

VOLUMEN 16

NÚMERO 1

AÑO 2020



REVISTA DE ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO

UNIVERSIDAD INTERAMERICANA DE PUERTO RICO
FACULTAD DE DERECHO



LAT CRIT



UNIVERSIDAD INTERAMERICANA
DE PUERTO RICO
FACULTAD DE DERECHO



VOLUMEN 16

NÚMERO 1

AÑO 2020

REVISTA DE ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO

UNIVERSIDAD INTERAMERICANA DE PUERTO RICO
FACULTAD DE DERECHO

Revista de Estudios Críticos del Derecho

Facultad de Derecho, Universidad Interamericana de Puerto Rico

ISSN: 2374-6017

(787) 751-1912 ext. 2140

<http://www.derecho.inter.edu/vida-estudiantil/revistas/>

<http://latcrit.org/content/publications/clave/>

revista.clave@juris.inter.edu

revcrituipr@gmail.com



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

VOLUMEN 16

NÚMERO 1

AÑO 2020

José O. Sánchez Rivera
Director & Editor jefe

Patricia A. González Hernández
Directora & Editora asociada

María A. Rosario Santos
Directora & Editora asociada

José J. García Colón
Director & Editor asociado

Juan C. Serrano Fuentes
Director & Editor asociado

Kevin Del Valle Marcano
Director & Editor asociado

CUERPO DE EDICIÓN

Edgardo Rosado Cortes
Jairymar Colón Cabrera
Lorena Bonilla Marrero
Wislander D. Balbuena

Slesky Sepúlveda Rodríguez
Steven Torres Rivera
Daniela M. Yunpaqui
Catalina Sierra López

CUERPO DE REDACCIÓN

Marta R. Avilés González
Eddie Meléndez Santos
Lindjoanaris Ríos Valentín

Bianca Lewis Santiago
Luis F. Martínez Torres

COLABORADORES

Calyn F. Diaz Rodríguez

Walter Vázquez Vélez

CONSEJEROS ACADÉMICOS

Dr. Pedro Cabán Vales
Profra. Myrta Morales Cruz

ASISTENTE ADMINISTRATIVO

Jenauny Aybar

BIBLIOTECARIO

José M. Estrada-Bolívar

Publicado en conjunto con *LatCrit Inc.*
Miembro del *National Conference of Law Reviews*



TRASFONDO Y DATOS DE PUBLICACIÓN

En el año 2003 se fundó la Revista de Estudios Críticos del Derecho, bajo el título CLAVE. Es la única revista jurídica crítica en Puerto Rico y se publica en unión con *Latino & Latina Critical Legal Theory Inc.* (LatCrit) y la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico (Facultad de Derecho UIPR). Esta Revista surgió como uno de los numerosos proyectos de LatCrit, organización académica estadounidense dedicada al desarrollo y a la discusión de la teoría crítica de la raza. En la actualidad, estudiantes de Derecho son quienes principalmente manejan la Publicación que busca dar una voz independiente a las revistas jurídicas universitarias tradicionales mediante escritos que abordan el ordenamiento jurídico desde una perspectiva crítica. La Facultad ha producido sobre una decena de volúmenes independientes que, acoplados a los intereses estudiantiles, capturan el espíritu del proyecto original.

Los volúmenes anuales de la Revista incluyen artículos inter y multidisciplinarios que analizan los estudios críticos del Derecho desde diversos enfoques como la historia, literatura, sociología, antropología, los estudios culturales, estudios americanos, estudios de género, entre otros.

La Revista de Estudios Críticos del Derecho es una publicación bilingüe, que admite escritos en español y en inglés. Hasta el 2017, la Revista contaba con una versión impresa patrocinada por la Facultad de Derecho UIPR. No obstante, a partir del Volumen XIV, la Facultad publica solo el formato digital en su compromiso con la adopción de prácticas eco-amigables.

Indexación: La Revista forma parte de las bases de datos digitales locales e internacionales más importantes del mundo jurídico y académico, tales como *Hein Online*, *Latindex*, *Microjuris*, *vLex* y *Westlaw*. La página electrónica de la Facultad de Derecho UIPR y la página oficial de LatCrit también ofrecen acceso gratuito a la Publicación.

Afiliaciones: La Revista es miembro del *National Conference of Law Reviews* y publicada en conjunto con LatCrit.

Citación: Los artículos se rigen por las reglas establecidas en el manual de citación *The Bluebook: A Uniform System of Citation* (20th ed. 2015).

Cítese esta *Revista* de la siguiente manera:
16 REV. CRIT. UIPR __ (2020).



FACULTAD DE DERECHO UIPR

La Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana se estableció en el año 1961 como una escuela nocturna. En el 1965 amplió los ofrecimientos académicos al establecerse una sesión diurna y contratarse profesores a tarea completa. En ese año se estableció una Clínica de Asistencia Legal en centros ubicados en los arrabales de San Juan, para proveer servicios legales gratuitos a los indigentes de la capital. En la actualidad tiene un total de 734 estudiantes entre las sesiones diurna y nocturna. Cuenta con un claustro de 28 profesores a tiempo completo y 50 a tiempo parcial. La Facultad de Derecho está acreditada por el Consejo de Educación Superior, la *Middle States Association* y la *American Bar Association*. Está, además, afiliada a la Asociación Americana de Escuelas de Derecho. En agosto de 1993, la Facultad de Derecho inauguró su nueva estructura en el sector conocido como el Nuevo Centro de San Juan, cercano al Tribunal de Distrito Federal, la zona bancaria de Hato Rey, la Oficina General del Servicio Postal y a centros comerciales y restaurantes. La construcción de las nuevas instalaciones marcó un momento trascendental en la historia de la institución, ya que su expansión y crecimiento requerían tener una estructura que estuviese en consonancia con las aspiraciones y metas de la Facultad, así como con su compromiso de elevar más aún la calidad de la educación jurídica en el país. En el 2001 la Facultad comenzó un programa de estudios de verano en Madrid, España, que luego se expandió a Venecia, Italia, Londres, Inglaterra y Beijing, China, acreditado por la *American Bar Association*. En el 2010 la Facultad obtuvo la autorización del Consejo de Educación para ofrecer el grado de Maestría en Derecho. Actualmente cuenta con un exitoso programa que ofrece el grado de *Juris Doctor* en inglés dirigido a estudiantes con miras a ejercer la abogacía en Estados Unidos.

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

Volumen 16	Número 1	Año 2020
------------	----------	----------

CONTENIDO

IN MEMORIAM: DON RAFAEL CANCEL MIRANDA	1
VENGO DEL PARTO DE LARES	3
<i>Por: Don Rafael Cancel Miranda</i>	
DE LA CALLE DEL PEZ A LOS HIELOS DEL POLO NORTE.....	5
<i>Por: Dr. Pedro Cabán Vales</i>	
SI TE COJO... PIN PAN PUM	13
<i>Por: Bianca Lewis Santiago</i>	
ACCESO A LOS MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA PARA PERSONAS QUE NO PUEDEN PROCREAR HIJOS DE MANERA NATURAL O PADECER INFERTILIDAD	21
<i>Por: Lindjoanairis Valentín Rodríguez</i>	
EL ESTADO COMO GARANTE DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LAS PERSONAS TRANSGÉNERO A RECIBIR TRATAMIENTO HORMONAL DE REASIGNACIÓN SEXUAL DURANTE SU RECLUSIÓN.....	53
<i>Por: Eddie Gadiel Meléndez Santos</i>	
EL GRAN TRECHO EN EL PROCESO DE PREAUTORIZACIONES DE SERVICIOS MÉDICOS EN EL PLAN DE SALUD DEL GOBIERNO DE PUERTO RICO Y SUS POSIBLES VIOLACIONES AL DERECHO A LA SALUD.....	81
<i>Por: Juan Carlos Serrano Fuentes</i>	
LA ISLA DEL “BED & BREAKFAST”: EL DESPOJO DE NUESTROS CONDÓMINOS.....	105
<i>Por: Kevin Del Valle Marciano</i>	
EL NUEVO CARPETEO: LA PERSECUCIÓN POLÍTICA EN CONTRA DE LA DISIDENCIA A TRAVÉS DEL ESPACIO CIBERNÉTICO EN PUERTO RICO	127
<i>Por: Luis F. Martínez Torres</i>	

¿ESTÁNDARES DES-ESTANDARIZADOS? “LAS PUERTAS ABIERTAS” ANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19 EN MATERIA DE REGULACIÓN AMBIENTAL CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO 147

Por: Patricia A. González Hernández

**LA REVOCATORIA DEL MANDATO: VISIONES COMPARADAS
Y PROPUESTAS PARA PUERTO RICO 171**

Por: José J. García Colón

TEORÍA VS. REALIDAD: EXPRESIÓN LEGAL DEL CONTRATO CON ACTUACIÓN CORRUPTA..... 189

Por: Rebeca Avilés González

**¿PUEDE EL PRESIDENTE DE LOS EE. UU. EXPEDIR SU PROPIO INDULTO?
ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS EXPRESIONES DEL PRESIDENTE DONALD J. TRUMP
EN LAS REDES SOCIALES SOBRE EL “AUTOINDULTO” 241**

Por: José O. Sánchez Rivera

IN MEMORIAM
DON RAFAEL CANCEL MIRANDA
1930-2020



Cuando quedó constituida la Junta Editora del Volumen XVI de nuestra Revista y se asignaron los deberes de organizar la primera actividad para nuestros miembros y la comunidad en general, el nombre del invitado especial surgió de nuestros corazones como alternativa única: Don Rafael Cancel Miranda. Primero, porque nadie como don Rafel encarna los principios que defiende nuestra Revista, y segundo porque en todas las luchas estudiantiles que hasta ese momento se habían dado, don Rafael fue una figura de apoyo constante e incondicional. Sin dilación le escribimos. Su respuesta a uno de nuestros Directores Asociados fue casi inmediata: <<Saludos, Juan. Desde ahora te digo que me gustaría corresponder a tu invitación, lo que para mí sería un honor. Si mi situación de salud me lo permite, estaré con ustedes el 23 de agosto. Y estuvo.

Don Rafael tenía una máxima en su vida y nunca se apartó de ella. Vivió conforme a ella hasta su último segundo de existencia en esta su amada patria. “Un puertorriqueño NUNCA ataca a otro puertorriqueño. No importa las razones. Eso es inadmisibles”. Fiel creyente en Dios no cabe duda de que estas palabras, este modo de vida de don Rafel, se ajustaba con fidelidad a la regla de oro predicada por el Cristo llamado Mesías: “...y amar al prójimo como a ti mismo”. Claro, los puertorriqueños para don Rafael más que su prójimo éramos hermanos de la misma madre; nuestra

patria. Tanto nos amó, que hasta entregó su libertad por nosotros. ¡Mesiánico! Porque siempre vivió conforme a sus dichos: Amor a la patria, al hermano puertorriqueño y por ambos sacrificio.

Y es ese legado de amor que en la Revista de Estudios Críticos del Derecho queremos, a modo de homenaje, inmortalizar en los anales de nuestra historia como Revista. Porque nuestro volumen tuvo su origen aquel 23 de agosto del 2019 de la mano y con la guía de don Rafel que nos legó una poesía para ser publicada.

Don Rafel nos dejó físicamente el 2 de marzo de 2020. Somos herederos de su ejemplo de valor y sacrificio, pero también de su cautivadora poesía revolucionaria. Le honramos en su partida con el anhelo de que no muera su pensamiento y su deseo de un Puerto Rico verdaderamente libre. Deseo que será concretado. Algún día seremos tan libres como don Rafael lo es hoy. Porque la semilla nos fue sembrada por hombres como don Rafael y se manifiesta en la convicción creciente de este pueblo que ha internalizado sin dudas que “nuestro enemigo solo es uno: el Gobierno de los Estados Unidos y su tiranía sobre nosotros”. ¡Hasta la victoria siempre, don Rafael!

VENGO DEL PARTO DE LARES

Rafael Cancel Miranda

Nunca he dudado ser yo,
ni cargo carimbo conmigo,
no ha podido el opresor,
marcarme con su apellido.

Siempre he sido boricua,
ciudadano puertorriqueño,
eso no me lo quita,
fuerza alguna del imperio.

Nací en el Grito de Lares,
y me reafirmé en Jayuya,
no me parió la Ley Foraker,
ni soy aborto de la luna.

Yo nací del alma de Betances,
a sangre y fuego surgió mi alma,
yo nací en el parto de Lares,
soy hijo del vientre de Mariana.

Que yo soy, he sido y seré,
un pitirre puertorriqueño,
no porque lo diga un papel,
ni ley alguna del imperio.

Simplemente soy quien soy,
nunca he dejado de ser,
lo que fui ayer soy hoy,
y lo que hoy soy seré después.

Que no hay poderes ni fuerzas,
ni retórica de vitrina,
que hagan que jure bandera,
a otra bandera que la mía.

Que yo nací puertorriqueño,
de alma y corazón adentro,
y antes que dejar de serlo,
¡me voy directo al infierno!

Publicado en: Cancel Miranda, Rafael. *Sembrando patria y verdades*.
Edición privada: San Juan, 1998.

DE LA CALLE DEL PEZ A LOS HIELOS DEL POLO NORTE

*Pedro Cabán Vales**

En el número 27 de la calle del Pez en el barrio Malasaña de Madrid ubica la coctelería *1862 Dry Bar*. La fecha en el nombre alude al año de publicación de lo que se supone fue la primera guía de cocteles de la historia: *HOW TO MIX DRINKS OR THE BON-VIVANT'S COMPANION*. De hecho, a su autor, Jerry Thomas, sus contemporáneos lo llamaron *el Profesor*, por sus conocimientos sobre la *mixología*: el arte de elaborar nuevos y exóticos tragos y de experimentar con destilados y mezcladores menos conocidos.

La anécdota *histórico-etilica* viene a cuento por dos motivos. Primero, comienzo a escribir este prólogo en ese bar, mientras Frank Sinatra, a su manera, pone voz a la música de fondo y, desde la barra, Raymond Chandler, como en *El largo adiós*, desvela la sencilla receta del *Gimlet*, el afamado cóctel literario. Segundo, el profesor Luis Rafael Rivera, egresado de la Universidad Complutense que suele pulular por estos ‘antros’ de Madrid siempre que puede cruzar el charco, titula el presente libro *ESTO, AQUELLO Y LO OTRO: CÓCTEL DE HISTORIA, DERECHO Y LITERATURA*. Sobraría advertir que este título juega semánticamente con la palabra *cóctel*, cuyas acepciones más conocidas son: ‘bebida compuesta de una mezcla de licores’ y ‘reunión o fiesta donde se toman esta clase de bebidas’, pero que en un significado más genérico se define como ‘mezcla de cosas diversas’.¹

* Catedrático Asociado, Facultad de Derecho Universidad Interamericana de Puerto Rico. Miembro del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Complutense de Madrid. Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid; BA, J.D., Universidad de Puerto Rico. Correos electrónicos: pcaban@juris.inter.edu; pedro.caban@gmail.com. El presente texto es una versión revisada del prólogo y de las palabras de presentación del libro *ESTO, AQUELLO Y LO OTRO: CÓCTEL DE HISTORIA, DERECHO Y LITERATURA* del profesor Luis Rafael Rivera. La presentación de esta obra se llevó a cabo el 30 de octubre de 2015 en la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Agradezco al querido colega, amigo y mentor Luis Rafael Rivera el honor de invitarme a prologar su libro. El texto original fue editado tanto por el profesor Rivera como por Lillia del R. Cruz Viñas a quienes agradezco sus aportaciones. Sin embargo, cualquier error en el presente escrito es exclusivamente de mi responsabilidad.

¹ *Cóctel*, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (23ra ed. 2014), <https://dle.rae.es/?id=9cKSoLa>.

En armonía con la última acepción, esta antología de escritos de géneros, tonos y extensiones variadas, enlaza temáticamente de modo más o menos explícito con la historia, el derecho y la literatura. Y, más allá del sentido literal, su estructura da la ilusión de que no solamente estamos leyendo, sino que asistimos a un cóctel en compañía de amistades entrañables, todas amantes de las letras. Es una “gran fiesta” que permite dialogar, entre copas y amigos, de lo que indigna y preocupa, pero también de lo que apasiona porque gusta. Tiene visos de charla en la cual “resolvemos los problemas del mundo” o, cuando menos, “no dejamos títere con cabeza”. Hablamos, por ejemplo, como lo hace el propio autor, de jueces que alternan el estrado con el púlpito y la tribuna; de la llamada *familia tradicional* que “tan cara nos ha vendido el Antiguo Testamento”; de los perpetradores y las víctimas de la gran recesión; de la gastronomía y la arquitectura del Caribe; de los conceptos jurídicos que pueden aprenderse leyendo *Don Quijote de La Mancha*; o de juristas que conjugan el ejercicio de su profesión con pasiones literarias o artísticas.

La obra se divide en cuatro partes. La primera, titulada *Aperitivo*,² consta de diecinueve perfiles, contruidos a partir de entrevistas a una diversa gama de personas, entre ellas un judeo-boricua que escapó de las cámaras de gas de Auschwitz e intentó esclarecer la muerte de su madre adoptiva ocurrida en el Viejo San Juan para la misma época de los asesinatos en Cerro Maravilla; una entusiasta renacentista, abogada y experta en coctelería que baila la danza del vientre en Floral Park; un chef franco-haitiano que explica a un puertorriqueño, mientras preparan al alimón un cóctel gastronómico, que sin historia es imposible hacer un buen guiso, sea sancocho o *bouillabaise*; o una mujer que desvela lo que significa para ella vivir atrapada en el cuerpo de un hombre y qué se siente cuando la ley y el Tribunal Supremo no reconocen las transformaciones físicas que reconcilian la mente con el cuerpo.

La escritora española Rosa Montero, en su exquisito trabajo *La mirada del testigo*, prólogo a LAS GRANDES ENTREVISTAS DE LA HISTORIA, al referirse al género de la entrevista indica: “El periodista es como el novelista que, al desarrollar sus personajes, está explorando los extremos del ser e intentando desentrañar el secreto del mundo”.³ Los perfiles, publicados originalmente en la sección “Vidas Únicas” del periódico *El Nuevo Día*, parecen precisamente una especie de “comedia humana” con personajes hilvanados por un lugar común: Puerto Rico.

Del género de la entrevista se pasa al ensayo en *De palos con los amigos*.⁴ Tal epígrafe resuena en mi mente porque ahora redacto este prólogo mientras viajo en

² LUIS RAFAEL RIVERA, ESTO, AQUELLO Y LO OTRO: CÓCTEL DE HISTORIA, DERECHO Y LITERATURA 3-109 (2015).

³ Rosa Montero, *La mirada del testigo*, prólogo a LAS GRANDES ENTREVISTAS DE LA HISTORIA (1859-1992) 10 (Christopher Silvester, ed., Herminia Bevia & Antonio Resines, trans., El País-Aguilar 1997).

⁴ RIVERA, *supra* nota 2, en las págs. 113-176.

un barco de crucero, por regiones transatlánticas, en compañía familiar y espiritosa. En concordancia, la segunda parte de este libro se compone de presentaciones de obras o personas, entre ellas algún compañero de barra y una novia secreta, que son muy queridas por el autor, con una notable excepción, y también admiradas por él, esto último sin excepción. Estos textos, por la variedad de temas, registros, personas y personajes que exhiben, se mantienen fieles a la divisa de esta antología. Los géneros o las categorías no son más que regiones transparentes con pobladores en emigración tan constante que, a veces, alcanzan la omnipresencia. Así, en un breve intervalo, el lector transitará de la poesía y del cuento a la comedia, y arribará, en tono rigurosamente divertido, a la historia de las abogadas desvergonzadas.

Entre los ensayos que conforman esta parte destaca *El cielo extraviado de José Trías Monge*.⁵ Se trata de la presentación de tres libros, uno de poemas y dos de cuentos, del otrora juez presidente del Tribunal Supremo, publicados póstumamente. Aquí Rivera se embarca en un minucioso ejercicio de exégesis literaria que le permite exhibir su sólida formación cultural, aderezada con la mezcla de admiración y animadversión que a muchos nos inspira la figura del fenecido exsecretario de Justicia:

No es que Trías Monge recurra a las construcciones utópicas para armar un imaginario puertorriqueño. Digamos, no va a otra Ítaca, patria legendaria de Ulises (*Odisea*, 1488). Mucho menos aspira a una distopía, como la Comala de Juan Rulfo. . . Tampoco retrata un Macondo garciamarqueño, sino que quiere mostrar su mundo subterráneo al decir, de uno de los personajes en el cuento *Las furias*, “la otra parte de usted, la sumergida”. Su obsesión es un cielo como Jurutungo.

Sin duda, Trías Monge cayó en la cuenta de que en la última etapa vital su mundo estaba más próximo a las palabras que al Derecho y se volcó de lleno en el universo de la literatura... en realidad otra forma de reclamarle espacio a ese cielo que de seguro no querría abrirle las puertas.⁶

Otro de los escritos, *Los dos sueños de Margarita*, es el prólogo del libro DERECHO DE URBANIZACIONES, de la profesora Margarita García Cárdenas.⁷ Sin renunciar a un estilo ágil y rico en figuras retóricas, en este escrito se reflexiona sobre el papel que juegan las normas de Derecho Urbanístico en convertir las ciudades de Puerto Rico en una red de recintos amurallados, llámense *urbanizaciones cerradas*, *condominios* o *caseríos*, unidos por caminos donde los seres humanos son asediados, cuando no aniquilados, por los automóviles. Eso que, como nos recuerda Rivera, los sociólogos

⁵ *Id.* en las págs. 113-122.

⁶ *Id.* en las págs. 116-17.

⁷ *Id.* en las págs. 143-53.

llaman *guetificación de la ciudad*, y que autores como Rafael Bernabe denominan la anti-ciudad: “un suburbio sin *downtown*. . . un archipiélago de urbanizaciones y *malls* diseñados para la exclusión”.⁸

De palos con los amigos culmina con *Esas mujeres desvergonzadas*.⁹ Se trata de la presentación del libro LAS PRIMERAS CIEN, dedicado a las abogadas pioneras en estudiar Derecho, colegiarse y ejercer la abogacía en Puerto Rico. Siempre con un lenguaje chispeante, el autor se remonta a la antigüedad romana para rendir homenaje a esas mujeres que, desde principios del siglo XX, rompieron en nuestra Patria el monopolio masculino de la abogacía.

Barra abierta es la rúbrica de la tercera ronda de este cóctel.¹⁰ La lectura de este título, que en otra circunstancia evocaría desenfreno y libertad, me aconseja en este momento cautela, disciplina y sobriedad. Esto, porque el *Adventure of the Seas*, nombre del barco a bordo del que navego, ha zarpado ya hacia el último puerto, y, con el fin de su trayecto, vencerá el plazo que Rivera me concediera para entregar el prólogo.

Esta parte del libro, la penúltima, se compone de dieciséis artículos en los que el autor se vale de recursos como la sátira, la fábula, el sarcasmo o la alegoría para expresarse críticamente, en un tono entre visceral y cerebral, sobre diversos temas de actualidad. Por ejemplo, el expolio al patrimonio público por vía de la corrupción; la hipocresía institucional en la llamada *guerra contra las drogas*; el aumento o descenso del número de jueces en el Tribunal Supremo según las oscilaciones electorales; o, en una nota más optimista, la lucha de comunidades marginadas, como las del caño Martín Peña, por lograr una vida mejor. Se trata de piezas de articulismo literario, género que en lengua española cultivan en nuestro tiempo autores como Arturo Pérez-Reverte, Ana Lydia Vega o Luis Rafael Sánchez, por nombrar algunos, y que históricamente tuvo entre sus máximos exponentes a escritores como Mariano José de Larra, Nemesio R. Canales y Leopoldo Alas “Clarín”. Este último, por cierto, se desempeñaba como catedrático de Derecho, al igual que lo hace Rivera.

De estos artículos merece destacarse *Retrato de familia*, publicado originalmente en el año 2003.¹¹ Como si de un proceso de fermentación se tratara, aquí se deconstruye el concepto *familia tradicional*, a la par que se reivindica el derecho a criticar a los jueces sin sufrir represalias inquisitoriales:

El juez Jorge Escribano... nos convida a debatir sobre la familia. Mas no sobre esa familia que es producto histórico o artilugio creado por gente de carne y hueso como tú o como yo, sino del clan patriarcal concebido por

⁸ RAFAEL BERNABE, LA MALDICIÓN DE PEDREIRA: ASPECTOS DE LA CRÍTICA ROMÁNTICO-CULTURAL DE LA MODERNIDAD EN PUERTO RICO) 14 (2002).

⁹ RIVERA, *supra* nota 2, en las págs. 167-76.

¹⁰ *Id.* en las págs. 181-238.

¹¹ *Id.* en las págs. 181-87.

su dios particular... la familia homogeneizada y simple (papá, mamá y tres saludables vástagos) que aparece congelada en la foto risueña que cuelga en la sala de algún hogar de este país... en la que la mujer no es otra cosa que la más suculenta costilla de Adán.

Lo que de seguro no ha pensado el honorable juez es que su prédica televisiva está poniendo el dedo en la llaga de mucha gente. Porque las familias constituidas por muchos puertorriqueños no necesariamente adornan las salas de sus casas con una foto familiar parecida a la del hogar de marras... En fin, nuestro país es una galería de familias variopintas con los mismos momentos de alegría o infelicidad que disfruta o padece la familia típica que tan cara nos ha vendido el Antiguo Testamento...

[...]

A pesar de este pandemónium, tiene el juez Escribano todo el derecho del mundo de aceptar y difundir sus creencias; Dios nos libre de robarle oxígeno a la antorcha de la estatua que le garantiza esa libertad. En eso estoy claro; tiene tanto derecho para expresar sus creencias como yo para criticarlo sin que el Tribunal Supremo pueda cambiar su INRI por un IN RE.¹²

La última copa es el título de la sección postrera de este libro.¹³ Tal epígrafe, Carlos Gardel y Felipe “La Voz” Rodríguez aparte, refiere a cierres: al cierre de una barra, anunciado por el *bartender* mientras grita *last call*; o al cierre editorial, del que da noticia el editor cuando llega el momento esperado de mandar a imprimir una publicación.

Este último grito de alarma me sorprende cuando el *Adventure of the Seas* va dejando atrás las Antillas Menores, acercando peligrosamente el final de su trayecto y mi *deadline*. Mientras termino de leer e intento escribir en el taburete de un remodelado bar de este barco de crucero, el mar picado me dificulta rematar la redacción de este prólogo. Me resta hablar sobre el manojo de ensayos que sintetizan el contenido temático de la antología y, a la vez, profundizan en su espíritu. Así, en *Más acá de las dudas razonables*,¹⁴ al reflexionar sobre el uso del lenguaje en la práctica del Derecho, Rivera encuentra en la Retórica el ancestro común que, desde los tiempos del trivio y el cuadrivio, emparenta la literatura con la abogacía.¹⁵ En *El Quijote en la literatura jurídica*, ahondando en ese parentesco, expone algunos de los conceptos jurídicos presentes en la obra cumbre de Cervantes.¹⁶

Esto, a su vez, sirve de coartada al mezclador boricua para un doble propósito: relacionar una serie de escritos y autores que examinan la producción literaria cervantina desde todas las ramas imaginables del quehacer jurídico; y explicar, de

¹² *Id.* en las págs. 186.

¹³ *Id.* en las págs. 243-311.

¹⁴ *Id.* en las págs. 271-76.

¹⁵ *Id.* en las págs. 271-72.

¹⁶ *Id.* en las págs. 243-49.

modo preciso y ameno, la necesidad de que todo buen jurista conozca la literatura en general, y a *don Quijote* en particular:

De seguro podrá encontrar allí pasajes más sabios y certeros que en los eruditos ensayos de José Trias Monge, y argumentos infinitamente más persuasivos y baratos que los de algunos alegatos firmados por ciertos abogados de los bufetes de Hato Rey. Así como conviene a todo civilista conocer las obras de Shakespeare, como *El mercader de Venecia* y *El rey Lear*, todo abogado, insisto, siempre debería tener a flor de labios los célebres discursos de algunos de los personajes de *don Quijote*. Nadie sabe en qué momento de desesperación puede ser necesario echar mano de ellos para impresionar a un extraviado juez que aún cabalga por las sínoras de un derecho superado. Y cuando digo Shakespeare y Cervantes, también podría decir Víctor Hugo, Dostoievski o el criollísimo Luis Llorens Torres.¹⁷

En *La privatización de Dios*,¹⁸ *Las bestias se adentran en la ciudad*¹⁹ y *Open house en el santoral*,²⁰ destila la mezcla de filosofía y sarcasmo que antes vimos en los textos reunidos en *Barra abierta*, solo que ahora se exagera la viveza de la mixtura. Como si se deseara que el lector reviviera de golpe la miríada de sabores que el cóctel ha brindado, el autor reserva la coda para un final brioso. Así, en *Las mieles del poder y los antojos del déspota*, las referencias a las artes pictóricas, literarias y musicales, antes dosificadas, se intensifican para desembocar en un tórrido recuento histórico de la tiranía que llevará al lector a un recorrido que comienza en la ciudad de Tebas en la antigua Grecia, pasando por el Leningrado asediado por los nazis en la Segunda Guerra Mundial, hasta el arribo a la avenida Chardón en el Puerto Rico contemporáneo.²¹

Tanto la temática como el estilo preludian los recursos empleados en *La hipoteca como tema literario*, escrito que sirve de cierre al libro.²² Aquí no se escatiman las referencias literarias y jurídicas para ilustrar cómo, desde el mundo del clasicismo grecorromano hasta el de la gran recesión de nuestros días, la hipoteca ha sido símbolo de injusticia y represión. Para lograr este propósito, el autor se embarca, y seduce a sus lectores para llevarlos con él, en una travesía embriagadora: navega por las epopeyas homéricas; la literatura medieval; la literatura decimonónica inglesa, francesa y puertorriqueña; la literatura estadounidense que retrata la gran depresión; el *boom* latinoamericano *garciamarqueño* y *cortaziano*; y atraca finalmente en la

¹⁷ *Id.* en la pág. 244.

