del menor. Particularmente, cuando el proceso de las relaciones paternofiliales usualmente se enmarca en una relación emocionalmente conflictiva entre los progenitores. Dentro de este contexto, debe mirarse con detalle el posible efecto de nuestras determinaciones en la cotidianidad de los menores.[60]

Es preciso señalar que, en Puerto rico, también, se reconoce a importancia del rol que ocupa la familia extendida y su impacto en el desarrollo de los menores de edad. En *Rexach v. Ramírez*, la mayoría de nuestro más alto foro judicial hizo referencia a un caso del Tribunal Supremo de Estados Unidos: *Smith v. Organization of Foster Families*.[61] Al mencionar dicho caso, nuestro Tribunal reconoció que el "parentesco por consanguinidad no es el único factor para determinar la existencia de una familia [ya que], dentro del concepto 'familia' están comprendidos aquellos lazos emocionales que surgen de la relación cotidiana y que ejercen un rol determinante en el desarrollo y educación de los menores".[62]

---

[58] Marrero v. García, 105 DPR 90, 105 (1976).

[59] Ley para la Seguridad, Bienestar y Protección de Menores, Ley Núm. 246-2011, 8 LPRA §§ 1101(x) (2018). *Véase* Serrano v. Quiñones, KLCE201201682, 2013 PR App. LEXIS 4199, en la pág. *9 (TA PR 31 de mayo de 2013).

[60] Machargo v. Martínez, 188 DPR 404, 418 (2013) (Rodríguez Rodríguez, opinión disidente).

[61] *Rexach*, 162 DPR en la pág. 146.

[62] *Id*. (citando a Smith v. Organization of Foster Families, 431 U.S. 816, 843-44 (1977)).

Con dicha nota, se reconoce que el concepto *familia* no se limita a padres, madres, abuelos, abuelas, tíos y tías con lazos consanguíneos. Es un concepto más amplio, en el cual pueden estar incluidas personas externas o terceros cuya relación tenga un impacto en el desarrollo de los menores. Es el reconocimiento de esta figura del *tercero* dentro de la familia lo que interesa este artículo desarrollar. Se busca abordar si es viable reconocer y proteger aquellas relaciones entre menores de edad y terceros que se relacionan con ellos durante el transcurso de su vida, siempre que dentro de esta relación se pruebe que existen lazos emocionales que redundan en el mejor desarrollo y bienestar de los menores.

III. Desarrollo de la doctrina de las relaciones familiares entre menores y terceros

Sobre la figura de familia extendida, el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha reconocido que es importante considerar el afecto, cuidado y beneficios generales que puede aportar la familia extendida al desarrollo de un menor.[63] No obstante, es preciso aclarar que la asamblea legislativa solamente ha atendido el caso de los tíos y abuelos que desean relacionarse con un menor, mas no así a otras figuras que desean mantener alguna relación familiar con los menores.[64] Esto así, aunque actualmente en algunos estados de Estados Unidos y otros países, como España, se reconoce la importancia de personas que no necesariamente comparten un vínculo sanguíneo o por afinidad con los menores de edad, pero cuya relación resulta beneficiosa para el desarrollo del menor. Además de esto, teorías psicológicas como el *attachment theory* han validado la existencia de vínculos emocionales que resultan beneficiosos para el desarrollo de los menores de edad y que provienen de relaciones de éstos con personas que no son necesariamente su padre o madre.[65]

A. Puerto Rico

Tal y como se mencionó anteriormente, en Puerto Rico, la figura del tercero solamente ha sido atendida en cuanto a los abuelos y tíos. En el año 1997, con la aprobación de la Ley Núm. 182 de 22 de diciembre de 1997,[66] se legitimó a los abuelos a reclamar derecho a visitar a sus nietos. En el 2012, se enmendó dicha ley para permitirle a los tíos solicitar el derecho de visita.[67] Luego de dicha enmienda,

---

[63] Maldonado v. Burris, 154 DPR 161, 166-67 (2001).

[64] CÓD. CIV. PR art. 152, 31 LPRA § 591ca (2016).

[65] "*Attachment parenting is a deep and enduring emotional bond that connects one person to another across time and space"*. Saul McLeod, *Attachment Theory,* SIMPLY PSYCHOLOGY (5 de febrero de 2017), https://www.simplypsychology.org/attachment.html.

[66] Enmienda la ley del Código Civil de Puerto Rico, Ley Núm. 182-1997, 31 LPRA § 591 (a) (2016).

[67] Enmienda la ley del Código Civil de Puerto Rico, Ley Núm. 32-2012, 31 LPRA § 591 (a) (2016).

la figura del tercero no ha tenido ningún otro desarrollo ni expansión jurídica en Puerto Rico.

En el año 2007, se llevó a cabo un proyecto legislativo para la revisión al Código Civil puertorriqueño y, entre las propuestas del borrador de esta reforma, se incluyó el reconocimiento jurídico del derecho de visita de *terceras personas*.[68] Entendemos que esto responde a que, en miras de salvaguardar el bienestar de los menores, los tribunales han comenzado a reconocer que "no siempre se le da preferencia al vínculo biológico que se tenga con el menor. . .".[69]

Cabe destacar que en el Memorial Explicativo de dicho borrador se discutió la figura de la *paternidad psicológica* como aquella "relación prolongada entre el niño y un tercero, caracterizada por la interacción mutua que comprende amor, confianza, afecto y seguridad . . .".[70] Además, existen algunas instancias en las que, en nuestro ordenamiento jurídico, se ha hecho referencia a la figura de la paternidad psicológica.[71]

En el mencionado proyecto legislativo del 2007 se propuso adoptar un artículo que establecía lo siguiente:

> Derecho de visita de terceras personas.
>
> Si el hijo ha estado bajo el cuidado temporal de otras personas, por causa de la ausencia voluntaria o involuntaria del progenitor o por cualquiera de las causas que autoriza . . . este código, el tribunal podrá permitir que el hijo continúe relacionándose con ellas, siempre que él lo desee y sea beneficioso para su estabilidad y felicidad.
>
> El progenitor y el hijo podrán participar en la planificación del tiempo, el lugar y el modo las relaciones autorizadas en este artículo y el que antecede.[72]

La revisión al Código del 2007 no se concertó. Actualmente, el proyecto de la Reforma del Código Civil de Puerto Rico, que está bajo estudio para su revisión y aprobación, no incluye en su totalidad el mencionado artículo. Sin embargo, en

---

[68] Memorial explicativo sobre el P. de la C. 1654, COM. CONJ. PER. PARA LA REV. Y REFORMA DEL CÓD. CIV. DE PR, 11 de enero de 2007, 3ra. Ses. Ord., 18va. Asam. Leg., en la pág. 559 (*disponible en* http://www.oslpr.org/v2/PDFS/Borrador%20Codigo%20Civil%20Updated/2-%20Libro%20Segundo%20-%20Las%20instituciones%20Familiares/Memoria%20Explicativo%20(dividido%20por%20tomos)/03LIBR~2.pdfpdf).

[69] Toro v. Torres, KLAN0700571, 2008 PR App. LEXIS 118, en la pág. *13 (TA PR 30 de enero de 2008). *Véase, también*, Centeno v. Ortiz, 105 DPR 523, 526-27 (1977).

[70] *Id*.

[71] *Véase* Marrero v. García, 105 DPR 90, 106 (1976); Centeno v. Ortiz, 105 DPR 523, 527 (1977); Rosell v. Martínez, 101 DPR 329, 349 (1973) (Cadilla Ginorio, opinión disidente).

[72] Memorial explicativo sobre el P. de la C. 1654*, supra,* nota 68, en la pág. 559.

la nueva propuesta se añadió un artículo que le reconoce el derecho de visita *a otros parientes*, aunque deja fuera la designación del *tercero*. Este nuevo artículo establece lo siguiente:

> Corresponde a los progenitores que ejercen la patria potestad decidir con qué personas dentro o fuera del núcleo familiar se relaciona su hijo. Por ser un derecho fundamental, la determinación de los progenitores a estos efectos gozará de una presunción de corrección.
>
> El tribunal solo podría infringir ese derecho cuando existan intereses apremiantes mediante una prueba robusta, clara y convincente.
>
> En caso de que el tribunal adjudique el derecho de visita los padres determinarán la planificación del tiempo, el lugar y el modo de las relaciones autorizadas.
>
> Entre otras cosas, el tribunal deberá tomar en consideración a la hora de determinar el derecho de visita si esas relaciones familiares son importantes para el desarrollo integral del niño, y si la persona ha estado bajo el cuidado temporal de otras personas.[73]

Según se discutió en el Memorial Explicativo del Borrador del año 2007, se ha reconocido que la "relación prolongada entre el niño y un tercero, caracterizada por la interacción mutua que comprende amor, confianza, afecto, y seguridad [se] llama paternidad psicológica [y] esta dinámica se considera esencial para el desarrollo feliz del niño".[74] Esto demuestra que, en efecto, nuestro sistema normativo reconoce la existencia de otras relaciones familiares que redundan en beneficio para el menor y que estas merecen ser reconocidas y protegidas jurídicamente.

A modo de ejemplo, desde el 1970, se ha mantenido vigente el caso de *Irizarry v. Irizarry*.[75] En este caso, el Tribunal Supremo confirmó una decisión del tribunal inferior, que le concedió la custodia de una menor de edad al padrastro de esta, tras la muerte de la madre de la menor, en vez de concederle la custodia a los abuelos paternos.[76] El tribunal se fundamentó en que el padrastro le proveía el mejor bienestar a la menor y que la felicidad y seguridad de la menor estaba mejor garantizada si la niña continuaba viviendo con su padrastro.[77]

Ahora bien, aunque se desconocen las razones por las cuales se limitó el propuesto artículo del año 2007 en la revisión del código actual, es posible identificar que sí existe una intención de expandir el derecho de visita a otros parientes. El

---

[73] P. de la C. 1654 de 18 de junio 2018 3ra. Ses. Ord., 18va. Asam. Leg., en el art. 697.

[74] Memorial explicativo sobre el P. de la C. 1654*, supra* nota 68, en la pág. 559.

[75] Irizarry v. Irizarry, 98 DPR 671 (1970).

[76] *Id.*

[77] *Id*. en la pág. 673.

código vigente limita taxativamente este derecho a los padres, madres, abuelos, abuelas, tíos y tías. Sin embargo, el hecho de que se incluya en el nuevo artículo un lenguaje más amplio que el actual, implica lo que hemos hablado: que figuras que no necesariamente son parte del núcleo familiar tradicional puedan tener legitimidad para solicitar relacionarse con menores de edad.

La interrogante que esto plantea es: ¿qué criterios deben ser utilizados al momento de determinar quienes pueden solicitar el derecho de visita? Para abordar esto, en la siguiente parte se estudiará la figura en controversia y su desarrollo en otras jurisdicciones.

B. Estados Unidos

Existe una vertiente científica que asevera que los menores pueden establecer relaciones con terceros y que estas relaciones juegan un papel fundamental en su crianza.[78] A esta doctrina se le conoce como el *attachment theory* o como *atttachment doctrine*. En ella se afirma que no necesariamente se requiere un vínculo sanguíneo para que se pueda crear una relación de crianza entre un menor y una persona que no sea su padre o su madre.[79] Además, esta doctrina plantea que:

> *A young child's experience of separation from, or loss of, an attachment figure is prone to evoke crucial emotional processes, and psychological scarring is often formed, which leads to severe dysfunction in later life. Severing the attachment relationship may be as traumatic psychologically as being severely wounded or burned is physiologically.*
>
> *Disrupting an attachment relationship is not to be confused with the aftermath of parental abandonment. Although both certainly affect a child's development, disrupting attachment with a caretaker and parental abandonment — such as extreme neglect or abuse — are considered two separate traumas with both leaving some type of life-altering effect on the child. Even though the extent of damage varies with the individual child after a trauma, experts know that the damage related to the first trauma — parental abandonment — will only be compounded by any subsequent trauma, such as severing a healthy attachment relation- ship with a caregiver. In fact, nonparents often step in because of a biological parent's abandonment, and thus some child psychology experts strongly recommend that a child needs their adult caregiver to help combat preexisting and future issues related to a parent's abandonment.*

---

[78] Rachel Roberson, *Nonparent Visitation: Science says it's in the Childs best interest*, 54 TENN. B.J. 22, 23-24 (2018).

[79] *Id*. en la pág. 22.

> *Longitudinal studies correlating insecure or unhealthy attachments to various hardships later in life, such as unhealthy intimate relationships, anxiety and depression, classroom misbehavior as well as vulnerability to future criminal behavior, addiction, unemployment and mental illness.*[80]

En estados como California, Luisiana, New Jersey, Pennsylvania, entre otros, se han adoptado normas que se alinean con la mencionada doctrina científica y se han movido a reconocer las relaciones jurídicas entre menores y terceros.[81] Al igual que en Puerto Rico, esta doctrina debe darse en el contexto de que, para que un tercero o allegado pueda solicitar el derecho de visita, es necesario que ocurra algún quebrantamiento dentro del núcleo familiar, como lo es el divorcio o la muerte de algún progenitor.[82]

Estados, como Washington, han expandido el derecho de visita a terceros basándose en el principio del mejor bienestar de los menores para permitir o denegar los derechos de visita.[83] A modo ilustrativo, y en lo pertinente a este tema, la ley del estado de Washington le otorga legitimidad para solicitar derecho de visita sobre un menor a una persona que haya establecido:

> *[A]n ongoing and substantial relationship with a child if the person and the child have had a relationship formed and sustained through interaction, companionship, and mutuality of interest and affection, without expectation of financial compensation, with substantial continuity for at least two years unless the child is under the age of two years, in which case there must be substantial continuity for at least half of the child's life, and with a shared expectation of and desire for an ongoing relationship*. [84]

El estado de Luisiana, por otro lado, ha atendido el tema de las relaciones de terceros con los menores de edad en su Código Civil, al reconocerle legitimidad a miembros de la familia para solicitar derechos de visita.[85] En particular, el artículo 136 establece los criterios que le otorgan legitimidad a abuelos, abuelas, abuelastros, abuelastras, padrastros, madrastras y familiares de sangre o afinidad que deseen entablar relaciones de visita bajo un estándar de razonabilidad.[86] El artículo incluye los siguientes criterios a considerar al momento de determinar si es en el mejor bienestar del menor:

---

[80] *Id*. en la pág. 23.

[81] *Id*. en las págs. 23-24.

[82] Elizabeth Weiss, *Nonparent Visitation Rights v. Family Autonomy: An Abridgment of Parents Constitutional Rights*, 10 SETON HALL CONST. L.J. 1085, 1097 (2000).

[83] WA. REV. CODE ANN. § 26.11.020 (LexisNexis 2019).

[84] *Id*.

1. la duración y calidad de la relación del menor con la persona;
2. si el menor necesita guía, respaldo o tutela que pueda ser provista por la persona;
3. la preferencia del menor y si se entiende que el menor tiene la madurez suficiente para expresar su preferencia;
4. la disposición de la persona en promover la relación entre el menor y sus padres;
5. el estado mental del menor y de esta persona.[87]

Asimismo, el estado de Maryland posee legislación similar que contiene criterios en los cuales se reconocen las relaciones jurídicas a terceros bajo determinadas circunstancias excepcionales.[88]

Si nuestro interés es desarrollar y expandir la doctrina vigente en Puerto Rico, es necesario analizar la forma en que se ha trabajado en otras jurisdicciones la figura del tercero y la forma en que han implementado sus requisitos en la legislación. Estos desarrollos deben ser vistos como guías a nuestra jurisdicción. Entendemos que, partir de la experiencia de estos estados, es posible nutrir el derecho puertorriqueño, siempre que este sea adaptado a las realidades de las familias puertorriqueñas.

Incorporar estos criterios desarrollados en la jurisdicción norteamericana, como, por ejemplo, la duración y la calidad de la relación, el posible daño que pueda sufrir el menor si se permite o no el derecho de visita con el tercero y la preferencia y edad del menor se ajustan a la realidad de la familia puertorriqueña de hoy día. Además, es preciso que se reconozca que estudios científicos, como el antes citado, validan la posibilidad de que las relaciones con terceros tengan el poder de crear lazos emocionales con los menores de edad que resultan en experiencias positivas y saludables.

C. España

El derecho de visita en España está recogido en el artículo 160 del Código Civil.[89] En este artículo, se reconoce el derecho que poseen los menores a relacionarse con sus padres, madres, abuelos y abuelas, pero también lo expande a otros parientes y allegados.[90] Establece lo siguiente:

---

[85] William Bradley Kline, *Non-Parent Visitation in Louisiana: A Post-Troxel View of Article 136*, 69 LA. LAW REV. 471, 472 (2009).

[86] LA. CIV. CODE ANN. art. 136 (b) (2016).

[87] *Id*.

[88] MD CODE, FAM LAW, art. § 9-102.

[89] CÓD. CIV. ESPAÑOL Art. 160 (2016).

[90] *Id*.

> No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.
>
> En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.[91]

Juristas españoles reconocen lo cambiante que es la institución de la familia y cómo se exige que las disposiciones legales se ajusten a ellas.[92] Tanto es así que, en la propia exposición de motivos del artículo 39 del Código Español, se destaca que, "a partir del interés del menor, el legislador no puede olvidar que el ámbito familiar no se circunscribe únicamente a las relaciones paternofiliales que, aunque prioritarias, no pueden aislarse del resto de relaciones familiares".[93] Así mismo, se ha planteado que esas "relaciones de los menores con . . . parientes y allegados, contempla de un modo amplio a todo sujeto que pueda tener [vínculo] con el menor, . . . [pues] la referencia al allegado supone incluir a otros sujetos con los que el menor pueda tener algún contacto relevante".[94]

Se ha discutido, además, que no necesariamente debe reconocerse la figura del tercero por título, sino más bien por las circunstancias particulares que hace que sea tan importante que requieran que se continúe la relación con el menor.[95] Como criterios para determinar si esta relación debe protegerse se han identificado las siguientes: (1) los antecedentes que ha tenido con el menor; (2) el interés del menor; (3) el impacto de la relación; y (4) el impacto de la denegación de continuar con la relación.[96]

El Tribunal Supremo de España, en la sala de lo civil, ha atendido controversias que han involucrado el reconocimiento de relaciones de terceros y ha validado las relaciones personales entre los allegados, independientemente de si existen lazos biológicos o jurídicos. En un caso en el que se evaluaba una relación entre un menor de edad y la compañera de su madre biológica, el Tribunal Supremo expresó que el menor tiene un derecho efectivo de "relacionarse con aquellas personas con las que le une una relación afectiva y por ello debe entenderse aplicable [el artículo 160],

---

[91] *Id*.

[92] Silvia Tamato Haya, El estatuto jurídico de los padrastros. Nuevas perspectivas jurídicas 17-34 (2009).

[93] *Id*. en la pág. 189.

[94] *Id*.

[95] Francisco Rivero Hernández, el derecho de visita 114-40 (1997).

[96] *Id*. en la pág. 129.

que establece que no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados".[97] El tribunal también expresó que "el interés del menor obliga a los tribunales a decidir que el niño tiene derecho a relacionarse con los miembros de su familia, con independencia de que entre ellos existan o no lazos sanguíneos".[98]

Más recientemente, se decidió un caso en el cual a un hombre se le impugnó la paternidad de una menor sobre la cual se entendía que era y actuaba como padre biológico.[99] Al declararse la verdadera paternidad, la madre solicitó que se detuvieran las relaciones entre la menor y el padre impugnado. Amparado en el artículo 160, el Tribunal Supremo español protegió el vínculo y reconoció que la:

> [F]alta de filiación biológica no puede impedir o ser un obstáculo para poder seguir manteniendo una amplia relación y contacto, dado a que esa relación forma parte o se integra, sin duda alguna, en el concepto de persona allegada, según la terminología del artículo 160, pues . . . de acuerdo con la definición del diccionario de la RAE, allegado, dicho de una persona: cercana o próxima a otra en parentesco, amistad, trato o confianza.[100]

Sin duda, el derecho español influye grandemente en nuestro derecho, particularmente en el área de derecho civil puertorriqueño. Al analizar el desarrollo que ha tenido la figura del tercero en la jurisdicción española, es posible identificar que esta ha sido expandida y se ha alejado de otorgar un título particular al tercero. Se ha acercado más a evaluar el tipo de relación que pueda tener la persona con el menor de edad. Por lo tanto, sus tribunales analizan más allá del vínculo biológico o jurídico: la relación afectiva del menor con el tercero.

Esta realidad no es tan ajena a nuestro ordenamiento, ya que, inclusive, en la propuesta de nuestro Código Civil del 2007, se notaba el interés de expandir la doctrina al incluir textualmente la figura del *tercero* y dejar a un lado la lista taxativa de las personas con legitimidad. Los criterios propuestos por España y la forma en que los mismos se han aplicado en sus tribunales revelan que no es necesario limitar la figura del tercero con legitimidad a un título en sí, sino más bien se pueden analizar las circunstancias que rodean su relación con el menor. Entendemos que este enfoque redunda en el bienestar de los menores y es la visión que debería acogerse en nuestro ordenamiento jurídico.

---

[97] S.T.S., 12 de mayo de 2011 (J.T.S., No.1334/2008) (España).

[98] *Id*.

[99] S.T.S., 1 de marzo de 2019 (J.T.S., No. 1669/2018) (España).

[100] *Id*.

IV. Propuesta de los criterios generales para el reconocimiento de la categoría jurídica

A. Política pública para el bienestar y seguridad de menores

Como ya hemos discutido, se reconoce que el derecho de la patria potestad ocupa una posición de máxima jerarquía; el Estado está autorizado a intervenir, siempre que se justifique con un interés apremiante y en aras de proteger el mejor bienestar de los menores. Un ejemplo del choque entre los derechos de los padres y el interés apremiante del Estado es la legislación cuya política pública es la protección de los menores de edad.[101]

El mejor bienestar de los menores es el principio rector en estos casos y el Tribunal Supremo ha identificado los criterios que deben observarse para determinarlo: (1) la preferencia del menor, su sexo, edad y salud mental y física; (2) el cariño que puede brindársele por las partes en controversia; (3) la habilidad de las partes para satisfacer debidamente las necesidades afectivas, morales y económicas del menor; (4) el grado de ajuste del menor al hogar, la escuela y la comunidad en que vive; (5) la interrelación del menor con las partes, sus hermanos y otros miembros de la familia; (6) y la salud psíquica de todas las partes. [102]

De otro lado, en el año 1998, se aprobó en Puerto Rico la *Carta de los Derechos de los Niños*. [103] Esto fue en reconocimiento de la importancia de la institución de la familia y de la responsabilidad que esta tiene, como institución básica de nuestra sociedad, de salvaguardar el pleno desarrollo de los niños. La ley reconoce que "el compromiso de la familia, la comunidad y el Estado resultará en la formación de un niño sano, más balanceado emocionalmente, y mejor preparado para constituirse, no solo en un ciudadano productivo, sino en uno activamente comprometido con el mejoramiento personal y colectivo".[104]

En la *Carta de los Derechos de los Niños* se enumeró una serie de derechos que ostentan todos los niños y niñas de Puerto Rico.[105] De particular relevancia para este artículo, se reconoció el derecho que tienen los niños y niñas a continuar relacionándose con miembros de su familia siempre que la relación redunde en su mejor interés. La ley establece que el niño o la niña, "[e]xcepto cuando sea adoptado por personas ajenas [tiene derecho a] continuar relacionándose con

---

[101] *Véase*, *por ejemplo*, Ley para la Seguridad, Bienestar y Protección de Menores, Ley Núm. 246-2011, 8 LPRA §§ 1101-1206 (2018).

[102] Marrero v. García, 105 DPR 90, 105 (1976).

[103] Carta de los Derechos del Niño, Ley Núm. 338-1998, según enmendada, 1 LPRA § 412 (2011).

[104] Exposición de motivos, Ley para adoptar la Carta de los Derechos del Niño, Ley Núm. 338 de 31 de diciembre de 1998, 1998 LPR 1519.

[105] *Id*.

aquellos miembros de la familia que tienen significación para él o ella—cuando la separación ocurra por muerte de uno de los progenitores o por divorcio—siempre que la relación sea en su mejor interés".[106]

B. Criterios propuestos

Con el análisis de la doctrina previamente estudiada, es posible entender el lento desarrollo que ha tenido el reconocimiento del derecho que pudiera tener un padrastro, madrastra, hermano, hermana, u otra persona allegada a un menor de edad con el que ha desarrollado una relación familiar que resulte beneficiosa para su desarrollo. Esto es así, dado a que se enfrentan los derechos de los padres y madres que ocupan un nivel de máxima jerarquía constitucional y, por otro lado, el derecho reconocido a terceras personas, que, como hemos visto, es de origen estatutario.

Sin embargo, esto no debe ser un obstáculo para reconocer las necesidades de la familia puertorriqueña actual. Por ende, se deben proponer cambios para que el mejor bienestar de los menores de edad quede realmente salvaguardado. El Estado posee el poder de regular las relaciones familiares, aunque esto no significa que pueda hacerlo livianamente.

Recordemos que las actuaciones de los padres y madres con patria potestad se presumen correctas y en beneficio del bienestar de los menores. No obstante, podría justificarse la intervención del Estado, siempre que existan factores como abuso, negligencia, enfermedad mental, abandono, muerte o divorcios. Derrotada la presunción, por parte del tercero, de que el padre o la madre actúa en beneficio del bienestar del menor, se propone que los tribunales analicen la figura del tercero. Esto debe ser, no solamente en el contexto de los padrastros y madrastras, por ejemplo, sino que debe utilizarse la propuesta española de no otorgarle tanto peso al título del tercero, y sí al tipo de relación que posee el menor con este.

Para ello, es necesario introducir unos criterios que puedan ser aplicados de forma genérica, sin necesidad de que la persona que solicite el remedio cuente con un título en específico en relación con el menor. Se propone que esta persona comparezca al tribunal e ilustre al foro para que este evalúe el tipo de relación que se posee con el menor. De ahí, que se determine si, en efecto, la relación merece reconocimiento y protección jurídica. Los tribunales podrán utilizar los siguientes criterios y de esta forma determinar si la persona que solicita el remedio merece que se le proteja su relación con el menor:

1. El interés del tercero en relacionarse con el menor. El tercero deberá acreditar y fundamentar las razones por las cuales solicita las relaciones familiares con el menor.

---

[106] *Id*. § 412(10).

2. El interés del padre o madre custodio. Deberá acreditarse la posición del padre o madre y las razones para estar de acuerdo o en desacuerdo con la relación. Además, es necesario evaluar la existencia o no de historial de violencia doméstica o algún indicador de ella.
3. El interés y deseo del menor. Se debe indagar sobre el interés y deseo del menor en mantener o no la relación familiar con el tercero, tomando en consideración su edad y capacidad para entender la situación. Además, es necesario evaluar la existencia o no de historial de violencia doméstica o algún indicador de ella.
4. La importancia de la relación para el desarrollo del menor. Mediante la intervención de peritos será necesario realizar una evaluación y recomendación general de permitir o no la relación.
5. El impacto de prohibir la relación. Mediante la intervención de peritos será necesario realizar una evaluación que refleje el impacto positivo o negativo de no validar la relación.
6. La edad del menor. Esta deberá ser tomada en consideración para determinar el deseo e interés del menor, así como el impacto de permitir o no el desarrollo de la relación. [107]
7. El tipo de relación previa. Deberá indagarse sobre el tipo de relación que existía, si alguna, entre el tercero y el menor.
8. El tiempo de la relación previa. Se deberá indagar sobre el tiempo en el que se desarrolló la relación previa entre el menor y el tercero.
9. La salud mental y física del padre, madre o custodio(a), del tercero y del menor.
10. Evaluación pericial de todos los beneficios de mantener o no la relación.

Es importante recalcar que será el tercero quien tendrá el peso de la prueba de establecer la incorrección de la actuación de los padres por denegar o permitir relacionarse con el menor. De esta forma, no se violenta la autonomía que los padres y madres tienen con respecto a las decisiones sobre sus hijos menores de edad.

Nos convence la idea de que, al aplicar estos criterios, se fomentará a que aquellas personas que interesen solicitar los derechos de visita le prueben al tribunal que cumplen con los requisitos. Esto será sin la necesidad de que su título de padrastro, madrastra, hermano, allegado, etc., haya sido previamente reconocido como excepción. Será entonces que el tribunal, basándose en los criterios propuestos,

---

[107] A estos efectos, es recomendable nutrir y expandir el mencionado criterio con la doctrina del menor maduro, la cual se fundamenta en que algunos menores de edad son sujetos activos y capaces de modificar su propio medio personal y social, así como participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades. Para recuento sobre esta doctrina y su aplicación en Puerto Rico, veáse Zahira Díaz Vázquez, *Sumario: El menor maduro en el Siglo XXI 136*, 76 REV. JUR. UPR 1071 (2004).

decidirá si la relación que posee el tercero con el menor merece ser protegida debido a que redunda en el mejor bienestar del menor. Esto así, sin la necesidad de cerrar la puerta de entrada porque no sean padres, madres, abuelos, abuelas, tías o tíos.

V. Conclusión

Supongamos que una familia está compuesta por Mamá, Papá y Ana (12 años). Además, Papá tiene otra hija, María (17 años) de un matrimonio anterior y sobre la cual tiene custodia compartida. Las hermanas tienen una excelente relación y comparten todos los fines de semana. Sin embargo, Papá muere y Mamá no quiere que Ana continúe compartiendo con María, porque no tiene buena relación con su mamá. Bajo el ordenamiento jurídico vigente, la hermana mayor no está legitimada para solicitarle al tribunal derecho de visita respecto a su hermana menor. Aunque estas posean un vínculo afectivo extremadamente fuerte y beneficioso para el desarrollo de ambas, no tiene derecho de visita. La ley solamente faculta a los padres, abuelos y tíos, y María no cae dentro de ninguna de estas categorías. María es una tercera. La preservación de la relación entre las hermanas estará sujeta a un proceso judicial que no cuenta con un andamiaje jurídico adecuado para atender este tipo de controversias.

Ante este panorama, debemos cuestionarnos si es necesario que, en vez de preguntar qué vínculo tiene el tercero con el menor, se evalúe el tipo de relación afectiva que tienen y de qué forma beneficia al menor el hecho de que se proteja la relación. De esta forma, se protegen aquellos vínculos afectivos de menores con terceros que no caben dentro del texto de la ley actual, pero sí generan un gran beneficio y bienestar para el menor.

Para este ejemplo, se utilizó la hermana, que sin duda es una figura familiar muy destacada e importante dentro de la familia puertorriqueña. Sin embargo, el propósito de este artículo no es identificar los vínculos afectivos taxativamente para legitimarlos. Esto es así, porque reconocemos que las relaciones personales son variadas y complejas y cada caso debe evaluarse tomando en consideración sus particularidades. Por esta razón, se ha propuesto que los casos se evalúen a la luz de los mencionados criterios, de forma que el juzgador pueda identificar si la relación entre el tercero y el menor merece protección.

Es importante reiterar que el principio rector es el mejor interés del menor involucrado en la controversia. El Estado no está facultado para intervenir dentro de las relaciones familiares cobijadas por el derecho de intimidad, a menos que exista un interés apremiante, como lo es el mejor bienestar de los menores de edad. Para esto, y por analogía, se propone que el tercero tenga el peso de la prueba y sea quien demuestre que (1) la relación es importante para el desarrollo del menor y (2) que los padres actúan erróneamente por el impacto que tendrá el prohibir la relación con

el menor. La razón de esto es proteger la autonomía de los padres y madres a tomar decisiones sobre sus hijos menores de edad.

La institución de la familia es una que está sujeta a los cambios sociales. Por ello, es preciso reconocer que existe la necesidad de que las normas jurídicas se ajusten a nuevos panoramas familiares. No hay necesidad de limitarse a figuras concretas, sino más bien debe tomarse en consideración criterios que verdaderamente redunden en el bienestar de los menores. De esta forma, al integrar a su núcleo otras figuras no tradicionales, la nueva familia puertorriqueña tendrá protegidas aquellas relaciones que benefician a los menores de edad, conforme a la política pública de proteger el bienestar de la niñez.

La información discutida, en particular, la normativa española, estadounidense y su interpretación, demuestra que existe un vacío, tanto legislativo como jurisprudencial, en cuanto a la figura del tercero en nuestro ordenamiento jurídico. Esto es una muestra de que, en efecto, existe una necesidad de que el tema sea discutido en nuestro país, ya que es una realidad social que las familias no solamente están compuestas de las figuras tradicionales. Continuar abordando este tema fomentará a que se discutan más criterios y argumentos fundamentados tanto en normas jurídicas extranjeras, como experiencias y teorías científicas utilizadas en otros países.

EL ESCLAVO DEL ESTADO EN EL SIGLO XXI: LOS INTERESES LIBERTARIOS DE LA POBLACIÓN CORRECCIONAL Y EL DEBIDO PROCESO DE LEY

*Derdlim Rodríguez Malavé**

Resumen

Este artículo analiza la metodología adjudicativa del *entitlement* en el contexto carcelario y expone su tensión con el ordenamiento jurídico de Puerto Rico. Las condiciones de vida de las personas encarceladas dependen completamente del estado. El *entitlement*, en el contexto carcelario, promueve que las probabilidades de éxito bajo un reclamo de violación al debido proceso de ley también dependan completamente del estado. Como resultado, la metodología adjudicativa del *entitlement* convierte a la persona encarcelada en un esclavo del estado. Específicamente, porque dicha metodología subordina la existencia o inexistencia de sus intereses libertarios al lenguaje utilizado por el legislador en las leyes o reglamentos. Ello reduce y entorpece la protección que le brinda su derecho a un debido proceso de ley. La razón de su tensión con nuestro ordenamiento jurídico estriba en una aplicación errónea de dicha metodología. Primero, porque el *entitlement* es utilizado para identificar intereses propietarios. Segundo, porque, aunque parece tentador comparar la búsqueda de un interés libertario con la existencia o inexistencia de un interés propietario, esto no es lo correcto. La protección de un interés propietario tiene como objetivo propender a la seguridad jurídica de esos intereses que la ley local creó. En contraste, la protección de un interés libertario tiene como objetivo evitar la restricción en el ejercicio de esos intereses. Es, precisamente, esa ausencia de restricción lo que llamamos *libertad*. ¿No debe ser la Constitución, como ley suprema, la fuente del *entitlement* en el contexto carcelario? En la alternativa, el artículo recomienda que se les reconozca una fuerza independiente a los intereses libertarios en el contexto carcelario y se utilice una metodología adjudicativa de impacto gravoso.

* Estudiante de tercer año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

Abstract

This article analyzes the entitlement approach in the prison context and exposes its contradictions with the legal system and constitutional framework in Puerto Rico. The living conditions of prisoners depend completely on the state. The entitlement approach in the prison context makes the probabilities of success of a prisoner's claim, regarding the violation of due process, completely dependent on the state. As a result, the entitlement turns the prisoners into the slaves of modern state. Specifically, because said methodology subordinates the existence or non-existence of its liberty interests to the language used by the legislators in laws or regulations. This reduces and hinders the protection provided by their right to a due process. The reason for the contradictions with the legal system in Puerto Rico lies in a misapplication of this methodology. First, because the entitlement is used to identify proprietary interests. Second, because although it seems tempting to compare the search for a liberty interest with the existence or non-existence of a proprietary interest, this is not the right thing to do. The purpose of protecting a proprietary interest is to promote security on those interests created by local law. In contrast, the protection of a liberty interest has as its objective to maintain an absence of restriction in the exercise of those interests. It is precisely this absence of restriction what we call freedom. Should not be the Constitution as the supreme law of the land, the source of the entitlement in the prison context? In the alternative, this article recommends a grievous loss approach.