¹⁸ *Id.* en las págs. 277-78.

¹⁹ *Id.* en las págs. 279-81.

²⁰ *Id.* en las págs. 283-85.

²¹ *Id.* en las págs. 251-270.

²² *Id.* en las págs. 287-311.

poesía indignada y contestataria que ha generado en tromba la explosión postmoderna de la burbuja inmobiliaria.

Tales imágenes sobre barcos y atracos vienen a cuento porque intento poner punto final a este prólogo mientras el *Adventure of the Seas* se arrima al muelle, acercándome a un encuentro con el destino en la renovada coctelería *Polo Norte*, situada en el número 261 de la calle Tetuán del Viejo San Juan. En este puerto seguro, sobre un suelo ajedrezado y entre musas que deslizan sus voces entre acordes de jazz, esperan por mí Luis Rafael Rivera, el *Maestro Mixólogo*, y la editora Lillia del R. Cruz Viñas para brindar por la publicación de este cóctel de letras. ¡Salud!

SI TE COJO... PIN PAN PUM

BIANCA LEWIS SANTIAGO¹

*A 30 años de la creación de
una de las leyes² más importantes,
primordialmente para la protección
de las mujeres puertorriqueñas.
Le dedico este cuento a todas
las SOBREVIVIENTES.*

RESUMEN

El 15 de agosto de 2019, la Ley para la Prevención e Intervención con la Violencia Doméstica, Ley Núm. 54 (Ley Contra la Violencia Doméstica), cumplió 30 años desde su aprobación en Puerto Rico. Sin embargo, la violencia doméstica y la violencia de género continúan en aumento en nuestra sociedad. Este cuento con matices jurídicos pretende presentar desde el punto de vista de varias mujeres la impotencia, la valentía y la lamentable pérdida de vida a causa de la violencia. La narradora de la historia es una mujer que fue escogida por Doña Rafaela por sus atributos y aportación a la sociedad puertorriqueña. La voz de esa mujer narra las vivencias de Doña Rafaela y su nieta Elena en referencia a la violencia contra la mujer puertorriqueña. El objetivo primordial es lograr entrelazar y exponer la visión popular de la violencia en contra de la mujer en Puerto Rico. Se llevará a cabo dicho objetivo mediante momentos históricos, circunstancias personales y culturales relevantes que ocurrieron en las décadas desde el 1980 al 2019, a través de la vida de ambas mujeres. Esas vivencias conformaron el pensamiento de los personajes en cuanto a la violencia en contra de la mujer y su impotencia para erradicarlo.

Palabras clave: Violencia Doméstica, Violencia de Género, Violencia, Víctima de Género.

¹ Estudiante de segundo año de Juris Doctor en la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Posee estudios de Maestría en Planificación de la Escuela de Planificación, de la Universidad de Puerto Rico Recinto de Río Piedras. Además, posee bachillerato en Sistemas de Justicia de la Universidad del Sagrado Corazón de San Juan, Puerto Rico.

² Ley para la Prevención e Intervención con la Violencia Doméstica, Ley Núm. 54 de 15 de agosto de 1989, 8 LPRA §§ 601-664 según enmendada.

ABSTRACT

On August 15, 2019, the Law for the Prevention and Intervention with Domestic Violence, Law No. 54 (Law Against Domestic Violence), celebrated its 30th anniversary since its approval in Puerto Rico. However, domestic violence and gender violence continue to increase in our society. This tale with legal nuances aims to present from the point of view of several women the impotence, the courage and the unfortunate loss of life due to violence. The narrator of the story is a woman who was chosen by Doña Rafaela for her attributes and contribution to Puerto Rican society. That woman's voice narrates the experiences of Doña Rafaela and her granddaughter Elena in reference to violence against Puerto Rican women. The primary objective is to intertwine and expose the popular vision of violence against women in Puerto Rico. This objective will be carried out through historical moments, relevant personal and cultural circumstances that occurred in several decades from 1980 to 2019, throughout the lives of both women. These experiences shaped the characters' thinking regarding violence against women and their powerlessness to eradicate it.

Keywords: *Domestic Violence, Gender Violence, Violence, Gender Victim.*

SI TE COJO... PIN PAN PUM

Por casa de Doña Rafaela aun pasaba el vendedor de caña. Era un carrito de tres ruedas lleno de trozos de diferentes tamaños y espesor. Los vecinos salían a comprar mientras Doña Rafaela escogía sus pedazos de caña para confeccionar su famoso guarapo. No pasó ni un segundo para que Elena llegara a su lado agarrándole la falda con una mano y con la otra mano chupándose el pulgar.

—*¡Nena, pero qué mucho dedo tú chupas! Se te va a desaparecer el dedo ese. ¡Quita pa'lla!*—, reprochó mientras le sacaba el dedo de la boca y le daba un trocito de jugosa caña. —*Chupa un rato ahí a ver si se te quita la cosa esa de chupar tanto dedo. Mira que los dientes se te van a salir pa' fuera de la boca-*.

Doña Rafaela siempre fue una mujer de las llamadas fuertes y voluntariosas. Cuentan por ahí, que una vez se trepó en el techo de zinc de la casa a clavar unas planchas que le había dicho al marido que arreglara y no lo hizo. También, dicen que maldijo a la iglesia católica cuando no quisieron velar a su santo marido con pretextos que nunca entendió. Tanto fue su odio hacia la iglesia que prefirió convertirse a la religión de los mita y pasar sus domingos enteros entre la calle Duarte y la Barbosa. Su paladín para la aventura era Elena, quien siempre le acompañaba con su dedo en boca.

Doña Rafaela me escogió para que contara sus más importantes vivencias junto a su nieta Elena. No sé qué habrá visto en mí. Quizás mi espíritu aventurero, mis ganas de viajar y mi sentido de justicia le llamaron la atención a la heroica Rafaela.

Los vecinos de la calle Santa Cecilia habían cambiado con el tiempo. En un tiempo muchos eran puertorriqueños, cuyos hijos emigraron a los Estados Unidos y alquilaron sus propiedades a la creciente población dominicana en el área de Santurce. A la izquierda de Doña Rafaela vivía una familia de dominicanos con sus dos hijos pequeños que apenas se escuchaban y solo se veían cuando salían y llegaban de la escuela o de sus trabajos. Al lado derecho se hallaba una propiedad vacía que colindaba con el famoso “Colmado El Progreso”. El Progreso, era un colmado que contaba con una barra donde los hombres del barrio comenzaban a beber desde las nueve de la mañana.

Al frente de Doña Rafaela había una casa que siempre estaba alquilada, en ella se habían mudado varios hombres, pero el más particular era un hombre cubano que la mayor parte del tiempo andaba sin camisa y pendiente a todo lo que pasaba en casa de Doña Rafaela.

—*¿Y qué tanto mira el barrigón este para acá? ¿Se le perdió algo aquí?... ¡Jum!* - Exclamaba Doña Rafaela, con la intención ahogada de gritarlo.

Al lado del cubano vivía una familia de dominicanos que le llamaban “Los Muchos”. Pues en las tardes entraban como dieciocho personas entre niños y adultos que no salían hasta el otro día.

Doña Rafaela decía:

—*¿Cómo pueden estar toda esa gente ahí metida? No sé ni cómo caben en dos cuartos.*

Frente a El Progreso, al lado del cubano, vivían Rey y Nilda con sus dos hijos, que eran contemporáneos con Elena.

A Elena le atraía pasar tiempo en casa de Nilda y Rey para compartir con sus hijos. Ella solo notaba una cosa, que cuando Rey llegaba a la casa se acababa la alegría. Nilda se ponía nerviosa, le servía la comida y los mandaba a jugar en silencio a todos.

Los neños le decían a Elena, —*cuando llega papi, mami nos manda para el cuarto para que él esté tranquilo, pero a veces los escuchamos pelear*—.

Eso era casi todos los días. Pero en varias ocasiones escuchaban a su Papá tararear, con ramo de flores en mano, la canción de Camilo Sesto: “Perdóname, Perdóname, Perdóname, si hay alguien que quiero eres tú...”

Elena recuerda claramente una noche en la que Rey tocó en la ventana de la puerta de su abuela Rafaela. Era una de esas puertas con ventana integrada estilo miami, color blanco, donde Doña Rafaela observaba a oscuras todo aquel que pasaba por la calle como vigilante incansable de esa sección de la Calle Santa Cecilia.

Rey se encontraba en busca de su mujer, Nilda, desesperadamente le decía que la tenía allí metida. Esa tarde Elena vio a Nilda llegar a casa de Doña Rafaela con

la cara roja, pero estaba más roja en su lado izquierdo y el ojo de ese lado se veía mucho más pequeño que el del otro lado. Elena la comparó con un monstruo de una película cuando la miró con esa cara roja, despeinada y desaliñada. Nilda trajo con ella a sus hijos. Doña Rafaela los mandó a jugar con Elena mientras ellas hablaban en la mesa de la cocina. Ese día, la abuela cerró la puerta de la casa temprano con los tres pestillos tan pronto entraron Nilda y sus hijos, como cuando se protege a un país entero detrás de un fuerte. Elena no entendía el secreteo entre ellas, pero sabía que algo andaba mal. Es por eso, que en el momento en que Rey tocó a la ventana con toda su energía, Elena se paralizó y todo su cuerpo se erizó.

Rey seguía gritando y pedía ver a Nilda. Caminaba y daba vueltas en el balcón frente a la puerta, se sentaba en la mecedora, se paraba nervioso y le decía a Doña Rafaela que fue sin querer, que todo lo hacía por sus hijos y que Nilda era muchas veces la culpable. Afirmaba que él trabajaba mucho, que perdía el control y que se le nublaban la mente. Doña Rafaela le decía por la ventana entreabierta que se fuera para su casa, que Nilda no estaba aquí, pero él insistía en que ella estaba en la casa y más fuerte le pegaba a la ventana. Fueron tan fuertes los golpes que le propinó a la ventana, que causaron que varias de las hojas se aboyaran.

Doña Rafaela no sabía ni que hacer, trataba de proteger a Nilda de otra pela monumental. Lo único que se le ocurrió fue ir hasta su mesita de noche y buscar un revólver calibre veintidós que tenía detrás de la gaveta. El revólver parecía de juguete, pequeño, con el mango blanco, el cual poseía desde que tenía quince años cuando su amado esposo se lo regaló para que se protegiera de los pillos y maleantes. La abuela Rafaela le gritaba a todos que se quedaran allá mientras se dirigía a la puerta. Se asomó por la ventana y a Rey, que estaba frente a la puerta en ese momento le dijo:

—Si no te vas de aquí, te vacío este revólver encima. Será pequeño, pero sirve. Salte de mi casa ahora mismo antes de que llegue la policía. Hazlo por tu familia y lárgate de aquí.

Ese fue el primer contacto de Elena con lo que resultaba ser la violencia en contra de la mujer. Recuerda haberse quedado paralizada, pues la cara enrojecida de Nilda le volvía a su mente una y otra vez. Esa noche casi no pudo dormir, pensaba en todo lo que la madre de sus amiguitos había pasado y aunque nunca supo detalles, ser testigo de la ira de Rey, la angustia de Nilda, el temor de sus hijos y la defensa de su abuela Rafaela, habrían de componer sus primeras nociones acerca de la violencia en contra de la mujer.

Luego de varios meses, Rey y Nilda se mudaron, reconciliados en lo que sería su nuevo comienzo, apoyados en la promesa de que Rey jamás la golpearía nuevamente. Doña Rafaela jamás supo de Nilda, pero la incluía en sus oraciones al confiar que Dios protegería a tan afable mujer.

La vida continuó y así también la vida de Doña Rafaela y Elena. Como parte de su subsistencia, además del seguro social, la reservada Doña Rafaela tenía varias

propiedades alquiladas en el área de Vistamar. Recuerda una tarde Elena, ya con once años, estar en la falda de su abuela Rafaela, por supuesto con su dedo en boca, mientras ella entrevistaba a unos futuros inquilinos y finalizaban los acuerdos para la firma del contrato de arrendamiento. Era una familia de clase media, el hombre parecía muy inteligente, de estatura promedio, pelo negro y tez blanca. Elena, chupaba su dedo observándolo articular, encontraba que era el hombre más guapo que jamás había visto y lo comparó con el famoso actor de novela, Salvador Pineda. Al lado del galán se encontraba Clara, muy feliz de al fin encontrar la propiedad que buscaban para que sus pequeños hijos pudieran crecer. Los primeros días de cada mes, casi siempre los sábados, Elena esperaba la llegada del señor José Antonio. Le ansiaba ver como este le entregaba el sobre de la renta a su abuela y la ponía al día de todos los pormenores de la propiedad. Solo se quedaba por varios minutos, nunca más de media hora, porque siempre tenía algo que hacer. La rutina continuó por varios meses y luego se detuvo sin ninguna explicación para Elena. Sigilosa Elena, siempre trataba de husmear lo que decían los adultos. Fue en uno de esos momentos, que escuchó a Doña Rafaela hablar con una de sus tías y le decía:

—*Oh Dios Santo tan bueno que se veía el hombre ese. Aquí se sentó, parecía un corderito y conversaba muy amable. Mira, aquí lo tengo, te lo voy a buscar.*

Mientras sacaba un recorte del periódico El Vocero donde leía: “Asesina a su Mujer y a sus Hijos y los pone en la nevera”. El corazón de Elena se detuvo otra vez, recuerda el día que Nilda se escondió en la casa de su abuela. Si lo que entendía era real, aquel Salvador Pineda, llamado José Antonio, le había quitado la vida a sus hijos y a su amada mujer. Elena esperó por el despiste de su abuela, buscó la noticia y comenzó a leer las páginas de El Vocero, como lo llamaban muchos, el periódico más sangriento de Puerto Rico. En él explicaba cómo José Antonio le había dado muerte a Clara y la había puesto en la cama, mientras que a sus hijos pequeños los mató y los puso en la nevera. No podía continuar su lectura. Elena no lo podía creer, ver la foto del que pensaba era un hombre espectacular en la primera plana del periódico, no le cuadraba en su mente infantil.

Esta vez con mucho más sentimiento, Elena entendió que no solamente era la agresión física, sino también el riesgo de perder la vida por ese hombre que alguna vez juró amor. Volver a sentir la furia de un agresor en todo su esplendor no dejaba a Elena dormir, pensar en cómo mató a Clara y a sus hijos era la pesadilla que Doña Rafaela le quería evitar. Se levantaba asustada, llegaba a la cama de la abuela Rafaela, donde por meses amaneció resguardada, pues la imponente figura de Doña Rafaela le provocaba paz. La misma paz que me provocó a mí la primera vez que nos vimos y me dio la bienvenida.

Me detuve y pensé:

—*¿Quién era yo?*

—*¿Cómo llegué a conocer a Doña Rafaela?*

—¿Por qué contaba su historia?

—¿A dónde llegué?

Estaba todo muy tranquilo y se sentía la tan anhelada paz. Fue la noche del 18 de agosto de 2019³, luego de más de dos décadas de las vivencias de Doña Rafaela que narraban las impactantes historias de víctimas de violencia en contra de la mujer.

Doña Rafaela me pregunta:

—¿Cómo te sientes?

—Cansada, muy cansada...- le respondí

—Eso es normal, considerando las circunstancias..., concluyó Rafaela para acto seguido preguntarme, —¿Quieres terminar de escribir mi historia para comenzar la tuya?

—Claro que sí. Me encantaría -repliqué con agrado, -Siempre quise escribir de mis viajes y mis aventuras, -concluí, pensando en las historias de Doña Rafaela. A mí, al igual que a Elena, se me erizaba la piel, mientras Doña Rafaela me cuestionaba:

—¿Recuerdas como llegaste aquí?

Yo pensé, y comencé a recordar mientras le narraba. -Recuerdo ese día, un sol perfecto en la costa este de mi hermoso Puerto Rico, el cielo con su bello azul brillante, recuerdo la brisa que movía mi cabello, el olor a salitre y el sabor a sal que sentía en mis labios. Estaba con mis mejores amigos y mi novio. En fin, un día espectacular de mucha diversión.

—Y después, ¿qué pasó?- continuó Rafaela

—Me detuve a indagar en mis recuerdos que me causaban mucho dolor. Los había detenido como cuando pausas la acción para no autoinfligirte dolor. Pero luego mi mente aclaró, y recuerdo un PIN acompañado de un fuerte empujón. Respondí guapa a mi elegante agresor. ¿Qué paso? Pensé, ¿todo esto por un celular perdido? No puede ser, ¿qué dirá mi mamá cuando se entere de esta situación? Muy probable no lo creerá y dirá “debe de haber sido un error”.

Volví y pensé: —¿Quién es él? PAN otro empujón y me sorprende incrédula de lo que por mi mente pasó. ¿Yo víctima de un agresor? ¿Yo víctima de un abusador? No lo podía creer con esa vista rodeada de veleros, lanchas y botes; acompañada, pero a la misma vez sola, era yo la próxima víctima de género en la isla. El respeto hacia mi persona se había reducido al valor de un celular inteligente y a la bravuconería del que no tiene respeto hacia una mujer. Solo quedaban mis agallas para aguantar y decir: ¡Basta ya! No fueron suficientes mis ganas, mis reclamos, mi valentía, ni mi osadía.

Por último, el PUM, recuerdo mi alma salir y mi cuerpo caer al abismo de donde Doña Rafaela me rescató.

³ Matan mujer de 34 años en Fajardo: La mujer fue identificada como Arelly Mercado Ríos, METRO, 19 de agosto de 2019, <https://www.metro.pr/pr/noticias/2019/08/19/matan-mujer-de-34-anos-en-fajardo.html>.

Doña Rafaela aclamó: ¡Oh Dios! ¡No otra más!, mientras sollozaba. Su dolor y su angustia eran por mí y por muchas otras víctimas de la violencia de género. Su tiempo allí, como el mío, culminó; ya no podía defender a otra mujer como lo hizo con Nilda y sus hijos en aquella ocasión. Su divina encomienda consistía en rescatarnos del precipicio, juntarnos a todas y hacernos más fuertes. Siempre con la esperanza de tocar el corazón de otras mujeres puertorriqueñas como el de su nieta Elena y el de la humanidad para eternamente descansar.

Yo le pregunto a Doña Rafaela:

—¿Cómo se siente?

Me responde:

—Cansada, muy cansada...

Le respondí:

—Eso es normal, considerando las circunstancias...

ACCESO A LOS MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA PARA PERSONAS QUE NO PUEDEN PROCREAR HIJOS DE MANERA NATURAL O PADECER INFERTILIDAD

POR: LINDJOANAIRIS VALENTÍN RODRÍGUEZ*

RESUMEN

Vivimos en una sociedad que muchos catalogan “moderna”, en la cual cada vez más personas postergan el momento de tener hijos. Sin lugar a duda, en algunos casos se debe al deseo de realizarse a nivel personal y/o profesional. En otros casos, se trata de un asunto de infertilidad o por no poder procrear de manera natural. Estas personas que no pueden procrear de manera natural necesitan someterse a tratamientos de fertilidad. Estos procedimientos médicos de fertilidad representan no solo, un proceso arduo para el cuerpo tanto a nivel físico como emocional, también, implica gastos económicos onerosos, no contemplados e inesperados en la vida de estas personas. Hoy día, y en una época donde los procedimientos médicos y tecnológicos han evolucionado a niveles inimaginables, Puerto Rico no cuenta con una legislación que ayude a facilitarles el acceso a estos tratamientos. En este escrito se presenta un análisis de la legislación vanguardista sobre el tema, tanto de los Estados Unidos, como de Países Extranjeros. El propósito principal de este análisis es colaborar con información relevante y precisa sobre el tema del acceso a los tratamientos de fertilidad y reproducción asistida, con la finalidad de contribuir a la creación e implementación de legislación que le permita a la ciudadanía puertorriqueña, en edad reproductiva, conformar una familia. Haciendo valer de este modo, los [f]allos judiciales norteamericanos que resuelven que la decisión individual de procrear es un derecho fundamental comprendido en el derecho a la intimidad.¹

Palabras clave: *Derecho de Reproducción, Derecho a la Intimidad, Reproducción Asistida, Infertilidad, Derechos Fundamentales, Métodos de Reproducción Asistida, Derechos Reproductivos, Derecho de Familia, Inseminación Artificial, Fertilización In Vitro.*

* Autora posee un Bachillerato en Ciencias Forenses -UIPR, Recinto de Bayamón y Maestría en Justicia Criminal - Caribbean University, Recinto de Bayamón. Fecha de Graduación: diciembre 2019. Reválida: Aprobada en septiembre 2020.

¹ Pedro F. Silva Ruiz, *Procreación Humana Asistida*, 33 REV. JUR. UIPR 291, 294 (1999). Id. (traducción suplida).

ABSTRACT

We live in a society that many classify as “modern”, in which more people postpone the moment of having children. In some cases, it is due to the desire to achieve a personal and/or professional goal. In other cases, it is a matter of infertility or failure to procreate in a natural way. The people that cannot procreate in a natural way submit themselves to a fertility treatment. These medical procedures represent not only an arduous process for the body both physically and emotionally, but also involves onerous, unforeseen and unexpected financial expenses in the lives of these people. Today, and in an era where medical and technological procedures have evolved to unimaginable levels, Puerto Rico does not have avant-garde legislation on the subject. This paper will portray an analysis of that avant-garde legislation found in the United States and other countries. The main purpose of this analysis is to provide relevant and precise information about the access to fertility treatments and assisted reproduction, in order to help create and implement legislation that allows Puerto Rican citizen of reproductive age, make a family. Thus, asserting the “North American judicial rulings that resolve that the individual decision to procreate is a fundamental right included in the right to privacy”.²

Keywords: Right of Reproduction, Right to Privacy, Assisted Reproduction, Infertility, Fundamental Rights, Methods of Assisted Reproduction, Reproductive Rights, Family Law, Artificial Insemination, In Vitro Fertilization.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. DERECHOS REPRODUCTIVOS DE LAS PERSONAS Y DERECHO DE FAMILIA. III. MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. I. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL. II. FERTILIZACIÓN IN VITRO. IV. LEYES ESTATALES E INTERNACIONALES RELACIONADA AL ACCESO A MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. V. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

En Puerto Rico, los nacimientos de niños han continuado mermando drásticamente. Para tener una idea, en el año 1945, totalizaron 86,582 alumbramientos. Durante los próximos 50 años, los nacimientos bajaron considerablemente a 63,518 y, para el año 2018, descendieron a 21,448 nacimientos, según información provista por el Registro Demográfico de Puerto Rico.³ Lo que significa que los nacimientos

² *Id.* (traducción suplida).

³ REGISTRO DEMOGRÁFICO DE PUERTO RICO, ESTADÍSTICAS DE NACIMIENTOS Y DEFUNCIONES EN PUERTO RICO 1935-2017, <http://www.salud.gov.pr/Servicios-al-Ciudadano/pages/registro-demografico.aspx> (30 de abril de 2018).

disminuyeron a menos 65,134 entre el año 1945-2018.

Millones de parejas en el mundo desean poder formar una familia. El *Spanish Oxford Living Dictionaries* define familia como un “[g]rupo de personas formado por una pareja (normalmente unida por lazos legales o religiosos), que convive y tiene un proyecto de vida en común, y sus hijos”.⁴ Asimismo, lo define como “[c]onjunto de ascendientes, descendientes y demás personas relacionadas entre sí por parentesco de sangre o legal” y también, como “[h]ijo o conjunto de hijos”.⁵ Manuel Ossorio, en términos jurídicos, explica el concepto familia de la siguiente forma:

[T]iene muy diversas definiciones, porque responden a contenidos jurídicos y a aspectos históricos que no son coincidentes ni en el tiempo ni en el espacio. Belluscio entiende que familia, en un sentido amplio de parentesco, es el conjunto de parientes con los cuales existe algún vínculo jurídico, en el que cada individuo es el centro de uno de ellos, diferente según la persona a quien se la refiera y que alcanza a los ascendientes y descendientes sin limitación de grado, a los colaterales por consanguinidad hasta el sexto grado y a los afines hasta el cuarto, y que, en un sentido más restringido, es el núcleo paterno-filial o agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que conviven con ellos o que se encuentran bajo su potestad.⁶

En la actualidad, muchas de estas familias postergan el momento de establecer una familia por razones económicas, profesionales o simplemente no es el tiempo para dar este importante paso. Aunque es muy cierto que un grupo considerable de personas jóvenes en edad reproductiva decidieron migrar hacia otros países, también han permanecido adultos en edad reproductiva en la isla. Por lo que, la migración no ha sido la causa primordial para la baja natalidad en el país, ya que, en épocas donde la migración no era la orden del día, la tasa de natalidad descendió.

Muchas de estas personas que permanecen en la isla, se encuentran en edad reproductiva e intentaron tener hijos infructuosamente. En estos casos, al consultar a sus médicos en búsqueda de una respuesta a su infertilidad, comienza un gasto adicional para su presupuesto. Este gasto aumenta al descubrir cuál es la razón de la infertilidad. Así que, el no poder tener hijos y buscar una solución para lograrlo, representa un gasto adicional que la mayoría de las personas en Puerto Rico no puede sufragar.

Para tener una noción de lo que representa la enfermedad de la infertilidad, en las personas en edad reproductiva, el *Centers for Disease Control and Prevention* (CDC), en el año 2016, creó el Plan de Acción Nacional de Salud Pública para la

⁴ OXFORD UNIVERSITY PRESS, SPANISH OXFORD LIVING DICTIONARIES (2019), <https://es.oxforddictionaries.com/definicion/familia>.

⁵ *Id.*

⁶ MANUEL OSSORIO, DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS POLÍTICAS Y SOCIALES 408-409 (1ra ed.).

detección, la prevención y el tratamiento de la infertilidad. En este, se indica que la infertilidad afecta a un porcentaje importante de mujeres y hombres en edad reproductiva en los Estados Unidos. Los datos mostraban que para el año 2010, alrededor del 6% (1.5 millones) de parejas eran infértiles.⁷ Al presente y según datos provistos por el propio CDC, 10% (6.1 millones) de mujeres en edad reproductiva padecen de infertilidad.⁸

Por esta razón, en esta investigación, se pretende desarrollar un tema que se mantiene al margen de la sociedad puertorriqueña y que muy pocos hablan: el acceso a poseer los métodos de reproducción asistida para conformar la familia que muchas personas adultas desean tener. Por esta razón, nos propusimos realizar una búsqueda de diversas jurisdicciones donde existe legislación en torno al acceso a los métodos alternos de reproducción para las parejas o personas solteras que no pueden procrear de forma natural. De este modo, poder brindar diferentes perspectivas y soluciones que se podrían implementar en nuestra isla.

II. DERECHOS REPRODUCTIVOS DE LAS PERSONAS Y DERECHO DE FAMILIA

En los Estados Unidos, la Constitución Federal no reconoce expresamente el Derecho a la Intimidad, pero jurisprudencialmente tiene protección constitucional.⁹ La protección de la intimidad es un derecho sustantivo que emana de la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos.¹⁰ Por otra parte, en la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico se reconoce expresamente que “[t]oda persona tiene derecho a protección de ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada o familiar”.¹¹ También expresa la Constitución de Puerto Rico en su Carta de Derechos que:

La enumeración de derechos que antecede no se entenderá en forma restrictiva ni supone la exclusión de otros derechos pertenecientes

⁷ CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION, PLAN DE ACCIÓN NACIONAL DE SALUD PÚBLICA PARA LA DETECCIÓN, LA PREVENCIÓN Y EL TRATAMIENTO DE LA INFERTILIDAD (2016). https://www.cdc.gov/reproductivehealth/infertility/pdf/national_action_plan_for_infertility_spanish_508tagged.pdf.

⁸ Office on Women's Health, *Infertilidad*, OFFICE ON WOMEN'S HEALTH (1 de abril de 2019) <https://espanol.womenshealth.gov/a-z-topics/infertility>.

⁹ Véase, *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).

¹⁰ A esos efectos la Constitución de los Estados Unidos de América dispone: Ningún estado aprobará o hará cumplir ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni ningún estado privará a persona alguna de su vida, de su libertad o de su propiedad sin el debido procedimiento de ley, ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la igual protección de las leyes. CONST. EE. UU. enm. XIV, § 1.

¹¹ CONST. PR art. II, § 8.

al pueblo en una democracia, y no mencionados específicamente. Tampoco se entenderá como restrictiva la facultad de la Asamblea Legislativa para aprobar leyes en protección de la vida, la salud y el bienestar del pueblo.¹²

Por su parte el Tribunal Supremo de Estados Unidos y Puerto Rico, reconocieron como derechos fundamentales el derecho a la vida, a la libertad de culto, a la libertad de expresión, al voto y el derecho a la intimidad.¹³ Además, el Tribunal Supremo de Puerto Rico menciona que el derecho a la intimidad protege a las personas en la toma de decisiones personales, familiares e íntimas.¹⁴ El autor Pedro Silva Ruiz, en su artículo Procreación humana asistida, expresó que: “[C]onsiderando fallos judiciales norteamericanos que resuelven que la decisión individual de procrear es un derecho fundamental comprendido en el derecho a la intimidad”.¹⁵ La *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* adoptó en agosto de 1988, el *Uniform Status of Children of Assisted Conception Act* (USCACA),¹⁶ para clarificar “the legal status of children conceived through the use of alternative reproductive methods or ‘assisted conception’, such as: artificial insemination by donor, in vitro fertilization, and surrogacy arrangements”.¹⁷ El propósito de esta ley es asegurar el parentesco legal en los casos en que se utiliza la reproducción asistida. Esta ley define el término “*legal mother*” como cualquier mujer que dé a luz un niño, a menos que exista un contrato válido entre una pareja y una madre sustituta. Por su parte, el “*legal father*”, se define como el esposo de la mujer que dio a luz el niño cuando se realiza una reproducción asistida. Esta legislación también aborda sobre los contratos entre parejas casadas y madres sustitutas.¹⁸ Actualmente, solo dos estados de la Unión Americana adoptaron el USCACA; estos son Virginia y Dakota del Norte.¹⁹

Además, la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, para el año 1973, aprobó el *Uniform Parentage Act* (UPA), donde se atienden los asuntos sobre la inseminación artificial e indicaba lo siguiente:

¹² CONST. PR art. II, § 19.

¹³ AAR, Ex Parte, 187 DPR 835 (2013).

¹⁴ *Id.*, en la pág. 878.

¹⁵ Silva, *supra* nota 1, en la pág. 294.

¹⁶ NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, UNIFORM STATUS OF CHILDREN OF ASSISTED CONCEPTION ACT (1989), <http://claradoc.gpa.free.fr/doc/269.pdf>.

¹⁷ Christine L. Kerian, *Surrogacy: A last resort alternative for infertile women or a commodification of women's bodies and children?*, 12 WIS. WOMEN'S L.J. 113, 142 (1997).

¹⁸ Robert C. Robinson and Paul M. Kurt, *Uniform Status of Children of Assisted Conception Act: A View from the Drafting Committee*, 13 NOVA L. REV. 491 (1989).

¹⁹ NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, UNIFORM PARENTAGE ACT (2002), <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=ee7ce93f-78bf-da90-292c-39680396eb82&forceDialog=0>.

(a) If, under the supervision of a licensed physician and with the consent of her husband, a wife is inseminated artificially with semen donated by a man not her husband, the husband is treated in law as if he were the natural father of a child thereby conceived. The husband's consent must be in writing and signed by him and his wife. The physician shall certify their signatures and the date of the insemination, and file the husband's consent with the [State Department of Health], where it shall be kept confidential and in a sealed file. However, the physician's failure to do so does not affect the father and child relationship. All papers and records pertaining to the insemination, whether part of the permanent record of a court or of a file held by the supervising physician or elsewhere, are subject to inspection only upon an order of the court for good cause shown.

(b) The donor of semen provided to a licensed physician for use in artificial insemination of a married woman other than the donor's wife is treated in law as if he were not the natural father of a child thereby conceived.²⁰

Por otra parte, en el año 2000, el UPA fue enmendada para atemperarla a la realidad que se vivía en esos momentos al añadir un capítulo completo dedicado a los hijos nacidos por las técnicas de reproducción asistida. En su artículo I, sección 2, nos define *Assisted reproduction* como “means a method of causing pregnancy other than sexual intercourse”.²¹ Al igual, nos menciona que en este término se incluyen la inseminación artificial, donación de óvulos, donación de embriones, fertilización in vitro, transferencia de embriones e inyección intracitoplásmica de esperma.²² Por su parte, el artículo 7 habla sobre la paternidad y maternidad, el consentimiento a reproducción asistida, las limitaciones del esposo de la mujer a quien se le ha practicado las técnicas de reproducción asistida, los efectos de la disolución del matrimonio y la muerte de la pareja.²³ Además, el artículo 8 dispone sobre los acuerdos gestacionales, las madres subrogadas, los requerimientos, parentesco y sus implicaciones cuando no es válido el acuerdo.²⁴ Todos los estados han utilizado la UPA, para crear legislación relacionada a la maternidad y paternidad de sus ciudadanos. No obstante, solo unos pocos estados han adoptado la versión de 2002. Estos estados son: Delaware, North Dakota, Oklahoma, Texas, Washington, Wyoming y Utah. Algunos

²⁰ NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, UNIFORM PARENTAGE ACT (1973),

<https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=24e42c1a-59ac-b0b7-d35b-7900b6093dc8&forceDialog=0>.

²¹ NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, UNIFORM PARENTAGE ACT 1 (2000), https://www.acf.hhs.gov/sites/default/files/ocse/dcl_00_93a.pdf.

²² *Id.*

²³ *Id.*, en las págs. 36-37.

²⁴ *Id.*, en las págs. 38-42.

estados pueden estar en el proceso de revisar su estatuto UPA o implementar cambios en sus estatutos.²⁵

Recientemente, se enmendó el UPA para que aplique a parejas del mismo sexo.²⁶ En el artículo 7, titulado *Assisted Reproductions*, nos indica que una persona donadora no lo hace inmediatamente pariente del niño concebido mediante la reproducción asistida.²⁷ Además, nos menciona que un padre que consienta que se utilicen las técnicas de reproducción asistida por una mujer, deberán firmar un consentimiento y eso lo convertirá en el padre legal.²⁸ También, se le da énfasis a los efectos legales de un divorcio en relación a la paternidad o maternidad del excónyuge. Como por ejemplo, que sucede cuando se han iniciado los procedimientos de reproducción asistida pero los gametos o embriones no han sido implantados aún en la mujer.²⁹ Por otro lado, nos habla sobre las disputas que pueden surgir con los padres si el niño nace por la utilización de las técnicas de reproducción asistida. En esta sección, se menciona lo siguiente:

(a) Except as otherwise provided in subsection (b), an individual who, at the time of a child's birth, is the spouse of the woman who gave birth to the child by assisted reproduction may not challenge the individual's parentage of the child unless:

(1) not later than two years after the birth of the child, the individual commences a proceeding to adjudicate the individual's parentage of the child; and

(2) the court finds the individual did not consent to the assisted reproduction, before, on, or after birth of the child, or withdrew consent under Section 707.

(b) A proceeding to adjudicate a spouse's parentage of a child born by assisted reproduction may be commenced at any time if the court determines:

(1) the spouse neither provided a gamete for, nor consented to, the assisted reproduction;

(2) the spouse and the woman who gave birth to the child have not cohabited since the probable time of assisted reproduction; and

(3) the spouse never openly held out the child as the spouse's child.

(c) This section applies to a spouse's dispute of parentage even if the spouse's marriage is declared invalid after assisted reproduction occurs.³⁰

²⁵ Ken LaMance, *Uniform Parentage Act and Paternity*, LEGAL MATCH (24 de abril de 2018) <https://www.legalmatch.com/law-library/article/uniform-parentage-act-and-paternity.html>.

²⁶ NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, UNIFORM PARENTAGE ACT 66 (2017), <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=e4a82c2a-f7cc-b33e-ed68-47ba88c36d92&forceDialog=0>.

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.*, en la pág. 69.

³⁰ *Id.*, en la pág. 68.

En nuestro ordenamiento jurídico, el Código Civil de Puerto Rico establece, en su artículo 113, la presunción de paternidad y maternidad. Se presumen hijos del marido de la mujer casada los nacidos durante el matrimonio y los nacidos antes de los trescientos días siguientes a su disolución. El reconocimiento voluntario crea una presunción de paternidad a favor del reconocedor. El parto determina la maternidad.³¹ Además, nuestro Código Civil nos habla sobre las personas legitimadas para impugnar la paternidad³² y la maternidad³³, en los cuales respectivamente serían padre o madre biológico(a), presunto padre o madre y el hijo. En el caso de impugnación de paternidad, también se encuentra legitimada la madre del menor. El Código se mantiene callado en torno a la adjudicación y filiación de la paternidad y maternidad cuando se utilizan las técnicas de reproducción asistida.

A nivel Internacional, “la Declaración Universal de los Derechos Humanos es el primer instrumento jurídico internacional general de derechos humanos proclamado por una organización internacional de carácter universal”.³⁴ Específicamente el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, uniendo diferentes naciones y países por un mismo fin, velar y proteger la dignidad y seguridad de todo ser humano. En su preámbulo establece que “los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre”. También señala que:

La Asamblea General proclama la presente Declaración Universal de Derechos del Hombre como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que, tanto los individuos como las instituciones... promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.³⁵

Además, el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos menciona que “los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin

³¹ Cód. Civ. PR art. 113, 31 LPRA § 461 (1930 & Supl. 2018).

³² Cód. Civ. PR art. 114, 31 LPRA § 462 (1930 & Supl. 2018).

³³ Cód. Civ. PR art. 115, 31 LPRA § 463 (1930 & Supl. 2018).

³⁴ Jaime Oraá & Felipe Gómez Isa, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos: Un breve comentario en su 50 aniversario*, FORUM DEUSTO, 42 (1997). http://www.deustopublicaciones.es/ud/openaccess/forum/pdfs_forum/forum06.pdf.

³⁵ Fundación Acción Pro Derechos Humanos, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, DERECHOSHUMANOS.NET, http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948-DeclaracionUniversal.htm?gclid=CjwKCAjw_IPcBRAjEiwAl44QkdBz9JVxCRFvyOLA5qr-VmKJ7rFsBZZmDEIncZIWFK3ESdV5FCffeYxoCIM4QAvD_BwE (15 de marzo de 2019).

restricción... a casarse y fundar una familia.... La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.³⁶ La familia es la piedra angular de la sociedad. Por esta razón, tiene derecho a ser protegida.

Según las autoras Vicente y Otón Olivieri, los derechos reproductivos “son ya reconocidos como parte integral de la agenda de derechos humanos”. Ya se han incorporado en el discurso normativo y jurídico nacional e internacional”.³⁷ Aunque el derecho reproductivo no es reconocido por la Constitución de los Estados Unidos ni la de Puerto Rico, estos abarcan algunos derechos humanos reconocidos. Asimismo, las autoras expresan que “En la esfera del derecho internacional, se han aplicado los derechos humanos genéricos al ámbito de la reproducción, ... para definir las garantías que conocemos como derechos sexuales y reproductivos”.³⁸

Utilizando esto como punto de partida, el 13 de septiembre de 1994, las Naciones Unidas aprobaron el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, durante una reunión celebrada en El Cairo, Egipto. En esta se reconoció internacionalmente los derechos y salud reproductivos. Base fundamental para conformar una familia, ya que si los seres humanos no pueden procrearse la humanidad desaparece. El principio 8 expone lo siguiente: “Toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Los Estados deberían adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar... el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva.... Los programas de atención de la salud reproductiva deberían proporcionar los más amplios servicios posibles sin ningún tipo de coacción. Todas las parejas y todas las personas tienen el derecho fundamental de decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y de disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo.”³⁹

En el Capítulo VI, Crecimiento y estructura de la población, se habla sobre las tasas de fecundidad y el crecimiento demográfico. En el mismo, se menciona que, al tratar de resolver el crecimiento demográfico, “los países deberían reconocer la relación entre el nivel de fecundidad y de mortalidad...”.⁴⁰ Indica, además, que los países deberían prestar atención a sus datos demográficos para de este modo adoptar medidas necesarias para garantizar una atención primaria de salud de buena calidad,

³⁶ *Id.*

³⁷ Esther Vicente & Patricia Otón Olivieri, LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS Y LOS DERECHOS SEXUALES en J. Colón & I. Alegría (eds), PUERTO RICO Y LOS DERECHOS HUMANOS: UNA INTERSECCIÓN PLURAL, 303 (2012).

³⁸ *Id.*

³⁹ NACIONES UNIDAS, INFORME DE LA CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE LA POBLACIÓN Y EL DESARROLLO, Capítulo VI, 11 (1994). https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf

⁴⁰ *Id.*, en la pág. 30.

incluyendo los servicios de salud reproductiva y de planificación familiar.⁴¹

Por otra parte, en el Capítulo VII, Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva, se define salud reproductiva como “un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos”.⁴² Al igual, define el concepto de atención de salud reproductiva como “el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva”.⁴³ Lo que quiere decir que todo ser humano tiene el derecho de planificar, obtener información y acceso a los métodos existentes para la regulación de la fecundidad que no estén prohibidos por ley. Además, de tener “el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos...y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos”.⁴⁴

Una de las medidas que busca este Programa de Acción es que “todos los países deben de esforzarse por que la salud reproductiva esté al alcance de todas las personas... a más tardar para el año 2015”.⁴⁵ En la actualidad, diversos países crearon legislación de vanguardia, para hacer más accesible los métodos de fecundidad y así poder ajustarse a la realidad existente.

En el caso *Artavia Murillo*,⁴⁶ la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo ante su consideración al perito Paul Hunt. En su declaración a la Corte, señala que:

[e]l preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, ...reconoce que la ‘discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás’. De acuerdo al modelo biopsicosocial de la OMS sobre discapacidad, esta tiene uno o más de los tres niveles de dificultad en el funcionamiento humano: un impedimento físico psicológico; una limitación de una actividad debido a un impedimento (limitación de una actividad) y una participación restringida debido a una limitación de actividad. De acuerdo a la Clasificación Internacional del Funcionamiento del cuerpo; las limitaciones de actividades son dificultades que una persona puede tener al realizar una actividad; y las participaciones

⁴¹ *Id.*

⁴² NACIONES UNIDAS, INFORME DE LA CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE LA POBLACIÓN Y EL DESARROLLO, Capítulo VII, 37 (1994). https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Id.*, pág. 38.

⁴⁶ Caso *Artavia Murillo y Otros* (“Fecundación In Vitro”) VS. Costa Rica, sentencia del 28 de noviembre de 2012. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

restringidas son problemas que una persona puede experimentar en diversas situaciones de vida'.⁴⁷

En este caso, nueve parejas demandaron a Costa Rica por violación a sus derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y argumentaron que este país era responsable por la violación de los derechos a la privacidad, la familia y la igualdad ante la ley. En este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió que se violentó lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La decisión de este caso representa un paso de avanzada, pues se reconocieron los derechos reproductivos que poseen las personas. Se establece en este caso:

[1)]... por primera vez que los derechos reproductivos son derechos humanos, pues se encuentran incorporados en la obligación de respeto y garantía de los derechos a la privacidad, a conformar una familia, a la libertad y la integridad personal; 2) fijó el alcance de la protección del derecho a la vida prenatal a la luz de la Convención

Americana, determinando que la protección inicia con la implantación y no con la fertilización, que no se trata de un derecho absoluto sino gradual e incremental, de acuerdo al desarrollo de la vida y a los otros derechos involucrados, y que a la luz de la Convención Americana, el embrión no es una persona; y 3) estableció que la prohibición de servicios de salud reproductiva puede tener un impacto discriminatorio basado en i) el género, al considerar que los derechos del embrión deben prevalecer sobre los de la mujer, y al entender que la mujer es un instrumento de reproducción; ii) la discapacidad, dada la condición de salud e infertilidad de las víctimas; y iii) el estatus socioeconómico, dado que las personas que no tienen recursos para practicarse la FIV en otro país quedaron imposibilitadas para acceder a tratamientos contra la infertilidad.⁴⁸

Por otro lado, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, efectuada en el año 2006 en Nueva York, también se reconoce que las personas con discapacidad tienen derecho a recibir asistencia de salud de calidad sin ser discriminados. En el artículo 25, señala que:

Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud... En particular los Estados Partes: (a) proporcionarán a las personas discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y

⁴⁷ *Id.*, pág. 91-92.

⁴⁸ Centro de Derechos Reproductivos, FIV en Costa Rica, REPRODUCTIVE RIGHTS, https://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/FIV-EN-COSTA-RICA_SPN.pdf (17 de febrero de 2019).

calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva....⁴⁹

Los tratados internacionales de derechos humanos recogen las normas que los Estados Partes se comprometen a seguir y en las Conferencias auspiciadas por la ONU se discuten informes y estudios elaborados en torno a temas particulares de derechos humanos.⁵⁰ Estas normas servirán como guías en el momento de aprobar leyes en beneficio a la ciudadanía de cada Estado Parte. Estas guías serán de gran utilidad tanto a los gobernantes como a los ciudadanos en la confección y aprobación de legislación de avanzada, relacionada a los derechos reproductivos del ser humano.

Cuando se habla de derechos humanos, es preciso tener en cuenta el trabajo de las organizaciones no gubernamentales, las cuales en ocasiones son las pioneras en defender los derechos de cada ser humano. En el presente, estas organizaciones son las que se mantienen abogando y luchando para que se reconozcan derechos que ni los mismos gobiernos se han atrevido a defender y apoyar. Este es el caso de la Federación Internacional de Planificación Familiar (IPPF),⁵¹ que es la mayor organización de salud sexual y reproductiva en el mundo actualmente. La IPPF considera que:

[L]os conceptos de salud reproductiva y derechos reproductivos incluyen la preocupación por los individuos y las parejas que no pueden tener hijos cuando los desean. Por ello, las Asociaciones Miembros tienen la responsabilidad de ofrecer educación en la prevención de la infertilidad, así como promover programas encaminados a prevenir la infertilidad....⁵²

La IPPF adoptó la Declaración de Derechos Sexuales, la cual se fundamenta en tratados e instrumentos esenciales de los derechos humanos internacionales.⁵³ Esta declaración lo que busca es mejorar la calidad de vida de los seres humanos, median-

⁴⁹ Naciones Unidas, *Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, NACIONES UNIDAS, 20, <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf> (aprobado el 13 de diciembre de 2006, en Nueva York).

⁵⁰ Véase, *supra* nota 8.

⁵¹ La International Planned Parenthood Federation (IPPF) es una organización no gubernamental que cuenta con 170 asociaciones y apoya proyectos en 172 países, que trabajan por mejorar la salud de las mujeres y hombres en América Latina, el Caribe y el resto del mundo. Para conocer acerca de esta organización ver, <https://www.ippfwhr.org/es/acerca-de-nosotros/nuestro-impacto/nuestra-historia/>

⁵² International Planned Parenthood Federation, *Manual de Políticas*, IPPF, 145 (noviembre de 2017) <https://www.ippf.org/sites/default/files/2018-02/Policy%20Handbook%20-%20Spanish.pdf>

⁵³ International Planned Parenthood, *Derechos sexuales: Una declaración de IPPF*, IPPF, (octubre de 2008) https://www.ippf.org/sites/default/files/ippf_sexual_rights_declaration_spanish.pdf.

te la promoción de la salud y de los derechos reproductivos y sexuales. En su Artículo 9, titulado Derecho a elegir si casarse o no y a formar y planificar una familia, así como a decidir si tener o no hijos y cómo y cuándo tenerlos, nos menciona que:

Todas las personas tienen derecho a elegir si casarse o no hacerlo, si formar y planificar una familia o no hacerlo, cuándo tener hijos y a decidir el número y espaciamiento de sus hijos de manera responsable y libre, dentro de un ambiente en el cual las leyes y políticas reconozcan la diversidad de las formas familiares, incluyendo aquellas no definidas por ascendencia o matrimonio.

- [T]odas las personas tienen derecho al acceso a la información, educación y medios que necesiten para poder decidir si tener o no hijos y cuándo tenerlos; así como para decidir, de manera responsable y libre, el número y espaciamiento de sus hijos.
- Todas las personas tienen derecho a tomar decisiones responsables y libres relacionadas con la reproducción y formación de su familia; incluyendo el derecho a decidir si tener o no hijos biológicos y adoptados, así como a todos los métodos seguros, efectivos, aceptables y asequibles de regulación de la fecundidad, y de tecnologías y tratamientos reproductivos.
- Todas las personas tienen derecho a la consejería y a otros servicios relacionados con la reproducción, infertilidad y terminación del embarazo, independientemente de su estado civil, dentro de un marco de no discriminación y tomando en consideración la capacidad evolutiva de las niñas y niños.
- Todas las mujeres tienen derecho a la información, educación y servicios necesarios para la protección de su salud reproductiva, maternidad segura y aborto seguro; que sean accesibles, asequibles, aceptables y convenientes para todas las usuarias.⁵⁴

La Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Bragdon v. Abbott*,⁵⁵ el cual trata de una mujer con VIH a quien no se le brindan servicios médicos como al resto de los pacientes. La controversia en este caso giraba en torno a si una persona que no puede reproducirse de manera natural, esta discapacitada y, por ende, protegida por la “*American Disabilities Act*”, mejor conocida como Ley ADA.⁵⁶ En este caso, el Tribunal Supremo Federal expresó que la infertilidad está protegida por la Ley ADA, esto es así porque se presenta una discapacidad en el sistema reproductivo de la persona y afecta una actividad vital e importante en la vida de los seres humanos, la reproducción.⁵⁷

⁵⁴ *Id.*, en las págs. 49-50.

⁵⁵ 524 US 624 (1998).

⁵⁶ 42 USCS § 12101.

⁵⁷ *Bragdon v. Abbott*, 524 US 624 (1998).

Se debe mencionar que la Ley ADA define la discapacidad como un impedimento físico o mental que limita sustancialmente una o más de las actividades principales de la vida de la persona.⁵⁸ Por otra parte, la Ley ADA establece que una actividad importante de la vida también incluye la operación de una función corporal importante, que incluye pero no se limita, a las funciones del sistema inmunológico, crecimiento celular normal, digestivo, intestinal, neurológico, celebrar, respiratorio, circulatorio, endocrinas y funciones reproductivas.⁵⁹

Además, el caso de *Bragdon v. Abbott*, nos define deterioro físico o mental, según los Reglamentos del Departamento de Salud y Servicios Humanos de Estados Unidos, como lo siguiente:

(A) any physiological disorder or condition, cosmetic disfigurement, or anatomical loss affecting one or more of the following body systems: neurological; musculoskeletal; special sense organs; respiratory, including speech organs; cardiovascular; reproductive, digestive, genitourinary; hemic and lymphatic; skin; and endocrine; or

(B) any mental or psychological disorder, such as mental retardation, organic brain syndrome, emotional or mental illness, and specific learning disabilities. 45 CFR § 84.3(j)(2)(i) (1997).⁶⁰

La *International Council on Infertility Information Dissemination, Inc.*,⁶¹ en su página de internet, publicó un artículo donde analiza el impacto del caso *Bragdon v. Abbot* en las personas afectadas por la infertilidad, en el cual nos menciona que:

In summary, persons with infertility are disabled within the meaning of the ADA. However, the courts are still in a state of flux as to whether or not an employer or insurance carrier may exclude or limit treatments for infertility. The only way of getting the answer is to pursue litigation and attempt to get a case before the United States Supreme Court.⁶²

III. MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

La reproducción asistida es el mecanismo que las personas que no pueden procrear hijos de modo natural, ya sea por problemas de salud, sean parejas del mismo sexo y no quieren adoptar, puedan conformar una familia. Como anteriormente mencionamos y según la Declaración Universal de Derechos Humanos el derecho a

⁵⁸ 42 USCS §12102.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ 524 US 624, 632 (1998).

⁶¹ Véase, <https://www.inciid.org/node/259> (1 de marzo de 2019).

⁶² Pamela J. Walker, *The impact of Bragdon v Abbot on persons affected by infertility*, THE INTERNATIONAL COUNCIL ON INFERTILITY INFORMATION DISSEMINATION, <https://www.inciid.org/node/259> (20 de febrero de 2019).

formar una familia es un derecho que todo ser humano posee. Por otro lado, no menos importante, el formar una familia va de la mano con el derecho a la intimidad de toda persona, el cual está protegido constitucionalmente. Para hablar de los métodos de reproducción asistida, primero debemos conocer qué es la infertilidad. Al hablar de infertilidad, nos referimos a la disminución en la capacidad de una pareja para lograr un embarazo, según el doctor ginecólogo José Cruz Díaz. Algunos médicos mencionan que esta infertilidad ocurre cuando una pareja busca quedar embarazada en el periodo de un año,⁶³ sin utilizar métodos anticonceptivos ni protección. Transcurrido el año, se comienza con la búsqueda del posible problema de infertilidad al realizar análisis, laboratorios y estudios abarcadores a la pareja. Luego de obtenido los resultados, el médico evaluará el procedimiento a seguir. En ocasiones, se suministrará fármacos y hormonas a la pareja, pero, de esto no funcionar, se evaluarán otros métodos para lograr ese embarazo deseado.

Muchas parejas hoy día, al no lograr tener hijos, recurren a las técnicas de reproducción asistida. El glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA), define este concepto como:

[T]odos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado.⁶⁴

Por otra parte, la *American Medical Association* nos expresa que la tecnología de reproducción asistida se conoce como “... as all treatments or procedures that include the handling of human ovocytes or embryos. It encompasses an increasingly complex range of interventions—such as therapeutic donor insemination, ovarian stimulation, ova and sperm retrieval, in vitro fertilization, gamete intrafallopian transfer—and may involve multiple participants”.⁶⁵

⁶³ José Cruz Díaz, *Evaluación y tratamiento de infertilidad*, HOSPITALES HIMA SAN PABLO, (30 de agosto de 2013), <https://himasanpablo.com/evaluacion-y-tratamiento-de-infertilidad>. Según, el director médico de la Clínica de Fertilidad HIMA-San Pablo Caguas, el Dr. José R. Cruz Díaz, se recomienda que, en pacientes mayores de 35 años, el periodo recomendado es transcurrido 6 meses de intentar infructuosamente obtener un embarazo.

⁶⁴ Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)*, WORLD HEALTH ORGANIZATION 7 (noviembre 2009), <http://bit.ly/XXTRPZ>.

⁶⁵ American Medical Association Alliance, *Code of Medical Ethics: Genetics & Reproductive Medicine Chapter 4.2.1*, AMA (2016), <https://www.ama-assn.org/sites/ama-assn.org/files/corp/media-browser/code-of-medical-ethics-chapter-4.pdf>.

El *National Conference of State Legislatures* (NCSL), en el artículo titulado *State Laws Related to Insurance Coverage for Infertility Treatment*, indicó que un tratamiento de fertilización in vitro puede costar aproximadamente entre \$12,000 a \$17,000⁶⁶ y los medicamentos utilizados en este procedimiento tiene un costo entre \$3,000 a \$7,000.⁶⁷ “Se estima que entre un 1% y un 4% de los niños nacidos anualmente en los Estados Unidos y Europa”⁶⁸ son resultado de las técnicas de reproducción asistida. Para ser más preciso, en Estados Unidos para el año 2015, nacieron más de 72,913 bebés como resultado de los procedimientos de la Tecnología de Reproducción Asistida.⁶⁹ Por otro lado, en América Latina nacieron 128,245 niños utilizando los métodos de reproducción asistida entre los años 1990-2012.⁷⁰ Estos datos nos demuestran que las técnicas de reproducción asistida son cada vez más utilizadas para conformar una familia. Por ejemplo, el nacimiento de la primera niña concebida mediante la fertilización in vitro en el Reino Unido fue para el año 1978.⁷¹

Asimismo, entre los métodos más utilizados de reproducción asistida podemos encontrar la inseminación artificial, la fertilización in vitro y la maternidad subrogada. Actualmente, Europa está llevando a cabo una cirugía de trasplante de útero para las mujeres que por alguna razón no tienen este órgano reproductivo. Veamos en qué consiste cada método.

i. Inseminación artificial

La inseminación artificial es el procedimiento mediante el cual se introduce el semen del hombre en el útero de la mujer para que pueda ocurrir la fecundación dentro del organismo de la mujer. Se puede decir que es un método más natural, pero es artificial por la forma en que los espermatozoides llegan hasta el útero de la mujer sin la necesidad del acto sexual. Para esto, se toman muestras de semen del hombre y se congelan para ser utilizados posteriormente. También se puede recolectar la muestra e inmediatamente colocarse en el útero de la mujer.

⁶⁶ National Conference of State Legislatures, *State Laws Related to Insurance coverage for Infertility Treatment*, NCSL (20 de junio de 2019), <http://www.ncsl.org/research/health/insurance-coverage-for-infertility-laws.aspx>.

⁶⁷ Advance Reproductive Medicine – University of Colorado, *FIV Costes y Precios*, <https://arm.coloradowomenshealth.com/es/para-pacientes/costos-y-precios-fiv> (6 de mayo de 2019).

⁶⁸ Rosa Verónica Esparza Pérez & Fernando Cano Valle, *El Anclaje Jurídico ante las Técnicas de Reproducción Asistida*, 151 BOLETÍN MEXICANO DEL DERECHO COMPARADO, 13, 22 (2018).

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Id.*, en las págs. 22-23.

⁷¹ *Id.* (Los países que se incluyen son Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela).

La inseminación artificial consta de tres fases; la primera es cuando se estimula la creación de óvulos al suministrar hormonas a la mujer y, de este modo, se asegura que el óvulo o los óvulos estén presentes.

[L]a estimulación ovárica con hormonas lleva consigo el desarrollo de varios folículos que tras la inducción farmacológica de la ovulación permite disponer consecuentemente de más de un óvulo para ser fecundado de forma natural, y por tanto aumenta la tasa de embarazo, aunque también el riesgo de embarazo múltiple, que suele ser gemelar, y se sitúa en torno a un 15%.⁷²

La inseminación artificial se realiza en el momento que la mujer se encuentra en su ciclo de ovulación. La segunda fase consiste en la preparación de la muestra de semen. Se seleccionan y concentran lo siguiente:

[L]os espermatozoides móviles, ya que la baja movilidad de éstos es uno de los factores que puede afectar negativamente a la consecución de un embarazo. Para ello se procesan las muestras mediante técnicas de... preparación seminal. Con estas técnicas de lavado y capacitación, se eliminan del eyaculado restos celulares o espermatozoides muertos, inmóviles o lentos.⁷³

La tercera fase se realiza en el consultorio. No se aplica anestesia, ya que es un procedimiento no invasivo e indoloro. La muestra preparada se deposita con una cánula especial dentro del útero. Al depositar el semen, la mujer podrá permanecer unos minutos en reposo.⁷⁴ El procedimiento de depósito de semen se suele completar en un periodo de entre 10 a 20 minutos. Este procedimiento se suele utilizar cuando la infertilidad es a consecuencia del hombre.

Existen dos métodos de inseminación artificial. La primera utiliza el semen de la pareja y se le conoce como inseminación artificial homologa (IAH). En el mismo, el niño tendrá la carga genética de ambos padres. El segundo método es la inseminación artificial heteróloga (IAD), en esta se utiliza el semen de un donante. Esto nos indica que solo tendrá la carga genética de la madre. Para esta última técnica, se requiere el consentimiento de la pareja. De ser una mujer soltera, se procederá a utilizar el semen donado para inseminarla.

Los médicos que deciden realizar alguno de estos dos métodos de inseminación artificial deberán observar ciertas directrices éticas tales como:

(a) Provide therapeutic donor insemination in a nondiscriminatory manner. Physicians should not withhold or refuse services on the basis of nonclinical considerations, such as a patient's marital status.

⁷² FIV 4 Instituto de Reproducción Humana, *Inseminación artificial*, FIV4, <https://fiv4.es/inseminacion-artificial/> (25 de abril de 2019).