I. Introducción 441

II. El debido proceso de ley de la población correccional 442

III. La oportunidad de encontrar un interés libertario a la población correccional 461

IV. Conclusión 465

I. Introducción

En el contexto carcelario, la protección del derecho al debido proceso de ley se ha convertido en una paradoja jurídica. Específicamente, cuando se trata de identificar intereses libertarios meritorios de su protección. El Tribunal Supremo de Estados Unidos ha cambiado su metodología adjudicativa en varias ocasiones al momento de definir el concepto *libertad.* En particular, su metodología ha cambiado en los casos de personas encarceladas cuando se trata de identificar un interés libertario protegido al amparo de la Quinta o Decimocuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos.[1] Consecuentemente, este artículo cuestiona si la metodología adjudicativa utilizada actualmente, el *entitlement*,[2] tiene el efecto de convertir a ese ser humano encarcelado en el esclavo del Estado en el siglo XXI.

En estricto sentido jurídico, una vez una persona es privada de su libertad esto trae consigo la reducción de muchos privilegios y derechos.[3] Sin embargo, el encarcelamiento no implica una privación absoluta de derechos. Ello ha sido materia de análisis por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [en adelante, *CIDH*].[4] En el contexto carcelario, la CIDH identificó que el respeto a los derechos de las personas privadas de su libertad constituye uno de los principales desafíos que enfrentan los Estados.[5] Esa realidad fue atribuida a décadas de desatención al problema carcelario por parte de los Estados, la apatía de la sociedad y la indiferencia de gran parte de la comunidad jurídica.[6]

A su vez, el poder de *custodia* que ejerce el Estado tiene un rol vital en las condiciones de vida de las personas encarceladas. Ese poder le confiere al Estado la ineludible responsabilidad de asegurar que la privación de libertad sirva a su propósito y no conduzca a la violación de otros derechos inherentes al ser humano.[7] Es decir, el Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a las personas privadas de su libertad.[8] Como tal, asume deberes específicos de respeto y garantía de los derechos fundamentales de estas personas.[9] El cumplimiento de esos deberes es condición indispensable para el logro de los fines esenciales de la pena privativa de libertad.[10]

---

[1] ERWIN CHEMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES 570 (5ta ed. 2015).

[2] Metodología adjudicativa utilizada para identificar intereses propietarios bajo un análisis de debido proceso de ley. No obstante, en el contexto carcelario se utiliza para identificar intereses libertarios.

[3] Vélez v. ELA, 154 DPR 418, 438 (2001) (*citando a* Price v. Johnston, 334 U.S. 266, 285 (1948)).

[4] Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II, doc. 64 (2011).

[5] *Id.*

[6] *Id.*

[7] *Id.*

[8] *Id.*

[9] *Id.*

[10] *Id.*

Este artículo se dividirá en tres partes. La parte I analizará el derecho al debido proceso de ley y la metodología adjudicativa del *entitlement* en el contexto carcelario. En la parte II, se explicará la interrelación de los conceptos *libertad* y *custodia.* El artículo utilizará como hilo conductor el proceso de traslado bajo el programa *Out of State* para exponer la tensión que genera el *entitlement* en nuestro ordenamiento jurídico. En particular, su tensión con el principio cardinal de nuestra Carta de Derechos: la inviolabilidad de la dignidad humana. La parte III recomendará una metodología adjudicativa cónsona con el ordenamiento jurídico puertorriqueño.

II. El debido proceso de ley de la población correccional

En nuestro andamiaje jurídico, el derecho constitucional a un debido proceso de ley no ha sido huérfano de debate. El esquema constitucional puertorriqueño exige identificar, como cuestión de umbral, que se haya violado un interés libertario o propietario.[11] El sentido de dicha praxis procesal parte de una premisa fundamentada en la protección del individuo. Es decir, cuando el Estado ejerce su poder sobre un individuo o grupo de individuos y al así hacerlo afecta sus intereses propietarios o libertarios,[12] la Constitución de Puerto Rico se interpone entre la persona y el Estado. Su propósito es proteger a ese individuo de un trato arbitrario o caprichoso.[13] En razonada síntesis, el debido proceso de ley es una limitación al amplio poder que tiene un Estado sobre un individuo.[14] En consonancia con dicho razonamiento, el concepto "individuo" comprende a la persona privada de su libertad.[15]

A. ¿Qué es el debido proceso de ley?

La Carta de Derechos de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico dispone, en lo pertinente, que "[n]inguna persona será privada de su libertad o propiedad sin debido proceso de ley, ni se negará a persona alguna en Puerto Rico la igual protección de las leyes".[16] A su vez, la Quinta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos señala: *"[n]or [shall any person] be deprived of life, liberty, or property, without due process of law*".[17] Por su parte, la Enmienda Decimocuarta de

---

[11] Castro v. ELA, 178 DPR 1, 46 (2010).

[12] Nos referimos a intereses libertarios y propietarios solamente porque son los aplicables en Puerto Rico. Sin embargo, en Estados Unidos se incluyen los intereses de vida en el contexto de la pena de muerte.

[13] Hiram A. Meléndez Juarbe, *Derecho Constitucional*, 75 REV. JUR. UPR 29, 36 (2006).

[14] *Id*.

[15] Pueblo v. Falú Martínez, 116 DPR 828, 835-36 (1986).

[16] CONST. PR art. II, §7.

[17] U.S. CONST. amend. V.

la Constitución de Estados Unidos dispone en lo pertinente: *"[n]or shall any state deprive any person of life, liberty, or property without due process of law*".[18]

Nótese que tanto la Constitución federal como la Constitución de Puerto Rico reconocen el debido proceso de ley como un derecho fundamental.[19] El término *debido proceso de ley* conlleva una connotación exclusivamente procesal.[20] No obstante, se manifiesta en dos dimensiones: la vertiente sustantiva y la vertiente procesal. Nos referimos al debido proceso de ley sustantivo cuando una ley o actuación gubernamental viola el debido proceso de ley por su contenido o consecuencia, independientemente del proceso utilizado para aplicarlas.[21] En el aspecto procesal, y en su sentido literal, el debido proceso de ley significa "un proceso justo".[22] Lo anterior se refiere a los procesos que el gobierno debe seguir antes de privar a una persona de su vida, libertad o propiedad.[23] Es decir, el tipo de notificación o el proceso que debe cumplir el Estado cuando toma una acción que afecta la vida, la libertad o propiedad de una persona.[24] Ahora bien, la vertiente procesal y la sustantiva del debido proceso de ley se asemejan en dos importantes aspectos. El primero, para activar el debido proceso de ley, exige que exista y se identifique un interés libertario o propietario que proteger. El segundo exige probar que ese interés libertario o propietario identificado, en efecto, se haya lesionado o afectado por una acción del Estado.[25] El énfasis del análisis de este artículo girará en torno al método de identificación de esos intereses libertarios.

B. ¿Qué son intereses libertarios?

Los derechos constitucionales son intereses libertarios.[26] La pregunta difícil surge cuando se deben identificar cuáles otros intereses se ubican dentro del concepto *libertad* y requieren la protección del debido proceso de ley.[27] Existen dos enfoques en el ordenamiento jurídico estadounidense para que un tribunal identifique un interés libertario.[28] En el primero, se determina qué es *libertad* basado

---

[18] U.S. CONST. amend. XIV, §1.

[19] Castro v. ELA, 178 DPR 1, 35 (2010).

[20] *Id*. en la pág. 38 (*citando a* JOSÉ JULIÁN ÁLVAREZ, DERECHO CONSTITUCIONAL DE PUERTO RICO Y RELACIONES CONSTITUCIONALES CON LOS ESTADOS UNIDOS 629 (2009)).

[21] CHEMERINSKY, *supra* nota 1, en las págs. 565-69.

[22] Castro, 178 DPR en la pág. 45.

[23] *Id*.

[24] *Id*.

[25] *Id*.

[26] CHEMERINSKY, *supra* nota 1, en la pág. 565 (traducción suplida).

[27] *Id*.

[28] *Id*.

en la importancia de ese interés para el individuo que lo reclama.[29] En el segundo, hay que determinar si existe un interés libertario creado por el Estado en leyes o reglamentos. Ello se logra a través del análisis del lenguaje de la ley o reglamento en cuestión. Ese análisis positivista exige identificar un lenguaje suficientemente obligatorio en la ley o reglamento mediante el cual conste que el Estado quiso crear ese interés que se reclama.[30] El Tribunal Supremo de Estados Unidos, en *Hewitt v. Helms*, resolvió que los intereses libertarios protegidos por la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos pueden nacer de dos fuentes: de la Constitución bajo la propia Cláusula del debido proceso de ley, y de las leyes o reglamentos de los Estados.[31] Por su parte, en el caso de *Board of Regents v. Roth*, el Tribunal Supremo de Estados Unidos intentó aclarar el concepto *libertad* en el contexto de los intereses libertarios. Allí se dijo:

> *While this Court has not attempted to define with exactness the liberty . . . guaranteed [by the Fifth and Fourteenth Amendments], the term denotes* not merely freedom from bodily restraint *but also the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy those privileges long recognized . . . as essential to the orderly pursuit of happiness by free men.* In a Constitution for a free people, there can be no doubt that the meaning of "liberty" must be broad indeed.[32]

Salta a la vista la siguiente pregunta: ¿cómo identificamos entonces los intereses libertarios de las personas privadas físicamente de su libertad? Para responder esta interrogante debemos abordar, por un momento, los derechos que retienen las personas encarceladas.

El sistema carcelario de Puerto Rico requiere medidas administrativas y legislativas diseñadas para garantizar tanto la seguridad de la población correccional en general, como la rehabilitación y el tratamiento de aquellas personas sobre quien el Estado ha asumido custodia.[33] Esas medidas deben enmarcarse, por mandato

---

[29] *Id*.

[30] *Id*.

[31] Hewitt v. Helms, 459 U.S. 460, 468 (1983).

[32] CHEMERINSKY, *supra* nota 1, en la pág. 565 (*citando a* Board of Regents of State Colleges v. Roth, 408 U.S. 64, 572 (1972) en un intento por distinguir las metodologías adjudicativas para intereses propietarios e intereses libertarios) (énfasis suplido).

[33] COMISIÓN DE DERECHOS CIVILES, LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS CONFINADOS (www.agencias.pr.gov/agencias/cdc/InstitutoEducacion/Informes/Los%Derechos%20Constitucionales%20de%20los%20Confinados%20(CDC%20-%201983).pdf. (última visita 22 de mayo de 2019).

constitucional, dentro de los preceptos relativos a la inviolabilidad de la dignidad del ser humano y demás derechos civiles.[34] Los derechos de las personas encarceladas han evolucionado considerablemente durante las últimas décadas. Anteriormente, la pena, el cumplimiento de la sentencia, y la reclusión tenían propósitos puramente punitivos: castigar a aquél que había agraviado a la sociedad.[35] Por ello, toda sentencia de reclusión conllevaba la muerte civil del confinado.[36] Desde 1952 la Constitución de Puerto Rico, en su artículo VI sección 19, garantiza el fin rehabilitador de la pena. Sin embargo, no es hasta el año 1974 cuando se aprobó un nuevo Código Penal y se incorporó el principio rehabilitador de la pena y el tratamiento individualizado.[37] Incluso, la ley que creó, ese mismo año, la Administración de Corrección establece como política pública que las instituciones penales propendan a la rehabilitación moral y social de los confinados.[38] Ello significa que una vez la persona es privada de su libertad, con el propósito de extinguir una pena, esta no pierde sus derechos civiles.[39]

En cuanto a los derechos constitucionales, las personas encarceladas retienen todos aquellos que no sean incompatibles con su estatus y las necesidades del sistema correccional.[40] Esos derechos constitucionales, a su vez, son intereses libertarios. Por consiguiente, su violación o privación activa la protección de un debido proceso de ley. Al mismo tiempo, la población correccional goza de derechos estatutarios, tales como: bonificaciones, trabajo, estudios, clasificación, entre otros.[41] Estos derechos son creados por el Estado, a través de leyes y reglamentos cuyo lenguaje es lo suficientemente obligatorio como para crearle un interés libertario a la persona encarcelada. Como resultado, la privación de esos derechos estatutarios también activa la protección de un debido proceso de ley.

El punto central que da inicio a la paradoja jurídica del debido proceso de ley en el contexto carcelario surge a raíz de la metodología adjudicativa que se utiliza actualmente: el *entitlement*. Específicamente, porque ese enfoque fue diseñado para identificar intereses propietarios. Su fin es proteger la confianza y seguridad jurídica de un derecho creado por el propio estado en una ley o reglamento. Sin embargo, en el contexto de los intereses libertarios el propósito principal del debido

---

[34] *Id*.

[35] *Id*. en la pág. 2.

[36] *Id*.

[37] *Id*.

[38] *Id*.

[39] *Id*. en la pág. 3.

[40] *Id*. Por ejemplo, la inviolabilidad de la dignidad humana y el derecho a la vida, al voto, libertad de religión, debido proceso de ley. Además, retienen otros derechos de forma más limitada, como libertad de expresión, registros y allanamientos, intimidad, entre otros.

[41] *Id*. en la pág. 11.

[42] CHEMERINSKY, *supra* nota 1, en la pág. 570 (traducción suplida).

proceso de ley es muy distinto. En este contexto, lo que se busca es garantizar la ausencia de restricción en el ejercicio de esos derechos. Esa ausencia de restricción es, precisamente, lo que llamamos *libertad*. Por ello, es preciso cuestionarse: ¿qué sucede, entonces, cuando existen acciones que, independientemente se cumpla el proceso establecido, inciden en la dignidad del ser humano encarcelado? ¿Qué ocurre con aquellas acciones del Estado que tienen un impacto tan gravoso en la persona encarcelada que obstaculiza o impide su rehabilitación? Para responder a estas, y otras interrogantes, debemos comprender las consecuencias jurídicas del *entitlement*.

C. ¿Qué es el entitlement como metodología adjudicativa?

En cuanto al debido proceso de ley, el Tribunal Supremo de Estados Unidos [en adelante, *TSEU*] ha cambiado su enfoque en varias ocasiones al momento de definir el concepto *libertad* en el contexto correccional.[42] Inicialmente, se decía que estas personas gozaban de un interés libertario cuando una acción del Estado les causaba una pérdida gravosa, es decir, se utilizaba una metodología adjudicativa de impacto en el individuo.[43] Posteriormente, en el caso de *Wolff v. McDonnell*, el TSEU se alejó del enfoque de impacto en el individuo y basó su determinación en *si según el contenido de la ley o el reglamento el Estado le creó un interés libertario a la persona encarcelada*.[44] Es decir, si el lenguaje de la ley o el reglamento es lo suficientemente obligatorio como para crearle un interés libertario a la persona encarcelada. A esta metodología se le conoce como *entitlement*.

En particular, el TSEU, en *Wolf*, resolvió que, aunque el Estado no tiene que otorgarles a las personas privadas de su libertad *good time credits*, la ley creó ese derecho. Este interés libertario es sustancial y está protegido por la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos.[45] Lo anterior garantiza un debido proceso de ley que protege a la persona encarcelada de privaciones arbitrarias de aquellos intereses libertarios creados por el Estado. Es así, pues, ese interés libertario representa una expectativa real en la reducción de su pena.[46] El TSEU enfatizó que, aunque los derechos de la población correccional se reducen debido a las necesidades y exigencias del ambiente institucional, una persona encarcelada no está absolutamente desprotegida constitucionalmente.[47]

Luego, en *Meachum v. Fano*, el TSEU rechazó la idea de que cualquier pérdida gravosa causada por el Estado es suficiente para invocar la protección del debido

---

[43] *Id*.

[44] CHEMERINSKY, *supra* nota 1, en la pág. 571 (*citando a* Wolff v. McDonnell, 418 U.S. 539 (1974)) (traducción suplida).

[45] *Id*.

[46] *Wolff*, 418 U.S. en las págs. 555-56 (1974) (traducción suplida).

[47] *Id*.

proceso de ley en su vertiente procesal.[48] En este caso, un confinado alegó que tenía derecho a notificación y a una vista antes de ser transferido de una institución de mediana seguridad a una de máxima seguridad debido a los serios cambios de las condiciones del confinamiento.[49] El TSEU resolvió que cualquier expectativa que tenga la persona encarcelada de permanecer en una prisión, siempre y cuando tuviera buena conducta, es demasiado efímera como para activar la protección a un debido proceso de ley.[50]

Tras aplicar el enfoque del *entitlement*, el TSEU distinguió este caso de *Wolff*.[51] La opinión mayoritaria sostuvo que el interés libertario en el caso de *Wolff* se originó en la ley estatal que garantizaba a los confinados *good time credits*.[52] Por lo tanto, el debido proceso de ley era necesario para asegurarse de que no se privara arbitrariamente a la persona encarcelada de ese interés libertario que el propio Estado había creado. En contraste, en *Meachum*, el TSEU aclaró que el Estado no le había creado un interés libertario al confinado de permanecer o ser asignado a una institución carcelaria intraestatal en particular.[53] Por lo tanto, concluyó que los oficiales de la prisión tenían discreción para trasladar a las personas encarceladas entre instituciones por cualquier razón. Ello incluía la prerrogativa de no tener que brindarles oportunidad alguna de ser oídos.[54]

La opinión mayoritaria en *Meachum* cerró la puerta a futuros intentos de encontrarle un interés libertario bajo el enfoque de impacto gravoso que dicha acción representa a la persona encarcelada.[55] En la opinión disidente de este caso, el Hon. Juez Stevens, a quien se unieron el Hon. Juez William J. Brennan y el Hon. Juez Thurgood Marshall, enfatizó que la *libertad* que protege la cláusula del debido proceso de ley es esa *libertad* de los derechos inalienables del hombre, en vez de los derechos particulares o privilegios conferidos por leyes y reglamentos de los Estados.[56] Por tal razón, el Juez Stevens se opuso enérgicamente a la noción de que el interés libertario sea el producto de las leyes que se promulgaron con el propósito de limitar el poder del Estado porque estas, a su vez, tienen el efecto de restringir las libertades de sus ciudadanos.[57] La opinión disidente enfatizó que si los intereses libertarios protegidos por el debido proceso de ley para una persona privada de su

---

[48] Meachum v. Fano, 427 U.S. 215, 225-26 (1976) (traducción suplida).

[49] *Id.* en las págs. 216-22.

[50] *Id*.

[51] *Id*. en las págs. 225-26.

[52] *Id*.

[53] *Id*.

[54] *Id*.

[55] *Id*.

[56] *Id*. en la pág. 230 (traducción suplida).

[57] *Id*.

libertad dependen de lo que el Estado le quiera dar o permitir, evidentemente, ese individuo encarcelado no es más que el esclavo del Estado que describían los casos del siglo XIX cuando la privación era total.[58]

Meachum v. Fano evidenció el rechazo de darle al concepto *libertad* una fuerza independiente.[59] En consecuencia, bajo el enfoque del *entitlement*, el Estado puede eliminar un interés libertario y, así, escapar de la exigencia de establecer un procedimiento mínimo solamente por negarlo en la propia ley o por no incluir un lenguaje obligatorio que lo cree.[60] Es preciso notar que este caso trató el concepto *libertad* igual que el concepto *propiedad*. Es decir, en el contexto carcelario ambos intereses tienen que ser creados por el contenido positivo de la ley o una fuente constitucional independiente.[61] Esto le pareció demasiado al Juez Stevens, quien en su opinion disidente añadió: "*I had thought it self-evident that all men were endowed by their creator with liberty as one of the cardinal unalienable rights*".[62]

Luego de *Wolff* y *Meachum*, la pregunta que ha surgido es: ¿qué leyes y reglamentos crean intereses libertarios bajo el método del *entitlement*?[63] El TSEU ha analizado si la ley o el reglamento aplicable son suficientemente obligatorios como para crear un interés libertario que ampare a la persona confinada sobre el derecho o proceso que reclama.[64] En *Kentucky Department of Corrections v. Thompson*, se reconoció expresamente que el lenguaje obligatorio de las leyes y reglamentos crean intereses libertarios a la población correccional.[65] Es decir, se utiliza la metodología del *entitlement* en el contexto carcelario.

i. La paradoja del entitlement

En el caso de *Sandin v. Conner*, se cuestionó el enfoque del *entitlement* como criterio inicial para identificarle intereses libertarios a la población correccional.[66] *Sandin* es un caso de una persona confinada que fue puesta en segregación disciplinaria tras negarse a un registro físico.[67] El tribunal intermedio resolvió que, según el lenguaje obligatorio del reglamento, el comité no podía imponer la segregación si carecía de evidencia sustancial de mala conducta.[68] Por lo tanto, ese

---

[58] *Id*. en la pág. 233 (traducción suplida).
[59] Edward L. Rubin, *Due Process and the Administrative State*, 72 CALIF. L. REV. 1044, 1076 (1984).
[60] *Id*.
[61] *Id*.
[62] *Id*. (*citando a Meachum*, 427 U.S. en la pág. 230 (J. Stevens, opinión disidente)).
[63] CHEMERINSKY, *supra* nota 1, en la pág. 572.
[64] *Id*.
[65] Kentucky Department of Corrections v. Thompson, 490 U.S. 454, 463 (1989).
[66] *Véase* Sandin v. Conner, 515 U.S. 472 (1995).
[67] *Id*. en la pág. 475.
[68] *Id*. en las págs. 476-77.

foro intermedio razonó que el Estado había creado un interés libertario meritorio de protección bajo el debido proceso de ley.[69] El TSEU comenzó por distinguir todos los casos que discutimos en los acápites anteriores.[70] El propósito para tal distinción fue poder añadir otro criterio a considerar antes de identificar un interés libertario.[71] La opinión mayoritaria sostuvo que el enfoque del *entitlement* motiva a las personas encarceladas a exigir un análisis minucioso la letra de la ley o reglamento en busca de un lenguaje obligatorio sobre el cual basar su reclamación de un interés creado por el Estado.[72] Esto tiene como consecuencia que los jueces, en muchas ocasiones, realicen inferencias incorrectas.[73] Así las cosas, el TSEU reconoció que los Estados pueden, bajo ciertas circunstancias, crear intereses libertarios.[74] Sin embargo, añadió que hay que analizar *si la acción que se impugna constituye una privación significativa y atípica en relación con los incidentes normales de la vida en prisión*.[75] El TSEU concluyó que la segregación disciplinaria en este caso no constituyó una privación atípica y significativa como para que se entienda que el Estado le creó un interés libertario a la persona encarcelada. [76]

La Hon. Jueza Ruth Bader Ginsburg, en su opinión disidente, criticó el método del *entitlement* desde la perspectiva de impacto en las personas encarceladas. A su vez, expuso la paradoja jurídica que representa dicho enfoque.[77] Primero, explicó que el método del *entitlement* tiene como consecuencia que el derecho fundamental al debido proceso de ley sea más cierto en un estado y, quizás, más incierto en otro.[78] Por lo tanto, la *libertad* que puede variar de estado en estado, no es la misma *libertad* consagrada entre los derechos inalienables al hombre.[79] Segundo, planteó que dicha práctica coloca los derechos de las personas encarceladas en las manos de los legisladores y promueve que se promulguen leyes y reglamentos que adolecen de vaguedad para evadir el escrutinio constitucional.[80] Tercero, expuso lo siguiente sobre el *entitlement*: ¿cuál interés libertario que sea creado por ley o reglamento y, a su vez, constituya una privación atípica a las condiciones normales del confinamiento no podría, por su propia fuerza, activar el debido proceso de ley consagrado en la Constitución?[81]

---

[69] *Id*.
[70] *Id*. en las págs. 478-81.
[71] *Id*.
[72] *Id*.
[73] *Id*.
[74] *Id*. en la pág. 484.
[75] *Id*.
[76] *Id*. en la pág. 486.
[77] *Id*. en las págs. 489-90 (Ginsburg, opinión disidente).
[78] *Id*.
[79] *Id*.
[80] *Id*.
[81] *Id*.

El enfoque del *entitlement* en el contexto carcelario engendra en sí mismo una incoherencia jurídica. Por un lado, se exige que ese interés libertario sea creado por el Estado a través de leyes y reglamentos, pero sin mirar a la Constitución como la ley suprema. Sin embargo, el debido proceso de ley busca prevenir, particularmente, las acciones arbitrarias o caprichosas del Estado para con la población correccional. Por otro lado, se exige que la privación sea significativa y atípica a las condiciones normales del confinamiento. Es decir, parece significar que en ausencia de una afirmación en cuanto a que una acción constituye un castigo cruel e inusitado, un confinado no podrá tener éxito en conseguir su revisión judicial.[82] Por lo tanto, *de jure* y *de facto*, el resultado del *entitlement* es reducir la protección del contrapeso indispensable ante acciones arbitrarias del Estado por condición del encarcelamiento.

Las opiniones disidentes del Hon. Juez Stevens en el caso de *Meachum*, del Hon. Juez Marshall en el caso de *Thompson* y de la Hon. Jueza Ginsburg en el caso de *Sandin* comparten la noción de que el concepto *libertad* es algo que no se debe dejar al capricho del legislador. Todo lo contrario, el concepto *libertad* que permite la protección bajo el debido proceso de ley garantiza que se proteja al individuo de ataques del colectivo, y la libertad de cada individuo a existir como un ente autónomo, libre de coerción.[83] Si bien es cierto que los derechos de las personas privadas de su libertad se ven reducidos luego del encarcelamiento, según expresó el Hon. Juez Stevens en *Meachum*: "*The restraints and the punishment which a criminal conviction entails do not place the citizen beyond the ethical tradition that accords respect to the dignity and intrinsic worth of every individual*".[84]

ii. El entitlement en Puerto Rico: los intereses libertarios de la población correccional puertorriqueña

Según los pronunciamientos del Tribunal Supremo de Puerto Rico, [en adelante *TSPR*], la evolución de la doctrina en nuestro ordenamiento ha sido similar a la de Estados Unidos, aunque no se ha escrito tanto sobre ello. En *Pueblo v. Falú Martínez*, el TSPR adoptó las expresiones del TSEU en cuanto a que las personas encarceladas poseen aquellos derechos que no resulten incompatibles con los propósitos del confinamiento.[85] En *Romero v. Admin. de Corrección*, el TSPR resolvió que la población correccional posee un interés libertario legítimo en cuanto a las bonificaciones por buena conducta.[86] El TSPR explicó que la bonificación

---

[82] CHEMERINSKY, *supra* nota 1, en la pág. 575 (traducción suplida).

[83] Meachum v. Fano, 427 U.S. 215, 233 (1976) (Stevens, opinión disidente) (traducción suplida).

[84] *Id*. en la pág. 32 (*citando a* Morrissey v. Brewer, 443 F.2d 942, 952 (8vo Cir. 1971).

[85] Romero v. Admin. de Corrección, 175 DPR 314, 328 (2009) (*citando a* Pueblo v. Falú, 116 DPR 828 (1986); Hudson v. Palmer, 468 U.S. 517, 524 (1984)).

[86] *Id*.

representa una expectativa de los confinados en relación con la fecha de cuándo podrían obtener su libertad.[87] Se realizó esa determinación inmediatamente luego de analizar el lenguaje obligatorio del reglamento en cuestión. Dicho reglamento definía las bonificaciones como una "[r]ebaja al término de la sentencia impuesta que se otorga a toda persona sentenciada a cumplir pena de reclusión en cualquier institución".[88] Es decir, por su propia definición la bonificación se interpretó como la posibilidad de que el Estado considerara cumplida la pena de reclusión del confinado antes de la fecha correspondiente.[89]

En *Serrano v. ELA*, resuelto mediante sentencia, el TSPR expresó lo siguiente: "[s]omos del criterio que la doctrina del debido proceso de ley del Art. II, § 7 de la Constitución de Puerto Rico, por sí sola, no les concede a los confinados un interés libertario que requiera ser protegido cuando son trasladados de una institución carcelaria a otra".[90] El TSPR aplicó de manera automática la interpretación del Tribunal Supremo de Estados Unidos.[91]En consecuencia, nuestro máximo foro judicial perdió la oportunidad de analizar el impacto que tiene el traslado en esa persona privada de su libertad, como por ejemplo: la separación de sus familiares y amigos; la inhabilidad de entender el idioma y poder comunicarse efectivamente; la inhabilidad de continuar sus procesos legales en Puerto Rico; la privación de oportunidades de estudio y trabajo, la pérdida de bonificaciones; la interrupción de los programas educativos y otros programas de rehabilitación; la interrupción a tratamiento médico o psicológico. Más importante aún, el TSPR perdió la oportunidad de analizar la metodología del *entitlement* y su tensión con el ordenamiento jurídico puertorriqueño. De esa manera, pudo haber redefinido la metodología adjudicativa y atemperarla a los valores y pilares fundamentales de nuestra Constitución.

En las pocas controversias en las que el TSPR ha tenido la oportunidad de expresarse sobre el alcance de los derechos constitucionales de la población correccional al amparo de nuestra jurisdicción, se ha inclinado hacia las interpretaciones del Tribunal Supremo de Estados Unidos.[92] Resulta preocupante porque las interpretaciones del TSEU se anclan en un contexto histórico y unas premisas muy distintas a las que motivaron los derechos constitucionales de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.[93] Así, por ejemplo,

---

[87] *Id*.

[88] *Id*. en la pág. 330.

[89] *Id*.

[90] Serrano Vélez v. ELA, 154 DPR 418, 449 (2001) (Corrada del Río, Rebollo López, Rivera Pérez, opinión de conformidad).

[91] Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II, doc. 64 (31 de diciembre de 2011) https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf.

[92] CARLOS E. RAMOS GONZÁLEZ, LA CARTA DE DERECHOS Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL PUERTORRIQUEÑO, EL DERECHO EN CLAVE HISTÓRICA 449-50 (2014).

[93] *Id*.

el TSEU, en materia de población correccional, ha resuelto que el fin principal de su sistema carcelario está dirigido a castigar, disuadir y retribuir por el daño causado.[94] La reclusión, bajo el estado de derecho puertorriqueño, persigue unos fines humanos superiores a estos.[95] Entre ellos: el principio de propender al fin rehabilitador de la pena. Lo anterior no es un ideal generado en el abstracto. La obligación social que implica el confinamiento y el principio rehabilitador de la pena quedaron consignados en las expresiones hechas por el delegado Idelfonso Solá Morales en la Convención Constituyente:

> [C]reo que tenemos esa deuda con la sociedad y creo que a nombre de la sociedad debemos consignar aquí la forma en que miramos y enfocamos el problema ahora, y a nombre de esa sociedad procurar llegar al logro de devolverle a la sociedad, si es posible, por cada delincuente, una persona regenerada y útil en el seno de esa sociedad en que va a convivir.[96]

Nótese que el enfoque del *entitlement* en el contexto carcelario asume una postura antagónica a los derechos constitucionales y humanos. Además, gira en contra del fin rehabilitador de la pena y el reconocimiento de la dignidad inherente al ser humano. En consecuencia, el enfoque del *entitlement* y su aplicación automatizada por los tribunales de Puerto Rico le imprimen a la población correccional de Puerto Rico un latente cariz de esclavitud.

iii. El entitlement y su tensión con nuestro ordenamiento jurídico: la presunción de corrección de las agencias administrativas

La arbitrariedad del *entitlement* germina, precisamente, por el hecho de estar fundamentada en la interpretación que realiza la propia agencia administrativa, y el tribunal revisor en su día, sobre la ley o el reglamento en cuestión.[97] La amplia deferencia y presunción de corrección que se le reconoce a las agencias

---

[94] *Id*. en la pág. 449.

[95] *Id*.

[96] *Id*. (cita omitida).

[97] *Véase*, Olim v. Wakinekona, 461 U.S. 238 (1983). (El TSEU analizó la naturaleza discrecional de la decisión del traslado, ante la ausencia de lenguaje obligatorio en el reglamento y concluyó que no hubo privación de un interés libertario. La controversia giró en torno a si el traslado de un confinado, de un sistema penitenciario a otro, involucraba un interés libertario. El confinado fue trasladado luego de una vista que se realizó en violación de los reglamentos. Aun así, el TSEU resolvió que el reglamento no creaba un interés libertario porque la administración tenía amplia discreción para ordenar el traslado. Es decir, cónsono con la facultad que tienen las propias agencias de interpretar sus reglamentos, cuando una agencia falla en proveer ciertas garantías procesales, dicha agencia puede argumentar que esos criterios y procedimientos establecidos en su reglamento los interpretará como unos puramente consultivos).

administrativas y, en este caso, al Departamento de Corrección y Rehabilitación [en adelante, *Departamento de Corrección*], tiene su génesis en el conocimiento especializado de dicha agencia.[98] Sin embargo, es pertinente cuestionarse: ¿conocimiento sobre qué? Bajo el concepto de *custodia* se hilvana lógicamente esta presunción de corrección. Precisamente, por su conocimiento especializado. No tanto así desde el prisma del concepto *libertad* en el contexto de intereses libertarios. Resulta indispensable entender que la privación de intereses libertarios no se justifica automáticamente con la mera *custodia* del Estado sobre la persona encarcelada. Asimismo, las violaciones a derechos constitucionales y humanos que retiene la población correccional no encuentran su justificación bajo el concepto *custodia*. No obstante, toda acción del Estado sobre una persona encarcelada y bajo su *custodia* constituye, en mayor o menor medida, un impacto en la vida de la población correccional.

Bajo la presunción de especialización del Departamento de Corrección, cabe hablar de condiciones de vida. Las condiciones de vida en una prisión constituyen uno de los factores primordiales para determinar el sentimiento de autoestima y dignidad de la población correccional.[99] Por ejemplo, la calidad del alojamiento, la disponibilidad de las celdas, la alimentación que reciben y el lugar en que se sirve esa alimentación, la ropa que se les permite llevar, el acceso a instalaciones médicas y tratamiento médico, entre otros. Son todos elementos que influyen enormemente en el bienestar de la persona privada de su libertad.[100] Ese ambiente de la prisión es determinado por el modo de gestión y administración del sistema correccional.[101]

Una simple acción que encaja perfectamente bajo la amplia sombrilla del término *custodia*, impacta sustancialmente la vida del ser humano encarcelado en todas sus áreas: en su integridad, dignidad y bienestar físico y emocional. La *custodia* y los intereses libertarios, aunque relacionados, no son dos conceptos mutuamente excluyentes. Sobre esto, la CIDH reconoció que la privación de libertad es una condición que puede darse en distintos ámbitos[102] y estableció hace décadas lo siguiente:

---

[98] Ley de Procedimiento Administrativo Uniforme del Gobierno de Puerto Rico, Ley Núm. 38-2017, 3 LPRA § 2175 (2017).

[99] Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Medidas Privativas y no Privativas de Libertad, Manual de Instrucciones para la evaluación de la justicia penal,_https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/The_Prison_System_Spanish.pdf (última visita 22 de mayo de 2019).

[100] *Id*.

[101] *Id*.

[102] Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II, doc. 64 (31 de diciembre de 2011) https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf.

> [E]l Estado, al privar de libertad a una persona, se coloca en una especial posición de garante de su vida e integridad física. [E]l Estado lo introduce en una "institución total", como es la prisión, en la cual los diversos aspectos de su vida se someten a una regulación fija, y se produce un alejamiento de su entorno natural y social, un control absoluto, una pérdida de intimidad, una limitación del espacio vital y, sobre todo, una radical disminución de las posibilidades de autoprotección. *Todo ello hace que el acto de reclusión implique un compromiso específico y material de proteger la dignidad humana del recluso mientras esté bajo su custodia, lo que incluye su protección frente a las posibles circunstancias que puedan poner en peligro su vida, salud e integridad personal, entre otros derechos*.[103]

Las obligaciones de respeto y garantía a cargo de los Estados trascienden lo meramente penitenciario.[104] Específicamente, la CIDH reconoció que el deber del Estado de respetar y garantizar los derechos de las personas privadas de libertad tampoco se circunscribe a lo que acontezca en el interior de las instituciones penales. Esto se mantiene vigente en circunstancias tales como el traslado de reclusos, su conducción a diligencias judiciales, entre otras.[105] Mientras la *custodia* atiende las condiciones de la vida penitenciaria, los intereses libertarios sirven de contrapeso indispensable ante posible acciones arbitrarias. Estos intereses son la principal herramienta de protección de la dignidad humana de las personas encarceladas.