⁷³ *Id.*

⁷⁴ *Id.*

- (b) Obtain informed consent for therapeutic donor insemination, after informing the patient (and partner, if appropriate):
 - 1. about the risks, benefits, likelihood of success, and costs of the intervention;
 - 2. about the need to screen donated semen for infectious disease agents and genetic disorders when an individual proposes to donate sperm specifically for the patient's use in therapeutic donor insemination;
 - 3. about the need to address in advance what will be done with frozen sperm (if any) from a known donor in the event the donor dies;
 - 4. that state law will govern the status, obligations, and rights of the sperm donor, known or anonymous, in relation to a resulting child.
- (c) When sperm is collected specifically for use by an identified patient, obtain informed consent from the prospective donor, after informing the individual:
 - 1. about the need to test donated semen for infectious disease agents and genetic disorders;
 - 2. whether and how the donor will be informed in the event the semen tests positive for infectious disease or genetic disorder;
 - 3. that state law will govern the status, obligations, and rights of the donor in relation to a resulting child;
- (d) Counsel patients who choose to be inseminated with sperm from an anonymous donor to involve their partner (if any) in the decision;
- (e) Provide sex selection of sperm only for purposes of avoiding a sex-linked inheritable disorder. Physicians should not participate in sex selection of sperm for reasons of gender preference.⁷⁵

ii. Fertilización In vitro⁷⁶

La fertilización in vitro se realiza fuera del cuerpo de la mujer, para ser más específico, en un laboratorio. La fertilización in vitro consta de 4 etapas: (1) estimulación

⁷⁵ American Medical Association Alliance, *Code of Medical Ethics: Genetics & Reproductive Medicine Chapter 4.2.3*, AMA (2016), <https://www.ama-assn.org/sites/ama-assn.org/files/corp/media-browser/code-of-medical-ethics-chapter-4.pdf>.

⁷⁶ Martha Tarasco Michel, *Bioética y Fecundación In Vitro*, 35 REV. DER. P.R. 596 (1996); Pedro F. Silva Ruiz, *Procreación Humana Asistida*, 33 REV. JUR. UIPR 291 (1999); GENES fertility institute, *Assisted Reproductive Technologies- Art Procedures*, GENES (2015),

ovárica, (2) punción folicular, (3) fecundación de los óvulos y (4) transferencia embrionaria. La primera fase consta de la estimulación de los ovarios alrededor de 9 a 10 días al utilizar hormonas. Luego, se inyecta otra hormona (HCG) para completar la maduración de los óvulos. Se pueden llegar a producir un promedio de 20 óvulos. Después, se continúa con la segunda parte, la cual se utiliza anestesia para de este modo recuperar los óvulos y se hace en una clínica. El procedimiento de extracción de óvulos se hace cuando se localizan los folículos en los ovarios, se pinchan y se aspira su contenido, que es un líquido donde se encuentran los óvulos. Este líquido se entrega al laboratorio para que busquen los óvulos bajo el microscopio.

La tercera fase se completa cuando se fecundan los óvulos en el laboratorio. Para esto, se utiliza la fertilización in vitro (FIV) o la microinyección espermática (ICSI), la cual es una variación de la FIV.

1. FIV

En este método, se colocan los óvulos en las placas con el medio de cultivo y una cantidad elevada de espermatozoides, para que estos se fecunden por sí solos. Para utilizar esta técnica, es necesario que la calidad del semen sea adecuada; se recuperen más de 5 millones de espermatozoides con un mínimo de movilidad y morfología normal de un 30%.

2. ICSI⁷⁷

En este caso, a cada óvulo se le inyecta directamente un espermatozoide. Esta técnica se utiliza cuando el número de espermatozoides o su movilidad son muy bajos.

No importa la técnica que se utilice; los posibles embriones se mantienen en incubadoras. Al día siguiente, se comprueba cuántos óvulos lograron fecundarse. En el segundo día los embriones fecundados, ya se han dividido y poseen de 2 a 4 células. En su tercer día, pueden tener de 6 a 8 células. En la última etapa, se realiza la transferencia embrionaria durante el segundo o tercer día después que los óvulos son aspirados. En casos especiales, se espera hasta el quinto día para hacer la transferencia. Para esto, se utiliza un catéter delegado para depositar los embriones

<http://genesfertility.com/es/art-procedures/>; American Society for Reproductive Medicine, *The Difference Between IUI and IVF- a patient education microvideo*, REPRODUCTIVEFACTS, <https://www.reproductivefacts.org/resources/educational-videos/videos/asrmsart-micro-videos/videos/the-difference-between-iui-and-ivf/> (15 de febrero de 2019).;

Center for Disease Control and Prevention, *Reproductive Health-Infertility FAQs* (2019), CDC (16 de enero de 2019) <https://www.cdc.gov/reproductivehealth/Infertility/index.htm>.; y FIV4 Instituto de Reproducción Humana, *Fecundación In Vitro/ICSI*, FIV4 <https://fiv4.es/fecundacion-in-vitro-icsi/> (26 de febrero de 2019).

⁷⁷ GENES fertility institute, *Assisted Reproductive Technologies- Intracytoplasmic Sperm Injection*, GENES (2015), <http://genesfertility.com/es/intracytoplasmic-sperm-injection/>.

dentro del útero mientras se realiza un sonograma. La transferencia embrionaria es indolora, por esto, no se utiliza anestesia. Los primeros 14 días, desde la transferencia, la paciente utiliza progesterona y, en ocasiones estrógeno, para ayudar a que los embriones se implanten en el útero. A los 14 días, se realiza la prueba de embarazo para confirmar si el procedimiento en esta etapa fue exitoso.

IV. LEYES ESTATALES E INTERNACIONALES RELACIONADA AL ACCESO A MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

a. Estados Unidos⁷⁸

En el presente, solo 17 estados de Estados Unidos poseen legislación en torno a la infertilidad y sus técnicas de reproducción asistida. Estas leyes van dirigidas a las compañías aseguradoras de planes médicos y/o empleadores, en donde tienen que ofrecer cubierta médica para dichos tratamientos. Lo que representa una legislación vanguardista y de reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de cada ser humano, además, de ratificar que la infertilidad es un problema de salud que cada vez aumenta en la población mundial.

1. Arkansas (1987)

El Código Anotado de Arkansas, en el Capítulo 85, titulado *Accident and Health Insurance*⁷⁹ y, en el capítulo 86, titulado *Group and Blanket Accident and Health Insurance*⁸⁰ es requerido que las compañías de seguros de accidentes y de salud tengan en su cubierta el procedimiento de fertilización in vitro. El plan médico cubre hasta un máximo de \$15,000 por cobertura de por vida. Se requiere al menos un historial de 2 años de infertilidad y que el paciente no haya podido obtener un embarazo exitoso a través de métodos de reproducción menos costosos. Además, de especificar que los servicios y procedimientos se tienen que realizar en un centro autorizado por el Departamento de Salud y cumplir con los estándares mínimos del Colegio Americano de Obstetricia y Ginecología, y la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva.

2. California (1989)

En California, el Código de Salud y Seguridad⁸¹ y el Código de Seguros⁸² requieren que los planes médicos grupales y sus pólizas de seguro médico ofrezcan co-

⁷⁸ The National Infertility Association, *Infertility Coverage By State*, RESOLVE, <https://resolve.org/what-are-my-options/insurance-coverage/infertility-coverage-state/> (30 de abril de 2019).

⁷⁹ Ark. Code Ann. § 23-85-137 (1987).

⁸⁰ Ark. Code Ann. § 23-86-118 (2011).

⁸¹ California Health and Safety Code, Cal. Health & Safety Code §1374.55 (1989).

⁸² California Insurance Code, Cal. Insurance Code §10119.6 (1989).

bertura para el tratamiento de la infertilidad, pero excluye la fertilización in vitro. La ley aclara que los empleadores que, por sus principios religiosos no están de acuerdo con los tratamientos de infertilidad, no están obligados a ofrecer la cobertura. Esta ley solo requiere que las aseguradoras ofrezcan la cobertura, está del patrono o no brindarla. La ley fue enmendada en el año 2013 para especificar que el tratamiento de la infertilidad se ofrecerá sin discriminación por edad, ascendencia, color, discapacidad, estado de la pareja, género, expresión de género, identidad de género, información genética, estado civil, origen nacional, raza, religión, sexo, u orientación sexual, esto si la compañía a la cual trabaja, en su cubierta, ofrece los tratamientos de infertilidad, excepto la compañía que por razones religiosas no la ofrece.

3. Connecticut (2005, 2007)

La *Connecticut Law on Fertility Treatment Insurance*⁸³ requiere que las organizaciones de seguros de salud proporcionen cobertura para gastos médicamente necesarios en el diagnóstico y tratamiento de la infertilidad. Esto incluye los procedimientos de fertilización in vitro. En el año 2005, se realizó una enmienda para disponer y ofrecer, como excepción, estos tratamientos las creencias religiosas del patrono. Nuevamente, se realiza una enmienda, *HC-104* con fecha del 13 de agosto de 2015, en la cual se eliminó el límite de edad para la cobertura de los tratamientos. El 19 de marzo de 2019⁸⁴ se derogó ese boletín y se eliminó de la ley el requerimiento “*otherwise healthy*”, pero permaneció la enmienda de la edad.

Como requisito, para la obtención de los servicios de infertilidad, el paciente debe de poseer una póliza por un período de 12 meses antes de solicitar el servicio y demostrar que se ha sometido anteriormente a tratamientos de infertilidad. La cobertura del plan médico es un máximo de por vida, la cual cubre cuatro ciclos de inducción de la ovulación, tres inseminaciones intrauterinas y dos ciclos de fertilización in vitro, transferencia intrafalopiana de cigoto (ZIFT), transferencia intrafalopiana de gametos (GIFT) y baja transferencia de óvulos de trompas con no más de dos embriones por ciclo.

4. Hawái (1989, 2003)

En Hawái, se requiere que todas las aseguradoras individuales y grupales incluyan un ciclo de fertilización in vitro. Para cualificar los pacientes, deben tener un historial de infertilidad durante al menos cinco años o demostrar que la infertilidad es el resultado de una condición médica específica. La cobertura aplica si el paciente no ha podido obtener un embarazo a través de otros tratamientos de infertilidad cubiertos por el seguro médico. Solo cubre un ciclo de fertilización in vitro.⁸⁵

⁸³ Conn. Gen. Stat. § 38a-509, 38a- 536, as amended (1989); Ver, https://www.fertilityauthority.com/costs/insurance-coverage/connecticut-infertility-insurance-mandate_

⁸⁴ State of Connecticut-Insurance Department, *Bulletin HC-125* (19 de marzo de 2019), https://portal.ct.gov/-/media/CID/1_Bulletins/Bulletin-HC-125.pdf?la=en.

⁸⁵ Hawaii Rev. Stat. § 431: 10A-116.5 and § 432.1-604 (1989, 2003).

5. Illinois (1991, 1997)

El Código de Seguros de Illinois⁸⁶ requiere ciertas pólizas de seguro que brindan beneficios relacionados con el embarazo para así cubrir el diagnóstico y tratamiento de la infertilidad. La cobertura incluye la fertilización in vitro, el lavado de embriones uterinos, la transferencia de embriones, la inseminación artificial, GIFT, ZIFT y baja transferencia de óvulos de trompas. La cobertura se limita a cuatro (4) recuperaciones de óvulos, pero si un embarazo llega a términos y ocurre un nacimiento, se extiende a dos (2) recuperaciones adicionales de óvulos, lo cual permite hasta un máximo de seis (6) recuperaciones de óvulos. A partir del 1 de enero de 2019, entró en vigor la Ley 2616, la cual requiere que las compañías de seguro cubran servicios o intervenciones para preservar la fertilidad de pacientes con cáncer al someterse a una cirugía, quimioterapia u otro procedimiento médico que ponga en riesgo la capacidad de reproducción.⁸⁷

6. Luisiana (2001)

La Ley de Seguros prohíbe que se excluya de la cobertura el diagnóstico y tratamiento de una condición médica que esté cubierta por la póliza, únicamente porque la condición resulta en infertilidad. La ley no exige que las aseguradoras cubran los medicamentos para la fertilidad, la fertilización in vitro u otras técnicas de reproducción asistida, la reversión de un litigio tubárico, una vasectomía o cualquier otro método de esterilización.⁸⁸

7. Maryland (1985, 2000)

El Código de Seguros de Maryland del año 1985 se enmendó en el año 2000. Este código prohíbe a ciertas aseguradoras de salud que brindan beneficios relacionados con el embarazo excluir los gastos de los procedimientos de fertilización in vitro. Para que la cobertura le sea aplicable, se debe poseer un historial de infertilidad por un término mínimo de 2 años. La aseguradora cubrirá el costo de tres (3) intentos de fertilización in vitro, sin exceder el beneficio máximo de por vida de \$ 100,000. El almacenamiento de espermatozoides y óvulos no está cubierto. La ley aclara que un empleador puede excluir la cobertura si entra en conflicto con las creencias y prácticas religiosas de la compañía. Además, las compañías no tienen que ofrecer dicha cubierta cuando cuentan con menos de 50 empleados.⁸⁹

⁸⁶ Ill. Rev. Stat. ch. 215 ILCS 5 § 356m (1996).

⁸⁷ TELEMUNDO CHICAGO ILLINOIS: 30 NUEVAS LEYES QUE ENTRAN EN VIGOR EN EL 2019 (28 de diciembre de 2019), <https://www.telemundochicago.com/noticias/destacados/illinois-30-nuevas-leYES-que-entran-en-vigor-en-el-2019-503553851.html>. (le doy al link y no aparece la noticia)

⁸⁸ La. Rev. Stat. Ann. § 22:1036 (2001); 2001 La. Acts, P.A. 1045, para ver el acta acceder a <http://www.legis.la.gov/Legis/ViewDocument.aspx?d=817747&n=ACT1045%20%28HB461%29>.

⁸⁹ Md. INSURANCE Code Ann. § 15-810 (1985, 2000); Md. HEALTH-GENERAL Code Ann. § 19-701 (1985, 2000).

8. Massachusetts (1987, 2010)

En este estado, se requiere que toda aseguradora que proporcione beneficios relacionados con el embarazo deberá de brindar cobertura para el diagnóstico y tratamiento de la infertilidad, incluida la fertilización in vitro, inseminación artificial, GIFT, obtención y procesamiento del espermatozoides, almacenamiento de estos o de óvulos fertilizados. La ley sufrió una enmienda en el año 2010 para modificar la definición del concepto “infertilidad” para que sea una condición de una persona que no puede concebir durante un período de un año si la mujer es menor de 35 años o durante un período de seis meses si esta es mayor de 35 años. La acción de concebir, pero tener un aborto involuntario no reinicia el reloj de 1 año o 6 meses para calificar como tener infertilidad.

No se impondrán limitaciones o restricciones en la cobertura de medicamentos para tratar la infertilidad, solo los que otros medicamentos de uso común poseen. La ley no limita los ciclos de tratamiento de por vida, pero las aseguradoras pueden establecer límites según el historial clínico del paciente o las prácticas clínicas. Las aseguradoras pueden cubrir tratamientos experimentales de infertilidad, subrogación o reversión de esterilización.⁹⁰

9. Nueva York (1990, 2002)

En Nueva York, se prohíbe que las pólizas de seguro de salud excluyan la cobertura para diagnóstico y tratamiento de una condición médica que es corregible, únicamente porque la condición médica resulta en infertilidad. Las leyes se modificaron, en el año 2002, para que la cobertura se extienda a pacientes entre las edades de 21 a 44 años. Los pacientes tienen un período de espera de 12 meses para utilizar la cobertura de infertilidad. Las leyes excluyen la cobertura para la fertilización in vitro, GIFT, ZIFT, reversión de esterilización y procedimientos experimentales. Para el año 2011, nuevamente se realizó una enmienda para requerir que la póliza brinde cobertura a medicamentos recetados para la fertilidad y que los costos por medicamento sean los mismos, en cualquier farmacia, luego de aceptar los términos y condiciones que la aseguradora haya dispuesto.⁹¹ En el año 2005, la *New York Public Health Law*, creó un programa para incrementar el acceso a los servicios, tratamientos y procedimientos de infertilidad, al utilizar el *tobacco control and insurance initiatives pool distributivos*.⁹²

10. Delaware (2018)

En Delaware, se requiere que todas las pólizas de seguro de salud cubran los servicios de atención de fertilidad y la preservación de la fertilidad para las personas

⁹⁰ Mass. Gen. Laws Ann. ch. 175, § 47H, ch. 176A § 8K, ch. 176B § 4J, ch. 176G § 4; 211 Code of Massachusetts Regulations 37.00 (1987, 2010).

⁹¹ N.Y. Insurance Law § 3216(13), 3221(6), 4303 (1990).

⁹² N.Y. Public Health Law § 2807-v (2002).

que deben someterse a tratamientos médicos que puedan causar la infertilidad. La cobertura se provee a los asegurados y a sus dependientes asegurados, no importa si es cónyuge o no, siempre que se otorguen dentro de la cubierta los beneficios relacionados al embarazo. El paciente debe haberse sometido a algún tratamiento de infertilidad menos costoso dentro de la póliza para poder realizársele una fertilización in vitro, pero no se puede requerir que se hayan realizado más de 3 ciclos de inducción de ovulación o inseminación artificial. Si la fertilización in vitro es necesaria por causas médicas, no se requieren los ciclos de inducción para que sea cubierto por la aseguradora.

Cuando se realiza la fertilización in vitro, la mujer tiene hasta antes de los 50 años para realizar la transferencia del óvulo inseminado. Para realizarse la recuperación de óvulos, la mujer lo puede hacer antes de los 45 años. También se encuentran cubiertos los medicamentos, seis recuperaciones de óvulos de por vida con transferencia de embriones. Asimismo, se pueden utilizar óvulos, espermatozoides o embriones donados o la transferencia de estos a una madre subrogada. No obstante, no están cubiertos los tratamientos experimentales de fertilidad, pagos a madres subrogadas o reversión de la esterilización. Las empresas con menos de 50 empleados no tienen que ofrecer está cubierta ni las organizaciones religiosas.⁹³

b. Países Extranjeros

1. Argentina

Para el 5 de junio de 2013, Argentina aprobó la Ley de Reproducción Medicamente Asistida, vigente actualmente. En esta, se establece que todo ciudadano y residente permanente, mayor de edad, tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción asistida. También, se les provee la cobertura, a menores de 18 años que, por problemas de salud, tratamientos médicos o cirugías, puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro. Con esta ley, se les exige a las aseguradoras de Argentina que les proporcionen a los ciudadanos una cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos, terapias de apoyo y las técnicas de reproducción médicamente asistida.⁹⁴

La cubierta a estos procedimientos se encuentra contemplada en la Reglamentación al Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida del 19 de julio de 2013. En su artículo 8, titulado Cobertura, nos expresa que:

El sistema de Salud Público cubrirá a todo argentino y a todo habitante que tenga residencia definitiva otorgada por autoridad competente, y que no posea otra cobertura de salud.

⁹³ Del. Code Ann. tit. 18, § 3342 (2018); Del. Code Ann. tit. 18, § 3556 (2018).

⁹⁴ LEY DE REPRODUCCION MEDICAMENTE ASISTIDA, LEY 26.862 BUENOS AIRES, 5 de Junio de 2013, Boletín Oficial, 26 de Junio de 2013, Id SAIJ: LNS0005848.

En los términos que marca la Ley N° 26.862, una persona podrá acceder a un máximo de CUATRO (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta TRES (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de TRES (3) meses entre cada uno de ellos.

Se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad. A efectos de realizar las técnicas de mayor complejidad deberán cumplirse como mínimo TRES (3) intentos previos con técnicas de baja complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad.

Quedan incluidos en el PROGRAMA MEDICO OBLIGATORIO (PMO), los procedimientos y las técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción médicamente asistida reguladas en el artículo 8° de la Ley N° 26.862.⁹⁵

En la ley, se define dos tipos de tratamientos de reproducción asistida: (1) los de baja complejidad y (2) los de alta complejidad. Los de baja complejidad son los tratamientos que realizan la unión del óvulo y espermatozoide en el cuerpo de la mujer. Entre estos se encuentran la inducción de ovulación, la estimulación ovárica, el desencadenamiento de la ovulación y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal. La inseminación puede ser hecha con semen de la pareja de la mujer o de un donante. Los de alta complejidad son los tratamientos que realizan la unión entre óvulo y espermatozoide fuera del cuerpo de la mujer. Estos tratamientos comprenden la fecundación in vitro, la inyección intracitoplasmática de espermatozoide, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y de embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos.⁹⁶ Es muy importante mencionar que, si el ciudadano argentino no cuenta con un seguro médico, puede realizarse el tratamiento y los procedimientos de forma gratuita en un hospital público.⁹⁷

2. España

La exposición de motivos de la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida expresa que “La aparición de las técnicas de reproducción asistida en la década de los setenta supuso la apertura de nuevas posibilidades de solución del problema

⁹⁵ REGLAMENTACIÓN AL ACCESO INTEGRAL A LOS PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS MÉDICO-ASISTENCIALES DE REPRODUCCIÓN MEDICAMENTE ASISTIDA. DECRETO NACIONAL 956/2013 BUENOS AIRES, 19 de Julio de 2013, Boletín Oficial, 23 de Julio de 2013, Id SAIJ: DN20130000956.

⁹⁶ *Id.* art 2.

⁹⁷ *Id.* art. 8.

de la esterilidad para un amplio número de parejas aquejadas por esta patología”.⁹⁸ Por esta razón, se aprobó la ley sobre técnicas de reproducción asistida en España, la Ley 35/1988 del 22 de noviembre de 1988, la cual fue una de las primeras legislaciones en el mundo e iba dirigida a diagnósticos e investigación. Luego, fue modificada, para el 21 de noviembre de 2003, por la Ley 45/2003, a los fines de actualizarla a los avances científicos y las nuevas técnicas desarrolladas. Posteriormente, es derogada por la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida al tener como objetivo, en su artículo 1, lo siguiente:

a) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas.

b) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley.

c) La regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados.

2. A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.

3. Se prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos.⁹⁹

Para poder recibir los beneficios de Seguridad Social, en torno a los tratamientos de reproducción asistida, las mujeres deben de tener 40 años o menos y los hombres menos 55 años, esto al momento de iniciar el tratamiento. Una barrera para esto es que, para poder acogerse a los beneficios, hay que encontrarse inscrito en una lista de espera. El tiempo de espera puede extenderse hasta por 2 años. Además, se les exige a las personas que antes de iniciar el tratamiento se hayan sometido a pruebas de fertilidad. La Seguridad Social no cubre los casos en los que las personas se hayan realizado una esterilización voluntaria ni que posean un hijo biológico. Un médico deberá de evaluar a la pareja y recomendar el tratamiento de reproducción asistida.¹⁰⁰

⁹⁸ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, preámbulo, (2006).

⁹⁹ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, Cap. I Art. 1 (2006).

¹⁰⁰ Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (2006), BOE-A-2003-3130.

La Seguridad Social cubre un máximo de tres ciclos de fecundación in vitro con un máximo de 3 embriones por ciclo. Adicional, la cubierta aplica a las mujeres que, por motivos médicos- como someterse a quimioterapia o radioterapia- para preservar la fertilidad, se le brinda la opción de vitrificación de ovocitos. En cuanto a la inseminación artificial, su cobertura es de cuatro intentos con semen de la pareja y seis intentos con semen de un donante, en este caso, la mujer no puede seleccionar el donante. No obstante, en algunos casos, si en el primer ciclo la mujer no logra un embarazo, debe de volver a la lista de espera. En los casos donde no se logra un embarazo, efectuados los ciclos o por el contrario el embarazo llega a términos, no se le permite a la persona entrar a la lista de espera nuevamente.¹⁰¹ Por otro lado, hay ciertas pruebas que la mayoría de los centros de la Seguridad Social no cubren como la ovodonación en el tratamiento de fecundación in vitro o el diagnóstico genético preimplantacional debido a su elevado coste.¹⁰²

V. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES

En el mes de marzo de 2019, la Cámara de Representantes de Puerto Rico, aprobó el Sustitutivo de la Cámara al P. de la C. 1654,¹⁰³ el cual constituye lo que sería el nuevo Código Civil de la isla. En este proyecto de la Cámara, se mantiene en silencio nuevamente a los métodos utilizados para la reproducción asistida. Tampoco se atempera a la realidad actual, en torno a la filiación, paternidad y maternidad de estas personas que utilizan las técnicas de reproducción asistida para formar una familia. No obstante, solo habla sobre las presunciones de maternidad y de paternidad y su impugnación al disponer que el parto determina la maternidad¹⁰⁴ y que se presumen hijos del cónyuge de la mujer casada los nacidos durante el matrimonio.¹⁰⁵ Además, este proyecto expresa que el reconocimiento voluntario crea la presunción de paternidad.

Por otro lado, con relación a quienes pueden impugnar la paternidad y la maternidad, se mantiene del mismo modo, excepto que ahora solo podrá impugnar la paternidad el presunto padre, el que tiene vínculo de sangre o el intencional o comi-

¹⁰¹ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (2006), BOE-A-2006-9292.

¹⁰² María Blanco Brotons, *Reproducción asistida en la Seguridad Social: claves y requisitos*, WOOM (3 de julio de 2018), <https://woomfertility.com/blog/busqueda-de-embarazo/reproduccion-asistida-seguridad-social/>; Redacción ConSalud, *Reproducción asistida por la Seguridad Social: ¿cuáles son los requisitos?*, ConSalud.es (31 de julio de 2018), https://www.consalud.es/pacientes/reproduccion-asistida-seguridad-social-cuales-requisitos_53556_102.html.

¹⁰³ Sustitutivo de la Cámara al P. de la C. 1654 de 30 de enero de 2019, aprobado el 4 de marzo de 2019.

¹⁰⁴ *Id.*, art. 568 en la pág. 216

¹⁰⁵ *Id.*, art. 569 en la pág. 216

tente.¹⁰⁶ El P. de la C. 1654, en su artículo 570, dispone la prueba en contrario que se podrá utilizar para derrotar la paternidad o la maternidad de la siguiente forma:

Las presunciones establecidas en los artículos anteriores admiten prueba en contrario, siempre que se demuestre la imposibilidad de la paternidad o la maternidad, y que se presente en los procedimientos y en los plazos dispuestos en este Código.

Mientras no se rebata la presunción, el progenitor presunto cumplirá las obligaciones que surgen de la maternidad o de la paternidad, sin derecho a exigir restitución de lo que haya pagado al hijo en virtud de ese estado, salvo que existan circunstancias extraordinarias que justifiquen la restitución por quien venía llamado originalmente a prestarlas.¹⁰⁷

Si este proyecto se aprueba y se convierte en ley, el gobierno de Puerto Rico se mantendrá en silencio con relación a la filiación, maternidad y paternidad de los hijos procreados mediante las técnicas de reproducción asistida. Además, de los problemas legales que esto puede causar al utilizar semen, óvulos o embriones donados al momento de una separación o divorcio. Considero que la legislatura de Puerto Rico debería mirar la realidad social y adaptarse a los adelantos científicos que surgen con el día a día.

Al no contar con legislación adecuada, se crea un estado de indefensión para la ciudadanía que se somete a los procedimientos de reproducción asistida. En este caso, propongo que se utilice como guía, al igual que muchos de los estados de la Nación Americana utilizaron, el *Uniform Parentage Act*¹⁰⁸ o el *Uniform Status of Children of Assisted Conception Act*¹⁰⁹ para atemperar nuestra realidad jurídica en torno a la reproducción asistida y así crear legislación en torno a la filiación con los cónyuges o parejas que se han sometido a alguna técnica de reproducción. Los senadores y representantes deberían de mantener a un lado sus ideologías políticas y religiosas para así aprobar leyes que contribuyan al bienestar de la sociedad puertorriqueña.

Por otro lado, encontramos que en Puerto Rico no existe tampoco legislación donde se le provea a la ciudadanía formas para lograr acceso de bajo costo o de forma gratuita a las técnicas de reproducción asistida. El Código de Seguros de Salud de Puerto Rico¹¹⁰ define cuidado médico como “[e]l diagnóstico, alivio, tratamiento o prevención de enfermedades”, además de delimitar lo que son los servicios de cui-

¹⁰⁶ *Id.*, art. 571, 574 y 595 en las págs. 217-218.

¹⁰⁷ *Id.*, art. 570 en la pág. 216-217.

¹⁰⁸ Véase nota 26.

¹⁰⁹ Véase nota 16.

¹¹⁰ Código de Seguros de Salud de Puerto Rico, Ley Núm. 194-2011, según enmendada, 26 LPRA § 9001.

dado de la salud, los cuales son: servicios de diagnóstico, prevención, tratamiento, cura o alivio de padecimientos crónicos, dolencias, lesiones o enfermedades.¹¹¹ Este Código menciona que “todo asegurador u organización de seguros de salud que provea planes médicos... deberá, por lo menos, proveer cubierta... con respecto a los siguientes servicios de cuidado preventivo...” con relación a las mujeres todo servicio preventivo y de cernimiento.¹¹² Como mencionamos anteriormente, la infertilidad es la dificultad de poder quedar embarazada o llevar un embarazo a término. Según los estudios, se reconoció a nivel internacional los derechos sexuales y reproductivos de los seres humanos. A nivel de los Estados Unidos, el Tribunal Supremo reconoció que la infertilidad es una discapacidad y un problema social que afecta a una gran cantidad de personas. Por lo tanto, la legislación internacional y americana se movió a crear leyes para reducir las tasas de infertilidad y reconocer los derechos a tener una familia de cada persona que vive en la Tierra.

Ante esta problemática, Puerto Rico no ha evolucionado y decidió mantenerse en silencio. Para el 8 de agosto de 2018, la Cámara de Representantes presentó el P. de la C. 1695, de la autoría del Representante Parés Otero, en el cual se buscaba que todo plan médico en Puerto Rico ofreciera una cubierta para la condición médica de infertilidad, incluyendo procedimientos y medicamentos e intentó atemperar la legislación a las problemáticas que existen hoy día. Este proyecto de ley no se aprobó, luego de que se llevaron a cabo vistas públicas y, como consecuencia, se volvió a retroceder en el tiempo.

Puerto Rico debería de adoptar una legislación en torno a los métodos de reproducción asistida y utilizar como guía las diversas legislaciones de los países hermanos. De este modo, se crearía una legislación que se atempere a nuestra realidad. En primer lugar, debería de enmendar el Código de Seguros de Salud para incluir como mínimo el término de técnicas de reproducción asistida. Luego de esto, debería incluir como primer paso a una legislación de primera, la cubierta relacionada a los análisis y procedimientos pertinentes para hallar la causa de la infertilidad, siendo estos en la mayoría de las ocasiones análisis y estudios que los planes médicos en Puerto Rico poseen en sus cubiertas. Como segundo paso y prospectivamente, deberían incluir los medicamentos utilizada en las técnicas de reproducción asistida, ya que son la base para que el procedimiento tenga éxito y se logre el tan deseado embarazo.

Por otro lado, el tercer paso, comenzar a cubrir algún procedimiento de las técnicas de reproducción asistida, en este caso, la menos costosa sería la inseminación artificial. La misma tiene un costo promedio de \$2,000.00 por ciclo, dependiendo de los medicamentos utilizados y el seguimiento que se requiera, según datos provistos

¹¹¹ *Id.*, § 9003.

¹¹² *Id.*, § 9005.

por la *Society for Assisted Reproductive Technology* (SART).¹¹³ La cubierta debería de comprender cuatro ciclos de inseminación, sin importar, si el espermatozoides es donado, pero si por alguna razón el facultativo médico entiende que no se debería de continuar con estos ciclos debido a que los resultados serán desfavorables, se pasaría a la fertilización in vitro. Luego, se debería de añadir a la cubierta médica la técnica sobre fertilización in vitro en sus diversas formas, ya que este procedimiento es mucho más costoso y complejo. El costo de este procedimiento fluctúa, hoy día, entre los \$11,000 y \$12,000 por ciclo dependiendo los medicamentos utilizados y el seguimiento que se requiera. Por último y, no menos importante, la cubierta debería ofrecer los métodos de preservación de fertilidad como la congelación de óvulos, espermatozoides y embriones.

Otro punto importante es delimitar unas edades para el acceso a estas técnicas utilizando un seguro médico. Las edades de las personas deberían de fluctuar entre los 21 y 45 años, tanto para hombres como para mujeres, como excepción la preservación de la fertilidad en personas menores de 21 años, por causas médicas ya sea por tratamientos de cáncer o intervenciones quirúrgicas que hagan que la fertilidad se ponga en riesgo. Es muy importante mencionar que no se podrá discriminar por razón de sexo o estado civil en esta cubierta.

Se podría utilizar, además, la legislación de España, en cuanto a proveer los servicios de forma gratuita por el estado y colocar listas de espera para las personas que deseen recibir el tratamiento sin ningún costo o a bajo costo. Para esto, se tendría que delimitar los servicios que se ofrecerían y las edades de los pacientes, además, de cumplir con ciertos requisitos. Estos requisitos podrían ser la realización de pruebas para detectar el grado de infertilidad, realización de inseminación artificial antes de recibir asistencia por el estado, entre otros.

Un gran paso de avanzada sería adoptar la legislación de Argentina en torno a los tratamientos de reproducción asistida, ofreciendo los servicios de forma gratuita a toda persona que resida en el país legalmente y que no posea una cubierta médica. Sin embargo, la situación fiscal del gobierno de Puerto Rico hace poco probable que esto se pueda hacer realidad. Somos del criterio que hacia ese camino es que deberíamos de dirigirnos como País. Debemos brindarle el acceso necesario y gratuito a esta comunidad de personas que, por razones médicas y económicas, no pueden construir una familia.

Otras alternativas que se podrían considerar sería que los planes médicos cubran en su póliza el 50% del tratamiento o colocar un tope máximo de \$30,000 para medicamentos y procedimientos en la cubierta. Esto último sin requisitos de tener que hacer la inseminación artificial como primera opción, si no utilizando el método, que luego de una consulta con el profesional de la salud, se decida es el mejor para ellos.

¹¹³ La SART es la organización principal de profesionales dedicados a la práctica de tecnologías de reproducción asistida en los Estados Unidos. Para más información puede acceder a la siguiente dirección electrónica, <https://www.sart.org> (2 de abril de 2019).

De no lograr la aprobación de alguna ley que añada estos servicios a los planes de salud, otra opción a considerar podría ser la creación de una póliza de seguro de prevención de infertilidad, parecida a los seguros que existen en el mercado de Puerto Rico, como lo son las pólizas de cáncer y otras enfermedades. Esta póliza debería ser accesible y a un costo razonable, para que de este modo sea adquirida por cualquier persona que desee tomar precauciones de salud para futuras complicaciones. Como última opción, y con la meta de lograr acceso a los tratamientos de reproducción asistida, se pudiera financiar sin intereses los gastos incurridos, al utilizar como base el nivel económico de las personas. El tiempo por financiar podría fluctuar entre 8 a 10 años, atemperándose de este modo los pagos del tratamiento a la realidad económica de esa persona y brindándole el acceso tan necesario a estos procedimientos.

De cualquier modo, el brindarles oportunidades a estas personas para poder formar una familia sería de gran ayuda tanto emocional como económicamente. Las personas que sufren esta enfermedad, en ocasiones se afectan emocionalmente y se convierte en un gasto médico adicional al que ya tienen. Muchas personas en Puerto Rico intentan acceder a estos métodos, pero desde un principio se convierte en un sacrificio debido al alto costo de las evaluaciones médicas. . Por ejemplo, una prueba de conteo de espermatozoides puede fluctuar entre \$60 y \$100 dólares, siendo este el primer análisis que se realiza en esta larga búsqueda de una familia.

Conocemos que la familia es el elemento natural de la sociedad, y que la Constitución de Puerto Rico promueve la legislación de leyes en protección de la vida, salud y el bienestar del pueblo. Internacionalmente, se ha demostrado que el derecho a la sexualidad y a la reproducción, a tener una familia, son derechos que hoy día se protegen y que cada vez toman más auge en el mundo. Esto es una de las razones primordiales para que varios países hayan tomado la decisión de moverse hacia el futuro, al legislar y crear leyes en bienestar y protección de estos derechos. Por esta razón, el Gobierno de Puerto Rico debería moverse hacia el vanguardismo, creando legislación que permita el acceso a las técnicas de reproducción asistida para estas personas que por razones médicas no han logrado procrear de forma natural. Sería un gran paso en la búsqueda de la igualdad para la sociedad y los seres humanos.

La sociedad se compone de seres humanos que hoy día se ven afectados por los problemas de infertilidad, negándoles el deseo y derecho de conformar una familia. Siendo meritorio que se utilicen las herramientas que los adelantos científicos proveen para ayudar a las personas que, por alguna razón, se les ha imposibilitado constituir una familia del modo tradicional. Al crear nueva legislación, en torno al acceso a los métodos de reproducción asistida y los lazos familiares que surjan a raíz de esta concepción, se le estaría salvaguardando el derecho a la intimidad que cada hombre y mujer posee y, por ende, a su derecho humano de fundar una familia, según lo dispuesto en la Declaración Universal de Derechos Humanos.¹¹⁴

¹¹⁴ Véase la nota 35.

EL ESTADO COMO GARANTE DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LAS PERSONAS TRANSGÉNERO A RECIBIR TRATAMIENTO HORMONAL DE REASIGNACIÓN SEXUAL DURANTE SU RECLUSIÓN

EDDIE GADIEL MELÉNDEZ SANTOS*

RESUMEN

Actualmente, la comunidad trans puertorriqueña se encuentra en un estado de invisibilización y precariedad económica a causa de la violencia, criminalización, y marginación infligida por nuestra sociedad. Este atolladero aumenta sustancialmente en el sistema penitenciario debido a que a la comunidad trans se les niega el acceso a la atención médica necesaria y a la utilización de los servicios de atención médica. Como consecuencia, no solo se intensifica la lucha por derechos básicos, sino que se exacerba la lucha por sus vidas. Por lo tanto, es indispensable que no solo el Estado asuma su deber constitucional de proteger y satisfacer las necesidades fundamentales de las personas trans encarceladas, sino que también le corresponde honrar su dignidad y autonomía.

Palabras clave: *Comunidad Trans, Derechos Constitucionales, Sistemas de Salud, Terapia Hormonal, Sistema Penitenciario.*

ABSTRACT

Currently, the trans Puerto Rican community is in a state of invisibility and economic precariousness due to the violence, criminalization, and marginalization inflicted by our society. This impasse increases substantially in the prison system as the trans community is denied access to necessary health care and the use of health care services. Consequently, not only is their fight for basic rights intensified, but also the fight for their lives is exacerbated. Therefore, it is essential that not only the State assumes its constitutional duty to protect and satisfy the fundamental needs of incarcerated trans people, but it is also incumbent to honor their dignity and autonomy.

Keywords: *Trans Community, Constitutional Rights, Healthcare Systems, Hormonal Therapy, Prison System*

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

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTOS IMPORTANTES. III. COMUNIDAD TRANSGÉNERO PUERTORRIQUEÑA Y LA FALTA DE ACCESO A LOS SERVICIOS MÉDICOS. IV LAS PROBLEMÁTICAS SOCIOECONÓMICAS QUE ACTUALMENTE AFECTAN EL BIENESTAR DE LA COMUNIDAD TRANS PUERTORRIQUEÑA. V. PERSONAS TRANSGÉNERO: ¿PERSONAS “SIN-DERECHO”? VI. POBREZA & CRIMINALIZACIÓN EN LA COMUNIDAD TRANS PUERTORRIQUEÑA. VII. DOBLE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS TRANS EN EL SISTEMA PENITENCIARIO. VII.I. PERFIL DE LA POBLACIÓN TRANS. VII.II. PROBLEMAS DE CATEGORIZACIÓN. VII.III. POLÍTICAS PENITENCIARIAS FEDERALES Y ESTATALES CON RESPECTO AL TRATAMIENTO MÉDICO ADECUADO VII.IV. POLÍTICAS PENITENCIARIAS CON RESPECTO AL TRASLADO. VII.V. VIOLENCIA INSTITUCIONAL CONTRA LAS PERSONAS TRANS. VIII. EL DEBER CONSTITUCIONAL DEL ESTADO DE GARANTIZAR EL TRATAMIENTO MÉDICO ADECUADO PARA LAS PERSONAS TRANS. IX. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La población *trans* puertorriqueña ha sido constantemente objeto de discrimen, estigma y violencia por parte de nuestra sociedad. A tal grado que ha permeado en las áreas más sustanciales de sus vidas, incluyendo: empleo, vivienda y atención médica. Esta marginación y violencia conduce, a su vez, a esta población “a un estado de vulnerabilidad y desventaja”¹, el cual provoca invisibilización y precariedad económica. Como consecuencia de esto, surgen problemáticas socioeconómicas que afectan el bienestar de la población *trans* tales como: la falta de acceso a servicios médicos y a la utilización de los servicios de atención médica²; la falta de acceso a servicios y ayudas gubernamentales, tales como programas de asistencia económica o vivienda³; el discrimen en el ámbito laboral⁴; la falta de visibilidad sobre las dificultades que enfrentan⁵; la falta de acceso al proceso político y al aparato legal.⁶ Dichos obstáculos, constriñen a las personas *trans* a integrarse a la economía subte-

¹ Christian Ríos Vallejo, *Pobreza y Criminalización en la Población Trans*, 13 REV. CRIT. 87, 88 (2017). (citando a JOEL AYALA MARTÍNEZ ET AL., SEMINARIO: CRÍMENES DE ODIO, ACADEMIA JUDICIAL PUERTORRIQUEÑA (18 DE MAYO DE 2012)).

² Jose J. Martínez-Vélez et al., *A Preliminary Assessment of Selected Social Determinants of Health in a Sample of Transgender and Gender Nonconforming Individuals in Puerto Rico*, US NATIONAL LIBRARY OF MEDICINE INSTITUTES OF HEALTH (30 de enero 2019), <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6360392/>.

³ Ríos Vallejo, *supra* nota 1, en la pág. 90 (citando a LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>. (última visita 21 de noviembre de 2019)).

⁴ *Id.*

⁵ *Id.*

⁶ *Id.*

rránea, realizando actividades ilegales, como la prostitución, “para poder sobrevivir y satisfacer sus necesidades”.⁷

Debido a que la prostitución continúa siendo ilegal en nuestro país, el aparato represivo del Estado se encomendó la tarea de criminalizar a esta población, instaurándoles cómo “blanco [preferido] en las intervenciones y redadas”.⁸ Como resultado, se agudizan aún más las condiciones de precariedad de la población *trans*, ya que han sido intervenidos criminalmente, aumentando el nivel de discrimen y marginalización hacia su identidad de género.⁹ Luego en el sistema penitenciario, la lucha se intensifica ya que, además de luchar por derechos básicos, se enfrentan a dificultades adicionales tales como: designaciones incorrectas de vivienda, acceso limitado a la atención médica y violencia institucional. Con respecto al acceso a la atención médica integral, este atolladero aumenta sustancialmente a causa de las condiciones de reclusión, que a menudo ponen en peligro sus vidas. Esta situación se recrudece cuando los funcionarios de las prisiones les privan a las personas *trans* recluidas el acceso a la atención médica relacionada con su transición, como la terapia de hormonas o cirugía de reasignación de sexo.¹⁰ Por lo que surge la duda de si, en efecto, el Estado tiene un deber constitucional de proveerle a las personas *trans* el tratamiento médico necesario para que las mismas puedan realizar su transición.

II. CONCEPTOS IMPORTANTES

Las personas transgénero “son quienes conciben que su identidad y expresión de género no concuerdan con su sexo biológico”.¹¹ Por esta razón, algunas personas deciden someterse a operaciones e intervenciones médicas para realizar un cambio de genitales u órganos sexuales, de manera que puedan expresar su identidad de género, mientras que “otras solo recurren a medidas de transformación no médicas”.¹² No obstante, para los propósitos de este artículo, se utilizará intercambiamente el concepto comunidad o población *trans*, para recoger a “todes”¹³ las personas transgénero.¹⁴

⁷ Ríos Vallejo, *supra* nota 1, en la pág. 88.

⁸ *Id.* en la pág. 94.

⁹ *Id.*

¹⁰ Esinam Agbemenu, *Medical Transgressions in America's Prisons: Defending Transgender Prisoners' Access to Transition-related care*, 30 COLUM. J. GENDER & L. 1, 2 (2015).

¹¹ Ríos Vallejo, *supra* nota 1, en la pág. 89.

¹² *Id.* en la pág. 90 (*citando a* Julia C. Oparah, *Feminism and the (Trans)gender Entrapment of Gender non-Conforming Prisoners*, 18 UCLA WOMEN'S L.J. 239, 247 (2012)).

¹³ Utilizo “todes” en vez de todos para integrar a las personas que no se identifican con el “todos” y se sienten excluidas por el binarismo de género.

¹⁴ Ríos Vallejo, *supra* nota 1, en la pág. 90.

Otro concepto importante es la disforia de género. Según la nueva edición del Manual de Diagnóstico de la Asociación Americana de Psiquiatría, los síntomas de la disforia de género se describen como:

Una incongruencia marcada entre el género experimentado/expressado y el sexo asignado, de al menos 6 meses de duración. Otros síntomas incluyen: Un fuerte deseo de deshacerse de las características sexuales primarias y/o secundarias de uno debido a una marcada incongruencia con el género experimentado/expressado; un fuerte deseo por las características sexuales primarias y/o secundarias de el otro género; un fuerte deseo de ser del otro género y una fuerte convicción de tener los sentimientos y reacciones típicos del otro género. Además, está asociado con angustia o deterioro clínicamente significativo en áreas sociales, ocupacionales u otras áreas importantes de funcionamiento.¹⁵

Es pertinente aclarar que este concepto solo se utilizará para ilustrar la forma binaria en que la sociedad actualmente describe la identidad de género de la población *trans*.

III. COMUNIDAD TRANSGÉNERO PUERTORRIQUEÑA Y LA FALTA DE ACCESO A LOS SERVICIOS MÉDICOS

El acceso a los servicios de atención médica es fundamental para promover y mantener una mejor salud y bienestar para *todes*. No obstante, la discriminación institucional y actitudes perjudiciales hacia las personas *trans* fomentan múltiples barreras que limitan su acceso a la atención médica y a la utilización de los servicios de atención médica.¹⁶ Además, es importante destacar que, aun cuando las personas *trans* logran acceder a la atención médica, muchas reciben servicios subóptimos debido a la falta de proveedores de salud competentes, capaces o dispuestos a satisfacer sus necesidades.¹⁷ Como consecuencia, esto les obliga a buscar servicios en entornos informales sin una atención médica adecuada o profesionales certificados,¹⁸ afectando negativamente su salud general y amenazando su vida.¹⁹

Según Nieves Lugo, la primera barrera significativa al acceso y a la utilización de los servicios de atención médica de la comunidad *trans* es “que los programas de salud se desarrollan pensando en la dicotomía hombre/mujer”.²⁰ Por consiguiente,

¹⁵ Agbemenu, *supra* nota 10, en la pág. 6 (traducción suplida).

¹⁶ Martínez-Vélez, *supra* nota 2.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ *Id.*

¹⁹ *Id.*

²⁰ Karen Nieves Lugo, *Trasgrediendo la Norma: Terapia Hormonal en Personas Transgéneros*, NÚMERO 8, REVISTA INTERDISCIPLINARIA DE ESTUDIOS DE LAS MUJERES Y EL GÉNERO 102, 107 (2010).

dichos programas no están concebidos para atender las necesidades de salud de la comunidad *trans*. La segunda barrera es la discriminación que experimentan las personas *trans* por parte del personal de los sistemas de servicios de salud.²¹ Este discrimen se concretiza cuando los proveedores de servicios de salud se rehúsan a ofrecerle servicios a las personas *trans* debido a su identificación de género o cuando los mismos reportan que no quieren trabajar con clientes *trans* porque se sienten incómodos.²²

La tercera barrera es la exclusión categórica por parte de los seguros de salud a la cubierta de los servicios de salud mental, médica y tratamientos quirúrgicos para tratar la disforia de género.²³ Esto es así, a pesar de que proveen este mismo tipo de cobertura para otras condiciones médicas. Los tratamientos anteriormente referenciados incluyen: la psicoterapia, terapia de hormona, reconstrucción del busto, remoción de los órganos reproductores femeninos o masculinos.²⁴ Debido a que tanto los planes de salud privados como públicos “no cubren los costos relacionados a los cambios de género, las personas deben buscar otras maneras para cubrir los costos para la transición de género”.²⁵ Incluso, aunque las personas *trans* hayan completado el proceso de reasignación sexual, como frecuentemente se les deniega a los tratamientos médicos relacionados al cambio de sexo.²⁶ “También se les deniegan servicios de salud para condiciones que no tienen relación con la reasignación de sexo, como lo son: la presión sanguínea elevada, cáncer, entre otros debido a la concepción errónea de que cualquiera de estas condiciones puede ser a causa de la reasignación del sexo”.²⁷

Como norma general, las personas *trans* tienen que asumir la totalidad del costo, debido a que los seguros de salud no cubren el costo de la terapia hormonal o la cirugía de reasignación de sexo.²⁸ No obstante, en algunos casos, como lo es Medicaid, a

²¹ *Id.*

²² Nieves Lugo, *supra* nota 20, en la pág. 108 (citando a Samuel Lurie, *Identifying Training Needs of Health-Care of Transgender Patients: A Qualitative Needs Assessment Conducted in New England*, TAYLOR FRANCIS ONLINE (12 de octubre de 2008), [HTTPS://WWW.TANDFONLINE.COM/DOI/PDF/10.1300/J485v08n02_09?NEEDACCESS=TRUE](https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1300/J485v08n02_09?NEEDACCESS=TRUE)).

²³ *Id.* en la pág. 8 (citando a WPATH, <http://www.wpath.org/documents/Med%20Nec%20on%202008%20Letterhead.pdf> (última visita 21 de noviembre de 2019)).

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.* (citando a Emilia Lombardi, *Enhancing Transgender Health Care*, 91 AMERICAN JOURNAL OF PUBLIC HEALTH, 869-872, (2001)).

²⁶ *Id.*

²⁷ *Id.* en las págs 108- 109.

²⁸ Rebecca Mann, *The Treatment of Transgender Prisoners, Not Just an American Problem- A Comparative Analysis of American, Australian, and Canadian Prison Policies Concerning the Treatment of Transgender Prisoners and “Universal” Recommendation To Improve Treatment*, 15 LAW & SEX. 91, 102 (2006).

diferencia de otros tipos de seguro, proporciona cobertura para terapias y cirugías.²⁹ Además, es importante destacar que Medicaid no excluye específicamente la cirugía de reasignación de sexo de la cobertura.³⁰ Sin embargo, en *Germaine Beger v. Acting Commissioner, Division of Medical Assistance*, el Tribunal Superior de Massachusetts determinó que los estados no pueden excluir categóricamente la cirugía de resignación de sexo, especialmente si la cirugía es reconstructiva y, por lo tanto, reembolsable a los doctores cuando era médicamente necesario.³¹

En *Pinneke v. Preisser*, la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Octavo Circuito siguió esta regla general.³² Pinneke era una persona *trans* elegible para recibir los beneficios del Medicaid que, luego de someterse a una cirugía de reasignación de sexo, solicitó que dicho seguro le cubriera el costo.³³ No obstante, cuando el Departamento de Servicios Sociales de Iowa declinó cubrir la cirugía, Pinneke interpuso una acción para solicitar una medida cautelar y declaratoria por violación de sus derechos constitucionales a la igual protección y al debido proceso de ley y su derecho a los beneficios de Medicaid.³⁴ La determinación del Octavo Circuito fue confirmar la decisión del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito del Norte de Iowa. Incluso, sostuvo que la política de negar los beneficios de Medicaid para la cirugía de reasignación de sexo es contraria a las disposiciones del Título XIX de la Ley de Seguridad Social cuando dicho procedimiento es una necesidad médica para el tratamiento de una persona *trans*, por lo tanto, viola la cláusula de supremacía de la Constitución de los Estados Unidos.³⁵ Ahora bien, es pertinente aclarar que actualmente no se han presentado casos a nuestros tribunales con respecto a esta problemática, por lo cual, no existen datos de cómo se está manejando esta situación en Puerto Rico.

Por otro lado, es importante mencionar que las barreras previamente mencionadas afectan negativamente la salud y el bienestar general de la población *trans* puertorriqueña. Según un reciente estudio realizado con una muestra de 27,715 personas, autoidentificadas como transgénero en los Estados Unidos (incluyendo a Puerto Rico), el 23% informó que evitaron buscar atención médica debido a experiencias previas de discriminación. Mientras que un 33% informó haber experimentado un encuentro negativo con un proveedor de atención médica debido a su identidad de género.³⁶ En

²⁹ *Id.* en la pág. 103.

³⁰ *Id.* (citando a transgender law, <http://www.transgenderlaw.org/resources/translaw.htm> (última visita 21 de noviembre de 2019)).

³¹ 2000 Mass. Super. LEXIS 126, las págs.11-14.

³² 623 F. 2d 546, (8th Cir. 1980).

³³ *Id.*

³⁴ *Id.*

³⁵ *Pinneke*, 623 F. 2d 546, (8th Cir. 1980). (citas omitidas).

³⁶ Martínez-Vélez, *supra* nota 2.

otro estudio publicado por la revista especializada *Transgender Health*, en el que participaron investigadores del Recinto de Ciencias Médicas (RCM) de la Universidad de Puerto Rico (UPR), encontró que un 88.5% de las personas *trans* — de un total de 52 personas encuestadas en 2015 — considera difícil el acceso y la utilización de servicios de salud que afirman la identidad de género en Puerto Rico.³⁷ También documentaron los servicios de salud en Puerto Rico como subóptimos debido a las barreras de acceso y utilización de esos servicios.³⁸ Además, un 59.6% documentó la incompetencia y desinformación de los proveedores de salud como principal obstáculo para obtener atención médica.³⁹ Los participantes del estudio también informaron discriminación de parte de los proveedores de atención médica (42.3%) y rechazo de los proveedores de atención médica en brindarle el tratamiento médico necesario (30.8%).⁴⁰ Además, un 42.6% de les encuestades informó haber tenido una experiencia negativa al compartir su identidad de género u orientación sexual con un proveedor de atención médica.⁴¹

Los resultados de la encuesta demostraron, respecto a la cobertura de seguro de salud, lo siguiente: un 86.5% informó tener cobertura de seguro de salud; un 13.4% informó no tener seguro de salud; y un 62.2% informó que su cobertura de salud es financiada con fondos públicos. El 63.3% de les encuestades también destacaron la necesidad de acceso a servicios de salud especializados como la principal necesidad para su bienestar.⁴²

Por otra parte, una de las razones principales por la cual la población *trans* solicita servicios de salud es para “poder tener acceso a las hormonas”.⁴³ A través del tratamiento hormonal, las personas *trans* pueden lograr “adquirir caracteres propios de la identidad de género manifestada por la persona”.⁴⁴ El tratamiento hormonal tiene como función “eliminar los caracteres sexuales del sexo anatómico y la inducción del desarrollo de caracteres sexuales secundarios propios de la identidad de género manifestada por el/la individuo”.⁴⁵ “Este tratamiento hormonal en personas transexuales es para toda la vida”.⁴⁶

³⁷ *Id.*

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Id.*

⁴² *Id.*

⁴³ Nieves Lugo, *supra* nota 20, en la pág. 109 (citando a Samuel Lurie, *Identifying Training Needs of Health-Care of Transgender Patients: A Qualitative Needs Assessment Conducted in New England* (2005)).

⁴⁴ *Id.* en la pág. 110.

⁴⁵ *Id.* (citando a Francisco Rubio-Arribas, *¿El tercer género?: La transexualidad*, NÓMADA: REVISTA CRÍTICA DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS (2008), <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2518567>).

⁴⁶ *Id.*

No obstante, es importante destacar que las personas *trans* solo pueden tener acceso a la terapia hormonal y a las cirugías de resignación sexual cuando han sido diagnosticados con disforia de género y recibido psicoterapia de tres a seis meses; luego una evaluación endocrinológica y el tratamiento hormonal por un periodo que puede estar entre un año y medio a dos años, posteriormente un periodo de psicoterapia para poder llegar a las cirugías de resignación sexual que incluyen mamoplastías, vaginoplastías, cirugías facial y estéticas corporal, mastectomías, histerectomías, gonioplastías, mentoplastías entre otras.⁴⁷ La decisión tomada por las autoridades médicas de condicionar el acceso de la terapia hormonal y las cirugías de resignación sexual de las personas *trans* a un diagnóstico de disforia de género es estigmatizante, ya que continúa promulgando un diagnóstico de anormalidad; perpetuando y justificando el discrimen social en contra de esta población.

Con respecto a la utilización de hormonas por la población *trans* puertorriqueña, solo un 15% de las personas reportó haber recibido tratamientos hormonales bajo la supervisión de un médico.⁴⁸ Por su parte, un 62.5% de les participantes informó que estaban utilizando hormonas actualmente o las habían utilizado y un 21.9% estaban considerando usar hormonas. De les que habían utilizado hormonas, un 45.0% los usó durante más de 5 años.⁴⁹

Con respecto al suministro de hormonas en Puerto Rico, “actualmente el Departamento de Salud no distribuye hormonas a la población [*trans*]. Coincidieron en que las razones principales son ‘la escasez de personal adiestrado en la prescripción de tratamientos hormonales’ y que la mayoría de los planes médicos no cubren estos medicamentos a las personas [*trans*]”.⁵⁰ “‘Esto se debe a que los planes médicos clasifican estos tratamientos como cosméticos, experimentales o no necesarios para el bienestar humano’”.⁵¹ El costo de la terapia hormonal en Puerto Rico “oscila entre los \$300 y \$2,400 anuales”.⁵²

⁴⁷ *Id.* (citando a Jorge Alberto Álvarez-Díaz, *¿La maternidad de un padre o...la paternidad de una madre? Transexualidad, reproducción asistida y bioética*, GACETA MÉDICA MEXICANA (2009) <https://www.medigraphic.com/pdfs/gaceta/gm-2009/gm0921.pdf> (última visita 21 de noviembre de 2019)).

⁴⁸ Martínez-Vélez, *supra* nota 2.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ Víctor Rodríguez Velázquez, *Personas trans sufren el desastre de María desde la marginación*, PERIODISMO INVESTIGATIVO (23 de septiembre de 2019), http://periodismoinvestigativo.com/2019/09/personas-trans-sufren-el-desastre-de-maria-desde-la-marginacion/?fbclid=IwAR3vr79khukUt5JEi77csCWgMdVBZO2o9xfYIR5R9MSZ19RK5HT98T_ZIJQ (29 de octubre de 2019).

⁵¹ Cynthia López Cabán, *Buscan cubrir terapia de reemplazo hormonal a personas transgénero*, PRIMERA HORA (28 de enero de 2016), <https://www.primerahora.com/noticias/gobierno-politica/nota/buscancubrirterapiadereemplazohormonalapersonastransgenero-1133930/> (última visita 29 de octubre de 2019).

⁵² *Id.*

Lamentablemente, la Clínica Transalud de San Juan es “el único proveedor público que ofrece servicios a esta población, ... receta hormonas a personas [*trans*] que lleguen con un tratamiento previo o que, luego de cumplir con una evaluación psicológica, decidan incluir esa opción en su proceso de transición de género”.⁵³ Por esta razón, “este suministro lo asumen otras entidades que ofrecen servicios a la población, como el Centro Ararat, en San Juan, que atiende a un total de 177 personas [*trans*]”⁵⁴ y la clínica Translucent, ubicada en San Juan, que atiende “a 120 personas a las que les ofrecen además de cuidado médico especializado, talleres de educación y capacitación profesional”.⁵⁵ Como resultado, a la comunidad *trans* puertorriqueña no le queda otro remedio que arriesgar seriamente su salud, ya sea comprando las hormonas de manera clandestina a través del mercado negro o suplidores en países extranjeros, o través de amigos sin receta médica.⁵⁶ Adicional, muchas personas *trans* arriesgan su salud utilizando métodos inseguros como el compartir agujas para inyectarse las hormonas o aplicarse una dosis que, en la mayoría de las ocasiones, excede las recetadas por las autoridades médicas.⁵⁷ Esta situación incrementa indudablemente los riesgos y necesidades de salud para la población *trans* puertorriqueña.