El *entitlement*, como metodología adjudicativa, se ha justificado por la mera *custodia*. Sin embargo, la vida de esa persona encarcelada depende completamente de lo que el Estado le quiera dar o permitir. ¿Realmente existe un contrapeso que proteja a la persona encarcelada de acciones arbitrarias y caprichosas que lesionan los derechos que sí retiene? Vemos que la función revisora por parte de los tribunales queda truncada ante la supuesta experiencia y el conocimiento especializado que ostentan las agencias acerca de los asuntos que le son encomendados.[106]

Bajo el crisol de la norma precedente, la presunción de corrección y gran deferencia que se le da al Departamento de Corrección pareciera transmutarse en un gran eufemismo jurídico. Se ha escondido, detrás del concepto *custodia,* el hecho de que los intereses libertarios de las personas encarceladas están supeditados a la presunción de corrección de la agencia.[107] A la luz de lo que hemos discutido,

---

[103] *Id*. (énfasis suplido).

[104] *Id*.

[105] *Id*.

[106] Iris Y. Rosario Nieves, *El traslado de confinados y confinadas de Puerto Rico a Estados Unidos como ejemplo de la nuda vida en el estado de excepción*, 87 REV. JUR. UPR 1221, 1232 (2018).

[107] Reconocemos el control que necesita ejercer el gobierno sobre las agencias. Sin embargo, la razonabilidad y eficiencia de estas no serán objeto de análisis en este artículo.

analicemos por un momento las diversas disposiciones constitucionales que resultan lesionadas por la metodología del *entitlement* en el contexto carcelario.

La Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico provee varias garantías constitucionales de las cuales una funge como el principio cardinal de nuestra Carta de Derechos. El artículo II, §1 dispone que:

> La dignidad del ser humano es inviolable. Todos los hombres son iguales ante la ley. No podrá establecerse discrimen alguno por motivo de raza, color, sexo, nacimiento, origen o condición social, ni ideas políticas o religiosas. Tanto las leyes como el sistema de instrucción pública encarnarán estos principios de esencial igualdad humana.[108]

Cónsono con lo anterior, el Informe de la Comisión de la Carta de Derechos rendido a la Convención Constituyente indicó que "[e]l propósito de esta sección es fijar claramente como base consustancial de todo lo que sigue el principio de la dignidad del ser humano".[109] En cuanto a esto, el delegado Jaime Benítez manifestó:

> Es la afirmación relativa al principio moral de la democracia; el principio de que el ser humano y su dignidad constituyen la razón de ser y la justificación de la organización política...entendemos que la expresión en su sobria declaración abarca la totalidad de los principios que más adelante van a desenvolverse y a puntualizarse según se requiere en cada caso.[110]

De igual forma, el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha resuelto que:

> El principio de la inviolabilidad de la dignidad del ser humano no puede limitarse a los que viven libremente en la comunidad. Traspone las rejas de las prisiones, porque tras de ellas quienes pagan la deuda con la sociedad son también seres humanos. Los confinados no están fuera del alcance de la Constitución.[111]

Por su parte, la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico en el artículo VI, § 19 también dispone que: "[s]erá política pública del Estado Libre Asociado. . . reglamentar las instituciones penales para que sirvan a sus propósitos

---

[108] CONST. PR. art. II, § 1.

[109] Arroyo v. Rattan Specialties, Inc., 117 DPR 35, 58-59 (1986) (*citando a* 4 DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCIÓN CONSTITUYENTE 2561 (1951-1952)).

[110] *Id*. (*citando a* 2 DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCIÓN CONSTITUYENTE 1372 (1951-1952)).

[111] Pueblo v. Falú Martínez, 116 DPR 828, 835-36 (1986).

de forma efectiva y propender, dentro de los recursos disponibles, al tratamiento adecuado de los delincuentes para hacer posible su rehabilitación moral y social".[112]

El derecho a la inviolabilidad de la dignidad ampara a la persona encarcelada. La dignidad de esa persona privada de su libertad se ve lesionada al depender completamente de lo que el Estado le quiera permitir o reconocer para poder ser protegido por el debido proceso de ley. Es decir, el ser humano privado de su libertad pareciera tener menos protección a su dignidad y menos probabilidades de protección bajo el debido proceso de ley. El efecto neto es que pareciera que ese ser humano ha descendido a un nivel subhumano que no le hace merecedor de esos derechos inalienables, solamente por la condición del encarcelamiento. Sin embargo, se trata de derechos que no son incompatibles con el ambiente penitenciario. Por el contrario, la obligación del Estado, por mandato constitucional, a propender a la rehabilitación de ese individuo y a la protección a su dignidad son aspectos pragmáticos de esa responsabilidad.

iv. "Del dicho al hecho": los intereses libertarios de la población correccional y el proceso de traslado en Puerto Rico

A modo ilustrativo, utilizaré como hilo conductor el proceso de traslado de confinados puertorriqueños a instituciones penales privadas en Estados Unidos bajo el programa *Out of State*. Para comprender los efectos de la metodología del *entitlement*, debemos conocer un poco sobre el cuadro fáctico de ese programa.

En la ecuación del traslado tenemos, por un lado, la industria carcelaria privada, la cual es una industria multi-billonaria.[113] La misma responde a un interés económico preponderante. De hecho, en el 2015, las estadísticas mostraron que dieciocho estados y la Oficina Federal de Prisiones estaban operando prisiones por encima de su capacidad máxima.[114] En total, durante el año 2015, la Oficina Federal de Prisiones solo tenía capacidad para albergar 134,500 personas. Sin embargo, albergó 161,000 personas.[115] Esto último representa un 120% de su máxima capacidad.[116] Como vemos, dicha industria apunta, como toda industria económica del sector privado, a una meta: maximizar ganancias. Por otro lado, tenemos el interés del gobierno en reducir gastos. Bajo este escenario son el propio gobierno

---

[112] CONST. PR art. VI § 19.

[113] LAUREN BROOKE EISEN, INSIDE PRIVATE PRISONS: AN AMERICAN DILEMA IN THE AGE OF MASS INCARCERATION 29 (2018).

[114] *Id*.

[115] *Id*. en la pág. 30 (*citando a* E. Ann Carson y Elizabeth Anderson, "Prisoners in 2015", Bureau of Justice Statistics, December 2016, https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/p15.pdf) (última visita 22 de mayo de 2019).

[116] *Id*.

y el Departamento de Corrección los encargados del proceso de traslado de miles de confinados para reducir esos gastos. Por lo tanto, tienen bajo su poder y amplia discreción, la prerrogativa de establecer, regular y llevar a cabo ese proceso de traslado. En lo anterior, radica el peligro de violación a los derechos constitucionales de las personas encarceladas. Específicamente, al convertirlas en una mercancía más a intercambiar con el sector privado a cambio de un beneficio económico para ambas partes en esa relación jurídica.

Recientemente, se reseñaron en la prensa las pretensiones de la Junta de Supervisión Fiscal conducentes a que el Departamento de Corrección produzca ahorros millonarios en los próximos cinco años.[117] Como consecuencia, el Departamento de Corrección presentó el programa *Out of State* para reubicar hasta 3,200 confinados en cárceles privadas en los Estados Unidos.[118] La Sociedad para la Asistencia Legal, en su ponencia en respuesta a la solicitud de la Resolución del Senado 720 para investigar el proceso de traslado, abordó varios acontecimientos que muestran que el proceso de traslado está plagado de desinformación, contradicciones e improvisación.[119] Entre lo que se recoge en dicho memorial explicativo, el Departamento de Corrección anunció que comenzaría a evaluar propuestas para implementar el programa.[120] Se dijo que dicho programa sería uno voluntario y anticipó que alrededor de 1,200 miembros de la población correccional se acogerían "voluntariamente" al programa de traslado.[121] Todo esto sin que se hubiera adjudicado el contrato formalmente y sin darse a conocer a la población correccional en qué consistiría el proceso de traslado o a cuál institución penal en Estados Unidos serían trasladados.[122]

Posteriormente, para el mes de abril de 2018, se reseñó en la prensa que las compañías principales que presentaron sus propuestas para el contrato por el Programa *Out of State* fueron *CoreCivic* y *Management and Training Corporation*.[123] Es preciso destacar que la empresa que era conocida como *Corrections Corporation of America*, cambió su nombre a *CoreCivic* en 2016, luego de que un informe de la Oficina del Inspector General del Departamento de Justicia de Estados Unidos revelara altos índices de violencia y deficiencia en los servicios de catorce cárceles

---

[117] R. del S. 720 de 24 de abril de 2018, 3era Ses. Ord., 18va Asam. Leg.

[118] *Id*.

[119] Sociedad para la Asistencia Legal, *Ponencia de la Sociedad para Asistencia Legal: Resolución del Senado Número 720*, R. Del S. 720 de 24 de abril de 2018, Com. de la Seguridad Pública, Senado de Puerto Rico, 3era Ses. Ord., 18va Asam. Leg., 5 de septiembre de 2018, en la pág. 9.

[120] *Id*. en la pág. 5.

[121] *Id*.

[122] *Id*.

[123] *Id*.

administradas por esta y otras corporaciones, entre ellas *Management and Training Corporation*.[124]

Para el 22 de junio de 2018, se dio a conocer, nuevamente a través de la prensa, que el Departamento de Corrección inició las orientaciones sobre los traslados. No obstante, hasta ese momento no se había adjudicado el contrato a la compañía privada que se encargaría del programa de traslado. Aun así, se les mostró a los confinados una serie de documentos en los que tenían que certificar que recibieron la información y marcar en un recuadro si aceptaban o no aceptaban voluntariamente ser evaluados para el traslado. No fue hasta el 30 de junio de 2018 cuando se reseñó en la prensa que durante la primera fase de orientación se identificaron 1,193 confinados para acogerse al programa de traslado. A pesar de que las orientaciones estuvieron dirigidas a ofrecer información sobre las cárceles de Tallahatchie en Missisipi y El Valle en Texas, ya estas dos habían sido descartadas y se evaluaría la institución correccional La Palma en Arizona.[125]

La Ponencia de la Sociedad para la Asistencia Legal añadió que ha sido la prensa del país la que se ha encargado de ofrecer la poca información que ha servido de orientación a la población correccional y a la ciudadanía en general.[126] Lo anterior, sumado a la falta de transparencia, le imprimen al proceso una ausencia de garantías procesales y de confiabilidad. Ciertamente, ello impide que una persona bajo la *custodia* del Estado pueda tomar una decisión voluntaria, pero sobre todo libre e inteligente, antes de dar su consentimiento.[127] Una persona encarcelada no puede consentir de forma inteligente a un proceso de traslado que está plagado de desinformación y contradicciones.[128] Se trata de una persona confinada que cuando consintió no se había adjudicado el contrato ni se había identificado la institución a la cual sería enviada.[129] Al momento de consentir a ser evaluadas para el traslado, estas personas encarceladas no conocían con certeza las condiciones del lugar a donde serían trasladadas,[130] los beneficios que recibirían,[131] si se les garantizarán las bonificaciones,[132] si en ese lugar contarían con personal que hablara su mismo

---

[124] *Id*. en la pág. 6 (*citando a* Joel Cintrón Arbasetti y Laura Moscoso, *Turbo el historial de empresas interesadas en el contrato para sacar prisioneros de Puerto Rico*, CENTRO DE PERIODISMO INVESTIGATIVO (25 de abril de 2018) http://periodismoinvestigativo.com/2018/04/turbio-el-historial-de-empresas-interesadas-en-el-contrato-para-sacar-prisioneros-de-puerto-rico/).

[125] *Id*. en la pág. 6 (*citando a* Leysa Caro González, *El traslado de confinados sigue en pie*, EL NUEVO DIA (30 de junio de 2018) https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/eltrasladodeconfinadossigueenpie-2431893/).

[126] *Id*. en la pág. 10.

[127] *Id*.

[128] *Id*.

[129] *Id*.

[130] *Id*.

[131] *Id*.

[132] *Id*.

idioma,[133] si se podrían comunicar con sus familiares desde la prisión en Estados Unidos y cómo se comunicarían,[134] o si les cobrarían por las llamadas, al partir de la premisa de que son instituciones privadas.[135] Antes de atender con certeza todas estas interrogantes, primero tenían que ocurrir dos cosas: identificar las respectivas instituciones carcelarias y adjudicarse el contrato. Por lo tanto, para que el consentimiento de estas personas fuera voluntario e inteligente, lo anterior era un requisito indispensable al cual debía dársele estricto cumplimiento.

La voluntariedad del consentimiento no pone fin a esta discusión. Independientemente se considere voluntario y válido dicho consentimiento, las consecuencias que engendra el proceso de traslado constituyen violaciones constitucionales y privaciones de intereses libertarios. Es decir, independientemente de que se les garantice un debido proceso de ley en su vertiente procesal, analizado bajo el crisol del debido proceso de ley sustantivo, el traslado constituye una violación a varios intereses libertarios de la persona privada de su libertad.

Analicemos por un momento las bonificaciones. El Tribunal Supremo de Puerto Rico, en *Romero v. Admin. de Corrección*, resolvió que los confinados poseen un interés libertario legítimo en las bonificaciones por buena conducta.[136] En dicho caso, la bonificación representó una expectativa de los confinados en relación con la fecha específica sobre cuándo podrían obtener su libertad.[137] Lamentablemente, la falta de transparencia en el proceso de traslado promueve que se viole el interés libertario a las bonificaciones. En el reglamento que regula el proceso de traslado, no se contempla ese interés libertario. No sabemos si el Estado ha procurado garantizar, a través de la institución privada, dicho interés libertario. Sin embargo, el Estado está obligado por mandato constitucional a propender a la rehabilitación del confinado. En esa dirección, debe asegurarse de que se protejan los derechos de los cuales goza la población correccional.

Por otra parte, surge incertidumbre en cuanto a qué va a pasar con las medidas disciplinarias que en muchas ocasiones se toman en estas instituciones privadas como, por ejemplo, el tiempo agregado a la pena, o *add on time*, por mala conducta. Lo que sí sabemos es que los puertorriqueños encarcelados no tienen la expectativa de permanecer tiempo adicional en prisión. Esto viola los intereses libertarios del individuo encarcelado, pues representa un vuelco en su expectativa de libertad. En cuanto a esto último, la Unión Americana de Libertades Civiles [en adelante, *ACLU*] de Puerto Rico en su ponencia en torno a Resolución del Senado 720, señaló

---

[133] *Id*.

[134] *Id*.

[135] *Id*.

[136] Romero v. Admin. de Corrección, 175 DPR 314, 328 (2009) (*citando a* Pueblo v. Falú, 116 DPR 828 (1986); Hudson v. Palmer, 468 U.S. 517, 524 (1984)).

[137] *Id*.

que: "[l]os confinados perderían el derecho al acceso a los servicios y beneficios que por ley y reglamento la Administración de Corrección está obligada a proveer, incluyendo bonificaciones, programas educativos, entrenamiento vocacional y otros".[138] Además, perderían acceso a sus familiares, al seguimiento de sus gestiones ante la Rama Judicial o la Junta de Libertad Bajo Palabra.[139] La ACLU añadió que: "[l]os presos encarcelados en instituciones privadas tienden a recibir mayores sanciones mientras están encarcelados, provocando que se extienda aún más su periodo de confinamiento".[140]

Otro aspecto que debemos tomar en consideración al momento de identificar la violación de intereses libertarios de la población correccional es el tema del derecho al voto. ¿Cómo se le va a garantizar al confinado puertorriqueño su derecho al voto si durante el proceso de elecciones se encuentra cumpliendo su pena fuera del país por motivo de este traslado?

Ante la situación planteada, el enfoque del *entitlement* constituye una afrenta a la dignidad de ese ser humano encarcelado. Si esos confinados, en las circunstancias antes descritas, argumentan que se ha violado su derecho a un debido proceso de ley se verán enfrentados a una carrera de obstáculos. Bajo el crisol doctrinal del *entitlement,* esos obstáculos dependen totalmente del Estado. Primero, ese confinado dependerá de que el tribunal revisor concluya que existe un lenguaje suficientemente obligatorio en la ley o reglamento que regula el proceso, como para determinar que el Estado le creó un interés libertario. Por ejemplo, que en la ley o reglamento se le reconozca el derecho a cumplir su pena en Puerto Rico. Es decir, sus posibilidades de éxito serán una consecuencia directa de que el legislador, por inadvertencia o benevolencia, haya establecido un lenguaje obligatorio que cree ese interés libertario. De lograr superar el primer obstáculo, tienen que probar, además, que dicha acción es una privación significativa y atípica a las condiciones normales del confinamiento. Es preciso cuestionarse, ¿qué constituye una privación significativa y atípica a las condiciones normales del confinamiento? ¿No es la rigurosidad de estos requisitos un indicativo de la necesidad de otorgarle a los intereses libertarios de la población correccional una fuerza independiente?

La población correccional y la sociedad en general encaran una acción de cariz economicista donde el propio Plan de Reorganización llama "clientes" a los que antes llamaba "reos" y "confinados".[141] En cualquier otro contexto histórico,

---

[138] American Civil Liberties Union de Puerto Rico (ACLU), Ponencia en torno a la Resolución del Senado 720, R. del S. 720 de 24 de abril de 2018, Com. de Seguridad Pública, Senado de Puerto Rico, 3era Ses. Ord., 18va Asam. Leg., 31 de Agosto de 2018, en las págs. 1-2.

[139] *Id*. en la pág. 2.

[140] *Id*.

[141] DEPARTAMENTO DE CORRECCIÓN Y REHABILITACIÓN, PLAN DE REORGANIZACIÓN NÚM. 2 DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2011, 3 LPRA AP. XVIII (2017).

parecerían términos inofensivos. Sin embargo, en este momento histórico, donde se pretende atender la crisis fiscal a través de medidas de austeridad económica, parecería dejar entrever que el confinado no solo es un esclavo del Estado, sino que forma parte de la cartera de clientes del gobierno. Someter a una persona bajo custodia del Estado a un enfoque de *entitlement* bajo la ecuación económica del traslado, viola la dignidad del individuo encarcelado y además obstaculiza e impide el proceso de rehabilitación.

III. La oportunidad de encontrar un interés libertario a la población correccional

Surge la oportunidad de darle un significado distinto a la metodología del *entitlement* en el contexto carcelario. El artículo ha dejado claramente establecido que el principal requisito de esta metodología adjudicativa es analizar si el Estado creó ese derecho o interés libertario en leyes o reglamentos. En esa dirección, debe ser la Constitución, como ley suprema, la primera fuente jurídica que se mire al momento de identificar si ese interés libertario ha sido creado. Precisamente, la misma ley que recoge la mayoría de los derechos inalienables del ser humano. A su vez, es la Rama Judicial el último intérprete de esta ley suprema. De esta manera, se atempera dicha metodología adjudicativa con los valores y pilares fundamentales de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.

Consecuentemente, el acceso a la justicia y los derechos que retiene la población correccional urgen de una metodología adjudicativa, cónsona con nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, es necesaria una metodología adjudicativa de impacto gravoso en la persona encarcelada. Así se logra un justo balance entre los intereses del gobierno con el Departamento de Corrección, sobre todo en cuanto a la administración y supervisión de las instituciones bajo el concepto de *custodia*, y los derechos constitucionales de la población correccional. Es decir, se le tiene que dar fuerza independiente a los intereses libertarios en el contexto carcelario. En este sentido, se recomienda volver a la aplicación de la metodología adjudicativa de impacto en la persona encarcelada para que goce de un interés libertario. No obstante, debemos distinguir entre ciertas acciones del Estado para comprender el marco interpretativo de dicho enfoque.

A. Acciones que violan libertades fundamentales y otros derechos constitucionales

Bajo esta categoría se clasifican todas las acciones que por su propia fuerza invocan el debido proceso de ley directamente desde la Constitución. Dichas acciones, por su naturaleza, son tan gravosas para el individuo encarcelado que haría

impráctico el enfoque del *entitlement.* Por lo tanto, aquí se ubican aquellas acciones que violentan derechos fundamentales. Un claro ejemplo de esas acciones sería el proceso de traslado interestatal que ocurre actualmente y que viola la dignidad de la persona privada de su libertad, entre otros intereses libertarios. Bajo esta categoría se puede ubicar también el escenario dantesco que quedó expuesto en el caso de *Morales Feliciano*, donde las condiciones de salud y vida de esos seres humanos encarcelados constituyó una afrenta a su dignidad. Por lo tanto, resulta impráctico utilizar el enfoque del *entitlement.*

La razón para este rechazo radica en que, aunque parece tentador compararlo al proceso de búsqueda de la existencia o inexistencia de un interés propietario, esto no es lo correcto.[142] La justificación para utilizar como guía la ley estatal, cuando buscamos un interés propietario, no es la misma en el contexto de los intereses libertarios de las personas confinadas.[143] Cuando se busca proteger intereses propietarios, el debido proceso de ley tiene como objetivo proteger la confianza del pueblo mediante un derecho que la propia ley local ha creado.[144] Por su parte, cuando se busca proteger un interés libertario, el debido proceso de ley no protege, a modo de ejemplo, este tipo de confianza en el gobierno sobre un derecho creado, sino una ausencia de restricción al pueblo en el ejercicio de sus derechos.[145] Es, precisamente, esa ausencia de restricción lo que llamamos *libertad*.[146]

En estricto sentido jurídico, bajo esta categoría, cada vez que se violen los derechos fundamentales de las personas encarceladas, se debe aplicar un escrutinio estricto. Por lo tanto, el peso de la prueba debe recaer en el Estado para demostrar que persigue un interés apremiante y que no existe ninguna medida menos onerosa para lograr dicho interés que no sea a través de la violación los derechos fundamentales y/o de la privación de sus intereses libertarios.

B. Acciones de Régimen Carcelario

Bajo esta categoría se deben clasificar las actividades de formación profesional, educación, programas de mejoramiento, ejercicio, deportes y decisiones puramente económicas que no constituyan una violación a los derechos constitucionales o intereses libertarios de las personas encarceladas.[147] La calidad del régimen

---

[142] Sandin v. Conner, 515 U.S. 472, 497-98 (1995) (Breyer, opinión disidente) (traducción suplida).
[143] *Id*. en la pág. 498.
[144] *Id*.
[145] *Id*.
[146] *Id*.
[147] Oficina de las Naciones Unidas contra la Dogra y el Delito, Medidas Privativas y no Privativas de Libertad, Manual de Instrucciones para la evaluación de la justicia penal, https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/The_Prison_System_Spanish.pdf. (última visita 22 de mayo de 2019).

condicionará su reinserción social satisfactoria.[148] En aras del bienestar psicológico de las personas privadas de su libertad, es muy importante que permanezcan dentro de las celdas el menor tiempo posible.[149] A modo de ejemplo, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes destaca la importancia crucial que reviste para el bienestar de las personas privadas de su libertad la existencia de actividades cuyo objetivo sea garantizar que las personas encarceladas pasen ocho horas o más fuera de sus celdas realizando actividades productivas de diversa naturaleza.[150] Sin embargo, el hecho de permitir que las personas encarceladas permanezcan la mayor parte del día fuera de sus celdas, inmersos en actividades diversas, repercute en la administración de las prisiones.[151] Es preciso disponer de personal suficiente y debidamente capacitado para velar por la seguridad y el orden, así como para supervisar las actividades.[152] Además, el personal también deberá garantizar la protección de las personas encarceladas más vulnerables.[153] Lo anterior demuestra la obligación de toda institución penal de mantener el orden, la seguridad y el control dentro de la prisión con el propósito de evitar incidentes.[154] Esto incluye procedimientos de vigilancia, seguridad, clasificación, evaluación y registros, entre otros.

Nótese que hay acciones que necesariamente tiene que realizar la administración de la institución penal para que la individualización responda de manera eficaz a las necesidades de reinserción de cada persona encarcelada y a la seguridad de la población correccional. Por lo tanto, bajo esta categoría se debe aplicar un examen judicial de balance de intereses en el cual se debe analizar la medida o acción que se impugna y a cuál interés responde. Además, se debe ponderar la razonabilidad del medio *vis a vis* el propósito que persigue. Finalmente, se debe explicar y fundamentar cómo se configura la violación que se reclama para poder analizar los derechos en controversia. Lo anterior, gira en torno a si la acción o medida que se impugna constituye una verdadera violación o una mera molestia. Por lo tanto, se debe tomar en consideración si se violenta un derecho a través de esta acción o medida o si, bajo esa misma línea, impone medidas onerosas en su ejercicio. De esta manera, se logra un justo balance entre la protección de los intereses y derechos de la población correccional *versus* los intereses del Estado a través del Departamento de Rehabilitación.

---

[148] *Id*.

[149] *Id*.

[150] *Id*. (*citando a* Convención del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, CTP/inf (92) 3, párrafo 47).

[151] *Id*.

[152] *Id*.

[153] *Id*.

[154] *Id*.

C. Una interpretación de factura más ancha

Para lograr lo anterior debemos verdaderamente entender qué implica disfrutar de una constitución de "factura más ancha" y cómo puede dársele mayor protección a la población correccional bajo el enfoque recomendado de impacto gravoso.

En los debates de la Asamblea Constituyente se expresó:

> [H]emos intentado desempeñar esta encomienda de suerte que la carta de derechos que produzca el pueblo de Puerto Rico y se traslade al Congreso de Estados Unidos no sea una que cumpla mínimamente con el requisito que allí se le fija, sino que, por el contrario, sea una de las cartas de derechos más liberales, más generosas, más auténticamente democráticas que se conocen hoy en día en el mundo.[155]

El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha compartido esta postura. La Constitución de Puerto Rico es más abarcadora en la concesión de derechos que la Constitución de Estados Unidos.[156] Específicamente, en cuanto a esas disposiciones de la Carta de Derechos de la Constitución de Puerto Rico que tienen un paralelismo con protecciones también reconocidas en la Carta de Derechos de la Constitución de Estados Unidos.[157]

El TSPR no se ha expresado categóricamente sobre el enfoque interpretativo que han de utilizar a la hora de resolver una controversia sobre un derecho reconocido tanto en Puerto Rico como en Estados Unidos. Se ha recomendado que el TSPR pondere los siguientes requisitos a la hora de analizar si un reclamo merece o no una mayor protección a la establecida en la esfera federal: la disposición constitucional que se reclama; el historial de dicha disposición; la actuación legislativa; y la sociología puertorriqueña.[158] De determinar que ese reclamo merece una protección mayor que en la esfera federal, el TSPR debe interpretar nuestra constitución de manera independiente a lo que se haya establecido en la esfera federal.[159] Se ha expresado que: "Esa interpretación independiente será para todos los efectos legítima, pues se estaría utilizando para dar una mayor protección y por lo tanto no se estaría vulnerando el principio de supremacía".[160] De esta manera, la interpretación brindará mayor certeza a los reclamos de los individuos sobre derechos reconocidos en ambas esferas.[161]

---

[155] Tatiana Vallescorbo Cuevas, *Interpretando la factura más ancha*, 46 REV. JUR. UIPR 303, 304 (2012) (*citando a* 2 DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCIÓN CONSTITUYENTE 1348 (1961)).
[156] *Id*. (*citando a* Pueblo v. Díaz, 176 DPR 601, 624 (2009)).
[157] *Id*.
[158] *Id*. en las págs. 326-31 (aquí se explica cada una de las categorías).
[159] *Id*. en la pág. 330.
[160] *Id*.
[161] *Id*.

La interpretación independiente que realicen los tribunales estatales fortalece el sistema federal.[162] La Constitución federal crea un gobierno central con identidad propia de los componentes del sistema.[163] En esa organización, los poderes gubernamentales no solo se dividen de manera horizontal, entiéndase las tres ramas de gobierno, sino también de manera vertical, entre el gobierno central y los estados.[164] Por lo tanto, operan dos sistemas de gobierno simultáneamente: el estatal y el federal.[165] Así, en un sistema como lo es el gobierno federal estadounidense donde dos gobiernos coexisten, se debe llevar a cabo una variación de pesos y contra pesos, no solo a nivel horizontal, sino también a nivel vertical: estados *vis a vis* el gobierno central.[166]

Si los tribunales estatales utilizan como base la interpretación federal, y se sostienen en ella para determinar el derecho constitucional de sus ciudadanos, el sistema federal no funcionaría en su mayor apogeo.[167] En primer lugar, porque los tribunales no estarían en función de servir de contrapeso ante la reducción de derechos por parte de la esfera federal.[168] En segundo lugar, porque se entraría a un círculo doctrinal, donde el TSEU gira hacia los tribunales estatales para determinar el derecho y los tribunales estatales descansan en la interpretación del TSEU para establecer su propio derecho.[169] Ello, aunque no impide, retrasa la evolución del derecho.[170]

IV. Conclusión

El enfoque del *entitlement* para encontrarle un interés libertario a la población correccional engendra en sí mismo el riesgo de convertir a esa persona privada de su libertad en el esclavo del estado que describían los casos del siglo XIX cuando la privación era total. Hemos analizado posturas de jueces disidentes que perfilan el comienzo de la andadura hacia una posición humanitaria y cónsona con nuestro ordenamiento jurídico. El tema no es nuevo, pero se han desarrollado modelos que demuestran de forma fehaciente la urgencia de reflexionar sobre las protecciones constitucionales que se le debe brindar a la población correccional. Si a través del enfoque del *entitlement* se dejan en manos del Estado las protecciones que la persona

---

[162] *Id*. en la pág. 331.

[163] *Id*. (*citando a* José Julián Álvarez, *La distribución de la competencia entre Estados Unidos y Puerto Rico: Conflictividad competencial y justiciar*, 74 REV. JUR. UPR 285, 287 (2005)).

[164] *Id.* en la pág. 331.

[165] *Id.*

[166] *Id*.

[167] *Id*.

[168] *Id*.

[169] *Id*.

[170] *Id*.

encarcelada pueda recibir, se patrocinaría una privación absoluta y la violación de la dignidad de las personas privadas de su libertad.

Este artículo no pretende resolver este debate jurídico que por décadas ha tocado a las puertas de nuestro sistema penitenciario. Sin embargo, logra exponer esta realidad y propone varias recomendaciones. Primero, que ante la necesidad de utilizar el *entitlement* como metodología adjudicativa, sea la Constitución la fuente legal de donde deriven los intereses libertarios. Segundo, darle al concepto *libertad,* en el contexto de los intereses libertarios, una fuerza independiente que active el debido proceso de ley directamente de la Constitución. Tercero, que se utilice un enfoque de impacto gravoso en la persona encarcelada. De esta manera, se cristaliza la teoría de que la dignidad del ser humano es inviolable y que esta ampara a las personas encarceladas.

Los principios impulsados por la CIDH y las Naciones Unidas deben ser seriamente considerados no solo por la legislatura, sino también por la Rama Judicial de Puerto Rico a la hora de ejercer su función revisora. Continuar con la metodología adjudicativa actual para identificar intereses libertarios de la población correccional, mantendrá latente la inhabilidad e indiferencia del Estado de cumplir con su función y mandato constitucional. Comparto la misma interrogante planteada por el Prof. Carlos Ramos González en la conclusión de su artículo *La Industria del Dolor*: ¿cuándo hemos de recuperar nuestra humanidad?[171]

---

[171] Carlos E. Ramos González, *La industria del dolor*, 36 REV. JUR. UIPR 323, 332 (2002).

EL CANNABIS MEDICINAL EN EL AMBIENTE LABORAL: CÓMO BALANCEAR LOS INTERESES DEL EMPLEADO-PACIENTE Y EL PATRONO

*Nicole G. Rodríguez Velázquez**

Resumen

El presente artículo busca establecer dos propuestas sobre cómo se debe tratar el cannabis medicinal en el ambiente laboral en Puerto Rico, basándose en cómo se ha atendido el asunto en Estados Unidos y cómo nuestra Asamblea Legislativa ha propuesto atender el asunto por medio de dos Proyectos de Ley. La primera propuesta establece una prohibición de discrimen contra los pacientes registrados expresamente, mientras que la segunda propuesta atiende el asunto de forma indirecta y clasifica el estatus de *paciente certificado* como una discapacidad, lo que provee, entonces, las protecciones de otras leyes. Empero lo anterior, ambas propuestas establecen ciertas circunstancias en las que un paciente registrado no estará protegido contra discrimen en el lugar de trabajo. La Asamblea Legislativa de Puerto Rico se ha expresado a favor de la aprobación de piezas legislativas que velen por los intereses de los empleados-pacientes y de los patronos. No obstante, es imperativo que se tomen las medidas necesarias para la aprobación de un nuevo estado de derecho que pueda alcanzar estos objetivos efectivamente.

Abstract

This article presents two proposals on how medical cannabis in the workplace should be treated in Puerto Rico based on how the matter has been addressed in the United States and how our Legislative Assembly has proposed to address the issue through two bills. The first proposal establishes a direct prohibition of discrimination against registered patients, while the second proposal addresses

* Estudiante de tercer año en la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

the issue indirectly and classifies the status of a certified patient as a disability, which then provides the protections of other statutes. In addition, both proposals establish certain circumstances in which a registered patient will not be protected against discrimination in the workplace. The Legislature of Puerto Rico has expressed itself in favor of the approval of legislative pieces that safeguard the interests of employee-patients and employers. However, it is imperative to take the necessary measures for the approval of a new state of law that can effectively achieve these objectives.

I. Introducción 469

II. Desarrollo histórico del uso del cannabis medicinal..... 470

III. Ley para Manejar el Estudio, Desarrollo e Investigación del Cannabis para la Innovación, Normas 478

IV. Medidas Propuestas..... 480

V. Cómo se ha atendido el cannabis medicinal en el ambiente laboral en Estados Unidos 483

VI. Propuestas para Puerto Rico 488

VII. Conclusión 492

I. Introducción

El 9 de julio de 2017, el Hon. Gobernador Ricardo Rosselló firmó la *Ley para Manejar el Estudio, Desarrollo e Investigación del Cannabis para la Innovación, Normas Aplicables y Límites* [en adelante, *Ley MEDICINAL*]. El propósito de esta legislación es establecer los controles y las herramientas requeridas para adoptar la reglamentación necesaria para que pacientes puedan tener acceso al cannabis medicinal, y para el desarrollo ordenado de la industria que, en su consecuencia, emerge.[1] Esta ley, junto al Reglamento 9038 de la Junta Reglamentadora del Cannabis Medicinal del Departamento de Salud, forman el único marco legal que existe en la isla para tratar el asunto del cannabis medicinal.[2] Actualmente, hay varias áreas impactadas por la legalización del uso medicinal del cannabis que están desprovistas de reglamentación. Entre estas se encuentra el sector laboral, ya que no hay guías sobre cómo los patronos deben manejar la situación cuando uno de sus empleados utiliza cannabis medicinal.

Este artículo busca atender el problema de la falta de legislación y reglamentación en el ámbito laboral en cuanto al uso del cannabis medicinal. En primer lugar, se realizará un recuento histórico sobre cómo ha sido el proceso de legalización del cannabis, principalmente para propósitos medicinales, tanto en Estados Unidos como en Puerto Rico. Además, se expondrá el tema de la disyuntiva que existe entre el gobierno federal y los gobiernos estatales en cuanto a este tema. Luego, se discutirá la Ley MEDICINAL y su reglamento, para establecer cuál es el estado de derecho vigente en Puerto Rico.[3] Posteriormente, se evaluará el efecto de no tener legislación que atienda el tema del cannabis medicinal en el ámbito laboral y se discutirán dos proyectos de ley que se encuentran actualmente ante la consideración de la Asamblea Legislativa de Puerto Rico. Se discutirá, además, cómo se ha atendido el asunto del cannabis medicinal en los Estados Unidos, y se examinarán las disposiciones legales vigentes en los estados de Arizona, Connecticut, Nueva York y Rhode Island. Finalmente, se concluirá el artículo con dos propuestas para Puerto Rico que integran todo lo antes mencionado, con el propósito de proveer una solución que vele por los intereses de los empleados-pacientes y de los patronos.

---

[1] *Véase* Ley para Manejar el Estudio, Desarrollo e Investigación del Cannabis para la Innovación, Normas Aplicables y Límites, Ley Núm. 42-2017, 24 LPRA **§§ 2621-2626h (2011 & Supl. 2019).**

[2] Depto. Salud, Reglamento para Manejar el Estudio, Desarrollo e Investigación del Cannabis para la Innovación, Normas Aplicables y Límites, Núm. 9038 (2 de julio de 2018), http://www.salud.gov.pr/Documents/ Cannabis /Reglamento%20de%20Cannabis%209038.pdf.

[3] 24 LPRA **§§ 2621-2626h.**

II. Desarrollo histórico del uso del cannabis medicinal

Según la Encuesta Nacional sobre Consumo de Drogas y Salud del 2016, la marihuana es la droga ilícita más utilizada en los Estados Unidos, con un total de 24 millones de usuarios mayores de 12 años.[4] Es decir, un 8.9% de la población mayor de 12 años en Estados Unidos utilizó marihuana en el 2016.[5] Estos resultados fueron mayores que los encontrados en este mismo estudio entre los años 2002 y 2015.[6] Los grupos de edades donde hubo mayor aumento fueron adultos de veintiséis años o más, y adultos jóvenes entre dieciocho y veinticinco años.[7] No obstante, este estudio no establece si estas personas son usuarias de marihuana únicamente para propósitos recreacionales o si la usan medicinalmente y poseen licencia para ello.

La marihuana ha sido utilizada para propósitos recreacionales y medicinales desde tiempos tan lejanos como el 2,900 a. c.[8] La planta de la que proviene el cannabis es autóctona del centro y sur de Asia, y fue traída al hemisferio oeste por los españoles, quienes fueron los primeros en hacer uso recreativo de este en Centro y Suramérica.[9] Uno de los principales usos medicinales del cannabis es el alivio del dolor para dolencias como gota e inflamación.[10] Otros síntomas que se pueden tratar con cannabis medicinal son: pérdida de apetito, náusea, dolor crónico, ansiedad, desórdenes del sueño, espasmos musculares y glaucoma.[11] El componente del cannabis que atiende estos síntomas es el *tetrahidrocannabinol* [en adelante, *THC*].[12] Sin embargo, el Instituto de Medicina de Estados Unidos expresó que fumar el cannabis no es una buena manera de obtener THC y, además, trae consigo sustancias que podrían ser dañinas.[13] Es por esto que las leyes estatales sobre cannabis medicinal establecen otros métodos para utilizarlo, tales como, por

---

[4] U.S. Department of Health and Human Services, Substance Abuse and Mental Health Sciences Administration (SAMHSA), *Key substance use and mental health indicators in the United States: Results from the 2016 National Survey on Drug Use and Health,* 15 (Septiembre 2017), https://www.samhsa.gov/data/sites/default/files/NSDUH-FFR1-2016/NSDUH-FFR1-2016.pdf.

[5] *Id*.

[6] *Id*.

[7] *Id*.

[8] Mary K. Stohr & Cheyenne Foster, *No Tokes over the Line: Marijuana Decriminalization, Medicalization and Legalization as it Affects Decarcelation*, *en* LEGALIZING MARIJUANA: A SHIFT IN POLICIES ACROSS AMERICA 120 (2016).

[9] Willard M. Oliver, *Federalism and US Marijuana Laws: A Constitutional Crisis*, *en* LEGALIZING MARIJUANA: A SHIFT IN POLICIES ACROSS AMERICA 4 (2016).

[10] Stohr & Foster, *supra* nota 8.

[11] JONATHAN P. CAULKINS, ET AL., MARIJUANA LEGALIZATION: WHAT EVERYONE NEEDS TO KNOW 95 (2012).

[12] *Id*. en la pág. 96.

[13] *Id*.

ejemplo, la vaporización y los comestibles, y excluyen de los métodos permitidos el acto de fumarlo.

A. Legalización del cannabis medicinal en Estados Unidos

El cannabis, tanto para usos medicinales como para fines recreativos, ha sido regulado en Estados Unidos desde 1906, cuando el gobierno federal lo catalogó como un veneno.[14] Luego, debido a los débiles poderes del gobierno federal, los estados comenzaron a hacer lo mismo y California fue el primero en regularla.[15] Posteriormente, luego de muchos intentos de regulación, en 1970 se aprobó la *Ley de Sustancias Controladas* federal, la cual clasifica la marihuana como una droga ilícita de Clasificación I (*Schedule I*).[16] Esta clasificación significa que la droga no tiene uso médico reconocido y tiene alto potencial de abuso.[17] Sin embargo, a pesar de esta legislación y la política antidrogas del gobierno federal, en años recientes, ha existido una tendencia en los estados a legalizar el uso del cannabis, principalmente para propósitos medicinales. El primer estado en legalizar su uso medicinal fue California, en 1996.[18] Luego, en 1998, le siguieron otros estados como Oregon, Washington y Alaska.[19] Como resultado de este movimiento, al momento, treinta y tres estados, Washington D.C., Guam, y Puerto Rico han legalizado el cannabis para propósitos medicinales.[20] Además, diez estados, junto a Washington D.C., han legalizado su uso recreativo.[21] Estas leyes que legalizan el cannabis para fines medicinales o recreativos han surgido tanto por acción legislativa como por iniciativas de votación.[22]

Esta tendencia a legalizar el uso del cannabis se puede deber al aumento en la población de Estados Unidos que acepta su uso o consumo, según lo demuestran

---

[14] Oliver, *supra* nota 9, en la pág. 5.

[15] *Id*.

[16] Controlled Substances Act of 1970, 21 U.S.C.A. §§ 801-971 (2017).

[17] Oliver, *supra* nota 9, en la pág. 5.

[18] *State medical marijuana laws*, NATIONAL CONFERENCE OF STATE LEGISLATURES (NCSL) (8 de noviembre de 2018) http://www.ncsl.org/research/health/state-medical-marijuana-laws.aspx.

[19] Kenneth Leon & Ronald Weitzer, *Marijuana Legalization: Comparing Recent Ballot Initiatives*, *en* LEGALIZING MARIJUANA: A SHIFT IN POLICIES ACROSS AMERICA 93 (2016).

[20] Los 33 estados donde se permite el uso medicinal del cannabis son: Alaska, Arizona, Arkansas, Colorado, Connecticut, Delaware, Florida, Hawaii, Illinois, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Missouri, Montana, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, New York, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, Utah, Vermont, Washington y West Virginia.

[21] Los 10 estados donde se permite el uso recreacional del cannabis son: Alaska, California, Colorado, Maine, Michigan, Massachusetts, Nevada, Oregon, Vermont y Washington.

[22] Leon & Weitzer, *supra* nota 19, en la pág. 90.

varias encuestas realizadas.[23] En el año 1969, solo un 12% de la población apoyaba la legalización del cannabis, pero con el pasar de los años este número incrementó hasta alcanzar un 55-58%, en el año 2014.[24] Se entiende que este aumento a la tolerancia del uso recreacional del cannabis se debe principalmente al movimiento de personas que apoya su uso para propósitos medicinales.[25]

B. Legalización del cannabis medicinal en Puerto Rico

El pasado 3 de mayo de 2015, el entonces gobernador de Puerto Rico, Hon. Alejandro García Padilla, firmó una Orden Ejecutiva en la cual estableció que la salud es un derecho fundamental y aludió a estudios publicados que demuestran el valor terapéutico de la planta del cannabis, y sus derivados, en el tratamiento de varias enfermedades debilitantes.[26] La Orden Ejecutiva establece que la *Ley de Sustancias Controladas de Puerto Rico* le confiere la facultad al Secretario de Salud de aprobar, mediante reglamento u orden, el acto de añadir una sustancia controlada a las clasificaciones establecidas, transferir una sustancia de una clasificación a otra y eliminar cualquier droga u otra sustancia de las clasificaciones si determina que la misma no tiene los requisitos para su inclusión en una de estas clasificaciones.[27] Por otra parte, la *Ley de la Administración de Salud Mental y Contra la Adicción* establece que el Secretario de Salud tiene la facultad de autorizar a que se distribuyan, dispensen, fabriquen y prescriban sustancias controladas para uso médico.[28] Basándose en estas disposiciones legales, el Hon. Alejandro García Padilla ordenó a la Secretaria del Departamento de Salud a realizar la reclasificación que correspondiera y autorizara el uso medicinal de algunas o todas las sustancias controladas o componentes derivados de la planta del cannabis. De esta manera, se buscaba adoptar medidas innovadoras para garantizar el bienestar de los pacientes y que estos gozaran de una mejor calidad de vida. Luego, se promulgó otra Orden Ejecutiva para establecer que procesar criminalmente a personas por posesión de marihuana para uso personal, con el objetivo de que cumplan pena de cárcel, estuviera en el nivel de prioridad más

---

[23] *Id*. en la pág. 89.

[24] *Id*.

[25] *Id*. en las págs. 89-90.

[26] Orden Ejecutiva Núm. 2015-10, *Para autorizar el uso medicinal de algunas o de todas las sustancias controladas o componentes derivados de la planta del cannabis* (3 de mayo de 2015), https://estado.pr.gov/apex/f?p=118:15:8333828792032::NO::P15_ANO:2015.

[27] Ley de Sustancias Controladas de Puerto Rico, Ley Núm. 4 del 23 de junio de 1971, 24 LPRA **§ 2201** (2011 & Supl. 2019).

[28] Ley de la Administración de Salud Mental y Contra la Adicción, Ley Núm. 67-1993, 3 LPRA **§ 402f** (2017).

bajo en la asignación de recursos para la implementación de la ley por el Secretario de Justicia.[29]

Posteriormente, como consecuencia de otra Orden Ejecutiva emitida por el Hon. Alejandro García Padilla,[30] la entonces Secretaria del Departamento de Salud, la Dra. Ana Ríus, promulgó la Orden Declarativa Núm. 32 del 17 de junio de 2015.[31] Por medio de esta Orden, se removió la marihuana, así como todo material, compuesto, mezcla o preparación que contenga una cantidad cualquiera de sus sales, isómeros y sales de isómeros, de la Clasificación I y se ubicó en la Clasificación II de la *Ley de Sustancias Controladas*.[32] Este cambio de clasificación implica que se reconoce que la marihuana tiene un uso medicinal, exceptuándose el *cannabidiol*, el *cannabinol*, los *tallos maduros*, y las raíces de la planta de la marihuana.[33] La Orden Declarativa también dio lugar al *Reglamento del Secretario de Salud para el Control de la Fabricación, Distribución, Dispensación y Disposición de Sustancias Controladas*.[34]

El Hon. Alejandro García Padilla promulgó, además, una Orden Ejecutiva para que todas las oficinas, departamentos, agencias, corporaciones y dependencias públicas de la Rama Ejecutiva enmendaran sus reglamentaciones sobre el Programa de Pruebas de Detección de Sustancias Controladas [en adelante, *Programa de Detección*].[35] Según establece la *Ley para Reglamentar las Pruebas para la Detección de Sustancias Controladas en el Empleo en el Sector Público*, las personas al mando de las agencias de la Rama Ejecutiva establecerán un Programa de Detección con el objetivo de identificar aquellos empleados que desempeñan sus deberes bajo el efecto de sustancias controladas, y se promueva su rehabilitación.

---

[29] Orden Ejecutiva Núm. 2015-35, *Para establecer que el procesamiento criminal a personas por posesión de marihuana para uso personal estará en el nivel de prioridad más bajo* (15 de septiembre de 2015), https://estado.pr.gov/apex/f?p=118:15:8333828792032::NO::P15_ANO:2015.

[30] Orden Ejecutiva Núm. 2015-10, *Para autorizar el uso medicinal de algunas o de todas las sustancias controladas o componentes derivados de la planta del cannabis* (3 de mayo de 2015), https://estado.pr.gov/apex/f?p=118:15:8333828792032::NO::P15_ANO:2015.

[31] Orden Declarativa Núm. 2015-32, *Para ubicar la marihuana en la Clasificación II de la Ley de Sustancias Controladas* (17 de julio de 2015), http://www.salud.gov.pr/Estadisticas-Registros-y-Publicaciones/visos%20Pblicos/Orden%20Declarativa%20Número%2032.pdf.

[32] 24 LPRA **§ 2201 (2011 & Supl. 2019).**

[33] *Id*.

[34] Depto. Salud, Reglamento del Secretario de Salud para el Control de la Fabricación, Distribución, Dispensación y Disposición de Sustancias Controladas, Núm. 8598 (29 de mayo de 2015). https://www.cfpr.org/files/Reglamento%20Núm.%20153%20para%20el%20control%20de%20la%20fabricación,%20distribución,%20dispensación%20y%20disposición%20de%20sustancias%20controladas.pdf.

[35] Orden Ejecutiva Núm. 2016-45, *Para excluir la marihuana de la lista de sustancias controladas que las pruebas buscan identificar* (19 de noviembre de 2016), https://estado.pr.gov/apex/f?p=118:15:8743782968196::NO::P15_ANO:2016.

[36] Esta ley establece, además, que es la persona al mando de cada agencia quien está a cargo de determinar cuáles son las sustancias que se desean detectar en los empleados que trabajan bajo su respectiva entidad.[37] Por medio de esta Orden Ejecutiva, el Hon. Alejandro García Padilla ordenó a toda aquella agencia que haya promulgado un reglamento sobre el Programa de Detección a que excluyera el cannabis de la lista de sustancias a identificarse con las pruebas.[38] Además, las agencias que aún no tengan reglamento vigente deben excluir el cannabis cuando hagan la lista de sustancias controladas que se buscan identificar en sus Programas de Detección.[39]

En respuesta a la política pública establecida por el entonces gobernador, Hon. Alejandro García Padilla, el Senador Thomas Rivera Schatz presentó el Proyecto del Senado 340, que eventualmente se convirtió en la Ley MEDICINAL. Por medio de esta Ley se crea el marco legal vigente para atender el uso medicinal del cannabis y, además, se establece la Junta Reglamentadora del Cannabis, adscrita al Departamento de Salud, la cual tiene entre sus facultades crear un Reglamento para instrumentar esta ley.[40]

C. Problemática debido a la no legalización del cannabis medicinal en el Gobierno Federal

A pesar de que treinta y tres estados, Washington D.C., Guam, y Puerto Rico han despenalizado el uso del cannabis para propósitos medicinales, y diez estados y Washington D.C. han legalizado su uso recreativo, bajo la jurisdicción federal la marihuana continúa catalogada como una droga ilícita de Clasificación I. Como ya se adelant'o, una clasificación I implica que la marihuana posee alto potencial de abuso, no tiene un uso para tratamiento médico aceptado y no hay seguridad al usarla bajo supervisión médica.[41] Esta situación ha causado, según varios estudiosos, la crisis de federalismo más significativa en los tiempos modernos.[42]

La Constitución de Estados Unidos establece que existen dos niveles de gobierno: el gobierno federal y el gobierno estatal.[43] El gobierno federal es uno

---

[36] Ley para Reglamentar las Pruebas para la Detección de Sustancias Controladas en el Empleo en el Sector Público, Ley Núm. 59-1997, 3 LPRA **§** 2504 (2019).

[37] *Id*. **§ 2505.**

[38] Orden Ejecutiva Núm. 2016-45, *Para excluir la marihuana de la lista de sustancias controladas que las pruebas buscan identificar* (19 de noviembre de 2016), https://estado.pr.gov/apex/f?p=118:15:8743782968196::NO::P15_ANO:2016.

[39] *Id*.

[40] Ley para Manejar el Estudio, Desarrollo e Investigación del Cannabis para la Innovación, Normas Aplicables y Límites, Ley Núm. 42-2017, 24 LPRA **§§ 2622a(k) (2011 & Supl. 2019).**

[41] Controlled Substances Act of 1970, 21 U.S.C.A. **§§** 801-971 (2017).

[42] Oliver, *supra* nota 9, en la pág. 3.

[43] CONST. EE. UU. enmd. X.

de poderes limitados, mientras que los estados poseen poderes más amplios.[44] En el caso específico de las leyes que atienden el uso del cannabis, se entiende que como la Constitución no menciona de manera expresa el poder del gobierno federal para regular drogas para usos medicinales o recreacionales, se le debe permitir a los estados que decidan.[45] Sin embargo, la Constitución federal establece que esta y todas las leyes de los Estados Unidos que se aprueben en cumplimiento con la misma, y todos los tratados hechos, o que se hagan, bajo la autoridad de los Estados Unidos serán la ley suprema del país.[46] Esta disposición se conoce como la *cláusula de supremacía*, y establece que cuando las leyes federales y las estatales estén en conflicto, prevalecerán las primeras.[47] Sin embargo, en el caso de las leyes relacionadas con el uso del cannabis existe un conflicto entre la Décima Enmienda[48] y lo establecido en el Artículo VI de la Constitución.[49] Este conflicto se debe a que el gobierno federal es de poderes limitados, por lo que el poder de regular el cannabis debe recaer sobre los estados.[50] No obstante, el Congreso legisló sobre el tema, de manera que esta ley es de mayor jerarquía que las leyes estatales.[51] A pesar de esto, la propia *Ley de Sustancias Controladas* federal establece expresamente que esta no busca ocupar el campo, de manera que los estados pueden aprobar sus propias leyes sobre drogas.[52]

Uno de los primeros casos que tuvo ante sí el Tribunal Supremo de Estados Unidos al tratar el conflicto entre leyes federales y estatales sobre el uso del cannabis fue *Gonzales v. Raich*.[53] Ángel Raich y Diane Monson eran residentes del estado de California y utilizaban marihuana medicinal para tratar una condición médica, ya que su doctor indicó que este era el tratamiento más efectivo.[54] Monson cultivaba su marihuana, mientras que, a Raich, dos personas se la proveían libre de costo.[55] Un día, agentes estatales y federales registraron la casa de Monson, y luego concluyeron que el uso de cannabis por parte de Raich y Monson era legal.[56] No obstante, durante el registro, agentes federales incautaron y destruyeron las

---

[44] *Id*.

[45] Oliver, *supra* nota 9, en la pág. 8.

[46] CONST. EE. UU. enmd. X; CONST. EE. UU. enmd. art. VI, cl. 2.

[47] Oliver, *supra* nota 9, en la pág. 8.

[48] CONST. EE. UU. enmd. X.

[49] CONST. EE. UU. art. VI, cl. 2.

[50] U CONST. EE. UU. enmd. X.

[51] Oliver, *supra* nota 9, en las págs. 8-9.

[52] Controlled Substances Act of 1970, 21 U.S.C. **§ 903** (2017).

[53] *Véase* Gonzales v. Raich, 545 U.S. 1 (2005).

[54] *Id*. en la pág. 7.

[55] *Id*.

[56] *Id*.

seis plantas de cannabis que tenían en su hogar.[57]Raich y Monson demandaron al Procurador General de Estados Unidos y al director del *Drug Enforcement Administration*.[58] Se suscita, entonces, la controversia sobre si el Congreso tiene el poder de prohibir el cultivo y uso de marihuana en cumplimiento con las leyes de California.[59] El Tribunal Supremo de Estados Unidos concluyó que el Congreso tiene el poder de prohibir el cultivo y uso del cannabis bajo el *necessary and proper clause*.[60] El Tribunal resolvió, además, que la Cláusula de Comercio establece que el Congreso puede regular actividades que afecten sustancialmente el comercio interestatal, y la regulación del Congreso sobre el cannabis, así sea medicinal, tiene un efecto sustancial en el mercado nacional.[61] En resumen, las leyes del gobierno federal relativas a drogas, como lo es el cannabis, tienen supremacía sobre la ley de California que permite la manufactura, distribución y posesión de cannabis para usos medicinales.[62]

Otra controversia que han atendido los tribunales estatales de Estados Unidos es si los empleados autorizados para utilizar cannabis medicinal están protegidos por el *Americans with Disabilities Act*.[63] Como regla general, los tribunales han resuelto que no, debido a que esta disposición federal no incluye como *individuo calificado con una incapacidad* a un empleado o solicitante que utiliza drogas ilegales.[64] El efecto de esta interpretación es que los usuarios de cannabis medicinal no gozarán de las protecciones contra el discrimen laboral que provee esta ley. Un ejemplo de ello es *Emerald Steel Fabricators, Inc. v. Bureau of Labor & Indus*, donde el Tribunal Supremo de Oregon determinó que el patrono no tenía que buscarle acomodo razonable al empleado, ya que la *Ley de Sustancias Controladas* federal es de mayor jerarquía que la *Ley de Marihuana Medicinal* de Oregon.[65] Para determinar si una ley federal precede a una ley estatal hay que observar la intención del Congreso. En este caso, se estableció que existía la intención de que la *Ley de Sustancias Controladas* federal operara por encima de cualquier ley estatal que abordara la materia del cannabis. La razón para esta conclusión descansa en que el Congreso no estableció ninguna excepción para el uso del cannabis, a parte de su utilización para propósitos de investigación.[66] Para evaluar si la ley estatal aplicaba

---

[57] *Id*.

[58] *Id*.

[59] *Id.* en la pág. 9.

[60] CONST. EE. UU. art. I, **§ 8.**

[61] Gonzalez v. Raich, 545 U.S. en la pág. 9.

[62] Oliver, *supra* nota 9, en la pág. 11.

[63] Americans with Disabilities Act of 1990, 42 U.S.C. §§ 12101-12213 (2013).

[64] *Id*. § 12114(a).

[65] Emerald Steel Fabricators, Inc. v. Bureau of Labor & Indus., 230 P.3d 518, 526 (Or. 2010).

[66] *Id*. en la pág. 189.

sobre la federal, el Tribunal evaluó si esta legislación local era un obstáculo para alcanzar el cumplimiento y la ejecución de todos los objetivos del Congreso.[67]

Por su parte, en *James v. City of Costa Mesa*, el Noveno Circuito resolvió que el uso de cannabis medicinal no está protegido por el *Americans With Diabilities Act*.[68] Los hechos de este caso se originaron cuando la ciudad de Costa Mesa, localizada en California, aprobó una ordenanza que prohibía los dispensarios de cannabis medicinal dentro de los límites de la ciudad.[69] Los demandantes presentaron una acción y alegaron que esta ordenanza violaba el *Americans with Disabilities Act*.[70] Sin embargo, la corte resolvió que el uso de cannabis medicinal no estaba protegido por esta disposición, ya que el cannabis estaba contenido dentro de su definición de drogas ilegales, aun cuando su uso medicinal fuese legal en ese estado.[71]

Durante la presidencia del entonces Presidente Barack Obama, el Secretario de Justicia Eric Holder promulgó un memorando a ciertos estados donde el uso del cannabis para propósitos medicinales era legal en cuanto a investigaciones y procesamientos criminales relacionados a esta sustancia.[72] Este memorando estableció que no se enfocarían recursos federales en individuos cuyas acciones sean en cumplimiento claro, y no ambiguo, con las leyes estatales existentes que proveen para el uso médico del cannabis.[73] Luego, James Cole expidió un memorando adicional, publicado a través del Departamento de Justicia, donde indicó que los fiscales y agentes de la ley no debían enfocarse en el procesamiento de personas por uso de cannabis en estados donde su uso es legal, ya sea para propósitos recreacionales o medicinales.[74] En este escrito se identificaron ciertas prioridades en cuanto a las operaciones de cannabis en estados donde es legal. Entre ellas se encuentran: prevenir la distribución de marihuana a menores; prevenir que se traslade a estados donde no es legal; prevenir la violencia y el uso de armas de fuego en los procesos de cultivo y distribución de marihuana; y prevenir el uso o posesión de marihuana en propiedades federales.[75]Ambos memorandos cambiaron la política del gobierno federal en cuanto al uso de recursos para casos relacionados a la marihuana en estados donde la posesión y el uso de esta sustancia es legal.

---

[67] *Id*. en la pág. 176.

[68] James v. City of Costa Mesa, 684 F.3d 825 (9no Cir. 2012).

[69] *Id*. en la pág. 827.

[70] *Id*. en la pág. 828.

[71] *Id*.

[72] U.S. DEP'T OF JUSTICE, MEMORANDUM FOR SELECTED UNITED STATES ATTORNEYS, THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE ARCHIVES (19 de octubre de 2009) https://www.justice.gov/archives/opa/blog/memorandum-selected-united-state-attorneys-investigations-and-prosecutions-states.

[73] *Id*.

[74] *Id*.

[75] *Id*.

Sin embargo, el panorama cambió el 4 de enero de 2018 cuando el Secretario de Justicia Jeff Sessions promulgó un memorando donde estableció que los fiscales deben seguir los principios establecidos para el procesamiento de personas que utilicen marihuana, sin importar si su uso es legal en el estado donde se encuentren.[76] De esta manera, dejó sin efecto lo establecido por la administración gubernamental anterior. En respuesta al memorando de Jeff Sessions, el Congreso de los Estados Unidos incluyó en el *Consolidated Appropriations Act*, aprobado en marzo de 2018, una sección que establece que ninguno de los fondos aprobados en esta ley sería utilizado en ninguna de las jurisdicciones de Estados Unidos, incluyendo Puerto Rico, para prevenir que estas implementen sus leyes relacionadas al cannabis medicinal.[77] De esta manera, el memorando de Jeff Sessions quedó inoperante.

III. Ley para Manejar el Estudio, Desarrollo e Investigación del Cannabis para la Innovación, Normas Aplicables y Límites, y su Reglamento

La Ley MEDICINAL establece el marco jurídico para atender el uso medicinal del cannabis en Puerto Rico.[78] Como política pública del Gobierno de Puerto Rico, busca proveer un marco regulatorio que permita una alternativa de tratamiento a personas con ciertas condiciones médicas.[79] Mediante esta legislación, se crea la Junta Reglamentadora del Cannabis, adscrita al Departamento de Salud,[80] y se establece entre sus facultades el poder de crear un reglamento para instrumentar esta ley.[81] Para que el uso medicinal del cannabis sea autorizado tiene que ser recomendado por un médico autorizado conforme a sus disposiciones y los reglamentos aplicables. Además, la persona tiene que llevar consigo la identificación con foto emitida por la Junta Reglamentadora del Cannabis.[82] Esta ley establece que el uso medicinal del cannabis está prohibido en lugares públicos y solo se permite en hogares y lugares privados,[83] los cuales son definidos por la ley como sitios o espacios donde existe expectativa de intimidad, que no se encuentre en presencia de terceros sin su conocimiento y para el cual se tiene la autorización del propietario legal o poseedor legalmente autorizado.[84] Por último, esta ley prohíbe terminantemente el consumo de cannabis mediante el acto de fumar.[85]

---

[76] *Id*.
[77] Consolidated Appropriations Act, Pub. L. No. 115-141, **§ 538 (2018).**
[78] Ley para Manejar el Estudio, Desarrollo e Investigación del Cannabis para la Innovación, Normas Aplicables y Límites, Ley Núm. 42-2017, 24 LPRA **§§ 2621-2626h (2011 & Supl. 2019).**
[79] *Id*. **§** 2621(b).
[80] *Id*. **§** 2622.
[81] *Id*. **§** 2622a(k).
[82] *Id*. **§** 2623b(a).
[83] *Id*. **§** 2623b(b).
[84] *Id*. **§** 2621a(t).
[85] *Id*. **§** 2623a.

La Junta Reglamentadora del Cannabis promulgó, al amparo de la Ley MEDICINAL, el *Reglamento para Manejar el Estudio, Desarrollo e Investigación del Cannabis para la Innovación, Normas Aplicables y Límites* [en adelante, *Reglamento 9038*].[86] Este reglamento tiene como propósito establecer las normas que regirán los procedimientos relacionados con la radicación, trámite y adjudicación de las solicitudes presentadas ante la consideración de la Junta Reglamentadora del Cannabis Medicinal.[87] El cannabis medicinal se puede recomendar a pacientes que tengan enfermedades médicas debilitantes, tales como alzheimer, artritis, autismo, cáncer y depresión, además de ser recomendable a pacientes que tengan enfermedades terminales, según definidas por el mismo Reglamento 9038.[88] Los pacientes pueden adquirir un máximo de suministro treinta días de cannabis medicinal en los dispensarios.[89] El límite de suministro máximo para un paciente será de una onza, equivalente a veintiocho gramos de la flor de cannabis.[90] Esos veintiocho gramos de flor son equivalentes a ocho gramos de THC concentrado y 800 miligramos de THC en comestible.[91] Las vías autorizadas para consumir productos medicinales que contienen cannabis son gotas orales o sublinguales, inhaladores orales, tópicos, ungüentos, cremas, supositorios, parchos transdermales, productos comestibles, productos comestibles concentrados, vaporización de la flor, hojas o *trim*, vaporización de concentrados, cápsulas, tabletas, tinturas, concentrados y cualquier otra vía que la Junta Reglamentadora del Cannabis autorice mediante orden o determinación administrativa.[92]

A pesar de que la Ley MEDICINAL no contiene disposiciones que traten el tema del cannabis medicinal en el ambiente laboral, en su Reglamento existen algunas disposiciones que tratan el tema brevemente. El artículo 148 del Reglamento, que trata sobre las declaraciones de intenciones, establece que el Reglamento no autoriza a los pacientes a utilizar o consumir cannabis medicinal en su lugar de trabajo, a menos que el patrono lo autorice.[93] Además, este artículo establece que este Reglamento no autoriza a las personas que ejercen profesiones clasificadas como "de alto riesgo" a utilizar cannabis medicinal, si su uso interfiere con sus funciones esenciales de trabajo.[94] No obstante lo anterior, al presente, en Puerto Rico, no existe legislación

---

[86] Depto. Salud, Reglamento para Manejar el Estudio, Desarrollo e Investigación del Cannabis para la Innovación, Normas Aplicables y Límites, Núm. 9038 (2 de julio de 2018), http://www.salud.gov.pr/Documents/ Cannabis /Reglamento%20de%20Cannabis%209038.pdf.

[87] *Id*. en el art. 2.

[88] *Id*. en el art. 5 (20-21).

[89] *Id*.

[90] *Id*. en el art. 8.

[91] *Id*.

[92] *Id*. en el art. 9.

[93] *Id*. en el art. 148(B).

[94] *Id*. en el art. 148(I).

que brinde protecciones a los pacientes que utilizan cannabis medicinal para que sus patronos no puedan tomar acciones adversas contra ellos. Tampoco existen guías sobre cómo los patronos deben manejar la situación si uno de sus empleados utiliza cannabis medicinal. Sin embargo, el Departamento de Justicia ha expresado que favorece cualquier iniciativa legislativa que resulte en la protección de empleados que reciban un tratamiento médico con algún producto derivado del cannabis, cónsono con la política pública de la Rama Ejecutiva.[95] Además, el Departamento del Trabajo y Recursos Humanos ha expresado que, debido a que el ordenamiento jurídico actual no ofrece garantías claras para los empleados o candidatos a empleos que sean pacientes autorizados bajo la Ley MEDICINAL, consideran que es en mejor beneficio de la clase trabajadora el otorgarles protecciones legales para evitar que sean discriminados por prejuicios o estigmas.[96] Nuestra Asamblea Legislativa ha demostrado que reconoce la importancia de la aprobación de legislación que atienda el asunto del cannabis medicinal en el ambiente laboral, pues se han presentado dos proyectos de ley que atienden esta situación.

IV. Medidas Propuestas[97]

Actualmente, hay dos medidas ante la consideración de la Asamblea Legislativa que buscan proteger los derechos de los empleados-pacientes. Estos son el Proyecto de la Cámara 1197 del 21 de agosto de 2017 [en adelante, *P. de la C. 1197*],[98] y el Proyecto del Senado 878 del 2 de abril de 2018 [en adelante, *P. del S. 878*].[99] Al momento, ambas medidas han recibido informes positivos de las Comisiones encargadas de su estudio, y el Proyecto del Senado 878 fue aprobado por el Senado de Puerto Rico en marzo de 2019. Esto demuestra que nuestra Asamblea Legislativa reconoce que es necesaria una medida legislativa que proteja los derechos de los empleados-pacientes y, a su vez, vele por los intereses de los patronos, ya que ambos establecen circunstancias en las que el patrono no tendría que cumplir con la prohibición de discrimen. No obstante, ambos proyectos atienden el asunto de maneras distintas, por lo que es importante ver cuál de estos proyectos resulta en ley, si alguno.

---

[95] Informe Positivo sobre el P. del S. 878, Com. De Gobierno, Senado de Puerto Rico, 7 de febrero de 2019, 5ta Ses. Ord. 18va Asam. Leg., en la pág. 5.

[96] Informe Positivo sobre el P. de la C. 1197, Com. de lo Jurídico y Com. de Asuntos Laborales, Cámara de Representantes de Puerto Rico, 29 de marzo de 2019, 5ta Ses. Ord. 18va Asam. Leg., en la pág. 7.

[97] Las dos medidas que se discutirán a continuación, el Proyecto del Senado 878 y el Proyecto de la Cámara 1197, se encuentran actualmente ante la consideración de la Asamblea Legislativa, por lo que es posible que al momento de publicación de este artículo hayan sufrido cambios. La información contenida en la siguiente sección está actualizada hasta el 21 de mayo de 2019.

[98] P. de la C. 1197 de 21 de agosto de 2017, 2da Ses. Ord., 18va Asam. Leg.

[99] P. del S. 878 de 2 de abril de 2018, 3era Ses. Ord., 18va Asam. Leg.

A. P. de la C. 1197

El P. de la C. 1197 fue presentado por los representantes Ortiz González y Soto Torres.[100] Este proyecto busca enmendar la Ley MEDICINAL y añadirle un artículo que provea protecciones laborales para pacientes de cannabis medicinal.[101] Con ello, se busca catalogar a los pacientes registrados como una categoría protegida para propósitos de todas las leyes de protección en el empleo. Como consecuencia, ningún patrono podría discriminar contra un paciente registrado, ya sea en el proceso de reclutamiento, contratación, nombramiento, terminación o la imposición de cualquier condición de penalización en el empleo.[102] No obstante, el artículo propuesto a estos efectos incluye determinadas circunstancias en las que sus protecciones no beneficiarían a un paciente. Entre estas, se encuentran requerirle a un patrono que pruebe mediante evidencia *prima facie* que la utilización del cannabis medicinal representa una amenaza real de daño o peligro para las personas o propiedad, o interfiere con las funciones esenciales del empleado-paciente en el trabajo; si el patrono se expone a perder alguna licencia, permiso o certificación federal; o si el empleado-paciente ingiere o posee cannabis medicinal en el lugar de trabajo o en horas laborales sin la autorización por escrito del patrono.[103]

Durante el mes de marzo de 2019, tanto la Comisión de lo Jurídico como la Comisión de Asuntos Laborales presentaron un informe positivo y recomendaron a la Cámara de Representantes la aprobación de esta medida con ciertas enmiendas.[104] Según surge de este informe, la Administración de Servicios de Salud Mental y contra la Adicción, la Cámara de Comercio de Puerto Rico y de los Departamentos de Justicia, Salud, y del Trabajo y Recursos Humanos expresaron que favorecen la aprobación de esta pieza legislativa, mientras que la Asociación de Industriales se expresó en contra de su aprobación.[105]

Tanto el Departamento de Justicia como el Departamento del Trabajo y Recursos Humanos expresaron, sobre este proyecto de ley, que las circunstancias en las que el patrono se eximiría de cumplir con estas protecciones son razonables.[106] Por su parte, el Departamento del Trabajo y Recursos Humanos expresó que, ya que el ordenamiento jurídico actual no ofrece garantías claras para los empleados o candidatos a empleo que sean pacientes autorizados a utilizar cannabis medicinal,

---

[100] P. de la C. 1197 de 21 de agosto de 2017, 2da Ses. Ord., 18va Asam. Leg.