En síntesis, la inaccesibilidad de la comunidad *trans* puertorriqueña al tratamiento de terapia hormonal ha generado una crisis de salud pública. Por lo tanto, es de suma importancia que el Estado asuma su responsabilidad de asegurar el bienestar de los ciudadanos, al reconocer el acceso a la terapia hormonal como una necesidad de salud apremiante. Esto lo puede lograr al promulgar legislación que incluya “este servicio médico, al igual que los fármacos requeridos para llevar a cabo la terapia de remplazo hormonal”, en la cubierta de beneficios que dispone la Ley de la Administración de Seguros de Salud de Puerto Rico.⁵⁸ Luego de apropiadamente validar la transición de identidad de género como un asunto de salud, al integrar varios medicamentos y tratamientos en el plan de salud público, al Estado además le corresponde enmendar el plan del Gobierno de Puerto Rico (que describe el alcance o cubierta de Medicaid en la Isla), “a base informes actuariales que ASSES realiza sobre la necesidad que tienen las diferentes poblaciones médico-indigentes” y presentarlo al Departamento de Salud.⁵⁹ No obstante, el Consejo Asesor de Asun-

⁵³ Rodríguez Velázquez, *supra* nota 50.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ Nieves Lugo, *supra* nota 20, en la pág. 111 (CITANDO A EKNYGOS, <http://eknygos.lsmuni.lt/springer/686/Contents%20and%20Front%20Matter.pdf> (última visita 21 de noviembre de 2019)).

⁵⁷ *Id.* (citando a Emilia Lombardi, *Enhancing Transgender Health Care*, 91 AMERICAN JOURNAL OF PUBLIC HEALTH, 869-872, (2001)).

⁵⁸ P. de la C. 2780 de 21 de enero de 2016, 7ma ses. Ord., 17ma. Asam. Leg., en la pág. 3.

⁵⁹ Rodríguez Velázquez, *supra* nota 50.

tos LGBT de La Fortaleza en colaboración con ASES logró “eliminar restricciones por sexo en el ofrecimiento de servicios de salud y los planes médicos que contratan con el Gobierno”, a través de la Carta Normativa 19-0305.⁶⁰ Actualmente, el Consejo se encuentra colaborando con la Alianza por la Salud LGBT y el Colegio de Médicos, con el fin de “eliminar varias restricciones sobre ciertos medicamentos que solo pueden ser utilizados de acuerdo con la cubierta para ciertas enfermedades y condiciones”, de esa forma, expandiendo el alcance de la cubierta y beneficiando a la comunidad *trans* puertorriqueña.⁶¹ Por ejemplo, “a través de la eliminación de las restricciones en los alcances de las cubiertas, medicamentos que se utilizan para detener la menstruación para aquellas mujeres que menstrúan por largas temporadas sin parar, podrían utilizarse para hombres *trans* también...”.⁶²

Ahora bien, es momento que el Estado desarrolle planes de acción concretos y no se limite a políticas u órdenes administrativas contra el discrimen,⁶³ ya que, si no se ataca el problema desde la raíz, se continúa prolongando la invisibilización y violencia institucional hacia la población *trans* puertorriqueña. Por este motivo, el Estado necesita instaurar un protocolo que evite el incremento de la violencia contra la población *trans* en momentos de más vulnerabilidad social, como pasó luego del huracán María.⁶⁴ Además, el Estado necesita promulgar legislación que exija el manejo de lenguaje inclusivo, como requisito para trabajar en las agencias de emergencia.⁶⁵ De igual manera, al Estado le corresponde establecer un censo, a través del Instituto de Estadísticas de Puerto Rico, para identificar la población *trans* puertorriqueña. Asimismo, al Estado le compete “identificar vías alternas para la validación de las personas que no hayan cambiado el nombre e identificación de género en sus documentos y líneas de coordinación para que las agencias públicas trabajen con las organizaciones privadas y sin fines de lucro para proveer servicios a la población”.⁶⁶

IV. LAS PROBLEMÁTICAS SOCIOECONÓMICAS QUE ACTUALMENTE AFECTAN EL BIENESTAR DE LA COMUNIDAD *TRANS* PUERTORRIQUEÑA

Otro obstáculo que enfrenta la comunidad *trans* puertorriqueña “es la falta de acceso a servicios y ayudas gubernamentales”.⁶⁷ Lamentablemente, cuando las personas *trans* solicitan ayuda al Estado mediante programas de asistencia económica

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Id.*

⁶² *Id.*

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ Ríos Vallejo, *supra* nota 1, en la pág. 90.

o vivienda, experimentan “[muchas] obstáculos para [poder] cualificar”.⁶⁸ La razón principal de estas dificultades es que en la mayoría de las ocasiones “en los documentos legales no se refleja la realidad física de quién solicita”.⁶⁹ En los referidos programas, “el género y el sexo de las personas juegan un rol fundamental, lo que dificulta que las personas [*trans*] pobres puedan cualificar debido a la inconsistencia de los documentos con la apariencia física”.⁷⁰ La falta de acceso a estas ayudas, el desempleo y las pocas probabilidades de generar dinero legítimamente⁷¹ imposibilitan que tengan acceso a una vivienda propia y alimentación adecuada. Según el informe mencionado del *US Transgender Survey*, “el 31% de las personas *trans* latinas entrevistadas ha estado sin hogar en algún momento de su vida”.⁷²

Como resultado de la inacción de parte del Estado, han surgido organizaciones comunitarias sin fines de lucro, como Proyecto Matria, ubicado en Caguas. Dicha organización funciona a través de fondos asignados por el Departamento de Justicia Federal para vivienda transitoria. Entre las ayudas y servicios que ofrece la organización se encuentre el pago de renta de sus participantes por un año. El proceso se trabaja de la siguiente forma: “tan pronto una persona entra en el programa, se refiere a la Administración de Vivienda Pública para tratar de ubicarla en algún residencial público que les permita tener una vivienda estable por más tiempo”.⁷³ Dicho proyecto ha recibido “al menos 19 personas *trans* en busca de asilo para una vivienda transitoria que les ayude a escapar de entornos violentos en sus familias o con sus parejas, o incluso de exposición a la trata humana”.⁷⁴

Sin embargo, de esas 19 personas solo se ha logrado albergar una persona en un apartamento localizado en un residencial público desde 2017.⁷⁵ “Desde octubre de 2017 hasta julio de 2019, Proyecto Matria destinó \$208,000 de sus fondos para atender a la población *trans*. El monto significó \$907.10 por participante en vivienda transitoria, servicios salud, muebles y servicios de manejador de caso, psicólogos y

⁶⁸ *Id.* en las págs. 90-91.

⁶⁹ *Id.* en la pág. 91. (citando a Dean Spade, *Compliance is Gendered: Struggling for Gender Self-Determination in a Hostile Economy*, TRANSGENDER RIGHTS 219 (7 de agosto de 2008), [HTTPS://PAPERS.SSRN.COM/SOL3/PAPERS.CFM?ABSTRACT_ID=1209984](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1209984)).

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ *Id.* (citando a Julia C. Oparah, *Feminism and the (Trans)gender Entrapment of Gender non-Conforming Prisoners*, 18 UCLA WOMEN’S L.J. 239, 258 (2012)).

⁷² Rodríguez Velázquez, *supra* nota 50 (citando a TRANSSEXUALITY, <https://www.transequality.org/sites/default/files/docs/USTS-Full-Report-FINAL.PDF> (21 de noviembre de 2019). & a Nelson Sanchez et al., *Health Care Utilization, Barriers to Care, and Hormone Usage Among Male-to-Female Transgender Persons in New York city*, US NATIONAL LIBRARY OF MEDICINE INSTITUTES OF HEALTH (1 de abril de 2009), <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2661470/>).

⁷³ *Id.*

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Id.*

psiquiatras”.⁷⁶ Según José Galarza, coordinador de servicio del Proyecto Matria, las políticas que se tienen con respecto al acceso a vivienda pública no son inclusivas, ya que los funcionarios discriminan con las personas *trans*⁷⁷, contribuyendo a limitar su acceso a los referidos programas gubernamentales.

Con respecto al acceso a programas de asistencia alimentaria, según el referido informe de Transgender Survey, que incluyó a Puerto Rico, solo un 15% de los participantes informaron haber recibido asistencia a través de cupones de alimentos.⁷⁸ Por otro lado, un 6% de los participantes, reportaron haberse involucrado en actividades sexuales para poder comer.⁷⁹ Además, un 12% de los participantes reportaron haber visitado o utilizado servicios en una oficina de asistencia pública o de beneficios del gobierno con el propósito de recibir el Programa de Asistencia Nutricional Suplementaria (SNAP o cupones de alimentos) o los beneficios de Mujeres, Bebés y Niños (WIC) mientras que un 2% no acudió a dicha agencia porque temían recibir algún maltrato debido a su identidad de género.⁸⁰

Otro obstáculo que enfrenta la comunidad *trans* puertorriqueña es el discrimen por identidad de género en el ámbito laboral. Es decepcionante que todavía “nuestra sociedad no se ha mostrado empática con estos grupos segregados, ya que interponen la moral de lo que creen que está correcto junto con sus ideas religiosas”.⁸¹ Por ejemplo, “muchos patronos justifican sus políticas discriminatorias alegando que el cambio de órganos sexuales realizado por un transgénero o el hecho de que tenga preferencias sexuales por personas de su mismo género, es inmoral”.⁸² Incluso, la excusa que otros patronos utilizan para no tener que asumir una postura con respecto al asunto, “es evitar causar un ambiente de tensión”.⁸³ Otra excusa que utilizan los patronos para justificar su discrimen es la patologización de las personas *trans* como personas enfermas o mentalmente inestables.⁸⁴ También alegan la presunta dificultad que les trae “el permitirles una libre manifestación de sus ideales, ya que podría contravenir con algún reglamento o ley”.⁸⁵ Según un estudio realizado por

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ Sandy E. James, ET AL., *The Report of the 2015 U.S. Transgender Survey*, TRANSSEXUALITY 142 (21 de noviembre de 2019), <https://www.transequality.org/sites/default/files/docs/USTS-Full-Report-FINAL.PDF>.

⁷⁹ *Id.* en la pág. 158.

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ Doriellisse Mártir Hernández, *El Impacto de la Inclusión de la Orientación Sexual e Identidad de Género en el Ámbito Laboral*, 48 REV. JUR. U.I.P.R. 373, 380 (2014).

⁸² *Id.* en las págs. 380-381 (*citando a* Camille L. Herbert, *EMPLOYEE PRIVACY LAW* vol. 2, § 9.2 (West Pub. Co. Ringbound edition 1993)).

⁸³ *Id.*

⁸⁴ *Id.*

⁸⁵ *Id.*

The Williams Institute, un 43% de los participantes reportó haber experimentado “algún tipo de discrimen debido a su orientación sexual e identidad de género en su trabajo”.⁸⁶ Además, se reportó que entre un 8%-17% de estas personas fueron despididas “debido a su orientación sexual e identidad de género”.⁸⁷

V. PERSONAS TRANSGÉNERO: ¿PERSONAS “SIN-DERECHO”?

Las problemáticas socioeconómicas, anteriormente referidas, han imposibilitado que las personas *trans* puertorriqueñas mejoren sus condiciones de vida y las ha sometido a un estado perpetuo de pobreza.⁸⁸ Cuando esto ocurre, “la pobreza se convierte en una violación sistemática de los derechos de las personas [*trans*], en particular, el derecho a una vida digna”.⁸⁹ Es importante reiterar que el derecho a una vida digna nace de nuestra Constitución en su artículo II, sección 1 al disponer que: “La dignidad del ser humano es inviolable. Todos los hombres son iguales ante la Ley”.⁹⁰ No obstante, aunque este derecho está garantizado por nuestra constitución, el mismo es violentado cada vez que se le discrimina a la comunidad *trans* puertorriqueña en el empleo, cuando “se les dificulta el acceso a solicitar ayudas económicas o cuando no tienen acceso a tratamientos médicos a bajo costo, o simplemente cuando sus oportunidades quedan limitadas por el mero hecho de su identidad”.⁹¹

La falta de acceso a medios legítimos para ganarse la vida dignamente y el discrimen feroz “son consecuencias del tratamiento jurídico que reciben estas personas”.⁹² Este tratamiento jurídico desigual es perpetuado por la visión nublada de nuestro Tribunal Supremo de negar la existencia de personas que no se identifican con el sexo o género que se les asignó al nacer. Tristemente, nuestro Tribunal Supremo continúa interpretando “el sexo y el género como categorías inmutables que son asignadas al nacer y no se alteran por haberse sometido la persona a intervenciones médicas”.⁹³ Esta visión perpetuada por nuestro sistema legal categoriza a las

⁸⁶ *Id.* en la pág. 376 (citando a Crosby Burns, Jeff Krehely, *Gay and Transgender People Face High Rates of Workplace Discrimination and Harassment*, AMERICAN PROGRESS (11 de junio de 2011) <http://www.americanprogress.org/issues/lgbt/news/2011/06/02/9872/gay-and-transgender-people-face-high-rates-of-workplace-discrimination-and-harassment/>).

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ Ríos Vallejo, *supra* nota 1, en la págs. 92-93.

⁸⁹ *Id.* en la pág. 93 (citando a Center for Economic and Social Rights, <http://www.cesr.org/poverty-and-human-rights-poverty-violation-human-rights> (21 de noviembre de 2019)).

⁹⁰ CONST. P.R. art. II, § 1.

⁹¹ Ríos Vallejo, *supra* nota 1, en la pág. 93.

⁹² *Id.*

⁹³ *Id.* en la pág. 106 (citando a AAR, Ex parte, 187 DPR 835 (2013); Ex Parte Alexis Delgado Hernández, 165 DPR 170 (2005); Pueblo v. Ruiz Martínez, 159 DPR 194 (2003), y Ex Parte Alexandra Andino Torres, 151 DPR 794 (2000)).

personas *trans* como las “*sin-derecho*”.⁹⁴ “Los *sin-derecho* son aquellos que no son reconocidos y están excluidos por el sistema legal, por lo que se encuentran en una situación de grave vulnerabilidad”.⁹⁵

Otro concepto que también se puede utilizar para describir la situación de precariedad en que se encuentran las personas *trans* es la categoría *lumpen proletariado*. Según Karl Marx, *lumpen proletariado* es “un sector de la población a quienes se les ha negado una forma legítima de ganarse la vida y que por tanto sucumben en las áreas del crimen y las condiciones que en estas prevalecen. El *lumpen proletariado* está compuesto por aquellos que han hecho de la ilegitimidad su forma de vida”.⁹⁶ Las personas *trans* caen en la categoría *lumpen proletariado*, “por el hecho de que algunos no tienen otras alternativas que no sea la ilegalidad para atender sus necesidades”.⁹⁷ “Cuando colapsa la falta de reconocimiento legal, junto a un proceso de discrimen y exclusión, atado a condiciones precarias, las posibilidades de alcanzar una vida digna se ven seriamente reducidas”.⁹⁸

VI. POBREZA & CRIMINALIZACIÓN EN LA COMUNIDAD TRANS PUERTORRIQUEÑA

El discrimen y la exclusión mantiene a la comunidad *trans* puertorriqueña en un ciclo de pobreza.⁹⁹

En la primera etapa del ciclo, podemos ubicar el discrimen que enfrentan las personas *trans*: lo vemos en el discrimen laboral, la violencia en sus hogares, las dificultades para cualificar a ayudas del gobierno por su identidad, entre otros hechos. Este discrimen, a su vez, provoca un empobrecimiento en las vidas de estas personas. Ello nos lleva a la segunda etapa, donde el estado precario en que se encuentran les impulsa a recurrir al trabajo sexual como un medio de sobrevivencia efectivo. Ya en la tercera etapa vemos que al estar penalizado el trabajo sexual, se da un proceso de criminalización constante sobre quienes lo ejercen. Aún más es el caso de la comunidad [*trans*] que parece ser el blanco predilecto de las intervenciones y redadas. En la cuarta etapa, tenemos el retorno a ser víctimas de un discrimen mayor. Ya que ahora, además de que se les continúa discriminando y marginando por su identidad,

⁹⁴ *Id.* en la pág. 93 (citando a Enrique Dussel, HACIA UNA FILOSOFÍA POLÍTICA CRÍTICA, https://enriquedussel.com/txt/Textos_Libros/53.Hacia_filosofia_politica_critica.pdf (última visita 21 de noviembre de 2019)).

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ *Id.* en la pág. 92 (citando a Linda Colón Reyes, *Lumpen burguesía y lumpen proletariado siglo XXI*, 80 GRADOS (17 de mayo de 2013), <http://www.80grados.net/lumpen-burguesia-y-lumpen-proletariado-en-el-puerto-rico-del-siglo-xxi/#sthash.jlpntGdl.dpuf>).

⁹⁷ *Id.* en la pág. 93.

⁹⁸ *Id.* en la pág. 93.

⁹⁹ Ríos Vallejo, *supra* nota 88, en la pág. 94.

se les suma el hecho de que han sido intervenidas criminalmente, lo que empeora las condiciones por las cuales llegaron a vender sus cuerpos en primer lugar.¹⁰⁰

Como consecuencia de este ciclo de discriminación y exclusión, muchas personas *trans* recurren “a la ilegalidad para combatir la pobreza”.¹⁰¹ “Entre estas actividades ilegales, es la prostitución una de las alternativas más utilizadas para sobrevivir y obtener bienes necesarios para la supervivencia”.¹⁰²

Con el fin de controlar y regular la conducta de sus ciudadanos, el aparato represivo del Estado ha utilizado el sistema legal para justificar su “intervención con aquellos sujetos que se desvían de la norma y del orden establecido”.¹⁰³ Esto se puede ejemplificar al observar el lugar donde se realizan las intervenciones policiacas y a los sujetos intervenidos. No es casualidad que en las redadas que realiza el Estado para identificar sujetos que estuvieron involucrados en el trasiego de drogas o en la prostitución sea en lugares mayormente marginados y vinculados con la pobreza.¹⁰⁴ En otras palabras, “la criminalización de ciertos actos le permite al Estado la posibilidad de intervenir con unos sujetos en particular”.¹⁰⁵ Por lo tanto, la criminalización de la población *trans* se manifiesta cuando se interviene “con una de las pocas actividades económicas que les sirven de alternativa para sobrellevar el empobrecimiento en que se encuentran, entiéndase la prostitución o el trabajo sexual”.¹⁰⁶ Como resultado, el aparato represivo no solo les imposibilita a la población *trans* “acceder a medios económicos legítimos” para ganarse la vida¹⁰⁷, sino que también les penaliza por ejercer “una de las pocas actividades económicas que les quedan disponibles ante la [miserable] realidad que enfrentan”.¹⁰⁸

VII. DOBLE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS TRANS EN EL SISTEMA PENITENCIARIO

i. Perfil de la Población Trans

Con respecto a la población estadounidense recluida en el sistema penitenciario, según *The Federal Bureau of Prisons*, el número de personas encarceladas es

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ *Id.* (citando a Julia C. Oparah, *Feminism and the (Trans)gender Entrapment of Gender non-Conforming Prisoners*, 18 UCLA WOMEN’S L.J. 239, 258 (2012)).

¹⁰² *Id.* (citando a Comisión Interamericana de Derechos Humanos, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>. (última visita 21 de noviembre de 2019)).

¹⁰³ *Id.* en la pág. 95 (citando a Gary Guitiérrez, *Renta, Exclusión y Violencia: Breve mirada a la criminalidad “contestaría” en el Puerto Rico del siglo XXI* (2014)).

¹⁰⁴ *Id.* en la pág. 95.

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ *Id.* (citando a Madeline Román, *Estado y criminalidad en Puerto Rico* 6 (1993)).

¹⁰⁷ *Id.* en la pág. 96.

¹⁰⁸ *Id.* en las págs. 96-97.

de 176,729.¹⁰⁹ Desafortunadamente, es difícil determinar el tamaño exacto de la población *trans* recluida¹¹⁰, debido a que *The Federal Bureau of Prisons* continúa promulgando el binarismo de género y por lo tanto, solo tiene datos con respecto al número de personas que se identifican con el género masculino (92.9%) y el femenino (7.1%).¹¹¹ No obstante, según un estudio realizado en el 2009, “se estima que aproximadamente 750 personas encarceladas en los Estados Unidos se identifican como transgénero”.¹¹² “Esta es una porción relativamente pequeña de la población carcelaria de los Estados Unidos”¹¹³, “pero representa una porción considerable de la población transgénero [en el país]”.¹¹⁴

Con respecto a la población *trans* puertorriqueña recluida en el sistema penitenciario, “[e]l 97% (11,654) de los confinados bajo estudio son hombres y el 3% (420) son mujeres”.¹¹⁵ Asimismo, el 99% de los hombres recluidos se identificaron con el género masculino; 0.03% como bisexual; 0.14% como femenino; 0.1% como género no conforme; 0.12% como homosexual; 0.02% como intersexual; 0.05% no se identifica con ningún género; y un 0.01% como transgénero.¹¹⁶ Ahora bien, las mujeres recluidas se identificaron un 88.67% con el género femenino; 3.11% como género no conforme; 0.44% como masculino; y 1.11% como transgénero.¹¹⁷

ii. Problemas de Categorización

En el sistema penitenciario, existe una suposición de que todas las personas que se encuentran encarceladas tienen que clasificarse según su sexo biológico, debido

¹⁰⁹ Federal Bureau of Prisons, https://www.bop.gov/about/statistics/statistics_inmate_gender.jsp (última visita 21 de noviembre de 2019)).

¹¹⁰ Agbemenu, *supra* nota 10, en la pág. 1.

¹¹¹ FEDERAL BUREAU OF PRISONS, *supra* nota 109.

¹¹² Agbemenu, *supra* nota 10, en la pág. 1 (citando a Valerie Jenness & Sarah Fenstermaker, *Agnes Goes to Prison: Gender Authenticity, Transgender Inmates in Prisons for Men, and Pursuit of “The Real Deal”*, 28 GENDER & SOC’Y 1, 10 (2014)).

¹¹³ *Id.* en la pág. 1 (citando a Bureau of justice statistics, <http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/cpus10.pdf> (última visita 21 de noviembre de 2019)).

¹¹⁴ *Id.* en la pág. 2 (citando a Jamilah King, *The Women’s Prison Issues to Watch for in ‘Orange is the New Black,’* COLOR LINES (4 de junio de 2014), <https://www.colorlines.com/articles/womens-prison-issues-watch-orange-new-black> & Gael F. Cooper, *Manning’s Gender-Swap--Request Echoes Prison Plot on ‘Orange is the New Black,’* TODAY (22 de agosto de 2013), <https://www.today.com/popculture/manning-s-gender-swap-request-echoes-prison-plot-orange-new-6C10972388> & EJ Dickson, *“She’s A Survivor,”* SALON (25 de Julio de 2013), [HTTPS://WWW.SALON.COM/2013/07/25/LAVERNE_COX_ON_HER_ORANGE_IS_THE_NEW_BLACK_CHARACTER_SHE_S_A_SURVIVOR/](https://www.salon.com/2013/07/25/LAVERNE_COX_ON_HER_ORANGE_IS_THE_NEW_BLACK_CHARACTER_SHE_S_A_SURVIVOR/)).

¹¹⁵ Departamento de Corrección y Rehabilitación, *Perfil de la población confinada 2015*, 5, https://estadisticas.pr/files/inventario/publicaciones-especiales/DC_perfil_poblacion_confinado_2015.pdf (21 de noviembre de 2019).

¹¹⁶ *Id.* en la pág. 6.

¹¹⁷ *Id.* en la pág. 7.

a que en el contexto carcelario se asume que el sexo y género son binarios y sinónimos.¹¹⁸ Esto obliga a las personas *trans*, que se encuentra reclusas, a intentar navegar en un sistema que no fue diseñado para ellas y, en general, no se está adaptando para acomodarlas.¹¹⁹ Operar en este entorno carcelario priva a las personas *trans* de expresarse con respecto a su identidad de género y las coloca en un contorno peligroso que aumenta las dificultades que enfrentan en la vida cotidiana.¹²⁰

Según Agbemenu, algunas de estas dificultades pueden definirse como problemas de categoría.¹²¹ Los problemas de categoría son aquellos que surgen cuando un individuo transgénero ingresa y navega por un espacio definido dentro del marco restrictivo del binario de género.¹²² A consecuencia de esto, las personas *trans* reclusas se ven obligadas a batallar por sus derechos básicos mientras intentan obtener seguridad y autenticidad de género.¹²³ Su manera de confrontar estos problemas de categoría es utilizando vestimenta y pronombres de acuerdo al género con el cual se identifican, como también usando terapia hormonal; reafirmando a su vez, su autenticidad de género.¹²⁴

iii. Políticas Penitenciarias Federales y Estatales con respecto al Tratamiento Médico Adecuado

Aunque los problemas anteriormente mencionados son conocidos por los funcionarios penitenciarios, existen muy pocas políticas formales que atiendan las graves dificultades que enfrenta la población *trans* penitenciaria.¹²⁵ Aún cuando ha ido en aumento el número de políticas penitenciarias que abordan el tratamiento médico adecuado de las personas *trans* en Estados Unidos, el número sigue siendo relativamente pequeño y las políticas rara vez se formalizan.¹²⁶ Inclusive, muchos estados aún no tienen políticas penitenciarias que aborden la referida problemática, mientras que los estados que sí las han formulado, no han logrado una implementación efectiva de la mismas.¹²⁷

¹¹⁸ Agbemenu, *supra* nota 10, en la pág. 11.

¹¹⁹ *Id.*

¹²⁰ *Id.* en la pág. 12.

¹²¹ *Id.*

¹²² *Id.* (citando a Darren Rosenblum, "Trapped" in *Sing Sing: Transgendered Prisoners Caught in the Gender Binarism*, 6 MICH. J. GENDER & L. 499, 507 (2000).

¹²³ *Id.* en la pág. 12.

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ *Id.* (citando a Jennifer Sumner & Valerie Jenness, *Gender Integration in Sex-Segregated U.S. Prisons: The Paradox of Transgender Correctional Policy*, HANDBOOK OF LGBT COMMUNITIES, CRIME, AND JUSTICE 229, 237 (2014).

¹²⁷ *Id.*

Con respecto al ámbito federal, la política penitenciaria que tenía *The Federal Bureau of Prisons* solo beneficiaba a una parte de la población *trans*, debido a que solo le permitía continuar el tratamiento médico adecuado a las personas que hubieran recibido dicho tratamiento antes de ingresar a la prisión.¹²⁸ Esta política creaba grandes barreras de acceso, ya que incluso dificultaba la obtención de registros médicos pasados.¹²⁹ La referida política fue desafiada con éxito por Vanessa Adams en el 2010¹³⁰, teniendo como resultado la creación de una nueva política penitenciaria. Esta nueva política eliminó el requisito anteriormente referenciado y, además, estableció evaluaciones médicas individualizadas para cualquier persona encarcelada que afirme tener un trastorno de identidad de género.¹³¹ No obstante, la misma sigue reafirmando el sistema binario, y promoviendo el control de los cuerpos de las personas encarceladas y su autonomía de género.¹³²

Con respecto a Puerto Rico, no existe ninguna política penitenciaria a nivel local que aborde la atención médica relacionada con la transición de las personas *trans* recluidas. Tampoco el Departamento de Corrección y Rehabilitación ha formulado algún reglamento que atienda la referida problemática.

iv. Políticas Penitenciarias con respecto al Traslado

Otro desafío que enfrentan las personas *trans* encarceladas es poder trasladarse a una institución penitenciaria que este conforme a su identidad de género. Lamentablemente, el sistema penitenciario continua perpetuando el binarismo de género y, por lo tanto, sigue asignando a las personas a las correspondientes prisiones de acuerdo a su genitalia.¹³³ Por consiguiente, la única manera de que las personas *trans* puedan solicitar dicho traslado es si cambian su sexo legalmente.¹³⁴ En la

¹²⁸ *Id.* en la pág. 13 (citando a U.S. DEPT OF JUST., FED. BUREAU OF PRISONS, *MEMORANDUM RE: GENDER IDENTITY DISORDER EVALUATION AND TREATMENT* (2011), <http://www.glad.org/uploads/docs/cases/adams-v-bureau-of-prisons/2011-gid-memofinal-bop-policy.pdf>).

¹²⁹ *Id.* (citando a *Adams v. Fed. Bureau of Prisons*, 716 F. Supp. 2d 107, 107 (D. Mass. 2010) & *FEDERAL BUREAU OF PRISONS MAKES MAJOR CHANGES IN TRANSGENDER MEDICAL POLICY*, GAY & LESBIAN, ADVOCATES & DEFENDERS, [HTTP: WWW. GLAD.ORG/CURRENT/PR-DETAIL/FEDERAL-BUREAU-OF-PRISONS-MAKES-MAJOR-CHANGE-IN-TRANSGENDER-MEDICAL-POLICY/](http://www.glad.org/current/pr-detail/federal-bureau-of-prisons-makes-major-change-in-transgender-medical-policy/) (MAY 27, 2015)).

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ Véase, *supra* nota 128.

¹³² *Id.*

¹³³ Lindsey Ruff, *Trans-cending the medicalization of gender: improving legal protections for people who are transgender and incarcerated*, 28 CORNELL J. L. & PUB. POLY 127, 129 (2018).