[101] *Id*. en la pág. 1.

[102] *Id*. en la pág. 5.

[103] *Id*. en la pág. 6.

[104] Informe Positivo sobre el P. de la C. 1197, Com. de lo Jurídico y Com. de Asuntos Laborales, Cámara de Representantes de Puerto Rico, 29 de marzo de 2019, 5ta Ses. Ord. 18va Asam. Leg., en la pág. 1.

[105] *Id*. en las págs. 4 y 7.

[106] *Id*. en la pág. 6.

consideran que es en mejor beneficio de la clase trabajadora el otorgarles protecciones legales.[107] De esta manera se evitaría que sean discriminados por prejuicios o estigmas que no se ajustan a la política pública adoptada por esta Asamblea Legislativa y que nada tienen que ver con su desempeño en su taller de trabajo.[108]

Como resultado de las ponencias presentadas referentes al P. de la C. 1197, las Comisiones de lo Jurídico y de Asuntos Laborales realizaron varias enmiendas al proyecto de ley. Entre las más significativas se encuentra la extensión de las protecciones de la *Ley que Prohíbe el Discrimen contra las Personas con Impedimentos Físicos, Mentales o Sensoriales* a los empleados-pacientes.[109] Además, cambió el estándar de prueba de preponderancia de la prueba a "probar con evidencia prima facie", respecto a lo que necesita el patrono para demostrar que la utilización de cannabis medicinal representa una amenaza real de daño o peligro para las personas o propiedad, o que interfiere con las funciones esenciales de trabajo.[110] Esto implica que el estándar de prueba es menor, lo que facilitaría que el patrono pueda eximirse del cumplimiento con la prohibición de discrimen, y menoscabaría los derechos de los empleados-pacientes.

B. P. del S. 878

El P. del S. 878 fue presentado por los senadores Vargas Vidot, Tirado Rivera, Dalmau Ramírez y Laboy Alvarado.[111] Este proyecto busca enmendar la *Ley para Reglamentar las Pruebas de Detección de Sustancias Controladas en el Sector Laboral Privado*[112] y la *Ley para Reglamentar las Pruebas de Detección de Sustancias Controladas en los Empleos Públicos*.[113] El propósito de esta medida es prohibir la toma de acciones disciplinarias contra el empleado, o la denegatoria de empleo, traslado o ascenso de un candidato a empleo, basado en un resultado positivo de una prueba de dopaje al consumo de sustancias controladas para las cuales dicho empleado o candidato a empleo tenga autorización médica.[114]

---

[107] *Id*. en la pág. 7.

[108] *Id*.

[109] Ley para Prohibir el Discrimen Contra las Personas con Impedimentos Físicos, Mentales o Sensoriales, Ley Núm. 44 de 2 de julio de 1985, 1 LPRA **§§** 501-511b (2016).

[110] P. de la C. 1197 de 21 de agosto de 2017, 2da Ses. Ord., 18va Asam. Leg., según enmendado.

[111] P. del S. 878 de 2 de abril de 2018, 3era Ses. Ord., 18va Asam. Leg.

[112] Ley para Reglamentar las Pruebas de Detección de Sustancias Controladas en el Sector Laboral Privado, Ley Núm. 59-1997, 29 LPRA **§§** 161-161h (2017).

[113] Ley para Reglamentar las Pruebas de Detección de Sustancias Controladas en el Empleo en el Sector Público, Ley Núm. 78-1997, 3 LPRA **§§ 2501-2520 (**2019).

[114] P. del S. 878 de 2 de abril de 2018, 3era Ses. Ord., 18va Asam. Leg. (1).

Este proyecto le brinda una causa de acción al empleado cuyo patrono no cumpla con las disposiciones. Se establece que el patrono se exime del cumplimiento de la ley si logra demostrar que el uso de estas sustancias menoscaba sustancialmente la capacidad del empleado o candidato a empleo de realizar las funciones y obligaciones que la posición de empleo que ostenta o solicita requiere. Esto, según la descripción de empleo vigente al momento de arrojar el resultado positivo en la prueba de dopaje.

Luego de haber sido referido a la Comisión de Gobierno del Senado, este proyecto estuvo inactivo por un periodo de diez meses. Luego, el 7 de febrero de 2019, se presentó el Primer Informe de la Comisión de Gobierno. Este informe recomendó aprobar este Proyecto con las enmiendas propuestas por la Comisión.[115] La enmienda principal que realizó la Comisión de Gobierno del Senado a este Proyecto fue incluir un inciso donde se enmienda el sub inciso (f) del Artículo 1 de la *Ley que Prohíbe el Discrimen contra las Personas con Impedimentos Físicos, Mentales o Sensoriales*,[116] de manera que se excluya a los pacientes registrados bajo la Ley MEDICINAL[117] de la definición de adictos activos al uso de drogas ilegales que no son considerados personas con impedimentos.[118] El 28 de febrero de 2019, se situó el Proyecto del Senado 878 en el Calendario de Órdenes Especiales del Senado; el 14 de marzo de 2019, fue aprobado por el Senado de Puerto Rico. Actualmente, la medida se encuentra en espera de ser considerada por la Cámara de Representantes.

V. Cómo se ha atendido el cannabis medicinal en el ambiente laboral en Estados Unidos

Como se ha mencionado anteriormente, en Estados Unidos, varios estados permiten el uso de la marihuana para propósitos medicinales. Muchos de estos estados tienen, además de la legislación que acepta el uso del cannabis medicinal, legislación que protege a los empleados-pacientes en su lugar de trabajo. Estas leyes pueden servir como un punto de partida para determinar cuál es la mejor solución en Puerto Rico.

La norma general es que, para que un empleado-paciente disfrute de protecciones en el empleo, tiene que existir un estatuto que las provea expresamente. No obstante,

---

[115] Informe Positivo sobre el P. del S. 878, Com. De Gobierno, Senado de Puerto Rico, 7 de febrero de 2019, 5ta Ses. Ord. 18va Asam. Leg., en la pág. 1.Posittancias controladas por el uso de cannabis medicinalositivo en una prueba de deteccion prevenir que edel propietario lega

[116] Ley para Prohibir el Discrimen Contra las Personas con Impedimentos Físicos, Mentales o Sensoriales, Ley Núm. 44 de 2 de julio de 1985, 1 LPRA **§§** 501-511b (2016).

[117] Ley para Manejar el Estudio, Desarrollo e Investigación del Cannabis para la Innovación, Normas Aplicables y Límites, Ley Núm. 42-2017, 24 LPRA **§§ 2621-2626h (2011 & Supl. 2019).**

[118] P. del S. 878 de 2 de abril de 2018, 3era Ses. Ord., 18va Asam. Leg., según enmendado.

el *Supreme Judicial Court* de Massachusetts concluyó algo distinto en *Barbuto v. Advantage Sales and Marketing, LLC*.[119] Esta estableció que los pacientes que usan cannabis medicinal pueden instar demandas en casos de discrimen por incapacidad bajo la *Ley de Prácticas Justas en el Empleo* de Massachusetts, ya que la *Ley de Marihuana Medicinal* de Massachusetts no provee una causa de acción a los empleados contra sus patronos en casos de discrimen.[120] Este es el primer caso en el que un tribunal estatal apelativo de Estados Unidos resuelve que los pacientes que usan cannabis medicinal pueden presentar demandas de discrimen por incapacidad, independientemente de si la ley del estado sobre cannabis medicinal le provee protecciones en el empleo. Esta decisión contribuye a orientar a los patronos sobre cómo manejar los casos de empleados que usan cannabis medicinal. Para ello, el Tribunal estableció que los patronos tienen que llevar a cabo un proceso interactivo con los empleados que usen esta sustancia para determinar si este puede continuar desempeñándose en sus labores con un acomodo razonable.

A. Arizona

En el estado de Arizona se permite el uso de cannabis medicinal para pacientes que padezcan de ciertas condiciones cobijadas por ley, de manera que puedan disfrutar de sus beneficios paliativos y terapéuticos. La *Ley de Marihuana Medicinal* de Arizona tiene una sección que prohíbe el discrimen contra los pacientes registrados.[121] Esta sección establece, entre otras cosas, que:

> A menos que el hecho de no hacerlo causara que un patrono pierda un beneficio monetario o relacionado con una licencia de acuerdo con las leyes o regulaciones federales, *un patrono no puede discriminar a una persona* al contratar, despedir o imponer algún término o condición de empleo, ni penalizar de otro modo a una persona basada en:
>
> 1. su estatus como portador de tarjeta (*cardholder*);
> 2. una prueba de dopaje positiva para componentes o metabolitos de marihuana por un paciente calificado, a menos que el paciente haya usado, poseído, o estado bajo los efectos del cannabis en las instalaciones del lugar de trabajo o durante horas laborables.[122]

La ley también prohíbe el uso de cannabis en ciertos lugares, como escuelas, además de ciertas conductas, como estar bajo la influencia de esta sustancia mientras se opera un vehículo de motor.[123]

---

[119] Barbuto v. Advantage Sales and Marketing, LLC, 78 N.E.3d 37 (Mass. 2017).
[120] *Id*. en la pág. 40.
[121] ARIZ. REV. STAT. ANN. § 36-2813(B) (West 2019).
[122] *Id*. (traducción suplida) (énfasis suplido).
[123] *Id*.

En el Tribunal Federal para el Distrito de Arizona existe un caso pendiente sobre esta tema, donde ya la Corte se expresó, en parte, sobre lo que dispone la *Ley de Marihuana Medicinal* de Arizona que prohíbe el discrimen en el lugar de trabajo.[124] Es en *Whitmire v. Wal-Mart*, donde el Tribunal interpreta la *Ley de Marihuana Medicinal* de Arizona y establece que un paciente debidamente calificado no se debe considerar bajo la influencia de cannabis únicamente por la presencia de metabolitos o componentes del cannabis que aparezcan en una concentración que no sea suficiente para causar incapacidad.[125] Los demandados plantearon que esto es contrario a lo establecido en la *Ley de Pruebas de Dopaje a los Empleados* de Arizona, donde se establece que en caso de que un patrono tenga programas de pruebas de dopaje que cumplan con lo dispuesto en la legislación estatal, no existe una causa de acción a favor del empleado. Específicamente, por acciones adversas en el empleo basadas en la creencia de buena fe de que el empleado usaba, poseía o estaba bajo los efectos de cualquier droga mientras se encontraba en el lugar de trabajo o durante horas laborables.[126] El Tribunal entendió que no existe conflicto alguno entre ambas leyes y, de haberlo, este debería ser resuelto inclinándose a favor de que esas partes conflictivas de la *Ley de Pruebas de Dopaje a los Empleados* de Arizona sean declaradas inconstitucionales. Esto es así, debido a que esta ley fue aprobada por la legislatura de Arizona mientras que la *Ley de Marihuana Medicinal* fue aprobada por una iniciativa de votación.[127] El caso sigue pendiente ante la consideración del tribunal, por lo que, hay que estar atentos a su determinación.

B. Connecticut

El estado de Connecticut provee protecciones para los empleados-pacientes en una disposición de su *Ley de Marihuana Medicinal*.[128] La ley establece que, a menos que sea requerido por una ley federal o para obtener fondos federales "[n]ingún patrono podrá rehusarse a contratar a una persona, o despedir, penalizar o amenazar a un empleado, basado únicamente en el estatus de esa persona o empleado como paciente debidamente calificado o cuidador primario".[129] Además, la ley establece que esto no restringe la autoridad del patrono, tanto para prohibir el uso de sustancias controladas, como para disciplinar a un empleado que se encuentra bajo los efectos de estas sustancias, ambas situaciones durante horas laborables.[130]

---

[124] Whitmire v. Wal-Mart Stores Inc., 2018 WL 6110937, No. CV-17-08108 (D. Ariz. 2018).

[125] *Id*. en la pág. 1 (*citando a* Ariz. Rev. Stat. Ann. § 36-2814(A)(3)).

[126] ARIZ. REV. STAT. ANN. § 23-493.06(A) (West 2019).

[127] *Whitmire*, 2018 WL 6110937, en la pág. 1.

[128] CONN. GEN. STAT. ANN. § 21a-408p (2018).

[129] *Id*. (traducción suplida).

[130] *Id*.

Como se evidencia, esta disposición le brinda una protección amplia al empleado-paciente, ya que las únicas razones que establece para que un patrono no tenga que cumplir con ella, es si una ley federal lo requiere o si lo tiene que hacer para obtener fondos federales. De esta manera, no es mucho lo que queda a discreción del patrono.

El Tribunal Federal para el Distrito de Connecticut tuvo la oportunidad de expresarse respecto a esta ley, en *Noffsinger v. SSC Niantic Operating Co., LLC*.[131] El Tribunal estableció que si un patrono se rehúsa a contratar un empleado porque arrojó resultados positivos en una prueba de dopaje, incumple con la *Ley de Marihuana Medicinal* de Connecticut.[132] Esto se debe a que la ley tiene una disposición contra el discrimen donde se establece que ningún patrono puede rehusarse a contratar a alguien, o despedir, penalizar o amenazar a un empleado, por el simple hecho de ser paciente de cannabis medicinal, a menos que esté requerido por una ley federal o con el propósito de obtener fondos. El Tribunal interpretó que cuando la ley expresa "[p]or el simple hecho de ser un paciente calificado", quiere decir que se protege a los empleados del discrimen basado en su uso de cannabis medicinal conforme a su estatus de paciente calificado.[133] Esta es la segunda vez que el Tribunal Federal para el Distrito de Connecticut tuvo la oportunidad de expresarse sobre estos hechos, ya que en una ocasión anterior el Tribunal había resuelto que la *Ley de Sustancias Controladas* federal y el *Americans with Disabilities Act* no tenían supremacía sobre la disposición de la *Ley de Marihuana Medicinal* de Connecticut, que prohíbe el discrimen en el empleo contra las personas autorizadas a utilizar cannabis medicinal.[134] En esa ocasión, se estableció que la ley de Connecticut, que protegía a los empleados-pacientes de discrimen, creaba una causa de acción privada a favor de estos.[135]

C. Nueva York

En el estado de Nueva York, se aprobó legislación donde se autoriza el uso de cannabis para propósitos medicinales con pacientes que tienen ciertas condiciones serias, según definidas por la ley.[136] Esta ley tiene una sección donde se establecen las protecciones a quienes hacen uso del cannabis medicinal, entre las que se encuentran las protecciones a los empleados-pacientes en el lugar de trabajo.[137]

---

[131] Noffsinger v. SSC Niantic Operating Co., LLC, 338 F.Supp.3d 78 (D. Conn. 2018).

[132] *Id*. en la pág. 86.

[133] *Id*. en la pág. 84.

[134] Noffsinger v. SSC Niantic Operating Co., LLC, 273 F.Supp.3d 326, 336, 338 (D. Conn. 2017).

[135] *Id*. en la pág. 340.

[136] N.Y. PUB. HEALTH LAW §§ 3360-3369-E (2014).

[137] *Id.* en la § 3369(2).

Sobre este asunto, se establece que ser un paciente certificado se considerará como una incapacidad bajo la *Ley de Derechos Humanos* de Nueva York.[138] No obstante, esto no impedirá el cumplimiento de políticas que prohíban a un empleado cumplir con sus obligaciones laborales mientras esté bajo los efectos de sustancias controladas.[139] Además, no requerirá que ninguna persona o entidad realice algún acto que pudiera situarlas en violación a la ley federal o que, por otro lado, le haga perder contratos o fondos federales.[140] De esta manera, la *Ley de Marihuana Medicinal* de Nueva York provee una protección a los empleados-pacientes al clasificarlos como pacientes certificados con una incapacidad, por lo que están considerados como una clasificación protegida con las protecciones de la *Ley de Derechos Humanos* de Nueva York.[141] Esta ley protege también a los patronos, ya que establece excepciones al cumplimiento de la misma en casos en que: el empleado esté bajo los efectos de la marihuana en el lugar de trabajo, se violenten leyes federales, y/o se pierdan fondos o contratos federales.

D. Rhode Island

En Rhode Island, al igual que en Connecticut, la protección a los empleados-pacientes de discrimen en el ámbito laboral se encuentra en el estatuto que permite el uso del cannabis para propósitos medicinales. Esta ley establece, entre otras cosas, que ningún patrono podrá rehusarse a contratar, o penalizar a una persona únicamente basado en su estatus como paciente registrado (*cardholder*).[142] Esta disposición, a diferencia de otras que hemos examinado, no provee circunstancias en las cuales al patrono se le exima de cumplir con la misma. De este modo, la protección es más amplia para los empleados-pacientes y restringe aún más la discreción de los patronos.

El Tribunal Superior de Providence, Rhode Island tuvo la oportunidad de expresarse sobre esta ley en el caso *Callaghan v. Darlington Fabrics Corp.*, donde se estableció que un patrono no puede rehusarse a contratar a un individuo que use cannabis para propósitos medicinales, a pesar de que, como consecuencia de este uso, el empleado obtenga un resultado positivo en la prueba de dopaje requerida por el propio patrono. [143] El Tribunal evaluó el estatuto en cuestión, que provee que un patrono no puede discriminar a una persona solo por el hecho de poseer una licencia para utilizar cannabis medicinal, y concluyó que, en el presente caso, este patrono

---

[138] *Id*.

[139] *Id*.

[140] *Id*.

[141] N.Y. EXEC. LAW §§ 290-301 (2014).

[142] 21 R.I. GEN. LAWS § 21-28.6-4 (West 2019) (traducción suplida).

[143] Callaghan v. Darlington Fabrics Corp., 2017 WL 2321181, No. CV-17-08108 (R.I. 2017).

violentó dicho estatuto, ya que no contrató a Callaghan por ser usuaria de cannabis medicinal. El Tribunal evaluó la disposición que prohíbe el discrimen en el lugar de trabajo y concluyó que la misma es una directriz, no una guía de política pública, por lo que provee una causa de acción privada para los pacientes registrados.[144] Además, estableció que los patronos no tienen la obligación de brindarle acomodos a quienes utilicen cannabis, debido a que la propia ley establece que no se puede realizar actividad alguna bajo los efectos del cannabis que pudiesen constituir negligencia o negligencia profesional.[145] Por último, el Tribunal rechazó que la ley federal tuviera supremacía sobre la ley estatal en el presente caso, ya que no es físicamente imposible cumplir con ambas.[146]

VI. Propuestas para Puerto Rico

Según lo discutido previamente, en Estados Unidos se ha atendido la prohibición del discrimen en el ambiente laboral por el uso de cannabis medicinal, principalmente, de dos maneras. La *primera* es al establecer una prohibición directa del discrimen, ya sea mediante una ley estatal que autorice el uso del cannabis medicinal o en una ley separada. La *segunda* forma se basa en prohibir el discrimen, de forma indirecta, al clasificar el estatus de *paciente certificado* como una incapacidad, lo que provee, entonces, las protecciones de otros estatutos. En Puerto Rico, el discrimen laboral por el uso del cannabis se puede atender a través de alguna de estas dos alternativas, siempre y cuando se establezcan límites y condiciones que protejan tanto al empleado-paciente como al patrono.

A. Primera propuesta: protección directa

El primer planteamiento es similar a lo propuesto en el *Proyecto de la Cámara de Representantes Número 1197*.[147] Esta busca establecer la prohibición de discrimen contra el empleado-paciente dentro de la propia Ley MEDICINAL.[148] Esta prohibición podría ser redactada de manera que copie el lenguaje utilizado en la *Ley contra el Discrimen en el Empleo*[149] y proteja al paciente de discrimen tanto en el proceso de reclutamiento, contratación, nombramiento o terminación, como de penalidades en el empleo. El texto propuesto establecería lo siguiente:

---

[144] *Id*. en las págs. 6-8.

[145] *Id*. en la pág. 9.

[146] *Id*. en las págs. 13-15.

[147] P. de la C. 1197 de 21 de agosto de 2017, 2da Ses. Ord., 18va Asam. Leg.

[148] Ley para Manejar el Estudio, Desarrollo e Investigación del Cannabis para la Innovación, Normas Aplicables y Límites, Ley Núm. 42-2017, 24 LPRA **§§ 2621-2626h (2018).**

[149] Ley contra el Discrimen en el Empleo, Ley Núm. 100 de 30 de junio de 1959, 29 LPRA **§ 146 (2019).**

> Ningún patrono podrá despedir, suspender o discriminar contra un empleado suyo en relación con su sueldo, salario, jornal o compensación, términos, categorías, condiciones o privilegios de su trabajo, o dejar de emplear o rehusar emplear o re emplear a una persona, o limite o clasifique a sus empleados en cualquier forma que tienda a privar a una persona de oportunidades de empleo o que afecten su estatus de empleado *por razón de ser un paciente registrado y/o autorizado para utilizar cannabis medicinal*.

En la alternativa, se podría enmendar la *Ley contra el Discrimen en el Empleo*, de manera que se incluya ser un paciente registrado y/o autorizado para utilizar cannabis medicinal como una de las clasificaciones protegidas por esta disposición.[150] Esto tendría el efecto de otorgar las protecciones de la *Ley contra el Discrimen en el Empleo* a los pacientes autorizados de cannabis medicinal, por lo que no se podría discriminar contra estos en el proceso de reclutamiento, contratación, nombramiento o terminación, ni se les podría imponer penalidades en el empleo por el hecho de ser pacientes autorizados.

Esta primera propuesta no se limita solamente a establecer una protección al empleado-paciente, ya que también busca establecer circunstancias específicas en las que un paciente registrado y/o autorizado no estaría protegido. Debido a que la marihuana es una droga ilícita bajo las leyes federales, un patrono podría estar expuesto a perder licencias, certificaciones y fondos federales si emplea a un paciente registrado y/o autorizado para usar cannabis medicinal, aun cuando la ley del estado lo permita. Por esto, la primera circunstancia en la que un empleado-paciente no estaría protegido es si su patrono demuestra que, por emplearlo, perdería licencias, certificaciones y/o fondos federales.

Otra circunstancia en la que el empleado-paciente no estaría protegido es si el patrono logra establecer, por preponderancia de la prueba, que el empleado-paciente tenía en su posesión cannabis medicinal en el lugar de trabajo o durante horas laborables, o que el empleado-paciente ingirió cannabis medicinal en las mismas circunstancias sin tener autorización del patrono para hacerlo. Además, un empleado-paciente no estaría protegido si el patrono demuestra, también mediante preponderancia de la prueba, que el empleado se encontraba bajo los efectos incapacitantes de esta sustancia durante horas laborables o en el lugar de trabajo. En el caso en que se decida enmendar la *Ley contra el Discrimen en el Empleo*, estas circunstancias mencionadas donde al patrono se le eximiría de cumplir con la prohibición de discrimen, se incluirían expresamente en un artículo de la propia *Ley contra el Discrimen en el Empleo*.[151]

---

[150] *Id.*

[151] *Id.*

El propósito de crear estas excepciones a la regla general de prohibir el discrimen laboral es velar por los intereses de ambas partes: el empleado-paciente y el patrono. De este modo, el empleado-paciente estaría protegido, pues, esta disposición no le brindaría demasiado margen el patrono para buscar cómo eximirse de cumplir con ella. Por otra parte, el patrono estaría protegido, pues la prohibición de discrimen no es absoluta y existen circunstancias en las que se le eximiría de cumplir con estas disposiciones. En los proyectos de ley propuestos actualmente en Puerto Rico, no se atienden adecuadamente estas excepciones.

En el P. de la C. 1197, se establece como una excepción que el patrono logre probar mediante evidencia *prima facie* que el uso de cannabis representa una amenaza real de daño o peligro para las personas o propiedad, o interfiere con las funciones esenciales de trabajo.[152] En ese caso particular, esta excepción dejaría al arbitrio del patrono tomar acciones que perjudiquen a sus empleados-pacientes. En el P. del S. 878 existe una disposición similar a esta,[153] y el Departamento de Justicia expresó que este eximente de responsabilidad es demasiado amplio y no necesariamente protegería al empleado de actos adversos por obtener un resultado positivo en una prueba de detección de sustancias controladas por el uso de cannabis medicinal.[154] El Departamento de Justicia expresa que, según está redactado, este eximente permite que el patrono tome acciones adversas en contra de algún empleado que obtenga un resultado positivo a una prueba de sustancias controladas por el uso de cannabis medicinal, si entiende que no puede cumplir con cualquier función u obligación de su puesto, sea o no sea esencial.[155] Ciertamente, se podría usar esto como un subterfugio.[156] Esta recomendación no fue acogida en su totalidad por el Senado de Puerto Rico, ya que se limitó únicamente a establecer que no procede la causa de acción si el patrono demuestra que el patrón de consumo de cannabis medicinal menoscaba sustancialmente la capacidad del empleado, o candidato a empleo, a realizar las funciones y obligaciones *esenciales* que requiere la posición

---

[152] P. de la C. 1197 de 21 de agosto de 2017, 2da Ses. Ord., 18va Asam. Leg.

[153] En el caso del P. del S. 878, no se establece el estándar de prueba que tiene que presentar el patrono para demostrar que el patrón de consumo del cannabis menoscaba sustancialmente la capacidad del empleado o candidato a empleo de realizar las funciones y obligaciones esenciales que la posición que ostenta o solicita requiere, según la descripción de empleo vigente al momento de arrojar positivo en la prueba de detección de sustancias controladas.

[154] Informe Positivo sobre el P. del S. 878, Com. De Gobierno, Senado de Puerto Rico, 7 de febrero de 2019, 5ta Ses. Ord. 18va Asam. Leg., en la pág. 6.

[155] Como resultado de estas expresiones del Departamento de Justicia, el Proyecto fue enmendado para incluir que se trata de las funciones y obligaciones esenciales que la posición de empleo requiere, según su descripción de empleo vigente, al momento de arrojar el resultado positivo en la prueba de detección de sustancias controladas.

[156] Informe Positivo sobre el P. del S. 878, Com. De Gobierno, Senado de Puerto Rico, 7 de febrero de 2019, 5ta Ses. Ord. 18va Asam. Leg., en la pág. 6.

de empleo.[157] No obstante, el Senado no estableció el estándar probatorio que se debe utilizar, ni limitó el texto tan flexible de este artículo, que dejaría demasiado al arbitrio del patrono.

B. Segunda propuesta: protección indirecta

La segunda propuesta contenida en este artículo va dirigida a seguir el modelo establecido en el estado de Nueva York, donde se estableció que ser un paciente certificado se considerará como una incapacidad. En este caso particular, esta clasificación le provee a los pacientes las protecciones de la *Ley de Derechos Civiles* de ese estado,[158] pero en el caso de Puerto Rico esto les proveería las protecciones de la *Ley que Prohíbe el Discrimen contra las Personas con Impedimentos Físicos, Mentales o Sensoriales*.[159]

El primer paso de esta segunda propuesta consiste en enmendar la Ley MEDICINAL, a los fines de añadir un artículo que establezca que un paciente registrado y autorizado para usar cannabis medicinal será considerado como uno incapaz bajo la *Ley que Prohíbe el Discrimen contra las Personas con Impedimentos Físicos, Mentales o Sensoriales*.[160] Bajo la inclusión de este artículo se especificarán las circunstancias en las que un paciente registrado no estará protegido contra acciones discriminatorias en el lugar de trabajo. Estas circunstancias podrán ser las mismas que se establecieron en la primera propuesta, e incluyen: si el patrono estuviese expuesto a perder licencias, certificaciones o fondos federales, y si el patrono demuestra que el empleado poseyó o ingirió cannabis medicinal en el lugar de trabajo o en horas laborables sin autorización del patrono, o estuvo bajo los efectos incapacitantes del cannabis en el lugar de trabajo o durante horas laborables. Esto tendrá que ser probado, por el patrono, mediante preponderancia de la prueba.

El segundo paso a realizar bajo esta propuesta consiste en enmendar la *Ley que Prohíbe el Discrimen contra las Personas con Impedimentos Físicos, Mentales o Sensoriales*.[161] El sub inciso (f) del artículo 1 de esta ley establece que no serán consideradas como personas con impedimentos "[l]os adictos activos al uso de drogas ilegales según se definen estas en la Ley de Sustancias Controladas

---

[157] P. del S. 878 de 2 de abril de 2018, 3era Ses. Ord., 18va Asam. Leg., según enmendado.

[158] N.Y. PUB. HEALTH §§ 3360-3369-E (2018).

[159] Ley para Prohibir el Discrimen Contra las Personas con Impedimentos Físicos, Mentales o Sensoriales, Ley Núm. 44 de 2 de julio de 1985, 1 LPRA **§§** 501-511b (1985).

[160] *Id*. *Véase, también,* Ley para Manejar el Estudio, Desarrollo e Investigación del Cannabis para la Innovación, Normas Aplicables y Límites, Ley Núm. 42-2017, 24 LPRA **§§ 2621-2626h (2011 & Supl. 2019)**.

[161] *Id*.

[162] *Id*. **§ 501**(f)(3).

Federal".[162] La enmienda consistiría en cambiar el texto del inciso para que la definición aplicable de drogas ilegales sea la contenida en la *Ley de Sustancias Controladas de Puerto Rico*.[163] De esta forma, se atempera la *Ley que Prohíbe el Discrimen contra las Personas con Impedimentos Físicos, Mentales o Sensoriales* con el derecho vigente en Puerto Rico, donde se permite el uso del cannabis medicinal, lo que es contrario a lo establecido en virtud de legislación federal.

El Departamento de Justicia de Puerto Rico expresó, en un memorando a la Comisión de Gobierno del Senado, que recomienda que la Asamblea Legislativa contemple la posibilidad de enmendar la *Ley que Prohíbe el Discrimen contra las Personas con Impedimentos Físicos, Mentales o Sensoriales*.[164] De esta manera, los patronos tendrían la obligación legal de llevar a cabo un proceso interactivo para identificar si un empleado que recibe tratamiento médico con cannabis medicinal puede cumplir con sus funciones esenciales mediante un acomodo razonable antes de tomar alguna acción adversa.[165] Esta recomendación fue acogida por el Senado de Puerto Rico y se incluyó en el P. del S. 878 aprobado el 14 de marzo de 2019.

Los cambios aquí propuestos tendrían el efecto de que los pacientes registrados y autorizados a utilizar cannabis medicinal en Puerto Rico gozarían de las protecciones que se establecen en la *Ley que Prohíbe el Discrimen contra las Personas con Impedimentos Físicos, Mentales o Sensoriales*.[166] Estas protecciones incluyen una prohibición de discrimen,[167] y el requisito de que los patronos tengan que llevar a cabo acomodos razonables en el lugar de trabajo para que los empleados-pacientes puedan trabajar eficiente y efectivamente.[168]

VII. Conclusión

Al presente, treinta y tres estados, Washington D.C., Guam, y Puerto Rico han legalizado el cannabis para propósitos medicinales.[169] En el caso específico de Puerto Rico, en el 2017 se aprobó la Ley MEDICINAL que autoriza el uso

---

[163] Ley de Sustancias Controladas de Puerto Rico, Ley Núm. 4 del 23 de junio de 1971, 24 LPRA **§ 2201** (2011 & Supl. 2019).

[164] 1 LPRA **§ 505** (2016).

[165] Informe Positivo sobre el P. del S. 878, Com. De Gobierno, Senado de Puerto Rico, 7 de febrero de 2019, 5ta Ses. Ord. 18va Asam. Leg., en la pág. 7.

[166] 1 LPRA **§ 505** (2016).

[167] *Id*. § 505.

[168] *Id*. § 507(a).

[169] Entre estos están incluidos: Alaska, Arizona, Arkansas, Colorado, Connecticut, Delaware, Florida, Hawaii, Illinois, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Montana, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, New York, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, Vermont, Washington, West Virginia.

medicinal del cannabis.[170] Sin embargo, esta ley no contiene disposiciones que brindan protecciones a los pacientes que utilizan cannabis medicinal de acciones adversas de sus patronos, por lo que no existen guías sobre cómo los patronos deben manejar la situación cuando uno de sus empleados utiliza cannabis medicinal.

Actualmente, existen dos medidas ante la consideración de la Asamblea Legislativa que buscan proteger los derechos de los empleados-pacientes. Una de estas, el P. del S. 878, fue aprobado por el Senado, pero aún queda pendiente su aprobación por la Cámara de Representantes, y la firma del Gobernador. Por esta razón, y ante el vacío jurídico existente sobre el asunto del cannabis medicinal en el ambiente laboral, este artículo establece dos propuestas para atender el tema según los ejemplos de varias jurisdicciones de Estados Unidos y los proyectos ante la consideración de la Asamblea Legislativa.

La primera propuesta presentada en este artículo atiende el asunto del cannabis medicinal en el ambiente laboral de una manera directa al establecer la prohibición de discrimen contra los pacientes registrados expresamente, ya sea dentro de la Ley MEDICINAL o en la *Ley contra el Discrimen en el Empleo*. El propósito de esta propuesta es proteger al empleado-paciente de discrimen tanto en los procesos de reclutamiento, contratación, nombramiento o terminación, como de penalidades en el empleo. Por otro lado, la segunda propuesta atiende el asunto de forma indirecta y clasifica el estatus de *paciente certificado* como una discapacidad. Esto provee, entonces, las protecciones de la *Ley que Prohíbe el Discrimen contra las Personas con Impedimentos Físicos, Mentales o Sensoriales*, luego de realizarle las enmiendas pertinentes a esta ley.

El aspecto que tienen en común estas propuestas es que ambas contienen ciertas circunstancias en las que un paciente registrado no estará protegido contra discrimen en el lugar de trabajo, de manera que se vele igualmente por los intereses del empleado-paciente y por los del patrono. Estas circunstancias incluyen: si el patrono pudiese perder licencias, certificaciones o fondos federales, y si el patrono demuestra por preponderancia de la prueba que el empleado poseyó, ingirió o estuvo bajo los efectos incapacitantes del cannabis en el lugar de trabajo o durante horas laborables sin autorización del patrono.

Como podemos ver, nuestra Asamblea Legislativa se ha expresado a favor de la aprobación de piezas legislativas que velen por los intereses, tanto de los empleados-pacientes, como de los patronos. No obstante, es imperativo que se tomen las medidas necesarias para la aprobación de un nuevo estado de derecho que pueda alcanzar estos objetivos efectivamente. Aquí radica la importancia de las medidas propuestas en este artículo. Estas tienen el propósito de brindar a los pacientes registrados y autorizados a utilizar cannabis medicinal en Puerto Rico

---

[170] Ley para Manejar el Estudio, Desarrollo e Investigación del Cannabis para la Innovación, Normas Aplicables y Límites, Ley Núm. 42-2017, 24 LPRA **§§ 2621-2626h (2011 & Supl. 2019).**

protecciones en el lugar de trabajo, al establecer expresamente ciertas circunstancias en las que esta protección no operaría. De esta forma, los pacientes podrán utilizar el tratamiento recomendado por su médico, los patronos tendrán una guía de cómo actuar en estas circunstancias, y los derechos y responsabilidades de ambos estarán establecidos claramente.