¹³⁴ *Id.*, en la pág. 138-139 (citando a Lambda Legal, *Changing Birth Certificate Sex Designations* (2014), <http://www.lambdalegal.org/publications/changing-birth-certificate-sex-designations-state-by-state-guidelines>).

mayoría de los estados, para que una persona pueda cambiar su sexo legalmente, necesita que un médico le certifique a los tribunales que, en efecto, dicha persona solicitó la modificación de su cuerpo.¹³⁵ Por lo tanto, esta barrera legal contribuye a la concepción medicalizada del sistema binario de género.¹³⁶

Asimismo, los tribunales no han tomado ninguna acción correctiva para atender esta situación y han afirmado que los funcionarios de la prisión tienen el poder de decidir dónde deben ubicar a las personas *trans*.¹³⁷ En *Meachum v. Fano*, el Tribunal Supremo Estadounidense declaró que las personas encarceladas no tienen derecho a ser ubicadas en ninguna institución penitenciaria en particular.¹³⁸

Por el contrario, esta situación puede estar cambiando a la luz del *Prison Rape Elimination Act* (PREA).¹³⁹ La referida legislación requiere que las administraciones penitenciarias tomen en consideración la identidad de género de las personas como también sus preferencias con respecto a la seguridad, antes de asignarlas a una institución penitenciaria en particular.¹⁴⁰ Dicha legislación también establece que las administraciones penitenciarias no pueden basar su decisión de asignar a una persona a una institución penitenciaria en particular de acuerdo a su genitalia. Estas disposiciones son un paso positivo en la dirección correcta porque reconocen la diversidad de la comunidad transgénero y se alejan de un sistema medicalizado de género.¹⁴¹

No obstante, PREA no le provee a las personas encarceladas legitimación activa para iniciar su propia causa de acción, sino que impone sanciones económicas a las administraciones penitenciarias que no cumplan con el estatuto.¹⁴² La imposición de sanciones económicas es una forma inadecuada de manejar este problema, debido a que las pérdidas financieras de las instituciones penitenciarias pueden ocasionar la disminución de servicios a las personas encarceladas.¹⁴³ Otro problema con el es-

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ *Id.* en la pág. 139.

¹³⁷ *Id.* en la pág. 140 (*citando a* Lucrecia v. Samples, NO. C-93-3651, 1995 WL 630016 (N.D. Cal. Oct. 16, 1995); Long v. Nix, 877 F. Supp. 1358, 1366-67 (S.D. Iowa 1995); Lamb v. Maschner, 633 F. Supp. 351 (D. Kan. 1986).

¹³⁸ *Id.* (*citando a* Meachum v. Fano, 427 U.S. 215, 215, (1976)).

¹³⁹ *Id.* en la pág. 140.

¹⁴⁰ *Id.* (*citando a* National PREA Resource Center, *Does a Policy That Houses Transgender or Intersex Inmates Based Solely on External Genital Anatomy Violate Standard 115.42(c) & (e)?* (24 de marzo de 2016), <https://www.prearesourcecenter.org/node/3927>).

¹⁴¹ *Id.* en la pág. 140.

¹⁴² *Id.* en las págs. 140-141 (*citando a* Gabriel Arkles, *Prison Rape Elimination Act Litigation and the Perpetuation of Sexual Harm*, 17 N.Y.U. J. LEGIS. & PUB. POL'Y 801, 821 (2014).; y a Lena Palacios, *The Prison Rape Elimination Act and the Limits of Liberal Reform*, THE GENDER POLICY REPORT (2017), <http://genderpolicyreport.umn.edu/the-prison-rape-elimination-act-and-the-limits-of-liberal-reform/>).

¹⁴³ *Id.* en la pág. 140.

tatuto es que su cumplimiento varía dependiendo el Estado.¹⁴⁴ Por ejemplo, Idaho, Texas y Arizona se negaron públicamente en cumplir con el estatuto, intercambiando una parte de los fondos federales por la libertad de elaborar sus propias políticas penitenciarias.¹⁴⁵ Por el contrario, un número creciente de localidades, incluyendo a Cook, IL; Cumberland, ME; Denver, CO; y Washington D.C., han tenido éxito con políticas que clasifican a las personas por identidad de género en lugar del sexo asignado al nacer.¹⁴⁶ Finalmente, la ausencia de detalles sobre lo que debería implicar las evaluaciones individualizadas para asignar a las personas a una institución en particular, le otorga demasiada discreción a las administraciones penitenciarias.¹⁴⁷

En síntesis, la mayoría de las administraciones penitenciarias todavía promueven una concepción medicalizada del sistema binario de género.¹⁴⁸ No obstante, realizar determinaciones basadas en interpretaciones subjetivas de características físicas externas o diagnósticos médicos, no es una base satisfactoria para respetar el bienestar emocional y físico de las personas *trans* encarceladas. Dichas políticas, estigmatizan y ponen en peligro, a las personas *trans* que están encarceladas.¹⁴⁹ Por consiguiente, es indispensable que los tribunales intervengan en el asunto y exijan a las administraciones penitenciarias a que elaboren políticas de efectivas que estén basadas en un modelo de identidad de género, para proteger la autonomía y la seguridad de las personas *trans* encarceladas.¹⁵⁰

v. Violencia Institucional contra las personas trans

Otro desafío que enfrentan las personas *trans* encarceladas es que se encuentran expuestas a un mayor riesgo de sufrir violencia. Las personas *trans* a menudo son víctimas de ataques físicos, acoso y agresión sexual.¹⁵¹ De hecho, las personas *trans* encarceladas tienen entre nueve y diez veces más probabilidades de ser agredidas sexualmente por otro recluso que la población general encarcelada, y de cinco a

¹⁴⁴ *Id.* (citando a Amanda Hess, *Protecting Trans Prisoners* (2015), http://www.slate.com/articles/double_x/doublex/2015/01/leslieann_manning_lawsuit_a_transgender_woman_sues_the_sullivan_correctional.html).

¹⁴⁵ Véase, *supra* nota 144.

¹⁴⁶ *Id.* (citando a LAMBDA LEGAL, *Transgender Incarcerated People in Crisis*, in TRANSGENDER RIGHTS TOOLKIT 5-9 (2016), http://www.lambdalegal.org/sites/default/files/transgender_booklet_-_incarcerated.pdf).

¹⁴⁷ *Id.* en pág. 141.

¹⁴⁸ Ruff, *supra* nota 133, en la pág. 142 (citando a Center for Constitutional Rights and the National Lawyers Guild, *The Jailhouse Lawyer's Handbook* (5ta ed. 2010)).

¹⁴⁹ *Id.* en la pág. 142.

¹⁵⁰ *Id.*

¹⁵¹ *Id.* en la pág. 149. (citando a Center for Constitutional Rights and the National Lawyers Guild, *The Jailhouse Lawyer's Handbook* (5ta ed. 2010)).

seis veces más propensas a ser agredidas sexualmente por algún funcionario de la prisión.¹⁵² Existen varios factores que contribuyen sustancialmente a la situación referenciada.¹⁵³ Uno de estos factores es la falta de capacitación adecuada a los funcionarios de la prisión, con respecto a las necesidades de las personas *trans* encarceladas,¹⁵⁴ ya que la ausencia de capacitación puede conllevar al abuso de las personas *trans* de parte de los propios funcionarios de la prisión.¹⁵⁵ Otros factores son la transfobia generalizada, la privacidad reducida y la dinámica de poder en la cárcel.¹⁵⁶

Por otro lado, las pocas políticas penitenciarias que existen con respecto a esta problemática, están firmemente arraigadas en un marco que yuxtapone el castigo y el género de manera que el comportamiento que no se ajusta al binarismo de género puede conducir al castigo.¹⁵⁷ Por consiguiente, los cuerpos transgénero se encierran de manera efectiva ya que se colocan dentro de un sistema que no acomoda su existencia y no está adecuadamente preparado para protegerlos.¹⁵⁸ Esto crea condiciones extremadamente peligrosas.¹⁵⁹ Como resultado, esto fuerza a la mayoría de los prisioneros *trans* a luchar por la atención más básica.¹⁶⁰

Con respecto a Puerto Rico, no existe ninguna política penitenciaria a nivel local que aborde la violencia institucional en contra de las personas *trans*. No obstante, el Departamento de Corrección y Rehabilitación ha formulado el *Reglamento para Prevenir, Detectar, Informar y Responder a la Violencia Sexual en las Instituciones Correccionales* que atiende esta problemática para toda la población correccional. Dicho reglamento tiene como propósito “establecer los procedimientos para prevenir, detectar, informar y responder a cualquier tipo de violencia sexual perpetrada en contra de los miembros de la población correccional y jóvenes transgresores institu-

¹⁵² *Id.* (citando a James S.E. Herman et al., *The Report of the 2015 U.S. Transgender Survey*, NATIONAL CENTER FOR TRANSGENDER EQUALITY (NCTE) 1, 187 (2016)).

¹⁵³ *Id.* en la pág. 149.

¹⁵⁴ Véase, *supra* nota 148, en la pág. 149.

¹⁵⁵ *Id.*

¹⁵⁶ *Id.* (citando a HUMAN RIGHTS CAMPAIGN, *Understanding the Transgender Community* (2018) <https://www.hrc.org/resources/understanding-the-transgender-community>; y a Valerie Jenness et al., *Violence in California Correctional Facilities: An Empirical Examination of Sexual Assault* (2007), http://ucicorrections.seweb.uci.edu/pdf/FINAL_PREA_REPORT.pdf).

¹⁵⁷ Agbemenu, *supra* nota 10, en la pág. 13.

¹⁵⁸ *Id.* en la pág. 14.

¹⁵⁹ *Id.*

¹⁶⁰ *Id.* (citando a Alison Flower, *Dee Farmer Won a Landmark Supreme Court Case on Inmate Rights. But That's Not the Half of It*, VILLAGE VOICE (Jan. 29, 2014), <http://www.villagevoice.com/2014-01-29/news/dee-farmer-vbrennan-prison-rape-elimination-act-transgender-lgbt-inmate-rights/2> [<http://perma.cc/8788-JCFQ>]).

cionalizados en virtud a una medida dispositiva, bajo la custodia del Departamento de Corrección y Rehabilitación”.¹⁶¹ Cabe destacar que el referido reglamento sigue los protocolos establecidos por PREA. Además, establece que “todos los funcionarios que tengan contacto directo con los miembros de la población correccional serán adiestrados sobre la política cero tolerancias contra la violencia sexual”.¹⁶² Por otro lado, el reglamento especifica que “los cateos y registros a las personas transgénero se harán de forma respetuosa, profesional y de la manera menos invasiva posible”.¹⁶³

Asimismo, el mencionado reglamento provee acceso libre de costo a exámenes médico-psicológicos, tratamiento y consejería. Sin embargo, éste especifica que si algún miembro de la población correccional pertenece a la comunidad LGBTIN (acrónimo que utiliza el Departamento de Corrección y Rehabilitación para referirse a un grupo de personas con diferentes tendencias sexuales; incluyendo lesbianas, homosexuales, bisexuales, transgéneros, intersexuales y no conformes) “se le ubicará y se le ofrecerán los programas de acuerdo a la evaluación individual. Estos miembros de la población correccional no se clasificarán en las unidades de vivienda, exclusivamente por su identificación de género sexual, a menos que exista una unidad de este tipo destinada a la protección de esta población”.¹⁶⁴ Con respecto al tratamiento médico y salud mental, dicho reglamento establece que “las víctimas y ofensores de violencia sexual recibirán acceso inmediato sin restricciones, a tratamiento médico y psicológico de emergencia. Además, recibirán servicios de intervención en crisis”.¹⁶⁵ Finalmente, segúnéste, podemos identificar que el Gobierno de Puerto Rico no cuenta con facilidades para atender a esta población tan vulnerable, por lo que sigue fomentando el binarismo de género y la política absurda de ubicar a las personas en prisiones, basado estrictamente en su área genital.

Por lo todo lo anteriormente expresado, es notable que las instituciones penitenciarias, tanto puertorriqueñas como estadounidenses, reflejan el desprecio social por los problemas que enfrentan las personas *trans*.¹⁶⁶ Por consiguiente, es indispensable que los tribunales de ambas jurisdicciones impongan un deber claro a los funcionarios penitenciarios para proteger a las personas transgénero de todas las formas de abuso de género, incluidos los insultos transfóbicos y el acoso sexual.¹⁶⁷ Asimismo,

¹⁶¹ Departamento de Corrección y Rehabilitación, Reglamento para Prevenir, Detectar, Informar y Responder a la Violencia Sexual en las Instituciones Correccionales, Núm. 8715 en la pág. 2 (9 de marzo de 2016), <http://app.estado.gobierno.pr/ReglamentosOnLine/Reglamentos/8715.pdf>.

¹⁶² *Id.* en la pág. 14.

¹⁶³ *Id.* en la pág. 16.

¹⁶⁴ *Id.* en la pág. 20.

¹⁶⁵ *Id.* en la pág. 31.

¹⁶⁶ Ruff, *supra* nota 133, en la pág. 152.

¹⁶⁷ *Id.*

el sistema legal debería reconocer además que dicho abuso es en parte producto de una transfobia generalizada.¹⁶⁸ Es bochornoso que los tribunales, que tienen indudablemente la capacidad de desempeñar un papel más proactivo en la prevención de la opresión *trans*, no reconozcan de forma inmediata las identidades transgénero como legítimas, en lugar de ser indicativas de una enfermedad mental.¹⁶⁹

VIII. EL DEBER CONSTITUCIONAL DEL ESTADO DE GARANTIZAR EL TRATAMIENTO MÉDICO ADECUADO PARA LAS PERSONAS TRANS

Como se mencionó anteriormente, las personas *trans* continúan en una ardua lucha para obtener acceso a la atención médica integral. No obstante, esta dificultad aumenta dramáticamente por las condiciones de reclusión que a menudo ponen en peligro sus vidas. Esto se puede visibilizar con mayor precisión cuando los funcionarios de las prisiones continuamente le privan a las personas *trans* recluidas de recibir acceso a la atención médica relacionada con su transición, como la terapia de hormonas o cirugía de reasignación de sexo.¹⁷⁰

Como respuesta a esta situación, se ha utilizado la Octava Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos como mecanismo para asegurar el tratamiento médico de una persona *trans* que se encuentra recluida,¹⁷¹ ya que dicho estatuto prohíbe el castigo cruel o inusitado hacia las personas encarceladas, con respecto a las condiciones de reclusión y el tratamiento médico necesario.¹⁷² También, el referido estatuto le provee a la persona que se encuentra encarcelada y que, además, ha sido privada de sus derechos constitucionales por la incapacidad de los funcionarios de la prisión, un reclamo válido constitucional para satisfacer sus necesidades fundamentales tales como el derecho a alimentos, vivienda, vestimenta, seguridad y tratamiento médico.¹⁷³ Este deber constitucional del Estado de cuidar o proteger a una persona que se encuentra encarcelada nace cuando el mismo ha restringido activamente a una persona y le privó de su capacidad de cuidarse.¹⁷⁴

No obstante, para poder establecer un reclamo válido que permita obtener terapia hormonal y/o cualquier otro tratamiento médico de reasignación sexual para una persona *trans* que se encuentra recluida, es necesario determinar que el estado, en efecto, ha violado el derecho de una persona encarcelada de recibir el tratamiento

¹⁶⁸ *Id.*

¹⁶⁹ *Id.*

¹⁷⁰ Agbemenu, *supra* nota 10, en la pág. 2.

¹⁷¹ *Id.* (citando a la CONST. EE. UU. enm. VIII).

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ Farmer v. Brennan, 511 U.S. 825, 832 (1994).

¹⁷⁴ Estelle v. Gamble, 429 U.S. 97, 97 (1976).

médico adecuado mediante la referenciada enmienda.¹⁷⁵ Por consiguiente, se necesitan evaluar dos estándares constitucionales: el objetivo y el subjetivo.¹⁷⁶ En el análisis objetivo, es necesario determinar si la persona muestra una necesidad médica grave; y en el subjetivo, es necesario determinar si los funcionarios de la prisión fueron deliberadamente indiferentes ante esa necesidad.¹⁷⁷ En otras palabras, se necesita medir la severidad de la alegada privación para determinar la necesidad médica grave. Para determinar la indiferencia deliberada, se necesita precisar si el funcionario de la prisión actuó con un estado mental suficientemente culpable.¹⁷⁸

Cuando se han presentado estos reclamos constitucionales, los tribunales han utilizado tres factores para determinar si la persona *trans* tiene una necesidad médica grave conforme a su disforia de género, los mismos incluyen: “(1) si un médico consideraría la disforia de género del individuo como una necesidad médica grave; (2) si la condición médica afecta significativamente las actividades diarias; y (3) si existe dolor crónico y sustancial”.¹⁷⁹ Bajo este análisis, una necesidad médica grave es aquella que implica un riesgo sustancial de daño grave para la persona si no se trata.¹⁸⁰ En cambio, para determinar si los funcionarios de la prisión han sido indiferentes deliberadamente, es necesario evidenciar que los mismos han prolongando un castigo cruel e inusitado hacia las necesidades médicas del recluso.¹⁸¹ Un ejemplo “podría ser la retención deliberada de los medicamentos necesarios de un recluso”.¹⁸²

Independientemente de si los médicos de la prisión manifiestan indiferencia deliberada ante las necesidades médicas graves de las personas encarceladas o si los guardias de la prisión retrasan o niegan intencionalmente el acceso al tratamiento médico, si estos interfieren intencionadamente con el tratamiento una vez prescrito, se necesita establecer un reclamo constitucional bajo la Ley de Derechos Civiles Federal.¹⁸³ Este estatuto establece que “toda persona bajo el color de cualquier estatuto, ordenanza, regulación, costumbre o uso, de cualquier Estado o Territorio o el Distrito de Columbia, sujetos, o causas a ser sometidas, cualquier ciudadano

¹⁷⁵ Agbemenu, *supra* nota 10, en la pág. 11 (*citando a* Estelle v. Gamble, 429 U.S. 97, 97 (1976)).

¹⁷⁶ *Id.* en la pág. 15.

¹⁷⁷ *Id.* en las págs. 15-16 (*citando a* Farmer v. Brennan, 511 U.S. 825, 834 (1994)).

¹⁷⁸ *Id.*

¹⁷⁹ *Id.* en la pág. 42 (*citando a* Brock v. Wright, 315 F. 3d 158, 162 (2d Cir. 2003); Chance v. Armstrong 143 F. 3d 698, 702 (2d Cir. 1998)).

¹⁸⁰ Brooks v. Berg, 270 F. Supp. 2d 302, 309 (N.D.N.Y. 2003).

¹⁸¹ Marjorie A. Shields, *Annotation, Provision of Hormone Therapy or Sexual Reassignment Surgery to State Inmates with Gender Identity Disorder*, 89 A.L.R. 6TH 701, § 2 (2013).

¹⁸² *Id.*

¹⁸³ *Id.*

de los Estados Unidos u otra persona dentro de la jurisdicción que quiera privar los derechos, privilegios o inmunidades consagrados por la Constitución y sus leyes, será responsable ante la parte perjudicada en una acción legal, demanda en equidad, u otro procedimiento adecuado para la reparación de daños”.¹⁸⁴ A través del referido estatuto, se puede obtener un remedio mediante ‘injunction’, después de ser presentado ante un tribunal con jurisdicción. Sin embargo, es importante aclarar que no todos los reclamos de una persona *trans* recluida a la que se le ha negado el tratamiento médico adecuado, indican una violación de la cláusula de castigos crueles e inusuales de la Octava Enmienda. Por ejemplo, un retraso en la prestación de servicios médicos por lesiones que no son graves, o dónde no resultará ningún daño a causa de la demora, no constituyen un reclamo válido bajo la Octava Enmienda.¹⁸⁵

Deplorablemente, las personas *trans* recluidas solo han logrado acceso condicional a la terapia hormonal apelando a la clasificación del DSM-IV de disforia de género como una enfermedad mental, y al establecer que la falla de los funcionarios de la prisión de proveer terapia hormonal constituye una indiferencia deliberada ante una necesidad médica grave. No obstante, etiquetar la disforia de género “como una enfermedad mental es una espada de doble filo ya que aunque permite a las personas *trans*, acceso a la terapia hormonal, lo hace describiéndolos como enfermos; lo cual entra en desacuerdo con la conceptualización de la comunidad transgénero”.¹⁸⁶ Este argumento legal, además de patologizar a la comunidad *trans* al describir la identidad de género no conforme como una enfermedad, crea una tensión difícil entre asegurar el acceso al tratamiento y abogar por la aceptación de las personas transgénero y su identidad de género.¹⁸⁷ Como resultado, la patologización de la comunidad *trans* solo refuerza la dicotomía de género en la que se basa gran parte del odio y la virulencia hacia las personas *trans*.

Lamentablemente, en la gran mayoría de los casos en que un tribunal ha encontrado que la disforia de género constituye una necesidad médica grave, el demandante ha recurrido a acciones extremas e increíblemente peligrosas, como intento de suicidio y/o automutilación genital, para poder obtener algún remedio.¹⁸⁸ No existe justificación alguna para que una persona alcance este nivel de desgaste físico y trauma psicológico, para que un tribunal clasifique su condición como lo suficientemente grave para acceder al tratamiento.

¹⁸⁴ 42 U.S.C. §1983 (2006).

¹⁸⁵ Shields, *supra* nota 181, (*citando a* Am. Jur. 2d, Penal and Correctional Institutions § 99).

¹⁸⁶ Susan S. Bendlin, *Gender Dysphoria in the Jailhouse: A Constitutional Right to Hormone Therapy?*, 61 CLEV. ST. L. REV. 957, 961 (2013) (*citando a* Silpa Maruri, *Hormone Therapy for Inmates: A Metonym for Transgender Rights*, 20 CORNELL J.L. & PUB. POLY 807 (2011)).

¹⁸⁷ Agbemenu, *supra* nota 10, en la pág. 3.

¹⁸⁸ *Id.*

Aunque la jurisprudencia norteamericana no establece como requisito los actos de autolesión para que la disforia de género cumpla con el estándar de necesidad médica grave, el historial de casos sugiere firmemente que estos incidentes juegan un papel crítico en los hallazgos de los tribunales.¹⁸⁹ De hecho, una ínfima de casos que se presentan por motivos de la Octava Enmienda carecen de mención de intento de suicidio o mutilación genital.¹⁹⁰

Por lo anteriormente expresado, es necesario presentar un argumento legal sólido que pueda prevenir traumas físicos y psicológicos sin depender de la medicalización de la comunidad transgénero. En *Deshaney v. Winnebago County Department of Social Services*, el Tribunal Supremo de Estados Unidos sostuvo que la cláusula de debido proceso de ley no imponía una acción afirmativa al acusado porque la prisión implica inherentemente la privación de la libertad de un recluso de cuidarse a sí mismo, si se han colocado deberes afirmativos en el Estado basados en disposiciones constitucionales como la Octava Enmienda.¹⁹¹ Luego en *Youngberg v. Romeo*, el Tribunal Supremo Estadounidense sostuvo que la cláusula de debido proceso de ley crea un deber afirmativo para que el Estado brinde a los pacientes mentales comprometidos involuntariamente los servicios necesarios para garantizar su seguridad razonable.¹⁹² Bajo este argumento surge el deber constitucional del Estado en asegurar la seguridad y el bienestar general de una persona que es tomada bajo su custodia y es retenida en contra de su voluntad.

Además, el Tribunal reiteró que cualquier falla del Estado en satisfacer esas necesidades humanas básicas transgrede los límites sustantivos a la acción estatal establecidos por la Octava Enmienda y la cláusula de debido proceso.¹⁹³ Por lo tanto, en el análisis sustantivo del debido proceso de ley, “es el acto afirmativo del Estado de restringir la libertad del individuo para actuar en su propio nombre ... que es la privación de libertad que desencadena la protección de la cláusula de debido proceso”.¹⁹⁴ Al realizar este análisis, el Tribunal cambió el enfoque de los límites del castigo aceptable a un énfasis en la atención de protección resultante de la privación de libertad.¹⁹⁵ Por consiguiente, el Estado se convierte en el único custodio de las personas que perdieron la capacidad de mantenerse, ya que fueron restringidos de su libertad por el método de castigo utilizado por el debido proceso de ley sustan-

¹⁸⁹ *Id.* (citando a *Kosilek v. Spencer*, No. 21-2194, 2014 WL 7139560 (1st Cir. Dec. 16, 2014); *De'Lonta v. Angelone*, 330 F.3d 630 (4th Cir. 2003)).

¹⁹⁰ *Id.*

¹⁹¹ 489 U.S. 189, 198-199 (1989).

¹⁹² *Youngberg v. Romeo*, 457 U.S. 307, 314- 325 (1982).

¹⁹³ *Agbemenu*, *supra* nota 10, en la pág. 39 (citando a *Deshaney v. Winnebago County Dept of Social Services*, 489 U.S. 189 (1989)).

¹⁹⁴ *Id.* en las págs. 139-140.

¹⁹⁵ *Id.* en la pág. 140.

tivo.¹⁹⁶ Como resultado de ese análisis, se podría crear una obligación por la cual las cárceles tendrían un deber afirmativo de garantizar la seguridad de los presos y la expresión de la identidad de género en virtud de la cláusula del debido proceso, basado en la autonomía decisional con respecto a la identidad de género.¹⁹⁷

IX. CONCLUSIÓN

En conclusión, además de los innumerables problemas que enfrentan las personas *trans* a diario en nuestra sociedad, sus luchas por derechos básicos no se comparan con lo que tienen que soportar estos en el sistema penitenciario. Como se mencionó anteriormente, entre las dificultades que enfrentan en el sistema penitenciario se encuentran: designaciones incorrectas de vivienda, acceso limitado a la atención médica y violencia institucional. Aunque existen algunas protecciones legales para las personas *trans* encarceladas, este progreso se basa en gran parte de suposiciones estigmatizantes y erróneas sobre lo que es el sexo y el género. Por consiguiente, es indispensable que no solo el Estado asuma su deber constitucional de proteger y satisfacer las necesidades fundamentales de las personas *trans* encarceladas, sino que también les corresponde a nuestros tribunales proteger estos derechos de manera efectiva y proactiva, “más allá de la transfobia y la cisnormatividad, y en su lugar honrar la dignidad y la autonomía de las personas de todos los géneros”.¹⁹⁸

Por lo tanto, para poder realizar estos cambios en el sistema penitenciario, es necesario destruir la noción actual del binarismo de género que abarca todos los aspectos más importantes de nuestra sociedad, y a su vez, conlleva reformular la noción social y legal que tenemos sobre el concepto de género. Además, es nuestro deber como sociedad de respetar los derechos de todas las personas sin distinción de género y crear un espacio para que *todes* puedan construir su propia identidad de género sin privarles de uno de los derechos más importantes de nuestra constitución: el derecho a vivir una vida digna.

¹⁹⁶ *Id.* (citando a Philip M. Genty, *Confusing Punishment with Custodial Care: The Troublesome Legacy of Estelle v. Gamble*, 21 VT. L. REV. 379, 399 (1996)).

¹⁹⁷ *Id.* en la pág. 40.

¹⁹⁸ Ruff, *supra* nota 133, en la pág. 158.

EL GRAN TRECHO EN EL PROCESO DE PREAUTORIZACIONES DE SERVICIOS MÉDICOS EN EL PLAN DE SALUD DEL GOBIERNO DE PUERTO RICO Y SUS POSIBLES VIOLACIONES AL DERECHO A LA SALUD

ARTÍCULO

JUAN CARLOS SERRANO FUENTES¹

“Frankly my dear, I don’t give a damn”

-Hon. Pedro Rosselló González,
Gobernador de Puerto Rico
(1993-2001)

RESUMEN

La calidad de vida del ciudadano mediante la obtención, por parte del gobierno, de servicios de salud de excelencia ha sido meta gubernamental (y promesa de campaña) desde los tiempos de antaño. A modo de ejemplo, en agosto de 1996, meses antes de las elecciones, el gobierno aprobó la “Ley del Derecho a la Salud”. En esta pieza legislativa, el Estado reconoció el derecho a la salud como uno que emana de los articulados de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Cuatro (4) años después, se aprobó la coloquialmente conocida “Carta de Derechos del Paciente”. En esta se reitera el compromiso social del Estado según dispuesto por la Constitución de Puerto Rico. El estatuto dispuso que: “Esta importante meta social, que en gran medida representa el cumplimiento de un compromiso latente en la Constitución de Puerto Rico, surge del convencimiento, demostrado por la experiencia acumulada de varias décadas, de que el acceso adecuado a servicios de salud de calidad es un componente esencial en cualquier definición válida del concepto de calidad de vida, así como un derecho humano fundamental”. Sin embargo, la realidad es otra. Las historias de terror sobre la negación de servicios esenciales e indispensables, incluso para garantizar la vida en pacientes con condiciones graves y en peligro inminente de muerte, afloran esporádicamente en los periódicos y noticiarios del país. El entramado burocrático de cartas circulares,

¹ Estudiante de tercer año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

protocolos y procedimientos establecidos por las aseguradoras en muchas ocasiones redundan en la suspensión de servicios esenciales a los pacientes mientras el proceso de negociación con los médicos se completa. En el peor y más trágico de los casos, cuando la intervención tardía del Estado ocurre, el ciudadano ya ha perdido la vida, sea por deficiencias en la obtención de servicios necesarios para su salud.

ABSTRACT

The quality of life of the citizen through the obtaining, by the government, of quality health services has been a governmental goal (and campaign promise) since the times of yesteryear. In August 1996, months before the elections, a law was passed that recognized the right to health, in which the State recognized that right as one that emanates from the articles of the Constitution of the Commonwealth of Puerto Rico. Four (4) years later, the colloquially well-known “Patient’s Bill of Rights” was approved, reiterating the State’s social commitment as stipulated by the Constitution of Puerto Rico. This bill stipulated that: “This important social goal, which to a large extent represents the fulfillment of a commitment latent in the Constitution of Puerto Rico, arises from the conviction, demonstrated by the accumulated experience of several decades, that adequate access to quality health services is an essential component in any valid definition of the concept of quality of life, as well as a fundamental human right.” However, the reality is different. Horror stories about the denial of essential and indispensable services even to guarantee life in patients with serious conditions and in imminent danger of death appear sporadically in the newspapers and news programs of the country. The bureaucratic framework of circular letters, protocols and procedures established by insurers often leads to the suspension of essential services to patients while the negotiation process with doctors is completed. Finally, in the worst and most tragic of cases, it has been seen how sometimes, when the late intervention of the State occurs, the citizen has lost his life, either due to deficiencies in obtaining services that affect his health, or in some cases his mental health, for example, “suffering death ... by suicide.”