EL RIGHT OF PUBLICITY ESTADOUNIDENSE EN LA LEY DEL DERECHO SOBRE LA PROPIA IMAGEN

*Pedro Cabán Vales**
*Louanna N. Cruz Rivera***

Resumen

El 13 de julio de 2011 la Asamblea Legislativa de Puerto Rico aprobó la Ley del Derecho sobre la Propia Imagen. Esa legislación incorpora a nuestra jurisdicción, procedente del derecho estadounidense, el llamado *right of publicity*, al regular una causa de acción en daños y perjuicios debido a la utilización no autorizada de la imagen o identidad de una persona con fines comerciales o publicitarios. Hasta la publicación de este escrito, no se ha discutido integralmente el alcance y efecto

---

* Catedrático Asociado, Facultad de Derecho Universidad Interamericana de Puerto Rico. Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid; B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico. Miembro del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Complutense de Madrid. Correos electrónicos: pcaban@juris.inter.edu; pedro.caban@gmail.com. Agradezco encarecidamente al Dr. José Ignacio Rubio San Román y a la Dra. Rosa María Moreno Flórez, del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Complutense de Madrid, por su asistencia durante una estancia de investigación que realicé en esa institución mientras trabajaba en varios proyectos entre los que se encontraba este artículo. Agradezco igualmente a la Universidad Interamericana de Puerto Rico, su Administración Central y su Facultad de Derecho, y al Banco Santander por conferirme la Beca Iberoamérica, la cual me permitió financiar la estancia de investigación indicada. Agradezco al profesor José E. Hernández Acevedo, director del Departamento de Ciencias Sociales del Recinto Metropolitano de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, por su asistencia para localizar bibliografía valiosa sobre este tema. Agradezco también al licenciado Álex López Echegaray, uno de los asesores legislativos que trabajó en la redacción de la Ley del Derecho sobre la Propia Imagen, por concederme una entrevista que resultó de gran provecho para la preparación de este trabajo. Agradezco, por también haber accedido a entrevistarse conmigo, a la licenciada Dora M. Peñagarícano, quien fue presidenta de la Comisión de Propiedad Intelectual del Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico durante la época en que se tramitó y aprobó la Ley del Derecho sobre la Propia Imagen. Finalmente, agradezco a mi asistente de investigación, Gabriela Cabrera Soldevila, por su ayuda en la edición de este escrito.

** J.D. Universidad Interamericana de Puerto Rico; B.A. Universidad de Puerto Rico. Correo electrónico: lnaomi01@hotmail.com.

de esa legislación en nuestro ordenamiento jurídico, en donde previamente se ha reconocido jurisprudencialmente una acción por violación al derecho a la propia imagen a partir de normas y doctrinas de tradición civilista.

Abstract

On July 13, 2011, the Puerto Rico Legislature approved a law that incorporates into our jurisdiction, from United States Law, the so-called right of publicity, by regulating a cause of action in damages due to the unauthorized use of a person's image or identity for commercial or advertising purposes. Until the publication of this article, the scope and effect of this legislation in our legal system has not been fully discussed, although the jurisprudence has recognized a cause of action for violation of the right to one's own image based on norms and doctrines of the civil law tradition.

I. Introducción 497
II. Concepto 498
III. Denominación 500
IV. Antecedentes 503
V. Imagen 512
VI. Estándar de conducta 517
VII. Conclusiones 521

I. Introducción

El 13 de julio de 2011, la Asamblea Legislativa de Puerto Rico aprobó la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen* (en adelante *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen* o Ley Núm. 139-2011).[1] La legislación indicada regula una causa de acción en daños y perjuicios debido a la utilización no autorizada de la *imagen* o *identidad* de una persona con fines comerciales o publicitarios.[2]

El Tribunal Supremo de Puerto Rico (en adelante *TSPR*) reconoció una causa de acción por ese tipo de conducta en el año 2008.[3] Para ello, se amparó *principalmente* en el derecho constitucional a la intimidad y en el articulado del Código Civil sobre responsabilidad civil extracontractual.[4] Sin embargo, la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen* no se limitó a codificar lo resuelto por la jurisprudencia, sino que amplió sus contornos al incorporar en nuestra jurisdicción, procedente del derecho estadounidense, el llamado *right of publicity*.[5]

A lo largo de los años, se han publicado en Puerto Rico varios textos que analizan la *construcción* doctrinal y jurisprudencial del Derecho a la Propia Imagen.[6] En lo

---

[1] Ley del Derecho Sobre la Propia Imagen, Ley Núm. 139-2011, 32 LPRA §§ 3151-3158 (2017). El proyecto de ley que eventualmente se convirtió en la Ley del Derecho sobre la Propia Imagen, así como otros documentos del historial legislativo pueden ser localizados en el sitio de internet de la Oficina de Servicios Legislativos de Puerto Rico, específicamente en la sección dedicada al trámite legislativo de las medidas para el cuatrienio 2009-2012: http://www.oslpr.org/buscar/. *Véase* P. del S. 1750 de 16 de septiembre de 2010, 4ta Ses. Ord., 16ta Asam. Leg. Presentado por los Senadores Rivera Schatz, Arango Vinent, Peña Ramírez y Soto Villanueva (en adelante P. del S. 1750).

[2] A pesar de que la legislación utiliza expresamente la palabra *imagen*, la definición estatutaria del concepto es tan amplia que su ámbito de aplicación se describe mejor con referencia a la palabra *identidad*. Esto coincide a su vez con el alcance de las normas que sirvieron de modelo a la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen*. En otra sección de este escrito se discute más a fondo el concepto *imagen* al amparo de la Ley Núm. 139-2011.

[3] Vigoreaux v. Quizno's, 173 DPR 254 (2008).

[4] *Id*. en las págs. 261-63, 268, 273, 280-81.

[5] Entrevista con el licenciado Álex López Echegaray, Asesor Legislativo en el Senado de Puerto Rico (abril de 2014) (indicando que en el diseño de esta legislación se utilizó como modelo el *right of publicity* según formulado en varias jurisdicciones de Estados Unidos) [en adelante Entrevista con el Lcdo. Álex López Echegaray]; Entrevista con la licenciada Dora M. Peñagarícano, expresidenta de la Comisión de Propiedad Intelectual del Colegio de Abogados de Puerto Rico (marzo de 2019) (indicando que en el diseño del anteproyecto que trabajó la Comisión de Propiedad Intelectual se consideraron todas las legislaciones sobre *right of publicity* vigentes en Estados Unidos) [en adelante Entrevista con la Lcda. Dora M. Peñagarícano]. *Véase, además,* Exposición de Motivos, Ley del derecho sobre la propia imagen, Ley Núm. 139 de 13 de julio de 2011, 2011 LPR 1885.

[6] *Véase*, *e.g.*, JOSÉ JULIÁN ÁLVAREZ GONZÁLEZ, DERECHO CONSTITUCIONAL DE PUERTO RICO Y RELACIONES CONSTITUCIONALES CON ESTADOS UNIDOS 1031-44, 1053-54 (2010); Alejandra C. Martínez Méndez, *Las cámaras y los derechos constitucionales: hacia donde se inclina la balanza de intereses*, 48 REV. JUR. UIPR 597 (2014); Luis Daniel Dávila Pernas, *Derecho a la propia imagen: ¿Derecho patrimonial o vertiente del derecho a la intimidad?*, 44 REV. JUR. UIPR 137 (2010); Efrén Rivera Ramos, *Derecho Constitucional*, 78 REV. JUR. UPR 625 (2009); Alberto Bernabe-Riefkohl, *Revisión del Código Civil*

que respecta a la Ley Núm. 139-2011, a pesar de que se han publicado trabajos que analizan algunas de sus disposiciones,[7] al día de hoy no se ha discutido integralmente el alcance y efecto de esa legislación en nuestro ordenamiento jurídico.[8] El objetivo primordial del presente trabajo es comenzar a llenar ese vacío mediante el análisis de los antecedentes de la ley y algunas de sus disposiciones.

II. Concepto

Se ha definido el *right of publicity* como el "derecho inherente de todo ser humano a controlar el uso comercial de su identidad".[9] Este ha sido clasificado como un derecho de *propiedad intelectual*[10] cuyo objeto es el valor comercial de la

---

y Responsabilidad Civil Extracontractual (Parte II): una propuesta alternativa al borrador de la comisión de revisión, 74 REV. JUR. UPR 1 (2005) [en adelante Bernabe-Riefkohl, *Revisión del Código Civil y la Responsabilidad Civil Extracontractual (Parte II)*]; Roberto Colón Cortés, *Reconstruyendo la casa de cristal: la Responsabilidad Civil Extracontractual derivada de los daños ocasionados al Derecho a la Intimidad*, 72 REV. JUR. UPR 695 (2003); Sarah Yenit Rosado Morales, *El derecho al nombre como atributo de la personalidad y su reconocimiento en los códigos civiles modernos*, 35 REV. JUR. UIPR 277 (2001); Demetrio Fernández Quiñones, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 70 Rev. Jur. UPR 713 (2001); Luis M. Villaronga, *Derecho Constitucional*, 66 REV. JUR. UPR 391 (1997).

[7] PEDRO G. SALAZAR, LA PROTECCIÓN LEGAL DEL AUTOR PUERTORRIQUEÑO 73-75 (2da ed. 2013); Wilda Irizarry Toro, *El derecho al olvido (The Right to be Forgotten): una propuesta innovadora para la protección digital a la intimidad*, 56 REV. DER. PR 61, 78 (2016); Hiram Meléndez Juarbe, *Propia imagen y campañas políticas*, DERECHO AL DERECHO (14 de agosto de 2012), http://derechoalderecho.org/2012/08/14/propia-imagen-y-campanas-politicas/.

[8] Meléndez Juarbe, *supra* nota 7 ("La ambigüedad generada por esta ley no ha sido ampliamente discutida").

[9] 1 J. THOMAS MCCARTHY, THE RIGHTS OF PUBLICITY & PRIVACY § 1:3 (2da ed., 2018) [en adelante 1 MCCARTHY] ("*the right of publicity is simply this: it is the inherent right of every human being to control the commercial use of his or her identity*") (traducción suplida). *Véase, además,* INMACULADA HIGUERAS, VALOR COMERCIAL DE LA IMAGEN: APORTACIONES DEL RIGHT OF PUBLICITY ESTADOUNIDENSE AL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN 23 (2001).

[10] A menos que se especifique o del contexto surja algo diferente, a lo largo de este artículo utilizamos la nomenclatura *propiedad intelectual* en su acepción angloamericana, esto es, como un término genérico para denominar "todas aquellas áreas jurídicas que involucran la creatividad intelectual". SALAZAR, *supra* nota 7, en la pág. 61; SALVADOR FRANCISCO RUIZ MEDRANO, LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PROPIEDADES ESPECIALES EN EL MUNDO 25, 31 n.1 (2011). En la tradición civilista existe algún autor que utiliza la expresión de este modo inclusivo. CARLOS-JAVIER RODRÍGUEZ GARCÍA, UNA NUEVA SISTEMATIZACIÓN JURÍDICA DE LAS PROPIEDADES ESPECIALES 86 (2da ed. 1992) (*citando a* Azcárate, quien utiliza la acepción genérica descrita). Sin embargo, lo más común en la sistemática civilista es utilizar la frase *propiedad intelectual* para referirse exclusivamente a los derechos de autor. SALAZAR, *supra* nota 7, en la pág. 61; RUIZ MEDRANO, *supra* nota 10, en la pág. 31 n.1; RODRÍGUEZ GARCÍA, *supra* nota 10, en la pág. 86. Optamos por la denominación en su acepción angloamericana porque las fuentes jurídicas que sirvieron de antecedentes para la adopción del *right of publicity* en Puerto Rico, mediante la aprobación de la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen*, provienen del derecho estadounidense.

identidad de una persona.[11] Tal conjunción de elementos personales, propietarios y comerciales ha llevado a que la doctrina científica afirme que el derecho de publicidad es de naturaleza *sui generis*.[12]

En términos generales, los elementos de la identidad personal que pueden ser protegidos al amparo de este derecho son: el nombre, incluso los apodos, nombres artísticos o seudónimos; la imagen, cualquiera que sea el medio por el cual se plasme; la interpretación de un *personaje* que el público identifica especialmente con un artista; la voz o sonidos distintivos; y objetos asociados a una persona.[13] No obstante, la extensión precisa del derecho varía de jurisdicción en jurisdicción.[14]

El *right of publicity* confiere a su titular la facultad de explotar comercialmente su identidad con exclusión de terceras personas.[15] Al tratarse de un derecho de propiedad con un objetivo comercial, es enajenable y transferible.[16] En algunas jurisdicciones, el derecho tiene duración *post mortem*, esto es, su existencia continúa más allá de la muerte de su titular original.[17] En esas jurisdicciones, que son la

---

[11] *Véase* 1 MCCARTHY, *supra* nota 9, **§§ 1:3, 1:7; 2** THOMAS MCCARTHY, THE RIGHTS OF PUBLICITY & PRIVACY **§ 10:7 (2da ed. 2018) [en adelante 2** MCCARTHY]. *Véase, además,* Daniel Gervais & Martin L. Holmes, *Fame, Property & Identity: The Purpose and Scope of the Right of Publicity*, 25 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 181, 194-95 (2014). A pesar de que el *right of publicity* tiene semejanzas con otras ramas de la propiedad intelectual, tales como el derecho de marcas y el de *copyright*, el derecho de publicidad tiene sustantividad propia con respecto a esas disciplinas. La diferencia fundamental es que los antecedentes del derecho de publicidad se fijan en el derecho a la intimidad y su objeto es vindicar el control de la persona sobre el valor comercial de su identidad, mientras que el derecho de marcas, por ejemplo, tiene como objetivo evitar el fraude y la competencia desleal. Esto provoca que, a pesar de las similitudes, haya que tomar en cuenta algunos elementos diferentes para dilucidar una y otra acción y que no exista interdependencia entre ellas; esto es, se puede ser titular de un derecho de publicidad sobre la identidad de una persona, pero no tener un derecho de marca sobre su nombre, o viceversa. 1 MCCARTHY, *supra* nota 9, §5:6; 2 MCCARTHY, *supra*, nota 11 §§10:6-10:7.

[12] Específicamente, se ha afirmado lo siguiente: "*It is more accurate to think of [the right of publicity] as a sui generis* mixture of personal rights, property rights, and rights under the law of unfair competition then [sic] to attempt, Proscrustean-like, to fit it precisely into one of those categories". 1 MCCARTHY, *supra* nota 9, **§5.6** (*citando a* S.J. Hoffman, *Limitations on the Right of Publicity*, 28 BULL COPYRIGHT SOC'Y 111, 112 (1980)). En el mismo sentido, se ha indicado que:

> [*T]he law defines the right of publicity as a form of "property" right. This categorization is helpful in making decisions about such issues as transferability, standing to sue, choice of law, descent after death and the statute of limitations. In addition, the act of infringing on the right of publicity can properly be viewed as a commercial "tort," as well as a form of "unfair competition*.
>
> 2 MCCARTHY, *supra* nota 11, §10:6.

[13] 1 MCCARTHY, *supra* nota 9, §§ 4:46-4:88.

[14] Paul Cirino, *Advertisers, Celebrities and Publicity Rights in New York and California*, 39 N.Y.L. SCH. L. REV. 763, 765 (1994) ("*To complicate matters further, the states recognizing the right of publicity do so to varying extents*").

[15] HIGUERAS, *supra* nota 9, en las págs. 142-43.

[16] 1 MCCARTHY, *supra* nota 9, § 1.7; HIGUERAS, *supra* nota 9, en las págs. 142-43.

[17] 2 MCCARTHY, *supra* nota 11, § 9:3.

mayoría entre aquellas que reconocen el derecho objeto de discusión, el derecho de publicidad puede ser objeto de transmisión *mortis causa*.[18]

La violación del *right of publicity* confiere a su titular la facultad de presentar una acción de daños y perjuicios dirigida a obtener la indemnización de los daños y a recobrar el valor comercial apropiado sin su consentimiento.[19] Asimismo, el demandante tendrá disponible el remedio de *injunction* para impedir que continúe la utilización no autorizada de su propiedad.[20]

III. Denominación

Se atribuye al juez Jerome Frank haber acuñado el nombre *right of publicity* para designar al derecho objeto de discusión.[21] No existe consenso en cuanto a su denominación correcta en el idioma español. La Ley Núm. 139-2011 indica que el estatuto será conocido como: "*Ley del Derecho sobre la Propia Imagen*".[22] A lo largo del estatuto se utiliza la expresión *derecho a la propia imagen*, cualificada por la exigencia de que esta sea utilizada con *propósito comercial* o *publicitario* para que el estatuto sea aplicable.[23]

El nombre seleccionado por el legislador puertorriqueño es demasiado restringido, en términos conceptuales, para denominar el derecho objeto de regulación en la legislación. El *right of publicity* abarca *la identidad* de la persona o sujeto titular del derecho, no solamente su imagen.[24] La Ley Núm. 139-2011 adopta esta concepción amplia al definir *imagen* como: "nombre, fotografía, retrato, voz, firma, atributo o *cualquier representación de una persona que sirva para identificar a esa persona,* ante un observador o escucha promedio, mediante cualquier procedimiento o técnica de reproducción".[25] Ello así, a pesar del nombre de la legislación, sus disposiciones abarcan todos los elementos de identidad antes descritos y los tribunales deben interpretar el estatuto de manera que refleje ese grado de amplitud. En última instancia, lo óptimo sería cambiar el nombre de la legislación para que refleje de modo fiel el derecho que regula.

---

[18] Gervais & Holmes, *supra* nota 11, en la pág. 214.

[19] *Id*. ("*The right of publicity . . . is a right inherent to everyone to control the commercial use of identity and persona and recover in court damages and the commercial value of an unpermitted taking*"). *Véase, además,* 2 MCCARTHY, *supra* nota 11, § 10:6 ("*the act of infringing on the right of publicity can properly be viewed as a commercial 'tort,' as well as a form of 'unfair competition'*").

[20] 2 MCCARTHY, *supra* nota 11, § 11:21.

[21] *Id*. § 1:26. *Véase* Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F.2d 866, 868 (2do Cir. 1953).

[22] Ley del Derecho Sobre la Propia Imagen, Ley Núm. 139-2011, 32 LPRA §3151 (2017).

[23] Por ejemplo, véase *Id*. § 3153.

[24] 1 MCCARTHY, *supra* nota 9, §§ 4:46-4:88.

[25] 32 LPRA § 3151(c) (énfasis suplido).

Obsérvese también que la denominación escogida por el legislador, Ley del Derecho sobre la Propia Imagen, podría llevar a confusiones porque da la impresión de que el estatuto regula todas las modalidades de ese derecho, lo cual es erróneo.[26] La Ley Núm. 139-2011 regula solamente la hipótesis en que la identidad o *imagen* de una persona se utiliza con propósitos comerciales sin su consentimiento. La Ley limita expresamente su ámbito de aplicación para excluir las situaciones en las que se usa la imagen de una persona con propósitos expresivos de tipo político, artístico, académico, investigativo, periodístico, deportivo, de crítica o de comentario, o cuando la imagen o identidad de la persona se utiliza de modo accesorio.[27]

Esta exclusión, sin embargo, no significa que la imagen o la identidad puedan utilizarse en esos contextos sin permiso; lo que implica es que esas situaciones seguirán siendo sancionadas conforme a la jurisprudencia interpretativa de la constitución y del articulado del Código Civil por responsabilidad civil extracontractual,[28] según

---

[26] Un ejemplo de una expresión equívoca a la que puede dar pie la Ley se encuentra en el siguiente fragmento:

> En Puerto Rico, al igual que en España, se reconoce el derecho a la propia imagen. La Ley de Derecho sobre la Imagen define el concepto de la imagen como "nombre, fotografía, retrato, voz, firma, atributo o cualquier representación de una persona que sirva para identificar a esa persona, ante un observador o escucha promedio, mediante cualquier procedimiento o técnica de reproducción." Vázquez Bote explica que "[j]urídicamente se considera imagen la proyección o representación de la propia figura mediante cualquier procedimiento…. Sobre esa imagen se reconoce un derecho, inherente a la personalidad, que solo puede actuar, normalmente, el sujeto de la misma.
>
> La Ley del Derecho sobre la Propia Imagen fue creada para subsanar una laguna que existía en nuestro ordenamiento sobre legislación protectora del derecho a la propia imagen. Con la promulgación de esta ley se tiene disponible como remedio un interdicto y también una acción de daños y perjuicios. Evita que se utilice la imagen de un individuo para fines "comerciales, mercantiles o publicitarios" sin el consentimiento del individuo. Como podemos observar esta ley está limitada a propósitos comerciales. Solo protege la imagen como derecho patrimonial. Esto significa que alguien puede publicar una foto de un tercero en una página web sin el consentimiento de este y si no es para fines pecuniarios la ley no lo puede proteger.

Irizarry Toro, *supra* nota 7, en la pág. 78 (notas omitidas). La aseveración anterior es formalmente correcta con respecto al alcance de la Ley Núm. 139-2011. Sin embargo, resulta equívoca con respecto al ámbito de protección del Derecho a la Propia Imagen en Puerto Rico el cual trasciende lo dispuesto en la legislación objeto de estudio. Esto es así porque el TSPR ha decretado la protección de tal derecho al amparo del derecho constitucional a la intimidad y de las normas del Código Civil sobre responsabilidad civil extracontractual, protección la cual no está supeditada al propósito comercial de la expresión. *Véase, e.g.*, Pérez Vda. Muñiz v. Criado, 151 DPR 355 (2000); Colón v. Romero, 112 DPR 573 (1982). *Véase, además*, López Tristani v. Maldonado, 168 DPR 838 (2006); Bonilla Medina v. PNP, 140 DPR 294 (1996).

[27] 32 LPRA § 3157. *Véase, además,* Sánchez v. Pérez, KLAN201700373, 2018 WL 1317281 (Sentencia de 30 de enero de 2018) (resolviendo que la Ley Núm. 139–2011 no es aplicable a un caso donde la imagen se utilizó para un reportaje noticioso sin fines comerciales o publicitarios).

[28] El Tribunal de Apelaciones ha llegado a esta misma conclusión. Carrasquillo v. PNP, KLAN201201333, 2012 WL 4753899 (Sentencia de 13 de agosto de 2012) (indicando que la Ley Núm. 139–2011 no es aplicable en un caso donde la imagen se utilizó para fines de propaganda política y el demandante reclama violación a su derecho a la intimidad, no derecho de publicidad).

los parámetros fijados por el TSPR.[29] Esta es otra razón que aconsejaría cambios en la denominación escogida por el estatuto. Como mínimo, se debería añadir el calificativo *comercial* al nombre *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen*.

La Asamblea Legislativa parece haber escogido la nomenclatura que aquí se critica porque no pudo dar con una traducción al español que recogiera íntegramente el concepto *right of publicity* tal como existe en Estados Unidos.[30] Sin embargo, la doctrina científica y la jurisprudencia puertorriqueña han utilizado la nomenclatura *derecho a la publicidad* para referirse al derecho objeto de discusión.[31] Incluso, en la Exposición de Motivos de la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen* se utiliza esa expresión.[32] En otras jurisdicciones de habla hispana, la mayoría de las fuentes jurídicas se refieren al derecho por su nombre en inglés escrito en bastardillas: *right of publicity*.[33] También se ha utilizado la denominación *derecho de publicidad*.[34]

Por nuestra parte, entendemos que la mejor solución es utilizar en español la denominación *derecho de publicidad*, que nos parece la más conveniente,[35] y alternarla por el nombre del derecho en inglés escrito en bastardillas, *right of publicity*, como hacen la mayoría de los autores de habla hispana. De esta manera, se utiliza en español una nomenclatura correcta y eficaz en términos idiomáticos,

---

[29] Bonilla v. PNP, 140 DPR 294 (1996); Colón v. Romero, 112 DPR 573 (1982). *Véase, además*, López v. Maldonado, 168 DPR 838 (2006); Pérez Vda. Muñiz v. Criado, 151 DPR 355 (2000).

[30] Entrevista con el Lcdo. Álex López Echegaray, *supra* nota 5.

[31] *Vigoreaux*, 173 DPR en las págs. 259, 260-61, 266; Dávila Pernas, *supra* nota 6, en las págs. 141-42, 157.

[32] Exposición de Motivos, Ley del derecho sobre la propia imagen, Ley Núm. 139 de 13 de julio de 2011, 2011 LPR 1885.

[33] *Véase*, *e.g.*, STS, 14 de septiembre de 2011 (ROJ STS 6861/2011); Cristián Larraín Páez, *Responsabilidad civil por vulneración del derecho a la imagen: análisis comparado y propuestas para el derecho chileno*, 26 REV. CHILENA DE DER. PRIVADO 119, 141 n.85 (2016); Enrique Cavero Safra, *El Right of Publicity y los derechos sobre la imagen y reputación de las celebridades en la industria del entretenimiento*, 44 IUS ET VERITAS 212 (2012); José Miguel Ceballos Delgado, *Aspectos generales del derecho a la propia imagen,* 15 REV. LA PROPIEDAD INMATERIAL 61, 67 (2011).

[34] Íñigo de la Maza Gazmuri*, La explotación comercial no consentida de la imagen: el derecho de publicidad (right of publicity) en el caso estadounidense, en* VEINTICINCO AÑOS DE APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 1/1982, DE 5 DE MAYO, DE PROTECCIÓN CIVIL DEL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN 181-197 (José Ramón de Verda y Beamonte coordinador*,* 2007).

[35] Desde el punto de vista del uso correcto de la lengua española, tanto *derecho de publicidad* como *derecho a la publicidad* serían construcciones correctas. *Derecho*, DICCIONARIO PANHISPÁNICO DE DUDAS (2005). Sin embargo, la construcción *derecho de publicidad* es similar a la que corresponde a las categorías genéricas o afines en las que está enmarcado el derecho objeto de discusión: derecho de propiedad y derecho de propiedad intelectual. *Véase* DICCIONARIO DEL ESPAÑOL JURÍDICO (2016). Además de esa virtud, la denominación que aquí seleccionamos tiene la ventaja adicional, frente a la construcción *derecho a la publicidad*, de acentuar el contraste con la denominación *derecho a la propia imagen*. Esta virtud es particularmente deseable para diferenciar este último derecho, que se enmarca en el derecho constitucional a la intimidad, del *right of publicity*, aquí nombrado en español *derecho de publicidad*, que se concibe como un derecho propietario.

pero, habida cuenta de que esta todavía no es aceptada uniformemente, se recurre a la opción más extendida de utilizar el nombre del concepto en inglés escrito en itálicas. La solución indicada tiene la virtud añadida de propender a una mayor variedad y agilidad en la utilización del lenguaje al evitar repeticiones.

En cualquier caso, y a pesar de los reparos que hemos expresado, utilizaremos la nomenclatura *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen* para referirnos a la legislación objeto de estudio habida cuenta de que ese sigue siendo el nombre oficial del estatuto. Hasta tanto la legislatura no realice enmiendas técnicas para cambiar o ampliar el nombre de la ley en el sentido señalado, será difícil uniformar y sistematizar la denominación de este derecho en nuestra jurisdicción.

IV. Antecedentes

A. Estados Unidos

El *right of publicity*, como categoría autónoma y con denominación propia, se originó en Estados Unidos entre 1953 y 1954.[36] Previo a esa fecha, las reclamaciones por utilización comercial no consentida de la identidad se canalizaban a partir de las acciones por violación al derecho a la intimidad, particularmente por invasión a la privacidad.[37] No obstante, las acciones de daños y perjuicios por violación a los *privacy rights*, según concebidas en Estados Unidos, resultaban insuficientes para proteger a figuras públicas porque tales acciones estaban predicadas en "el derecho a ser dejado solo", condición imposible de cumplir para personas ya conocidas públicamente.[38] Tal insuficiencia allanó el camino para el surgimiento del derecho de publicidad como una categoría autónoma:

> *The inability of the right of privacy to protect celebrities was addressed in the 1953 decision, Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc. In Haelan, the Second Circuit created a "right of publicity" that protects against the unpermitted commercial use of a person's identity and creates the right to grant exclusive use of that identity:*
>
> *We think that, in addition to and independent of that right of privacy (which in New York derives from statute), a man has a right in the publicity value of his photograph, i.e., the right to grant the exclusive privilege of publishing his picture, and that such a grant may validly be made "in*

---

[36] 1 MCCARTHY, *supra* nota 9, § 1.4.

[37] *Id*. § 1.7.

[38] Michael Decker, *Goodbye, Norma Jean: Marilyn Monroe and the Right of Publicity's Transformation at Death*, 27 CARDOZO ARTS & ENT. L. J. 243, 249 (2009) ("*A shortcoming of the privacy model for celebrities is privacy law's focus on the right to be left alone, which fails to protect those already well-known to the public*").

> *gross", i.e., without an accompanying transfer of a business or of anything else. Whether it be labelled [sic] a "property" right is immaterial; for here, as often elsewhere, the tag 'property' simply symbolizes the fact that courts enforce a claim which has pecuniary worth.*
>
> *This right might be called a "right of publicity." For it is common* knowledge *that many prominent persons (especially actors and ball-players), far from having their feelings bruised through public exposure of their likenesses, would feel sorely deprived if they no longer received money for authorizing advertisements, popularizing their countenances, displayed in newspapers, magazines, busses, trains and subways. This right of publicity would usually yield them no money unless it could be made the subject of an exclusive grant which barred any other advertiser from using their pictures*.
>
> *The language used in Haelan laid the groundwork for the right's development*.[39]

Ello así, el derecho de publicidad, al ser de carácter propietario, opera libremente en el ámbito patrimonial sin las limitaciones o restricciones que tradicionalmente acompañan a los derechos de la personalidad, como es el caso del derecho a la intimidad:

> [T]he right of publicity recognizes a property right in identity that can be legally separated from the person in a way that privacy rights cannot*:*
>
> [P]ersonality is commodified and becomes 'something in the outside world, separate from oneself'. *For this reason, commodified personality can endure long beyond the living self of the individual who creates it and can also be owned and used by persons other than its creator*.[40]

---

[39] *Id*. en la pág. 250 (*citando a* Haelan Labs., Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F.2d 866, 868 (2do Cir. 1953)) (citas y notas omitidas).

[40] 1 MCCARTHY, *supra* nota 9, § 1:26 (*citando a* Post, *Rereading Warren & Brandeis: Privacy, Property and Appropriation*, 41 CASE WESTERN L. REV. 647, 668 (1991)) (énfasis suplido). *Véase, además*, RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION § 46 (1995):

> The interest in the commercial value of a person's identity is in the nature of a property right and is freely assignable to others. *Early cases questioned the transferability of commercial rights in a person's identity because of the historical connection with privacy rights, which are not generally transferable*. The reluctance to recognize assignments was eventually overcome through the development of a distinct right of publicity. *An assignment of the right of publicity transfers ownership to the assignee, who has standing to assert the right against others. However,* an assignment of the right of publicity transfers only the right to exploit the commercial value of the assignor's identity; the personal interests protected under the right of privacy are not transferable, and thus invasions of those rights by third persons remain actionable by the assignor.

RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION § 46 (1995) (énfasis suplido).

El *right of publicity* es un derecho de ámbito estatal, pues no existe un ley federal al respecto.[41] En la actualidad, alrededor de treinta y tres estados de Estados Unidos reconocen la existencia del derecho de publicidad, bien jurisprudencialmente, como parte del *common law*, o por medio de legislación.[42] Según indicado, la amplitud del derecho reconocido varía en cada jurisdicción.[43] Por ejemplo, al día de hoy solo veinticinco estados reconocen la existencia de un *right of publicity post mortem*.[44] Por otra parte, en algunos estados se ha reconocido que objetos inanimados pueden ser parte de la *identidad* de una persona para propósitos del derecho a la publicidad,[45] postura que ha sido criticada.[46]

El derecho de publicidad ha tenido un desarrollo particularmente amplio en el estado de California.[47] Esto se debe, en parte, a que en jurisdicciones como esa tienen prominencia: la industria de cine; deportistas famosos; y avances tecnológicos que facilitan tomar la imagen de una persona y difundirla, hacer películas y transmitir eventos deportivos.[48]

B. Puerto Rico

En el diseño de las disposiciones de la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen*, se consideraron todas las legislaciones sobre *right of publicity* entonces vigentes en Estados Unidos.[49] En ese proceso, las legislaciones de California, Florida y, en menor medida, la de Indiana ocuparon un lugar destacado.[50] Ello así, el análisis de las legislaciones sobre derecho de publicidad vigentes en Estados Unidos previo a la aprobación de la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen*, junto con la interpretación que se le hubiera dado a tales legislaciones hasta ese momento, resultan de gran valor y utilidad para interpretar el alance de la Ley Núm. 139-2011 de Puerto Rico.[51]

---

[41] 1 MCCARTHY, *supra* nota 9, § 1:2.

[42] *Id*. **§ 6:2.**

[43] Cirino, *supra* nota 14.

[44] 1 MCCARTHY, *supra* nota 9, §§ 6:2, 9:17.

[45] Motschenbacher v. R. J. Reynolds Tobacco Co., 498 F.2d 821 (9no Cir. 1974); White v. Samsung Electronics America, Inc., 971 F.2d 1395, 1399 (9no Cir. 1992).

[46] Gervais & Holmes, *supra* nota 11, en la pág. 190; Rosina Zapparoni, *Propertising Identity: Understanding the United States Right of Publicity and Its Implications - Some Lessons for Australia*, 28 MELB. U.L. REV. 690, 709-14 (2004) y autores allí citados.

[47] Larraín Páez, *supra* nota 33, en la pág. 141 n.85; De la Maza Gazmuri, *supra* nota 34, en la pág. 187.

[48] Larraín Páez, *supra* nota 33, en la pág. 141 n.85; HIGUERAS, *supra* nota 9, en las págs. 13-14.

[49] Entrevista con la Lcda. Dora M. Peñagarícano, *supra* nota 5.

[50] Entrevista con el Lcdo. Álex López Echegaray, *supra* nota 5.

[51] *Véase, cf*., *e.g.*, Beníquez v. Vargas, 184 DPR 210, 245 (2012) ("Cuando un estatuto es copiado o adoptado de una ley extranjera o de otra jurisdicción, se presume que se adopta con la interpretación

Según indicado anteriormente, el bien jurídico protegido por el *right of publicity* es la "identidad" de la persona, particularmente su derecho a controlar el uso comercial de esta.[52] En Puerto Rico, ese interés jurídico está amparado estatuariamente de modo expreso desde el 13 de julio de 2011 cuando se aprobó la Ley Núm. 139-2011. No obstante, el TSPR había conferido a esos intereses jurídicos un grado de protección *comparable, aunque no idéntico al de esa legislación*, desde el 29 de febrero de 2008, fecha en que emitió su opinión en *Vigoreaux v. Quizno's*.[53] Esa decisión es la más reciente en una trayectoria jurisprudencial que, a partir de 1982, ha reconocido la existencia de una causa de acción en daños y perjuicios para reparar las violaciones al derecho a la intimidad en su vertiente de derecho a la propia imagen.[54]

El TSPR ha definido el derecho a la propia imagen como aquel en virtud del cual:

> [*T]oda persona puede oponerse a que se reproduzca su efigie o se obtengan pruebas fotográficas de la misma, por personas a quienes no hayan concedido autorización expresa o tácita*. *Se extiende la prohibición a* reproducir la imagen de otro en el teatro, el cine o la televisión; y comprende no solo la publicación de la imagen sino también la confección, dibujo o pintura de la misma sin autorización cuando se oponga a legítimos intereses del afectado, *en especial si según el objeto de la fotografía o el modo y forma de su obtención resulta escandalosa o tuvo lugar contra la voluntad conocida del perjudicado*. *La autorización para hacer una fotografía no incluye la autorización para publicarla*, ya que la publicación afecta a la personalidad del interesado más intensamente que el simple hecho de retratarlo. La autorización para ser publicada puede incluir alguna

---

que se le ha dado hasta ese momento en la jurisdicción de donde procede") (*citando a* R.E. BERNIER Y J.A. CUEVAS SEGARRA, APROBACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES EN PUERTO RICO 451 (Publicaciones JTS, 2da ed. 1987)). *Véase, además,* Jorge M. Farinacci Fernós & Gabriela Rivera Vega, *El uso de fuentes transnacionales en el derecho puertorriqueño I*, 51 REV. JUR. UIPR 189, 192 (2017) ("En el contexto del Derecho comparado, una fuente persuasiva puede referirse a una norma de otra jurisdicción que influyó directamente en la elaboración de la norma propia").

[52] HIGUERAS, *supra* nota 9, en la págs. 23; Arlen W. Langvardt, *Musicians, Politicians and the Forgotten Tort*, 27 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 429, 437-40 (2017); Gervais & Holmes, *supra* nota 11, en las págs. 183, 185, 222. *Véase, además,* 1 MCCARTHY, *supra* nota 9, **§ 1.3 ("***the right of publicity is simply . . . the inherent right of every human being to control the commercial use of his or her identity*").

[53] Vigoreaux v. Quizno's, 173 DPR 254 (2008).

[54] *Id.*; Bonilla v. PNP, 140 DPR 294 (1996); Colón v. Romero, 112 DPR 573 (1982). *Véase, además*, Pérez Vda. Muñiz v. Criado, 151 DPR 355 (2000); López v. Maldonado, 168 DPR 838 (2006).

> limitación cuya amplitud se determinará según la interpretación del caso concreto.[55]

En su génesis, la jurisprudencia del TSPR se apoyó en fuentes civilistas para clasificar el derecho a la propia imagen como parte del de intimidad y subsumir a este último dentro del grupo más amplio de los derechos de la personalidad.[56] Ello así, delineó los elementos de la causa de acción y delimitó sus contornos a partir de: la doctrina científica española, según influenciada por la alemana; y la jurisprudencia puertorriqueña y estadounidense sobre libertad de expresión.[57]

En esta primera etapa de la jurisprudencia puertorriqueña sobre el derecho a la propia imagen, que va desde *Colón v. Romero Barceló*, decidido en 1982,[58] hasta *López Tristani v. Maldonado*, resuelto en 2006,[59] el TSPR debió enfrentar el reto de equilibrar el derecho a la propia imagen con el derecho a la libre expresión sobre asuntos políticos, históricos o de interés público.[60] En dicho período, además, fijó los parámetros para renunciar parcialmente al derecho a la propia imagen en el contexto de una transacción judicial.[61]

En esa línea de casos, el TSPR estableció también que el derecho a la propia imagen está sujeto a varias limitaciones; es decir, existen varias situaciones en las cuales se puede publicar la imagen de una persona sin su consentimiento. Estas excepciones, las cuales han sido reiteradas por el tribunal en varias ocasiones, son defensas oponibles que tendrán a su disposición los demandados en casos sobre derecho a la propia imagen: publicación o toma de fotografías en la llamada historia contemporánea no referida a la vida privada, siempre y cuando la persona sea una figura accesoria; cuando así lo justifique un interés público o un serio interés artístico; cuando el derecho constitucional a la libertad de expresión del demandado prevalezca sobre los intereses del sujeto fotografiado; o que el acto se considere socialmente adecuado por ser conforme a derecho en atención a la ordenación

---

[55] *Colón*, 112 DPR en la pág. 578 (*citando a* J. SANTOS BRIZ, EL DERECHO DE DAÑOS 178-79 (Ed. Rev. Der. Privado 1963) (énfasis suplido). *Véase, además*, *Vigoreaux,* 173 DPR en las págs. 263-64; *Bonilla*, 140 DPR en la pág. 301.

[56] *Colón,* 112 DPR en las págs. 577-81; *Bonilla*, 140 DPR en las págs. 309-12. Entre los autores citados con aprobación por el TSPR en relación con la *construcción* doctrinal de los derechos de la personalidad, véase JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD 29, 54-57 (1976) (indicando que el derecho a la propia imagen es una manifestación del "Derecho a la integridad moral" que es uno de los grupos de tipos de derechos de la personalidad).

[57] *Colón,* 112 DPR en la pág. 578; *Bonilla*, 140 DPR en las págs. 300-01; *Pérez Vda. Muñiz*, 151 DPR en las págs. 371-72.

[58] *Colón,* 112 DPR en la pág. 573.

[59] *López*, 168 DPR en la pág. 838.

[60] *Bonilla*, 140 DPR en la pág. 294; *Colón,* 112 DPR en la pág. 573; *Pérez Vda. Muñiz*, 151 DPR en la pág. 355.

[61] *López*, 168 DPR en las págs. 848, 855-60.

ético-social de la vida en común.[62] Tampoco habrá responsabilidad cuando medie el consentimiento del afectado para la toma de la imagen o la publicación.[63]

Como puede colegirse de lo anterior, la mayor parte de las limitaciones indicadas vienen dadas por la necesidad de balancear el derecho a la propia imagen, corolario del derecho constitucional a la intimidad, con el derecho constitucional a la libre expresión. El choque entre esos dos derechos constitucionales resulta inevitable en vista de que, tal como ha reconocido el TSPR, el derecho a la propia imagen no es meramente una protección de la intimidad, sino que es también una limitación a la libertad de expresión.[64]

En la etapa más reciente de esta trayectoria jurisprudencial, marcada por el precedente establecido en *Vigoreaux v. Quizno's*, del año 2008, el TSPR debió balancear la vindicación de los daños causados por el uso no autorizado de fotografías con el derecho a la libre expresión en el ámbito comercial o publicitario.[65] En ese caso, el TSPR concluyó "que el uso no autorizado de la *identidad* de una persona para mercadear un producto o proponer una transacción comercial no es permisible y da lugar a una causa de acción por violación al derecho a la propia imagen, valor tutelado por el derecho a la intimidad".[66]

Esta fue la primera ocasión que se reconoció, en Puerto Rico, la existencia de una causa de acción en daños y perjuicios extracontractuales por la utilización comercial o publicitaria no autorizada de la imagen de una persona. En ese proceso, dicho foro expandió el marco de intereses jurídicos tutelados por su jurisprudencia para proteger el derecho a la propia imagen en tanto fuente de patrimonio o riqueza. Así, sin repudiar las fuentes civilistas que en una primera etapa dieron fundamento a la causa de acción por violación al derecho a la propia imagen en tanto derecho de la personalidad, citó también las fuentes jurídicas estadounidenses relacionadas con el *right of publicity*:

> De otro modo, en la doctrina civilista se ha planteado la existencia de un derecho patrimonial a la imagen, relativamente ajeno al derecho de la personalidad. Esta es la normativa que ha adoptado la jurisprudencia federal y el derecho común anglosajón de gran parte de los estados, bajo la figura del derecho a la publicidad ("right of publicity"). Al amparo de esta protección patrimonial, que se caracteriza como un derecho de propiedad intelectual, el sujeto tiene derecho a participar económicamente en la comercialización de su propia imagen, su nombre

---

[62] Vigoreaux v. Quizno's, 173 DPR 254, 264-65 (2008).

[63] *Id*.

[64] *Id*. en la pág. 266.

[65] *Id*. en la pág. 264.

[66] *Id*. en la pág. 280.

> o su parecido. S.L. Dogan y M.A. Lemley, *What the Right of Publicity Can Learn from Trademark Law*, 58 (Núm. 4) Stan. L. Rev. 1161 (2006); F. Igartúa Arregui, *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Madrid, Ed. Tecnos, 1991, págs. 76–98; O'Callaghan, *op. cit.*
>
> Aunque se puede decir que el valor económico de la imagen de una persona es de naturaleza intangible, ésta puede tener un valor comercial o publicitario que responda a las características y esfuerzos particulares de la persona en un ámbito determinado. En el mundo contemporáneo, la explotación de las imágenes de artistas y celebridades es indudablemente un gran negocio, que se utiliza constantemente en los mercados lucrativos de publicidad. A su vez, la utilización no autorizada de la imagen de una persona para propósitos comerciales, sin su remuneración o consentimiento, generalmente da lugar a una causa de acción en daños por violación al derecho a la publicidad de la persona afectada. R. Schechter y J. Thomas, *Intellectual Property: The Law of Copyrights, Patents and Trademarks*, St. Paul, Thomson & West, 2003, págs. 263–269.[67]

Al exponer lo anterior, el TSPR reafirmó tácitamente que la responsabilidad civil extracontractual en Puerto Rico es una materia mixta que amalgama la tradición civilista o continental europea y la del *common law* estadounidense.[68] **Más importante aún, ese foro aceptó la** *monetización* de la imagen y de la identidad de una persona en nuestro derecho al abrir la puerta a la adopción del derecho de publicidad.[69] Sin embargo, el TSPR intentó hacer una síntesis entre el derecho a la intimidad, en su vertiente de derecho a la propia imagen, y el derecho de publicidad. De esta manera, se adscribió a la corriente doctrinal encarnada por William Prosser, quien vio en el *right of publicity* no un derecho nuevo, sino una instancia más de una acción en daños y perjuicios extracontractuales por violación al derecho a la intimidad:

---

[67] *Id*. en las págs. 266-67 (notas omitidas).

[68] Nieves Díaz v. González, 178 DPR 820, 845-46 (2010) ("aunque el derecho de daños en Puerto Rico se rige por las normas del derecho civil, a través de la jurisprudencia hemos reconocido y aplicado en nuestra jurisdicción algunas causas de acción que provienen del derecho común angloamericano o *common law*"); Ramón Antonio Guzmán, *La convivencia en Puerto Rico del "Civil Law" y el "Common Law" en el Derecho de Daños: un enfoque realista*, 43 REV. DE D.P. 209, 209–11 (2004) ("el derecho de Puerto Rico está enmarcado en los ordenamientos que los comparatistas llaman 'mixtos' [porque] [c]onviven, en nuestra Isla, las dos grandes tradiciones jurídicas de occidente: (i) el '*civil law*', que preferiré llamar 'derecho civilista' o, casi mejor, derecho continental europeo y (ii) el '*common law*', que resulta mucho mejor predicado con la expresión 'derecho anglonorteamericano'").

[69] Olgamaris Fernández Figueroa, *El cuerpo del puertorriqueño y sus derechos en la era biotecnológica*, 49 REV. JUR. UIPR 301, 325 (2015) ("En Puerto Rico ya se han expandido derechos propietarios sobre bienes no tradicionales, como por ejemplo el derecho a la propia imagen").

> *De hecho, cabe señalar que el derecho patrimonial a la propia imagen —o el derecho a la publicidad— también se ha enraizado en el derecho a la intimidad*. R.A. Epstein, *Torts*, Nueva York, Aspen Publishers, 1999, Sec. 19.3 (1999). En su célebre e influyente artículo sobre la intimidad, el decano Prosser demostró que la "privacidad" es un término sombrilla que incluye cuatro diversas causas de acción que dan lugar a la imposición de responsabilidad extracontractual. W.L. Prosser, *Privacy*, 48 (Núm. 3) Cal. L. Rev. 383 (1960) . . . [E]n lo pertinente, *el derecho a la intimidad incluye una causa de acción contra todo aquel que se apropia indebidamente del nombre, de la imagen o del parecido de una persona para propósitos lucrativos o comerciales*.[70]

La adscripción del TSPR a esta tendencia puede ser vista como un intento por dar coherencia a toda su jurisprudencia sobre derecho a la propia imagen; esto es, una síntesis que permita abarcar dentro del derecho a la intimidad la protección de aspectos personales y patrimoniales de la imagen sin tener necesariamente que reconocer un derecho de propiedad autónomo. Un derecho propietario que, por otra parte, todavía no había sido reconocido por la Asamblea Legislativa de Puerto Rico al momento en que se decidió *Vigoreaux v. Quizno's*:

> Ciertamente, la publicación de la fotografía no constituyó una interferencia con la esfera íntima y privada de la vida del señor Vigoreaux Lorenzana.
>
> *No obstante, y de acuerdo con la normativa anteriormente expuesta, el derecho a la intimidad también incluye una causa de acción contra todo aquel que se apropia indebidamente del nombre, imagen, o parecido de una persona para propósitos comerciales.* Al partir de la premisa que los objetivos de Quizno's en la publicación del anuncio bajo nuestro escrutinio eran evidentemente comerciales, no cabe duda de que la diseminación de la fotografía configuró la utilización indebida de la imagen del peticionario. Por lo tanto, el tribunal apelativo erró al determinar que al señor Vigoreaux Lorenzana no le amparaba el derecho a la intimidad, en la vertiente del derecho a la propia imagen.[71]

De lo anterior se puede concluir que el TSPR pautó, en *Vigoreaux*, que el derecho constitucional a la intimidad, en su vertiente de derecho a la propia imagen, se extiende a la protección contra la utilización no consentida de la imagen con propósitos comerciales. Esto, además de subrayar que ese foro le reconoció filiación constitucional a esta acción, le planteó un reto curioso en la resolución

---

[70] Vigoreaux v. Quizno's, 173 DPR 254, 267-68 (2008) (énfasis suplido) (notas omitidas).

[71] *Id*. en la pág. 273 (énfasis suplido).

del caso objeto de análisis: a pesar de que el reclamo del demandante en *Vigoreaux* era eminentemente patrimonial, y de que la fotografía que se utilizó pertenecía a la esfera de su vida pública, el Tribunal se vio precisado a justificar constantemente que el demandante tenía una expectativa de intimidad sobre su imagen.[72] Esto demuestra nuevamente que, a pesar de haber citado fuentes sobre el *right of publicity* donde se le clasifica preeminentemente como un derecho de propiedad intelectual que no está sujeto a las limitaciones del derecho a la intimidad, nuestro TSPR no endosó esa visión. Más bien, como indicamos anteriormente, dicho foro reconoció la utilización patrimonial de la imagen y su *monetización*, pero siempre con referencia al derecho a la intimidad.

En cualquier caso, la tendencia a la que se adscribió el TSPR de subsumir el derecho de publicidad dentro de una de las categorías delineadas por *Prosser* en 1960, ya había sido superada por la generalidad de la doctrina científica y jurisprudencial de Estados Unidos en 2008, fecha en la que se decidió *Vigoreaux*. Según discutido anteriormente, en Estados Unidos, si bien la doctrina científica reconoce la naturaleza *sui generis* del derecho de publicidad y que su origen o antecedente es el derecho a la intimidad, la tendencia dominante es considerar el *right of publicity* como un derecho de propiedad intelectual que opera en el ámbito patrimonial sin las limitaciones del derecho a la intimidad o de los derechos de la personalidad: no existe necesidad de justificar una expectativa de intimidad ni un particular daño o sufrimiento moral para invocarlo, asuntos particularmente problemáticos cuando se trata de imágenes de figuras públicas captadas en contextos públicos, como ocurrió en el caso de *Vigoreaux*; puede ser transferido libremente mediante negocios jurídicos *inter vivos* o *mortis causa*; y su existencia no tiene por qué estar supeditada a la existencia de su titular original, pudiendo tener duración *post mortem*.[73]

Al adoptar la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen*, la Asamblea Legislativa de Puerto Rico se adscribió a esa tendencia dominante en Estados Unidos. Un indicio claro de esto es que utilizó como uno de sus modelos la legislación de California que, según indicado, es una de las jurisdicciones que más lejos ha ido en el reconocimiento amplio del derecho de publicidad. Tal amplitud se aprecia en varias de las disposiciones de la Ley Núm. 139-2011. Como veremos a continuación, esta legislación culmina el proceso de *monetizar* la imagen o la identidad personal en nuestro ordenamiento, proceso comenzado en *Vigoreaux v.*

---

[72] *Id*. en las págs. 279, 281.

[73] 1 MCCARTHY, *supra* nota 9, § 1:26. *Véase, además*, *e.g.*, Decker, *supra* nota 38, en las págs. 249-50 (discutiendo cómo las limitaciones de las acciones de daños y perjuicios por violaciones al derecho a la intimidad motivaron la creación del *right of publicity* como derecho independiente); Gervais & Holmes, *supra* nota 11, en la pág. 194 ("*The courts have uniformly held that the right of publicity is a 'property' right*").

Quizno's. Esto ha convertido el *right of publicity* en un nuevo derecho de propiedad en nuestra jurisdicción el cual podemos clasificar dentro del grupo de las propiedades especiales, particularmente la propiedad intelectual,[74] afín o similar al derecho de autor.[75]

V. Imagen

La conducta sancionada por la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen* es la siguiente: "*utili[zar] la imagen de otra persona* con fines o propósitos comerciales, mercantiles o publicitarios, sin el consentimiento previo de ésta, de la persona que posea una licencia sobre tal imagen, de los herederos en caso de haber fallecido o del agente autorizado de uno de éstos".[76] En la Ley objeto de estudio se define *imagen* como: "[N]ombre, fotografía, retrato, voz, firma, atributo o *cualquier representación de una persona que sirva para identificar a esa persona, ante un observador o escucha promedio*, mediante cualquier procedimiento o técnica de reproducción".[77] De lo anterior, se deduce que el vocablo imagen incluye tanto la representación visual de la figura o efigie de una persona, como la representación de su voz o por otros medios. O sea, que la utilización no autorizada de la voz de una persona, entre otros atributos, con propósitos comerciales, también estaría sancionada por la legislación.

Es menester notar que la enumeración legislativa es *numerus apertus*. Esto se deduce del propio texto estatutario en donde se crea una clasificación residual que subsume en el concepto estatutario *imagen* cualquier representación de una

---

[74] *Cf.* RUIZ MEDRANO, *supra* nota 10, en las págs. 25, 31 n.1 (indicando que la clasificación *propiedades especiales*, según formulada en la sistemática civilista, incluye la propiedad intelectual y la propiedad industrial); Manuel Albaladejo García, *Prólogo*, *en* RODRÍGUEZ GARCÍA, *supra* nota 10, en la pág. 11 ("La doctrina civil suele estudiar como propiedades especiales: las aguas, minas, intelectual e industrial").

[75] SALAZAR, *supra* nota 7, en las págs. 73-74:

> [El *right of publicity*] generalmente lo ejercen con exclusividad aquellas personas famosas o conocidas por el público para reivindicar el uso no autorizado de su nombre o imagen por un tercero para fines económicos o lucrativos. *Estos reclamantes son, por así decirlo, los "autores" de su reputación vinculada con su nombre, de los rasgos de su figura y/o del sonido de su voz, características que el público identifica o reconoce* y que, *por consiguiente han adquirido plusvalía. Son ellos mismos su propia "obra". Es en este sentido que el derecho a la propia imagen se asemeja al derecho de autor*.

Id. **(énfasis suplido).** *Véase, además,* Coral M. Rodríguez Vera, *Las ideas son nuestras y de nadie: alterativas a la Propiedad Intelectual y su acceso*, 86 REV. JUR. UPR 945, 948, 959 (2017) (incluyendo la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen* dentro del grupo de legislaciones que protegen la propiedad intelectual en Puerto Rico).

[76] Ley del Derecho Sobre la Propia Imagen, Ley Núm. 139-2011, 32 LPRA § 3152 (2017) (énfasis suplido).

[77] *Id*. § 3151(c) (énfasis suplido).

persona que sirva para identificarla ante un observador o escucha promedio. Por ejemplo, se podría infringir la ley si se utiliza a un individuo parecido a una persona famosa, haciéndolo pasar como si fuera tal persona, con propósitos comerciales.[78] En otras palabras, son muchos los métodos mediante los cuales se puede hacer una representación de una persona.

Por otra parte, es menester tener en cuenta que la doctrina viene sosteniendo que el bien jurídico protegido por el Derecho a la Propia imagen es realmente la "identidad" de la persona, no solamente su imagen.[79] Tal concepción de la protección es la que ha permitido a los tribunales estadounidenses hallar violaciones al *right of publicity* por la utilización comercial de objetos inanimados, como, por ejemplo, vehículos de motor, que sirven para identificar a una persona frente al espectador promedio, aunque ni la imagen ni el nombre del sujeto en cuestión se hayan utilizado.[80] Igualmente, se ha reconocido una violación a ese derecho por la utilización comercial, en un contexto humorístico, de un robot vestido de forma parecida a una celebridad,[81] o por usar un eslogan con el que un comediante famoso

---

[78] Tal interpretación, amén de ser congruente con lo expresado por el TSPR en *Vigoreaux v. Quizno's* y con el propósito reparador de la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen*, es consistente con la interpretación expansiva que se le ha dado generalmente al *right of publicity* en Estados Unidos. *Véase, e.g.,* Ali v. Playgirl, Inc., 447 F. Supp. 723 (S.D.N.Y. 1978) (resolviendo que una revista violentó el derecho a la propia imagen comercial del boxeador Muhammad Ali cuando publicó un anuncio en el que aparecía fotografiado un hombre parecido al demandante, desnudo y sentado en una esquina de un cuadrilátero junto a un texto que decía "*the Greatest"*). Para una discusión de ese caso y otros similares, véase Darryl C. Wilson, *The Legal Ramifications of Saving Face: An Integrated Analysis of Intellectual Property and Sport*, 4 VILL. SPORTS & ENT. L.J. 227, 269 (1997).

[79] Langvardt, *supra* nota 52, en las págs. 437-40; Gervais & Holmes, *supra* nota 11, en las págs. 183, 185, 222. *Véase, además*, 1 MCCARTHY, *supra* nota 9, § 1.3 ("*the right of publicity is simply . . . the inherent right of every human being to control the commercial use of his or her identity*"); White v. Samsung Elecs. Am., Inc., 971 F.2d 1395, 1398 (9no Cir. 1992). Al respecto, el Tribunal Federal de Apelaciones para el Noveno Circuito ha afirmado lo siguiente:

> *[R]ight of publicity reaches means of appropriation other than name or likeness, but that the specific means of appropriation are relevant only for determining whether the defendant has in fact appropriated the plaintiff's identity. The right of publicity does not require that appropriations of identity be accomplished through particular means to be actionable.*

White v. Samsung Elecs. Am., Inc., 971 F.2d 1395, 1398 (9no Cir. 1992) (énfasis suplido).

[80] Motschenbacher v. R. J. Reynolds Tobacco Co., 498 F.2d 821 (9no Cir. 1974) (resolviendo que podría haberse violentado el derecho a la propia imagen comercial o *right of publicity* de un piloto profesional porque algunos telespectadores, al ver un vehículo casi idéntico al que utilizaba el demandante para competir, inferían erróneamente que él era el conductor que aparecía en el anuncio). Para un comentario de esa decisión, véase HIGUERAS, *supra* nota 9, en las págs. 75-77. Para una crítica a la interpretación expansiva establecida en *Motschenbacher* y otras decisiones véase Zapparoni, *supra* nota 46.

[81] White v. Samsung Electronics America, Inc., 971 F.2d 1395, 1399 (9no Cir. 1992). Para una discusión crítica de esa decisión, véase Gervais & Holmes, *supra* nota 11, en la pág. 190.

solía identificarse ante el público.[82] Entendemos que un razonamiento análogo permitiría hallar violaciones a ese derecho cuando *la identificación de una persona* frente al espectador promedio ocurra mediante la utilización de animales. No obstante, en cuanto a la posibilidad de reconocer un derecho de publicidad autónomo para los animales, la doctrina se ha mostrado en el mejor de los casos ambivalente,[83] y los pronunciamientos que ha habido sobre el tema han sido contrarios a esa posibilidad.[84] Tampoco se ha reconocido que el derecho de publicidad se extienda a la protección de personas jurídicas.[85] Ello así, las controversias que han surgido en torno a la comercialización de la imagen de un animal o una persona jurídica han sido canalizadas mediante los derechos de marcas o *copyright*, no mediante el *right of publicity*.[86]

---

[82] Carson v. Here's Johnny Portable Toilets, Inc., 698 F.2d 831, 836 (6to Cir. 1983) ("[*T]he 'Here's Johnny' name was selected . . . because of its identification with [Johnny] Carson. . . We therefore conclude . . . that appellee . . . appropriated Carson's identity in connection with its corporate name and its product*"). *Véase, además,* De la Maza Gazmuri, *supra* nota 34, en la pág. 187.

[83] 1 MCCARTHY, *supra* nota 9, § 4:38:

> *I feel that* the right of publicity should be kept as close as possible to its basic rationale of a natural right of every human being to control commercial uses of human identity and persona. *To stretch the right of publicity beyond its basic reason for existence is to blindly follow superficial semantic analogies* . . . .
>
> *Having sounded this caution,* I would, if pressed, reluctantly be willing to tolerate a "slight stretching" of the right of publicity to include animals within the scope of the right. However, I would tolerate what to me is a twisting of the basic policy only because it is probably harmless. *I doubt that it will open the floodgates to a menagerie of plaintiffs. It is hard to believe that Noah's Ark will empty out and a herd of animal plaintiffs come snorting and barking into the courts. I cannot believe that it makes much practical difference whether animals have a right of publicity. Probably the only strong objections will come from legal purists who are not pet owners.*

Id. (énfasis suplido).

[84] *Id*. § 4:37 ("*In sum, while there is no case law on a common law right of publicity for animals, the analogous privacy cases sound negative*"). *Véase, cf.,* Bayer v. Ralston Purina Co., 484 S.W.2d 473 (Mo. 1972) ("*The photograph of the horse used in defendant's advertisement did not identify with plaintiff . . . We hold there was no invasion of plaintiff's privacy*").

[85] 1 MCCARTHY, *supra* nota 9, §§ 4.37-4:38 (indicando que extender el *right of publicity* a corporaciones o animales sería extender ese derecho más allá de su razón de ser que es la protección de la *identidad del ser humano*). Véase, además, en el mismo sentido RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION § 46 ("*The interest in personal dignity and autonomy that underlies both publicity and privacy rights limits application of the right of publicity to natural persons. The protection available against the unauthorized use of corporate or institutional identities is determined by the rules governing trademarks and trade names*").

[86] 1 MCCARTHY, *supra* nota 9, § 4.39 ("*The existing law of trademarks and unfair competition provides adequate redress for the unpermitted use of the names and symbols of organizations*"); Peter Sullivan, *Don't Mess With Grumpy Cat's Intellectual Property!*, TRADEMARK AND COPYRIGHT LAW (6 de febrero de 2018), http://www.trademarkandcopyrightlawblog.com/2018/02/dont-mess-with-grumpy-cats-intellectual-property/ (comentando *Grumpy Cat Limited v. Grenade Beverage, LLC, et al.*, No. SA CV 15-2063, donde se declaró con lugar una demanda por violación a los derechos de *copyright* y de marcas relacionados a la reproducción y comercialización no autorizada de la imagen de un gato).

En suma, en cuanto a la interpretación del concepto *imagen* al amparo de la Ley Núm. 139-2011, puede concluirse que el legislador puertorriqueño se ha decantado por una definición amplia, no taxativa, lo que permitirá una interpretación expansiva en casos apropiados. Esta concepción dinámica de los atributos que forman parte de la persona y los diversos medios por los cuales esta podría ser comercializada es acertada porque está a tono con la evolución acelerada de la tecnología. Esto, ya que es tarea difícil prever todos los medios por los cuales se podría hacer una representación de una persona. El alcance amplio de la definición estatutaria de *imagen* permitirá la aplicación del estatuto con independencia de tales evoluciones.

Por otra parte, de un análisis de algunas de las leyes que sirvieron de modelo a la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen*, encontramos que, al acoger la definición discutida del concepto *imagen*, el legislador de Puerto Rico adoptó una definición amplia parecida a la que brinda el estatuto de California. Por ejemplo, en la legislación de ese estado se dispone que el concepto *imagen* puede abarcar el uso no consentido del nombre, la voz, la firma, fotografía, o parecido, en cualquier manera.[87] Ello así, en California se han sancionado violaciones al derecho de publicidad por video juegos que contenían "recreaciones literales" del "parecido" de las características físicas de unos integrantes de un grupo musical haciendo la misma actividad por la cual la banda ha alcanzado y mantenido su fama.[88] También se ha encontrado que puede constituir una violación al *right of publicity* la práctica que utiliza una conocida red social consistente en colocar, sin el consentimiento de los usuarios, sus nombres e imágenes en las páginas de otros miembros de dicha red social junto a la afirmación de que le han dado "like" a ciertos anunciantes.[89]

De igual forma, los tribunales de California han resuelto que pudo incurrir en violación al *right of publicity* un desarrollador de videojuegos que reprodujo en uno de sus productos las imágenes de atletas realizando la misma actividad deportiva que los había hecho famosos.[90] De la misma manera, se ha encontrado violación por el uso no autorizado del nombre anterior (nombre de pila) de un jugador de baloncesto por una compañía para promocionar uno de sus automóviles.[91]

---

[87] CAL. CIV. CODE § 3344 (2018), ("*Any person who knowingly uses another's name, voice, signature, photograph, or likeness, in any manner, on or in products, merchandise, or goods, or for purposes of advertising or selling, or soliciting purchases of, products, merchandise, goods or services, without such person's prior consent . . .* ").

[88] No Doubt v. Activision Publishing, Inc., 192 Cal. App. 4th 1018 (Cal. App. 2d Dist. 2011). Véase, además, en el mismo sentido, Davis v. Elec. Arts, Inc., 775 F.3d 1172 (9no Cir. 2015) (réplicas de las características físicas de jugadores de futbol americano en un videojuego donde aparecen como personajes que pueden ser controlados practicando el deporte por el que han alcanzado y mantenido su fama).

[89] Frayley v. Facebook, Inc., 830 F. Supp. 2d 785 (N.D. Cal. 2011).

[90] In re NCAA Student-Athlete Name & Likeness Licensing Litig., 724 F. 3d 1268 (9no Cir. 2013).

[91] Abdul-Jabbar v. GMC, 85 F.3d 407 (9no Cir. 1996).

En cuanto a la definición del concepto discutido en la legislación sobre *right of publicity* en el estado de la Florida, esta solo menciona nombre, retrato, fotografía o cualquier otro parecido al definir el concepto *imagen*.[92] Esta definición no incluye de modo literal atributos tales como la firma y la voz, que sí aparecen nombrados en las legislaciones de California y Puerto Rico. Esto podría interpretarse como indicio de un ámbito de aplicación comparativamente más restringido.[93] No obstante, la definición contiene una categoría residual que en teoría permitiría ampliar la lista de atributos caso a caso. En el extremo opuesto a la definición de Florida se encuentra, por su amplitud, la del estado de Indiana. Esa legislación establece que el derecho de publicidad abarca elementos tales como: nombre, voz, firma, fotografías, imágenes, parecido, apariencia distintiva, gestos o manierismos.[94] Obsérvese que, al menos en términos textuales, tal ámbito de aplicación es incluso más amplio que el contemplado en las definiciones de California y Puerto Rico, que se situarían en un plano intermedio, ya que la ley de Indiana incluye elementos tales como gestos o manierismos. Por esta y otras razones, en la doctrina científica hay quienes consideran que la legislación de Indiana es la que reconoce mayor amplitud al *right of publicity* en Estados Unidos.[95]

En síntesis, al interpretar la Ley Núm. 139-2011, se debe dar una interpretación liberal al concepto *imagen*. Esto, ya que el bien jurídico protegido por el estatuto es realmente la *identidad* de la persona, un concepto que abarca el de *imagen*, pero que resulta más amplio. Ello surge de una definición estatutaria del concepto *imagen* que incluye varios atributos personales adicionales a esta como objetos de protección del estatuto. Además, el texto estatuario incluye una clasificación residual que permite entender incluido dentro del concepto de *imagen* "cualquier representación de una persona que sirva para identificarla ante un observador o

---

[92] FLA. STAT. ANN. § 540.08 (2018) ("*No person shall publish, print, display or otherwise publicly use for purposes of trade or for any commercial or advertising purpose the name, portrait, photograph, or other likeness of any natural person without the express written or oral consent to such use given by . . .*").

[93] *Véase* Blair Joseph Cash, *"Hasta La Vista, Funny Guys": Arnold Schwarzenegger's Fictional Voice Misappropriation Lawsuit Against Comedians Imitating his Voice and the Case for a Federal Right of Publicity Statute*, 18 J. INTELL. PROP. L. 207, 241 (2010) ("*For a sampling of statutes that do not protect one's voice as part of one's right of publicity*, *see*, e.g., Fla. Stat. Ann. § 540.08").

[94] IND. CODE ANN. § 32-36-1-7 (2018) ("*As used in this chapter, 'right of publicity' means a personality's property interest in the personality's: (1) name; (2) voice; (3) signature; (4) photograph; (5) image; (6) likeness; (7) distinctive appearance; (8) gestures; or (9) mannerisms*").

[95] *Véase, e.g.*, Robert Rossi, *Jurisdictional Haze: Indiana and Washington's Unconstitutional Extensions of the Postmortem Right of Publicity*, 57 B.C. L. REV. 297, 315 (2016) ("*the Indiana state legislature . . . enacted what many scholars consider to be the broadest and most sweeping state statute governing publicity rights*"); Brittany A. Adkins, *Crying Out for Uniformity: Eliminating State Inconsistencies in Right of Publicity Protection Through A Uniform Right of Publicity Act*, 40 CUMB. L. REV. 499, 518 (2010) ("*the Indiana legislature . . . developed what is considered possibly to be 'the most sweeping' state statute governing privacy rights*").

escucha promedio".[96] Todos estos factores, unidos a la gran semejanza que guarda la definición discutida de la Ley Núm. 139-2011 con su precedente legislativo del estado de California, una legislación que ha recibido una interpretación sumamente expansiva, confirma nuestra postura sobre el enfoque elástico del concepto *imagen* que quiso establecer el legislador puertorriqueño en el estatuto objeto de estudio.

VI. Estándar de conducta

Según indicado anteriormente, la conducta sancionada por la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen* es la siguiente: "utili[zar] la imagen de otra persona *con fines o propósitos comerciales, mercantiles o publicitarios*, *sin el consentimiento previo de ésta*, de la persona que posea una licencia sobre tal imagen, de los herederos en caso de haber fallecido o del agente autorizado de uno de éstos".[97] En cuanto a la forma del consentimiento requerido para evitar incurrir en la responsabilidad establecida por la Ley Núm. 139-2011, la legislación establece de modo expreso que este *tiene que ser escrito*.[98] En este aspecto, la legislación de Puerto Rico se asemeja a la de Indiana,[99] y se alejó del diseño seguido en las legislaciones de Florida y California.[100] La exigencia de consentimiento escrito es consistente con el ánimo protector y reparador de derechos que permea la ley de Puerto Rico.

Por otra parte, en la *Ley de Derecho a la Propia Imagen* no se especifica si la conducta que puede dar pie a la imposición de responsabilidad se comete a título de

---

[96] Ley del Derecho Sobre la Propia Imagen, Ley Núm. 139-2011, 32 LPRA §§ 3151(c) (2017).

[97] *Id*. § 3152 (énfasis suplido).

[98] *Id*. § 3154. Esa disposición establece lo siguiente:

> Los derechos bajo esta Ley son derechos discernibles de propiedad libremente [sic] *transferibles* en todo o en parte a cualquier persona o entidad con personalidad jurídica *a través de una transferencia escrita*, incluyendo pero no limitándose a un contrato firmado entre las partes, poderes, licencias, donaciones y testamentos, o mediante sucesión intestada.

Id. (énfasis suplido).

[99] IND. CODE ANN. § 32-36-1-8 ("*A person may not use an aspect of a personality's right of publicity for a commercial purpose during the personality's lifetime or for one hundred (100) years after the date of the personality's death without having obtained previous written consent*").

[100] *Véase* FLA. STAT. ANN. § 540.08(1)(a-c) (2018); Weinstein Design Group, Inc. v. Fielder, 884 So. 2d 990, 1000 n.2 (Fla. 4th Dist. App. 2004). En este último caso, en el cual se interpretó la disposición citada, se indicó lo siguiente:

> *The statute allows either oral or written permission from the person whose name is used, but in a case where a third party gives consent on behalf of the person whose name is to be used, the statute requires a written authorization from the person whose name is used to the consenting third party.*

Weinstein Design Group, Inc., 884 So. 2d en la pág. 1000 n.2. *Véase, además*, 1 MCCARTHY, *supra* nota 9, § 6:53. En el caso de California, no existe un requisito expreso de consentimiento escrito ni se establece una distinción como la discutida en Florida. CAL. CIV. CODE §§ 3344-3344.1 (2018); Newton v. Thomason, 22 F.3d 1455, 1461 (9no Cir. 1994).

culpa, negligencia o si se incurre en responsabilidad sin necesidad de culpa.[101] La única disposición de la Ley 139-2011 que menciona los conceptos de intencionalidad, negligencia crasa o desconocimiento es la que establece los remedios a los que puede optar el perjudicado.[102] En esa disposición, tales conceptos se utilizan como criterios para atenuar o agravar la responsabilidad patrimonial, no para eximir de ella. Este es un indicio claro de que para establecer responsabilidad al amparo de la ley en cuestión no es necesario probar algún grado de culpabilidad; esto será relevante únicamente para determinar si se agrava la responsabilidad o se atenúa. Esta impresión se ve confirmada por el análisis de sus antecedentes legislativos.

En Estados Unidos, la norma mayoritaria es que las acciones por violación al derecho de publicidad son de responsabilidad sin culpa (*no fault tort)*.[103] Las leyes

---

[101] 32 LPRA § 3152:

> Cualquier persona natural o jurídica que utilice la imagen de otra persona con fines o propósitos comerciales, mercantiles o publicitarios, sin el consentimiento previo de ésta, de la persona que posea una licencia sobre tal imagen, de los herederos en caso de haber fallecido o del agente autorizado de uno de éstos, responderá por los daños causados.
>
> En el evento de no obtenerse el consentimiento requerido en este capítulo, la persona afectada podrá presentar una acción para detener la utilización de dicha imagen y para recobrar los daños causados, incluyendo regalías dejadas de devengar o cualquier pérdida económica resultante de la violación del derecho aquí establecido.

Id.

[102] *Id*. § 3153. La disposición citada establece lo siguiente:

> El tribunal, en su discreción, podrá fijar la cuantía de los daños en una cantidad que no exceda tres (3) veces la ganancia del demandado y/o la pérdida del demandante *cuando determine que la violación fue intencional o de mala fe*.
>
> En la alternativa, el demandante podrá optar por solicitarle al tribunal, daños estatutarios. *. . En un caso en el cual el tribunal determine que la violación fue intencional o debido a una negligencia crasa, el tribunal, en su discreción, podrá aumentar la cuantía de daños estatutarios*. . . .
>
> . . . . . .
>
> *Cuando el tribunal determine que el demandado desconocía y no tenía razón para saber o creer que sus actos constituían una violación* a los derechos del demandante, el tribunal, en su discreción, podrá *reducir la cuantía de daños*.

Id. (énfasis suplido).

[103] 1 MCCARTHY, *supra* nota 9, § 3.14:

> The majority rule is that, to prove a case of infringement of the right of publicity, neither intent to identify plaintiff nor intent to injure plaintiff is required. *Judge Posner of the Seventh Circuit, interpreting Illinois law and drawing an analogy to federal copyright law, stated* that intent is "irrelevant" to a right of publicity claim. *Similarly, a federal court held that the Arizona comparative fault statute was not applicable to a right of publicity claim because* infringement of the right of publicity is a no fault tort.

Id. (énfasis suplido) (notas omitidas). *Véase* RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION § 46 (1995) ("*Unless required by an applicable statutory provision, an intent to infringe another's right of publicity is not an element of liability. . . Similarly, a mistake regarding the plaintiff's consent is not a defense*"). *Véase, además,* Mark Conrad, *A New First Amendment Goal Line Defense-Stopping the Right of Publicity Offense*, 40 OHIO N.U.L. REV. 743, 755 (2014) ("*Notably, there is no formal requirement of intent, or even negligence, in any definition of the right of publicity*").

de los estados de Florida e Indiana, al igual que la Ley 139-2011, son consistentes con esta tendencia al guardar silencio en cuanto a la exigencia de culpa o negligencia para la imposición de responsabilidad; las disposiciones en cuestión se limitan a establecer la responsabilidad de cualquier persona que utilice el nombre, la imagen o el parecido de una persona con propósitos comerciales o publicitarios sin su consentimiento expreso.[104] Ello así, si se incurre en la conducta sancionada, no habría que probar tales elementos, solo que se utilizó la imagen sin consentimiento, y que fue con propósito comercial.[105]

Tal situación es contraria a la imperante en California cuya legislación se aparta de este modelo al requerir expresamente prueba de que la imagen se utilizó *a sabiendas* de que no había consentimiento previo para su uso con propósito comercial.[106] Esa disposición es claramente incompatible con lo establecido en la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen* la cual no contiene tal exigencia.

---

[104] FLA. STAT. ANN. § 540.08(1) (2018). La disposición citada establece, en lo pertinente, lo siguiente:

> *(1) No person shall publish, print, display or otherwise publicly use for purposes of trade or for any commercial or advertising purpose the name, portrait, photograph, or other likeness of any natural person without the express written or oral consent to such use given by:*
>
> *(a) Such person; or*
>
> *(b) Any other person, firm or corporation authorized in writing by such person to license the commercial use of her or his name or likeness; or*
>
> *(c) If such person is deceased, any person, firm or corporation authorized in writing to license the commercial use of her or his name or likeness, or if no person, firm or corporation is so authorized, then by any one from among a class composed of her or his surviving spouse and surviving children*.

Id. *Véase, además,* IND. CODE ANN. § 32-36-1-8 ("*A person may not use an aspect of a personality's right of publicity for a commercial purpose during the personality's lifetime or for one hundred (100) years after the date of the personality's death without having obtained previous written consent*").

[105] Michael L. Richmond, *Commercial or Advertising Purpose Under Florida Statutes Section 540.08 Demystified*, 36 NOVA L. REV. 115, 127–28 (2011):

> *A significant difference between defamation cases and cases brought under section 540.08 occurs when dealing with private persons embroiled in matters of public interest. Only where a defendant is at fault for publishing defamatory material relating to a private person may the defamed plaintiff recover damages. In contrast,* a plaintiff claiming a violation of section 540.08 need only prove the use of name or likeness for public "use for purposes of trade or for any commercial or advertising purpose . . . " *The defendant would bear the burden of raising and proving any statutory defenses*.

Id. (notas omitidas) (énfasis suplido).

[106] CAL CIV. CODE § 3344 (2018). La disposición citada establece lo siguiente:

> *Any person who knowingly uses another's name, voice, signature, photograph, or likeness, in any manner, on or in products, merchandise, or goods, or for purposes of advertising or selling, or soliciting purchases of, products, merchandise, goods or services, without such person's prior consent, or, in the case of a minor, the prior consent of his parent or legal guardian, shall be liable for any damages sustained by the person or persons injured as a result thereof.*

Como puede colegirse de lo anterior, el análisis sistemático de la Ley 139-2011 y de sus procedentes legislativos, doctrinales y jurisprudenciales, demuestran que ese estatuto establece un nuevo supuesto de responsabilidad sin culpa en nuestra jurisdicción, siguiendo la tendencia dominante en Estados Unidos. El reconocimiento de una causa de acción de responsabilidad sin culpa es un suceso extraordinario en nuestro ordenamiento.[107] Esta decisión legislativa subraya el carácter reparador del estatuto y es indicio de una política pública consistente en dar la protección más amplia posible al derecho de publicidad,[108] independientemente del estatus u oficio de la parte demandante o de si es figura pública o no.[109] Por estas y otra razones que se han discutido a lo largo de este escrito, *la Ley del Derecho sobre la Propia Imagen* debe ser interpretada liberalmente por los tribunales de Puerto Rico para proteger a la parte perjudicada, en consonancia con la intención legislativa indicada.[110] Esta interpretación liberal no regirá, sin embargo, en

---

Id. (énfasis suplido). *Véase, además*, 1 MCCARTHY, *supra* nota 9, § 6.4. Por el contrario, la causa de acción por violación al *right of publicity*, proveniente del *common law* en California, no requiere probar el elemento de conocimiento. Darren F. Farrington, *Should the First Amendment Protect Against Right of Publicity Infringement Actions Where the Media Is Merchandiser? Say It Ain't So, Joe*, 7 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 779, 795 (1997).

[107] En Puerto Rico, la norma general es que resulta indispensable demostrar culpa o negligencia para establecer responsabilidad. Art. 1802 del Código Civil, 31 LPRA §5141 (2015). Los supuestos de responsabilidad sin culpa en Puerto Rico se limitan a: (a) los adoptados expresamente por la Asamblea Legislativa, como por ejemplo el artículo 1810 del Código Civil, 31 LPRA § 5149 (2015), que establece que "[e]l cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojaren o cayeran de la misma"; o (b) situaciones en las cuales el *TSPR*, al llenar alguna laguna por déficit de actuación legislativa, haya adoptado una norma de ese tipo proveniente de otra jurisdicción, normalmente de Estados Unidos, como es el caso por ejemplo de la responsabilidad civil por productos defectuosos. *Véase* Bernabe-Riefkohl, *Revisión del Código Civil y la Responsabilidad Civil Extracontractual (Parte II), supra* nota 6, en las págs. 19, 21, 27.

[108] *Cf.* Bernabe-Riefkohl, *Revisión del Código Civil y la Responsabilidad Civil Extracontractual (Parte II), supra* nota 6, en la pág. 20:

> [C]uando el demandado usa todo el cuidado necesario pero aún así causa un daño, hay que decidir quién debe cargar con el costo del daño: el que lo sufre o el que lo causa. Si se aplica el artículo 1802 estrictamente, lo tiene que cargar el que sufre el daño porque el demandado no incurrió en culpa o negligencia. Para eliminar ese tipo de resultado, se reconoce la posibilidad de imponer responsabilidad sin prueba de culpa en algunos casos.

Id.

[109] Exposición de Motivos, Ley del derecho sobre la propia imagen, Ley Núm. 139 de 13 de julio de 2011, 2011 LPR 1887 ("Es importante no sólo establecer esta protección por vía estatutaria, sino que quede claro que la misma cobija a toda persona, aún a aquellas que no son figuras públicas"); Entrevista con el Lcdo. Álex López Echegaray, *supra* nota 5.

[110] *Véase, e.g.*, *cf.,* Zayas Rodríguez v. PRTC, 195 DPR 720, 734 (2016) ("en cuanto a los estatutos de carácter reparador, hemos expresado que su interpretación debe hacerse liberalmente a los fines de hacer cumplir su propósito"); IFCO Recycling v. Aut. Desp. Sólidos, 184 DPR 712, 741 (2012) (indicando que, cuando el propósito de un estatuto es reparar una injusticia, su interpretación debe ser liberal). El Tribunal Apelaciones ha concluido de modo expreso que la Ley 139-2011 es un estatuto de carácter reparador y que debe ser interpretado de modo liberal. López v. Sánchez, KLAN201300260,

aquellos supuestos donde el propio legislador ha limitado la extensión del derecho de publicidad al exceptuar la aplicación del estatuto.[111] El hilo conductor de estas excepciones, formalmente estatutarias, pero realmente constitucionales, es evitar que el reconocimiento demasiado amplio del derecho de publicidad infrinja el derecho constitucional a la libertad de expresión y a la libertad de prensa.[112] Sin embargo, la interacción del *right of publicity* con los derechos constitucionales a la libertad de expresión y a la libertad de prensa es un tema que por su amplitud y complejidad queda fuera de los contornos del presente escrito y debe ser objeto de análisis en un trabajo independiente.[113]

VII. Conclusiones

Con la aprobación de la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen* en 2011 se adoptó en Puerto Rico una modalidad del *right of publicity* o derecho de publicidad, originado en el ordenamiento jurídico estadounidense. Todas las legislaciones sobre *right of publicity* entonces vigentes en Estados Unidos, incluyendo las de los estados de California, Florida e Indiana, sirvieron de modelo al legislador puertorriqueño para delinear las disposiciones de la Ley 139-2011. Ello así, el estudio de esas

---

2013 WL 4710483 en la pág. 15 ("En cuanto a las leyes de carácter reparador, como la que hoy examinamos, es norma también reconocida que estas deben interpretarse liberalmente, para lograr cumplir su propósito"). Este propósito reparador amplio se expresa en otros rasgos del estatuto: la posibilidad de obtener daños estatutarios, la facultad de presentar la causa de acción sin necesidad de haber explotado comercialmente la imagen previamente, el reconocimiento del derecho de publicidad *postmortem* sin necesidad de que se haya explotado el derecho de publicidad en vida, la posibilidad de reclamar todo tipo de daños causados por la violación de ese derecho y no solo los económicos, etc. En cada una estas situaciones, el legislador puertorriqueño seleccionó las alternativas que reconocen mayor amplitud al derecho de publicidad y a los remedios ante sus violaciones.

[111] Art. 8 Ley Núm. 139-2011, 32 LPRA § 3157 (2017). *Véase cf. Zayas*, 195 DPR en la pág. 734 (indicando que, si bien los estatutos de carácter reparador deben interpretarse liberalmente a los fines de hacer cumplir su propósito, "esta interpretación liberal no puede tener el efecto de descartar la voluntad del legislador cuando se trata de una situación específicamente prevista por este y su intención sobre cómo resolverla es clara").

[112] *Cf.* Conrad, *supra* nota 103, en las págs. 752-53 (*citando a* RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION § 47 cmt. (1995)) ("*[t]he right of publicity as recognized by statute and common law is fundamentally constrained by the public and constitutional interest in freedom of expression . . . [t]he use of a person's identity primarily for the purpose of communicating information or expressing ideas is not generally actionable as a violation of the person's right of publicity*"). *Véase, además,* Alain J. Lapter, *How the Other Half Lives (Revisited): Twenty Years Since Midler v. Ford A Global Perspective on the Right of Publicity*, 15 TEX. INTELL. PROP. L.J. 239, 274 (2007) ("*right of publicity case law--arguably broad at times--as well as statutory provisions do nothing more than try to avoid the creation of loopholes through which advertisers can misappropriate a person's name or likeness, while simultaneously and explicitly upholding First Amendment guarantees*").

[113] Uno de los principales problemas que confronta el derecho de publicidad es que su convivencia con el derecho constitucional a la libertad de expresión ha sido particularmente problemática; esto ha llevado a algunos a abogar por la disminución o eliminación del *right of publicity*. De la Maza Gazmuri, *supra* nota 34, en las págs. 188-89 n.45.

legislaciones junto al de la doctrina científica estadounidense resulta de gran valor para poder interpretar adecuadamente la legislación de Puerto Rico, como ha quedado demostrado a lo largo del presente escrito.

El objeto del *right of publicity* es el valor comercial de la identidad de una persona. Se trata de un derecho de propiedad especial, perteneciente a la familia de los derechos de propiedad intelectual, afín o similar a los derechos de autor. En tanto derecho patrimonial, este puede ser objeto de transmisión mediante negocios jurídicos *inter vivos* que consten por escrito o mediante sucesión *mortis causa*. Ello así, el titular del derecho de publicidad será la persona cuya identidad se usa con propósitos comerciales o publicitarios, un cesionario de este o sus herederos.

La violación de este derecho mediante su utilización no consentida legitimará a su titular a presentar una acción de daños y perjuicios y también a solicitar el remedio de *injunction* para detener el uso no autorizado de la propiedad. Tal causa de acción, al estar predicada en la usurpación de un derecho propietario y no en la violación del derecho a la intimidad, no requiere que el demandante demuestre una legítima expectativa de intimidad para prevalecer. La responsabilidad que surgirá de la violación del *right of publicity* es de naturaleza objetiva, esto es, se incurrirá en ella sin necesidad de que exista culpa o negligencia del demandado; el demandante solo tiene que probar que el demandado utilizó la imagen o identidad con propósitos comerciales o publicitarios sin estar autorizado para ello. La existencia o inexistencia de negligencia, negligencia crasa o intencionalidad será relevante solo para la atenuación o agravación de la responsabilidad.

Los antecedentes históricos del *right of publicity* pueden trazarse al derecho a la intimidad, particularmente a las acciones en daños y perjuicios por invasión a la privacidad, según concebidas en el derecho de daños estadounidense. Tal esquema jurídico se reveló insuficiente cuando el interés que deseaban vindicar los demandantes, especialmente las figuras públicas o celebridades, era exclusivamente económico, no vinculado a la violación de una expectativa de intimidad o privacidad: participar en las ganancias que la utilización no consentida de su imagen ayudaba a generar mediante la publicidad y posterior venta de productos. Asimismo, la conceptualización de la identidad de los individuos solamente como un derecho vinculado a la personalidad o intimidad dificultaba su transmisibilidad. Fue así que lo que comenzó como un *tort* o acción en daños y perjuicios por violación al derecho a la intimidad evolucionó en un derecho propietario.

El origen híbrido del *right of publicity* provoca que la doctrina científica más autorizada lo califique como de naturaleza jurídica sui géneris. Esa hibridez genera paradojas que hacen compleja su categorización e interpretación y que apuntan a la necesidad de que se profundice en el estudio de este derecho y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico puertorriqueño.

Por ejemplo, el *right of publicity* es un derecho propietario de origen estatutario, pero su antecedente es un derecho personal de carácter constitucional como es el

de intimidad. Esto entraña la posibilidad de que en un mismo caso puedan coincidir violaciones del derecho de publicidad con violaciones al derecho a la intimidad o a la propia imagen, dando pie a la aplicación simultánea de la Ley 139-2011, las disposiciones sobre daños y perjuicios en el Código Civil, la Constitución y, en casos apropiados, incluso la Ley de Libelo y Calumnia, provocando que los tribunales tengan que interpretar armónicamente todas esas disposiciones. Esto ocurrirá cuando se utilice sin autorización con propósitos comerciales la identidad de una persona en un contexto donde estén implicados también aspectos sobre derecho a la intimidad y difamación.[114] Para complicar las cosas más, la determinación de cuando el propósito de una comunicación es comercial y cuando es, por ejemplo, periodístico o artístico puede resultar difícil;[115] esto, a su vez, generaría incertidumbre en torno a la aplicación de la Ley 139-2011 o la causa de acción reconocida por violación al derecho a la propia imagen al amparo del Código Civil y la Constitución.[116]

---

[114] *Véase*, *e.g.*, Coton v. Televised Visual X-Orgraphy, Inc.*,* 740 F. Supp. 2d 1299 (M.D. Fla. 2010) (uso no autorizado de un autorretrato de la demandante, quien es una conocida fotógrafa de profesión, para mercadear una película pornográfica). *Véase, además,* Rodríguez v. Sánchez, KLCE201601939, 2016 WL 6989361 (Resolución 31 de octubre de 2016), 2016 WL 6989361 (proveyendo no ha lugar a una solicitud de desestimación por insuficiencia de las alegaciones de una demanda en la que una menor alega difamación y violación a su derecho a la propia imagen, pues "[l]os criterios a utilizarse para ver si tiene derecho al remedio que solicita son, pues, menos rigurosos que si se tratara de una figura pública [y] se impone la protección del derecho de la parte recurrida a presentar su reclamo ante el foro judicial").

[115] Roberta Rosenthal Kwall, *The Right of Publicity vs. the First Amendment: a Property and Liability Rule Analysis*, 70 IND. L.J. 47, 107 (1994) ("*it is often difficult to make a determination as to whether a particular use is primarily comercial . . . many types of informational and entertainment uses can have strong commercial overtones*"); De la Maza Gazmuri, *supra* nota 34, en la pág. 188 n.41 ("el problema es que, a menudo, resulta difícil determinar[,] en aquellos casos en que un bien o servicio se comercializa, pero a la vez posee un carácter expresivo[,] cuál de los dos debe primar").

[116] Ley del Derecho Sobre la Propia Imagen, Ley Núm. 139-2011, 32 LPRA § 3157 (2017) (estableciendo que la *Ley del Derecho sobre la propia imagen* no aplicará cuando se use la imagen de una persona con propósitos expresivos de tipo político, artístico, académico, investigativo, periodístico, deportivo, de crítica o de comentario, o cuando la imagen o identidad de la persona se utiliza de modo accesorio). *Véase, además, e.g.,* López v. Sánchez*,* KLAN201300260, 2013 WL 4710483 (Sentencia de 28 de junio de 2013) (negándose a desestimar sumariamente una demanda al amparo de la Ley 139–2011 ante una defensa de inaplicabilidad por ejercicio de libertad de prensa, debido a que "la complejidad de probar los elementos que exige esa legislación, así como las defensas que han levantado las apeladas, requiere que se les permita a las partes un amplio descubrimiento de prueba antes de adjudicarse la reclamación o conceder el peso debido a las aludidas defensas"); Ayala v. Rivera, KLAN201600763, 2016 WL 5369286 (Sentencia de 27 de junio de 2016) ("aun si en efecto se determina que la conducta imputada a las partes demandadas constituye un 'reportaje noticioso, expresión política, transmisión de evento deportivo o artístico, o una presentación que tenga un interés público legítimo . . .', ello de por sí no es suficiente para eximirlas de responsabilidad, pues además se exige que la actuación cuestionada 'no sea utilizada con propósitos comerciales o publicitarios'. . . estas defensas están disponibles al medio si el propósito de la reproducción de la imagen no es 'comercial o publicitario' o una 'explotación encubierta'"); Carrasquillo v. PNP, KLAN201201333, 2012 WL 4753899 (Sentencia de 13 de agosto de 2012) (indicando que la Ley Núm. 139–2011 no es aplicable en un caso donde la imagen se utilizó para fines de propaganda política y el demandante reclama violación a su derecho a la intimidad, no derecho de publicidad).

Por otra parte, el *right of publicity* es un derecho de propiedad intelectual de carácter patrimonial, lo que significa que el gobierno federal podría legislar y ocupar el campo con una norma uniforme, como lo ha hecho con los derechos de *copyright* o marcas. Sin embargo, hasta la fecha ha decidido no hacerlo. Ello así, el *right of publicity* permanece como un derecho estatal cuya extensión varía en cada jurisdicción. Esto, amén de dificultar aún más su estudio, genera el riesgo de que existan problemas de federalismo si en la interpretación de las leyes estatales se interfiriere con derechos que provienen de legislación federal que ocupa el campo tal como ocurre con la de *copyright*.[117]

Otro de los retos que plantea la existencia del derecho de publicidad es delimitar de modo preciso cuál debe ser su alcance frente al derecho a la libertad de expresión y a la libertad de prensa. Esto, toda vez que el reconocimiento de este derecho de carácter propietario conlleva una limitación concomitante de los derechos constitucionales de las demás personas.[118] Ello así, la jurisprudencia estadounidense ha utilizado varios esquemas de análisis para determinar, caso

---

[117] *Véase, e.g.,* 17 U.S.C.A. § 301(a) (2005) ("*all legal or equitable rights that are equivalent to any of the exclusive rights within the general scope of copyright . . . are governed exclusively by this title . . . no person is entitled to any such right or equivalent right in any such work under the common law or statutes of any State*"); Laws v. Sony Music Ent., Inc., 448 F.3d 1134, 1138, 1145-46 (9no Cir. 2006) (resolviendo que la legislación federal sobre *copyright* ocupa el campo y desplaza una reclamación sobre violación del derecho de publicidad al amparo de la ley de California porque la grabación de la voz del demandante que el demandado alegadamente utilizó sin autorización está protegida por el derecho de *copyright*); Stefan Michel, *You Can't Always Get What You Want? A Comparative Analysis of the Legal Means to Oppose the Use of Campaign Music*, 18 J. MARSHALL REV. INTELL. PROP. L. 169, 178 (2018) ("*Emphasizing that Californian law recognizes an interest in one's distinctive voice . . . the court held that copyright law preempts the publicity right insofar as the entire allegedly misappropriating performance is contained within a medium that is subject to copyright*").

[118] Conrad, *supra* nota 103, en la pág. 744 ("*What began as a novel subset of traditional privacy rights has led courts and legislatures to create a property-based right of publicity jurisprudence that goes beyond its original goals and encroaches on the traditional First Amendment domain of protection of artistic and creative rights*"). Al respecto, el profesor Volokh ha afirmado lo siguiente:

> *The right of publicity may seem intuitively appealing to many people. The notion that my name and likeness are my property seems to make sense.*
>
> *But*, when applied to expression, "my property" is another way of saying "legally forbidden to be another's speech". *Right of publicity law has long had to confront the First Amendment problems with such an approach, and in many areas, such as biography, news reporting, fiction, and the like, it has rightly yielded. But* there is good reason to think that it hasn't yielded far enough—that the right of publicity is unconstitutional as to all noncommercial speech, and perhaps even as to commercial advertising as well.

Eugene Volokh, *Freedom of Speech and the Right of Publicity*, 40 HOUS. L. REV. 904, 929-930 (2004) (énfasis suplido). *Véase, además, e.g.,* Linda J. Stack*, White v. Samsung Electronics America, Inc.'s Expansion of the Right of Publicity: Enriching Celebrities at the Expense of Free Speech,* 89 NW. U.L. REV. 1189, 1222 (1995) ("*An evocable right of publicity is also an unwise restriction because it devalues and hampers the capability of commercial speech to transmit valuable noncommercial information, to provide entertainment, and to provoke social commentary*").

a caso, si en el balance de intereses debe prevalecer el derecho de publicidad del demandante o el derecho a la libre expresión de la parte demandada.[119] Hasta la fecha, no existe consenso entre los tribunales en cuanto a cuál *test* debe ser utilizado.[120] Mientras esto ocurre, la doctrina científica sigue proponiendo nuevos esquemas analíticos u otras formas de combinar los ya existentes para superar las lagunas y críticas que se han identificado o señalado a los esquemas existentes.[121] Por la fragmentación de criterios, por la inconsistencia doctrinal, por la contradicción en los resultados a los que llegan uno y otro tribunal y por la inseguridad jurídica para las partes litigantes, el estado de cosas descrito ha sido calificado por la doctrina científica como "*caótico*".[122] Nuestro *TSPR* no ha estado ajeno a esta polémica, pues debió enfrentar un aspecto del problema en

---

[119] *Véase, e.g.*, Roberta Rosenthal Kwall, *A Perspective on Human Dignity, the First Amendment, and the Right of Publicity,* 50 B.C. L. REV. 1345, 1356 (2009) [en adelante Rosenthal Kwall, *A Perspective on Human Dignity*] ("*Courts subsequent to Zacchini have invoked a variety of balancing tests for determining how the right of publicity should be applied in cases presenting First Amendment challenges. There are at least five basic approaches*"); Matthew Savare & John Wintermute, *Right of Publicity Issues in Emerging Media*, 38 L.A. LAW. 10 (2015) ("no fewer than five First Amendment tests have been recognized in evaluating right of publicity claims").

[120] *Véase, e.g.*, Christine DiGregorio, *Finding a Fair Balance for the Right of Publicity and First Amendment Protections*, 33 TOURO L. REV. 995, 1003 (2017) ("*The need for the balance of these two important rights is clear; however, courts are still struggling to reach a consensus on the precise way to balance these interests fairly*"); James Schwabe, *Delay of Game: When Will the Supreme Court Tackle First Amendment Issue in Madden NFL? The Uncertain Future of the Right of Publicity*, 16 VA. SPORTS & ENT. L.J. 120, 135 (2016) ("*Amongst all of these tests, the courts have yet to solidify the 'right test' for the right of publicity . . . It is time for the Supreme Court to stabilize this area of the law and hear a case that will update the Court's 1977 holding in Zacchini*"); Gloria Franke, *The Right of Publicity vs. the First Amendment: Will One Test Ever Capture the Starring Role?*, 79 S. CAL. L. REV. 945, 946 (2006) ("*there is a direct conflict between a celebrity's right of publicity and the public's right to free expression . . . Courts, in struggling to accommodate these competing interests, have failed to articulate a clear standard to resolve the conflict*").

[121] *Véase, e.g.,* DiGregorio, *supra* nota 120, en las págs. 1016-42; Dora Georgescu, *Two Tests Unite to Resolve the Tension Between the First Amendment and the Right of Publicity*, 83 FORDHAM L. REV. 907, 935-944 (2014); Conrad, *supra* nota 103, en las págs. 780-809; Rosenthal Kwall, *A Perspective on Human Dignity*, *supra* nota 119, en las págs. 1361-64.

[122] Savare & Wintermute, *supra* nota 119, en las págs. 10-11 (traducción suplida) (énfasis suplido):

> *Indeed, no fewer than five First Amendment tests have been recognized in evaluating right of publicity claims. The U.S. Supreme Court, in its only case involving the right of publicity, held that free speech protections "do not immunize the media" from right of publicity violations. The Court declined, however, to impose any standard or test to resolve the tension between these competing principles.* The result has been chaotic, *as lower courts have created their own ad hoc balancing tests borrowed from copyright, trademark, and other areas of the law. Such a process has engendered seemingly conflicting rulings, doctrinal inconsistencies, and uncertainties for plaintiffs and defendants.*

Id. (énfasis suplido). *Véase, además* Franke, *supra* nota 120, en la pág. 946 ("*Courts . . . have failed to articulate a clear standard to resolve the conflict, resulting in a confusing morass of inconsistent, incomplete, or mutually exclusive approaches, tests, and standards*").

Vigoreaux v. Quizno's.[123] Sin embargo, tal pronunciamiento es anterior a la Ley de Derecho sobre la Propia Imagen y debe ser analizado junto a la copiosa literatura jurídica que se ha generado sobre este tema durante la última década.

Estos y otros asuntos apuntan a la necesidad de que se continúe profundizando en el estudio del *right of publicity* y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico puertorriqueño. El presente escrito ha querido ser una primera aportación de nuestra parte en esa dirección mediante el esclarecimiento de algunos de los antecedentes de la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen* y, a partir de ello, el análisis de algunas de sus disposiciones. En ese proceso, esperamos haber provisto respuesta a alguna cuestión relevante, llamado la atención a controversias importantes a ser investigadas en el futuro y haber proporcionado puntos de referencia y fuentes jurídicas a partir de los cuales pueda iniciarse o continuarse la búsqueda de contestaciones a las preguntas planteadas o por plantearse.

---

[123] 173 DPR 254, 276-78 (2008). Véase el pasaje siguiente de la decisión citada:

> Es evidente que la fotografía publicada del señor Vigoreaux Lorenzana es una exposición literal de su imagen que no tiene valor transformativo alguno que la convierta en una parodia constitucionalmente protegida para propósitos de la doctrina y la jurisprudencia. . . Como máximo, se podría considerar que ésta es una sátira con una protección constitucional muy limitada, dado el propósito comercial y mercantilista de la publicación.

Id. Tampoco ha estado ajeno a este asunto el Tribunal de Apelaciones. *Véase, por ejemplo*, López v. Sánchez, KLAN201300260, 2013 WL 4710483 (Sentencia de 28 de junio de 2013) (negándose a desestimar sumariamente una demanda al amparo de la Ley Núm.139–2011, ante una defensa de inaplicabilidad por ejercicio de libertad de prensa, debido a que "la complejidad de probar los elementos que exige esa legislación, así como las defensas que han levantado las apeladas, requiere que se les permita a las partes un amplio descubrimiento de prueba antes de adjudicarse la reclamación o conceder el peso debido a las aludidas defensas").

FACULTAD DE DERECHO
MCMLXI
VERITATEM AMANTES IVSTITIAM EXERCENT

Universidad Interamericana de Puerto Rico

Presidentes

Instituto Politécnico de Puerto Rico	Primera Etapa
J. Will Harris	1912-1936
Jarvis S. Morris	1937-1946
Edward G. Seel	1947-1955
Universidad Interamericana de Puerto Rico	Segunda Etapa
Ronald C. Bauer	1956-1964
Raymond B. Hoxeng	1965-1968
Sol Luis Descartes	1969-1977
Ramón A. Cruz Aponte	1977-1987
Pedro José Rivera	1987-1990
José R. González	1990-1999
Manuel J. Fernós	1999-

Decanos de la Facultad de Derecho

Hipólito Marcano	1961-1972
Pedro M. Vélez, Hijo	1972-1973
Carlos M. Piñero y del Cueto	1973-1974
Francisco Coll Moya	1974-1978
Alberto Ferrer	1978-1982
Carmen Sonia Zayas	1982-1984
Federico Hernández Denton	1984-1985
Manuel J. Fernós	1985-1992
Carlos E. Ramos González	1992-2000
Luis M. Negrón Portillo	2000-2013
Julio E. Fontanet Maldonado	2013-

Directores de la Revista Jurídica

Carlos M. Piñero y del Cueto	1964 – 1971
Ivette Coll de Pestaña	1971 – 1972
Héctor M. Aponte Ortiz	1972 – 1973
Felícita Pérez de Torres	1973 – 1974
Regino Fermaint Medina	1974 – 1975
Víctor J. Estrella Hernández	1975 – 1976
Sonia González Robles	1976 – 1977
Miriam Berríos Sánchez	1977 – 1978
Carlos Gaztambide Acosta	1978 – 1979
Roberto Vega Pacheco	1979 – 1979
Ángel S. Ruiz Rodríguez	1980 – 1980
José E. Colón Rodríguez	1980 – 1981
Rafael Díaz Díaz	1981 – 1982
Nora Vargas Acosta	1982 – 1983
Armando Martínez Fernández	1983 – 1984
David Muñoz Ocasio	1984 – 1985
Felipe Bravo García	1985 – 1986
Roberto Sueiro Del Valle	1986 – 1987
Bernardo Vázquez Santos	1987 – 1988
Ariel O. Caro Pérez	1988 – 1989
Cruz María Caldera	1989 – 1990
Santiago F. Lampón González	1990 – 1991
Fermín L. Arraiza Navas	1991 – 1992
Linda L. Vázquez Marrero	1992 – 1993
César Vázquez Morales	1993 – 1994
Carlos A. Padilla Vélez	1994 – 1995
Luis E. Vázquez Rodríguez	1995 – 1996
Diana B. Cordero Vázquez	1996 – 1997
Vanessa L. Collazo Santiago	1997 – 1998
Rosanna Rivera Llantén	1998 – 1999
Enrique M. Almeida Bernal	1999 – 2000
Grisselle Bermúdez Rodríguez	2000 – 2001
Sarah Yenit Rosado Morales	2001 – 2002
Marta Enid Ortiz Camacho	2002 – 2003
Ana Leticia Dávila Pérez	2003 – 2004
Ileana I. Inserni Cintrón	2004 – 2005
Luis Roberto Rivera Cruz	2005 – 2006
Nitya Morales Vázquez	2006 – 2007
Eduardo J. Rivera Juanatey	2007 – 2008
Janice Ramírez	2008 – 2009
Tatiana M. Grajales Torruella	2009 – 2010
Melissa Cabral Munárriz	2010 – 2011
Coral M. Odiot Rivera	2011 – 2012
Melissa Marchany Carrasquillo	2012 – 2013
Vanessa Dávila Colón	2013 – 2014
Mayra I. Rosa-Pagán	2014 – 2015
Alexandra Cruz Zayas	2015 – 2016
Wilmarivette Otero Flores	2016 – 2017
Glorimar Irene Abel	2017 – 2018
Zoé C. Negrón Comas	2018 – 2019