I. INTRODUCCIÓN

La implementación de la entonces llamada “tarjetita de salud” en los comienzos de la década de 1990 se presentó como “garantía de un mayor acceso y mejor servicio de salud” e incluso hay quienes postulan que su implementación fue “carta de triunfo del padre del pasado gobernador Ricardo Roselló”.² Esta rompería una brecha entre ricos y pobres que se manifestaba en la dispar obtención de servicios de calidad para

² María de Lourdes Guzmán, *Puerto Rico en venta*, CLARIDAD (13 de febrero de 2018), <http://www.claridadpuertorico.com/content.html?news=A92A8FC2BEE0828C16A72E2EC7D54B29https://www.claridadpuertorico.com/puerto-rico-en-venta/>.

los más acomodados y un servicio limitado y poco accesible, sujeto a las realidades presupuestarias del gobierno para los indigentes. Y es que, la calidad de vida del ciudadano mediante la obtención, por parte del gobierno, de servicios de salud de calidad ha sido meta gubernamental (y promesa de campaña) desde los tiempos de antaño. Es por ello que con regularidad se escucharán a políticos decir que “[l]a Salud de nuestro pueblo . . . [es] más que un compromiso . . . una obligación sagrada”.³

El gobernador Pedro Rosselló González, en su primer mensaje de presupuesto durante su segundo cuatrienio en el cargo, en febrero de 1997, presentó a los cuerpos legislativos y al país lo que para él había sido un logro en el campo de la salud:

La Salud de nuestro pueblo, es para ustedes como lo es para mí, más que un compromiso . . . una obligación sagrada. Por eso verán que el presupuesto asignado de 2,275 millones de dólares, refleja un aumento para este año que pudiera parecer pequeño, pero sucede que ahora los dineros asignados, van a ser usados para asegurar acceso a todos a un sistema abierto, efectuando reducciones en áreas que, hasta hace pocos años, eran solamente lastres ineficientes.

Para que tengan una idea clara, solamente ASES, la entidad a cargo de manejar los fondos relacionados a la tarjeta de salud, en 1994 recibió apenas 18 millones de dólares . . . Ya para el presupuesto del año pasado se le asignó 521 millones, y este año se le aumenta en 22.4% para llegar a 638 millones de dólares . . . dotando así de los recursos necesarios para continuar la expansión anunciada de la reforma de salud para este próximo año fiscal. [...]

[Esto] a la vez, exhibe un esfuerzo coordinado y decisivo, por recuperar el orden y los recursos que se pierden por errores históricos, encomendando al liderato del comité de privatización del Banco Gubernamental de Fomento, para que nos permita recapitalizar muy pronto nuevos fondos, para culminar así el proyecto total de la Reforma de Salud . . . en todos los municipios . . . para toda nuestra gente.⁴

Lo que subyacía en las aliñadas palabras del entonces Gobernador, condimentadas con la sazón de la apariencia de logro, eran los ingredientes perfectos de una hecatombe que con inminencia y a pasos acelerados se avecinaba. La implementación de ese proyecto de salud, que en ese entonces estaba en su fase inicial y no alcanzaba la totalidad de los municipios, requirió en dos (2) años aumentos dramáticos en el

³ Hon. Pedro Rosselló González, *Mensaje de Presupuesto para el Cuatrienio 1997-2000*, PORTAL OFICIAL DEL GOBIERNO DE PUERTO RICO (18 de febrero de 1997), <http://www.presupuesto.gobierno.pr/af99/tocs/presup99.htm>.

⁴ *Id.*

presupuesto. Tales aumentos eran una señal de alerta pues las partidas incrementaron de \$18 millones a \$521 millones y finalmente a \$638 millones. Esto, lejos de ser un logro prometedor, fue una receta abocada al fracaso. Para el año fiscal 2018-2019, el presupuesto consolidado y recomendado para la Administración de Seguros de Salud de Puerto Rico (en adelante, ASES), entidad a cargo de manejar los fondos relacionados con la tarjeta de salud, ascendió a \$2,809,313,000. De esta cantidad, \$2,387,650,000, es decir el 85% del presupuesto, eran fondos federales destinados al Plan de Salud del Gobierno mediante las aportaciones del *Medical Assistance* y el *Children's Health Insurance Program (CHIP)*.⁵

En el presente escrito analizaremos el periodo que trascurrió desde la creación e implementación de la reforma de salud en el año 1994, hasta el 2017. No se contempla los cambios al nuevo modelo implementado bajo la administración de Ricardo Roselló, ni el escándalo de corrupción que condujo al arresto de la entonces directora de ASES, Angie Rivera. Evento que en todos caso sustenta nuestro planteamiento de como la salud del pueblo era el manto que ocultaba el robo de los dineros del pueblo.

Aquella promesa política de Roselló padre, de un sistema de salud de ensueño, libre, amplio y para todos, ofrecida al pueblo en forma de prosa hermosa, cual poesía premonitoria de un futuro halagador, agenció grandes logros electorales hoy plasmados en los anales de la historia.⁶ Sin embargo, al pueblo le ha costado enfrentar la dura realidad en forma de pesadilla, una realidad muy distinta a lo entonces prometido. La crisis económica de la cual dicha implementación se le puede abrogar una importante cuota ha exigido grandes recortes en el área de la salud. Más adelante se discutirán las historias de terror sobre la negación de servicios esenciales e indispensables, incluso para garantizar la vida en pacientes con condiciones graves y en peligro inminente de muerte que afloran esporádicamente en los periódicos y noticiarios del país. El entramado burocrático de cartas circulares, protocolos y procedimientos establecidos por las aseguradoras que administran el Plan de Salud del Gobierno, en muchas ocasiones redunda en la suspensión de servicios esenciales a los pacientes mientras el proceso de negociación con los médicos se completa. Incluso, en el peor y más trágico de los casos, cuando la tardía intervención del Estado ocurre, el ciudadano ha perdido la vida, ya sea por deficiencias en la obtención de servicios que repercuten en su salud, o en algunos casos en su salud mental, por ejemplo, “[o]curriendo la muerte . . . por suicidio”.⁷ He ahí el gran trecho.

⁵ Oficina de Gerencia y Presupuesto (OGP), *Presupuesto por Agencias, Administración de Seguros de Salud*, [http://www2.pr.gov/presupuestos/presupuestoRecomendado2018-2019/PresupuestosAgencias/Administracion de Seguros de Salud de Puerto Rico.htm](http://www2.pr.gov/presupuestos/presupuestoRecomendado2018-2019/PresupuestosAgencias/Administracion%20de%20Seguros%20de%20Salud%20de%20Puerto%20Rico.htm) (última visita 5 de septiembre de 2018).

⁶ Véase, Comisión Estatal de Elecciones (CEE), *Elecciones generales 1996*, <http://209.68.12.238/cgi-bin/municipios.pl?municipio=pr&1996=on>.

⁷ Pueblo v. APS Healthcare, 175 DPR 368, 372 (2009).

II. Los rigores de un nuevo modelo de Salud

Las premisas en las que se sustentaba el sistema de salud propuesto eran de ensueño. Entre multitudes, la figura mesiánica del entonces gobernador Rosselló González emergía de la muchedumbre que le aclamaba, mientras hacía entrega de la tarjeta de salud que cambiaría las vidas de los miles de beneficiarios del nuevo sistema de salud. Con anterioridad a la puesta en vigor del nuevo modelo, el sistema de salud era uno regionalizado “delegando a las regiones la autoridad del cuidado médico y preventivo”.⁸ Poco le importaban al pueblo las advertencias hechas por conocedores del tema en las vistas públicas celebradas en la Asamblea Legislativa durante la discusión de los proyectos de ley necesarios para concretar el cambio. Algunas de estas advertencias fueron la futura insostenibilidad del modelo, la inconstitucionalidad de la implementación y el desmantelamiento de una estructura forjada por años que a fin de cuentas privaría al Estado de su función de velar por la salud del pueblo. Función mandatada en la Constitución y por tanto indelegable. Sin embargo, el fin parecía justificar los medios bajo la premisa de una genuina intención del gobierno de por fin lograr “equiparar los servicios de la población médico indigente con los del sector privado y proveer [la] libre selección de médicos a través de un Plan de Seguro Médico”.⁹

Inmerso en el ensordecedor ruido de su propio clamor, el pueblo fue incapaz de comprender la magnitud y el alcance de la carta que entregaba al gobierno, dando vía libre para hacer y deshacer por virtud del mandato que le habían entregado a través de las urnas. Bajo la premisa de que el pueblo había hablado, el gobierno, en la dupla ejecutivo-legislativo, se limitó a obedecer. La implementación del nuevo modelo carecía de un análisis con la rigurosidad empírica o epistemológica necesaria dada la magnitud de los cambios que su puesta en marcha requería. Sobre este particular, luego de diversas investigaciones, la Organización Panamericana de la Salud (OPS), adscrita a la Organización Mundial de la Salud (OMS), señaló que:

El proceso de toma de decisiones que se dio antes, durante y después del proceso de reforma [en Puerto Rico] no consideró procesos de evaluación ni el desarrollo de indicadores de desempeño para el nuevo sistema. De igual manera no se establecieron indicadores de salud que permitieran medir el impacto de este nuevo modelo en la situación de salud de la población. Las evaluaciones llevadas a cabo por distintos sectores de población apuntaron

⁸ Norman Maldonado, *Historia de los servicios de salud pública: Una visión desde 1900 hasta el inicio de la regionalización*, GALENUS: REVISTA DE LOS MÉDICOS DE PUERTO RICO, <http://www.galenusrevista.com/?Historia-de-los-servicios-de-salud> (última visita 10 de febrero de 2019).

⁹ Organización Panamericana de la Salud, *PERFIL DE SISTEMAS DE SALUD PUERTO RICO 8* (2007), http://www.paho.org/hq/dmdocuments/2010/Perfil_Sistema_Salud-Puerto_Rico_2007.pdf.

a limitaciones en el acceso y calidad a los servicios, persistía la desigualdad entre distintos sectores de la población, y existía una población sin acceso a servicios que representaba aproximadamente un 7% de la población.¹⁰

La disparidad en la obtención de servicios médicos era innegable y no había espacio para cuestionar la necesidad de una reforma como la propuesta por el gobierno. Ciertamente, un sector importante de la población urgía una mejora en los servicios médicos a los que tenían acceso. Lo cuestionable era la conversión de una necesidad genuina en un banderín con claro beneficio electoral sin medir las consecuencias futuras a nivel económico e incluso en la propia capacidad del gobierno para garantizar servicios al más necesitado. Según datos aportados por la OPS:

[A]l comenzar la década del 1990 gran parte de la población no disponía de servicios médicos adecuados. Esto se atribuye a que existía una alta proporción de familias con ingresos bajo el nivel de pobreza, y estas no podían utilizar los servicios médicos del sector privado, dependiendo así de los servicios que ofrecía el gobierno. De acuerdo al Censo de Población del 1990, el 55.3 por ciento de las familias se encontraban bajo el nivel de pobreza en el año 1989.

[...]

En el 1990 el Departamento de Salud contaba con 1,000 médicos para proveerle servicios de salud a 1.8 millones de personas en Puerto Rico. Por el contrario, existían 7,000 médicos para ofrecerle servicios privados al restante 1.7 millones de personas (la otra mitad de la población), que poseían algún tipo de seguro médico. En este 1.7 millones de personas, el 1.2 millones tenía seguro privado; 0.3 millones tenían Medicare Parte A y B; y 0.2 millones eran empleados públicos con parte de la prima pagada por el gobierno central.¹¹

La Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, en su artículo cuarto, impone al Estado la responsabilidad de velar por que la población reciba servicios de calidad y haga los mismos disponibles al pueblo.¹² “La rectoría de la salud, como responsabilidad primaria del Departamento de Salud, es intransferible a otras instancias de la sociedad”.¹³ No obstante, las acciones del gobierno iban dirigidas

¹⁰ *Id.*

¹¹ *Id.* en la pág. 17.

¹² CONST. PR. art. IV, § 6.

¹³ Comisión para Evaluar el Sistema de Salud del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, *Evaluación del Sistema de Salud de Puerto Rico. Hacia el Desarrollo Integral del Sistema de Salud de Puerto Rico: Ciudadanos de Conciencia Salubrista, y un Sistema de Salud con Perspectiva Intersectorial, Holística, Emancipadora, Proactiva y a Base del Derecho Humano a la Salud*, 12 (2005), <http://www.bvirtual.ogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/reogGubernamental/PDF/Informes%20y%20Estudios/2005-11.pdf>

a la total transferencia de dicho deber constitucional. Sus actuaciones encontraban legitimación en el hecho de que los cambios propuestos eran materia de promesa de campaña, recogidos en la plataforma de salud presentada al pueblo cuando el Dr. Pedro Rosselló González era apenas el candidato que se postuló en las elecciones de 1992.¹⁴ “En Puerto Rico, el Gobernador Dr. Pedro Rosselló proponía reformar el sistema de salud existente –regionalizado y administrado por el Gobierno– a uno de la libre empresa donde el sector privado administrara un seguro de salud para los usuarios del sector público...”¹⁵ Movidos por la esperanza de que uno de sus pares contaba con grandes posibilidades de acceder a la primera magistratura del país, un grupo de médicos profesionales contribuyeron tiempo, dinero e intelecto en el desarrollo de dicha plataforma. Sin embargo, una vez alcanzado el poder, no tardaron en decepcionarse.¹⁶

La propuesta de aquel junte de profesionales se basó en el modelo de manejo dirigido utilizado en varios estados de la unión americana.¹⁷ Un distintivo de este modelo, que a su vez es su principal señalamiento, es que el cuidado es estrictamente coordinado por un médico primario, también conocido como médico de cabecera. Este médico, en base a las necesidades del paciente, lo referirá a los especialistas, subespecialistas o cualquier otro profesional de la salud que sea necesario. “El plan circunscribe o limita el tratamiento a un grupo de médicos y algunos hospitales, lo que le plantea al médico la paradoja moral y ética del beneficio económico personal versus el altruismo en su más pura expresión”.¹⁸ Tales cambios requirieron legislación específica que no tan solo impactó la relación típica médico-paciente, sino que también representó un cambio total en el rol que desempeñaba el Estado en los asuntos de la salud.

A. Los augurios de un ente regulador deficiente

El 10 de agosto de 1993, se había presentado el Proyecto del Senado 400, que posteriormente se convirtió en la Ley Núm. 72 del 7 de septiembre de 1993. En su exposición de motivos la ley dispone las funciones generales de ASES, cuya creación se propone:

La Administración tendrá la responsabilidad de implantar, administrar y negociar, mediante contratos con aseguradores, . . . un sistema de seguros de

¹⁴ Maldonado, *Historia de la Medicina en Puerto Rico: La Reforma de Salud del 1993*, GALENUS: REVISTA DE LOS MÉDICOS DE PUERTO RICO, <http://www.galenusrevista.com/?Historia-de-los-servicios-de-salud> (última visita 10 de febrero de 2019).

¹⁵ *Id.*

¹⁶ Enrique Vázquez Quintana, *LA GRAN DECEPCIÓN* 27-30 (1996).

¹⁷ *Id.* en la págs. 39-40. (Específicamente los estados a los que hace referencia el Dr. Quintana son Oklahoma, California, Washington, New York y Oregón).

¹⁸ *Id.* en la pág. 41.

salud que eventualmente les brinde a todos los residentes de la Isla acceso a cuidados médico-hospitalarios de calidad, independientemente de la condición económica y capacidad de pago de quien los requiera.¹⁹

Entre la radicación del proyecto y su aprobación transcurrieron solamente veintiocho (28) días, a pesar de que el proyecto creaba una corporación pública paralela al Departamento de Salud y delegaba en ellos la implementación, administración y cualquier otro asunto relacionado al Plan de Salud del Gobierno. Además, la pieza legislativa menguaba la capacidad del Departamento de Salud para llevar a cabo su función constitucional:

Las buenas intenciones de sus funcionarios no han sido suficientes para cancelar los efectos adversos que, sobre la calidad de servicios del Departamento, han tenido factores como los siguientes: la insuficiencia de los presupuestos; el costo creciente de la tecnología y los abastos médicos; el gigantismo y centralismo burocráticos; y la interferencia partidista con la gestión departamental.²⁰

Durante las vistas públicas, diversos ponentes expusieron sus posiciones a favor y en contra de la medida. El entonces Secretario de Justicia Pedro Pierluisi compareció por escrito y, aun cuando concluyó que la creación del nuevo ente público estaba dentro de las prerrogativas de la Asamblea Legislativa, sus ocho (8) conclusiones y recomendaciones giraron en torno a la vaguedad o ambigüedad de algunos preceptos del proyecto presentado. Además, Pierluisi condicionó el apoyo de su Departamento a la corrección de la falta de claridad en el lenguaje del proyecto.²¹ Por su parte, el Departamento de Salud, dirigido por la doctora Carmen Feliciano de Melecio, compareció resaltando aquellas funciones que harían distintivos a ASES en comparación con el Departamento de Salud. Feliciano de Melecio señaló en su ponencia que “[s]e vislumbra que, con el tiempo, el Departamento de Salud *no tendrá responsabilidad directa* sobre los servicios contratados. Su papel será velar por la calidad de los servicios de salud y que toda la población esté debidamente atendida”.²²

Por su parte, la Asociación Médica de Puerto Rico destacó en primer lugar la categorización despectiva que fomentaba el lenguaje del proyecto en relación con la figura de los médicos que servían en las entidades públicas *vis a vis* los médicos que trabajaban en la industria privada. Además, trajo a la consideración del Senado

¹⁹ P. del S. 400 de 10 de agosto de 1993, 2da Ses. Extraord., 12ma Asam.

²⁰ *Id.*

²¹ Pedro R. Pierluisi, P. del S. 400 de 10 de agosto de 1993, Com. de Reformas Gubernamentales, Senado de Puerto Rico, 2da Ses. Extraord., 12ma Asam, fecha, en la pág. ____.

²² Feliciano Melecio, P. del S. 400 de 10 de agosto de 1993, Com. de Reformas Gubernamentales, Senado de Puerto Rico, 2da Ses. Extraord., 12ma Asam, fecha, en la pág. ____.

el hecho de que el proyecto de ley no contemplaba en la Junta de Directores de la ASES la presencia de un miembro de la clase médica. Los integrantes de la Asociación consideraron que la presencia única del Secretario de Salud era insuficiente. Sobre este particular plantearon que “[el] interés primario [del Secretario de Salud] es la representación de tipo gubernamental. La omisión deja en estado de orfandad a la clase médica”.²³

En la discusión de la pieza legislativa, la creación de la Corporación Pública no halló críticas o reparos sobre su constitucionalidad. Era un ente adscrito al Departamento de Salud, pero independiente y cuya creación, según la opinión del Secretario de Justicia, era cónsona con las prerrogativas de la Asamblea Legislativa. No obstante, incluso los funcionarios de la propia administración proponente mostraron reparos sobre las lagunas en el lenguaje de la medida. Esto respondía a que la función reguladora del Departamento de Salud era totalmente transferida a la Corporación de nueva creación con el objetivo de que el Departamento de Salud eventualmente no tuviera ninguna relación con la prestación de servicios.

Las consecuencias negativas de la vaguedad señalada por los deponentes en las vistas públicas se reflejaron en una evaluación del sistema de salud realizada por una comisión nombrada por Orden Ejecutiva en el año 2006. La Comisión Evaluadora del Sistema de Salud del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, compuesta por más de cien (100) profesionales de la salud, estudiosos del sistema público y diversos expertos en una gama de áreas de la administración de salud pública, fue convocada como resultado de “lo dispuesto en el Boletín Administrativo Núm. OE-2005-13”.²⁴ Los integrantes de esta comisión responderían directamente al Gobernador de Puerto Rico²⁵. Entre los extensos hallazgos, producto de diez (10) meses de trabajo, se resaltó que:

Durante las vistas públicas realizadas por la Comisión Evaluadora del Sistema de Salud se recibieron muchos planteamientos relacionados con el concepto de racionamiento de servicios en áreas de servicios especializados, de medicamentos de alto costo y estudios de tecnología sofisticada. Además[,] se recibió un reclamo extraordinario relacionado con el servicio de salud mental, los cuales son considerados limitados, desarticulados, e inaccesibles.²⁶

²³ Adalberto Mendoza, P. del S. 400 de 10 de agosto de 1993, Com. de Reformas Gubernamentales, Senado de Puerto Rico, 2da Ses. Extraord., 12ma Asam, fecha, en la pág. ____.

²⁴ Comisión para Evaluar el Sistema de Salud del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, *Evaluación del Sistema de Salud de Puerto Rico. Hacia el Desarrollo Integral del Sistema de Salud de Puerto Rico: Ciudadanos de Conciencia Salubrista, y un Sistema de Salud con Perspectiva Intersectorial, Holística, Emancipadora, Proactiva y a Base del Derecho Humano a la Salud*, 2 (2005), <http://www.bvirtual.ogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/reogGubernamental/PDF/Informes%20y%20Estudios/2005-11.pdf>

²⁵ *Id.*

²⁶ *Id.* en las págs. 205-06.

No obstante, despojar al Departamento de Salud de su facultad reguladora no fue el único cambio que requirió una transformación drástica al ordenamiento jurídico en materia de la salud. La transformación era total e incluía que el Estado se despojara, mediante la venta, arrendamiento, subarrendamiento o sesión, de una buena parte de las facilidades médicas.

B. ALBORES DE UNA CRISIS

En la séptima sesión ordinaria de la décimo segunda Asamblea Legislativa, se radicó el Proyecto de la Cámara 2479 (P. de la C. 2479). La fecha exacta de la presentación del proyecto fue el 22 de abril de 1996, como era una Medida de Administración, aparece la representante Zaida “Cucusa” Hernández Torres, entonces Presidenta de la Cámara de Representantes, como autora y, junta a ella, el resto de la delegación de mayoría encabezados por el posterior convicto legislador Edison Mislá Aldarondo. El título propuesto en el proyecto fue la Ley para Reglamentar el Proceso de Privatización de las Instalaciones de Salud Gubernamentales.²⁷ Del trámite legislativo se desprende que esta medida solo contó con un (1) día de vistas públicas, el 30 de mayo de ese 1996, es decir, contó con un poco más de un (1) mes, esto a pesar de ser una medida que trataba sobre la reglamentación del proceso de privatización de las instalaciones de salud gubernamentales. Solamente hubo dos (2) ponencias dirigidas por el Departamento de Justicia y la Oficina de Gerencia y Presupuesto (OGP). No hay constancia en el trámite legislativo sobre comparecencia alguna del Departamento de Salud, custodio y administrador de dichas instalaciones.

La ponencia escrita de la OGP consistió en un (1) folio y dos (2) párrafos. En el segundo de ellos, la OGP expresó que:

La oficina de Gerencia y Presupuesto favorece la aprobación de la medida. La misma amplía las modalidades del Gobierno para privatizar las facilidades o servicios de salud, de acuerdo a la política pública establecida para la Reforma de Salud. Entendemos que los mecanismos que se establecen proveen las garantías necesarias para que en los procesos se proteja el interés público.²⁸

Por su parte, el Departamento de Justicia de Puerto Rico favoreció la aprobación de la medida por cumplir con el propósito contenido en su exposición de motivos y se limitó a sugerir siete (7) cambios de estilos.²⁹ Un (1) mes después, el proyecto

²⁷ P. de la C. 2479 de 22 de abril de 1996, 7ma. Ses. Ord., 12ma Asam. Leg.

²⁸ Jorge E. Aponte, P. de la C. 2479 de 10 de agosto de 1993, Com. De Gobierno, Cámara de Representantes, 7ma. Ses. Ord., 12ma Asam. Leg.

²⁹ Roberto González Rivera, P. de la C. 2479 de 10 de agosto de 1993, Com. De Gobierno, Cámara de Representantes, 7ma. Ses. Ord., 12ma Asam. Leg.

fue aprobado en la Cámara de Representantes y enviado al Senado donde, sin vistas públicas, el 25 de junio de 1996 se aprobó sin enmiendas. El 5 de septiembre de 1996, a dos (2) meses de las elecciones generales, el Gobernador estampó su firma.

Para el momento de la aprobación de la Ley, el pueblo de Puerto Rico contaba con 133 centros de diagnóstico y tratamiento con salas de emergencia las veinticuatro horas del día, alrededor de los setenta y ocho (78) municipios. Para el año 2014, el número de centros de diagnóstico y tratamiento se redujo a tan solo diecisiete (17) centros.³⁰ Los resultados fueron en detrimento del pueblo por la limitación de servicios médicos y por el impacto económico causado, al Estado tener la obligación de suplir la necesidad que las empresas privadas que compraron las facilidades eran incapaces de ofrecer. Para el 2007 la OPS resumió la realidad de nuestro sistema como sigue:

[E]l modelo de privatización de facilidades encauzado por la Reforma de Salud dejó desprovista a la población de los servicios de salas de emergencia que se ofrecían en los Centros de Diagnóstico y Tratamiento, los cuales se vendieron a grupos médicos privados o corporaciones sin fines de lucro para convertirse en Grupos Médicos Independientes (IPA's). En consecuencia, al 2001 solo 58 de los 78 municipios contaban con Salas de Emergencia operando 24 horas 7 días a la semana. Alrededor de 10 centros comenzaron a cerrar facilidades o turnos de servicios transfiriéndole al gobierno la responsabilidad y el gasto económico de tener que subsidiar dichos servicios o retomar y habilitar facilidades que habían sido vendidas, para operarlas mediante contrato con terceros y garantizar así la provisión de estos servicios.³¹

Aunque el número de pueblos con mayor presencia de salas de emergencia había aumentado para entonces,³² el resultado de esta Ley no ponderada con el rigor necesario, aprobada en un periodo de tiempo corto y cuyo fin era que el Estado dejara de poseer dichas instituciones en calidad de dueños, tuvo como resultado que el Estado volviera a la posesión de dichas instalaciones, pero en calidad de arrendatario, una transacción que escapa al entendimiento y a toda lógica.

III. La corrupción históricamente ligada a la Salud

A. El Instituto del Sida

Las actuaciones del Estado en la implementación de la Reforma, así como el desmantelamiento y privatización de los activos del pueblo en la forma tan expedita, denotó poca estima y cierto grado de desprecio por la salud de los puertorriqueños

³⁰ Departamento de Salud de Puerto Rico. Secretaría Auxiliar de Planificación y Desarrollo, *Informa de la Salud en Puerto Rico* 185-186 (2004), https://estadisticas.pr/files/Biblioteca-Virtual/estadisticas/biblioteca/DS/DS_InformeAnual_2014.pdf

³¹ *Id.*

³² *Id.*

por parte de un sector de la clase política. En más de una ocasión, la salud pasó a ser un estribillo político con el fin de obtener beneficios que trascendían más allá de la esfera político partidista. Como cuestión de hecho, los dos (2) escándalos de corrupción con mayor resonancia en la historia política de Puerto Rico están relacionados a la salud. Uno de estos envuelve el desvío de millones de dólares en fondos federales destinados a los pacientes con sida en Puerto Rico, fondos desviados a las campañas políticas de los principales partidos políticos en Puerto Rico, y otro escándalo estaba relacionado al fraude y la influencia política indebida en la tramitación de la venta de un hospital en Manatí.

La corrupción no tiene un color de partido específico. Tres (3) prominentes figuras del Partido Popular Democrático y del Partido Nuevo Progresista recibieron dinero malversado, proveniente de fondos públicos, para el manejo de la salud de pacientes con sida. Por razones desconocidas, no fueron acusados criminalmente, pero lo que sí pudo demostrarse, más allá de duda razonable, es que al menos \$2.2 millones en fondos federales malversados fueron a parar a las arcas de ambos partidos.³³ Estos fueron Pedro Rosselló González, entonces gobernador de Puerto Rico, Carlos Díaz Olivo, candidato a la alcaldía de San Juan por el Partido Nuevo Progresista en las elecciones de 1992 y Héctor Luis Acevedo, alcalde de San Juan y candidato a la gobernación, también en las elecciones de 1992.

La figura clave en el Instituto del Sida fue su director y el testigo estrella de la Fiscalía Federal, Ángel Corcino Mauras. Este testigo declaró que parte del dinero, \$250 mil, fue destinado a la campaña del doctor Pedro Rosselló en una caja de zapatos, lo cual hizo compulsorio que éste se presentara a testificar en el juicio, negando conocimiento personal del robo, aunque no pudo negar con certeza que el dinero fuera a parar a las arcas del partido.³⁴

El escándalo del Instituto del Sida consistió en varias fases y en todas, los acusados o vinculados eran prominentes figuras de la política o relacionados a ella. Entre estos se destacaron Luis Dubon, prominente abogado estadista y dueño de un edificio que por muchos años sirvió de sede al Partido Nuevo Progresista; Yamil Kouri, egresado de Harvard e inicialmente contratado por Rosselló González por \$1 al año; y Edgardo Rosario Burgos, senador del Partido Popular Democrático.³⁵

³³ Iván Román, *Trial May Stain Reputation Of Puerto Rico's Governor*, ORLANDO SENTINEL (12 de marzo de 1999), http://articles.orlandosentinel.com/1999-03-12/news/9903120136_1_puerto-rico-san-juan-pedro-rossello.

³⁴ Iván Román, *Rossello Testifies In Trial*, ORLANDO SENTINEL (9 de mayo de 1999), http://articles.orlandosentinel.com/1999-05-19/news/9905181016_1_rossello-kouri-puerto-rico.

³⁵ *United States v. Dubon-Otero*, 292 F.3d 1 (1er Cir. 2002). Véase además Irene Garzón Fernández, *La corrupción nuestra de cada día*, EL NUEVO DÍA (22 de septiembre de 2016), <https://www.elnuevodia.com/opinion/columnas/lacorrupcionnuestradecadadia-columna-2243576/>.

El caso más dramático dentro de los señalados como responsables, pero que no fueron acusados criminalmente en el escándalo del Instituto del Sida, fue el del licenciado Carlos Díaz Olivo, analista político y reputado formador de conciencias legales mediante su cátedra como profesor de Derecho en el país. Al igual que Roselló, Díaz Olivo había sido señalado directamente por un testigo reunido con el principal acusado en la primera etapa del juicio, el doctor Yamil Kouri.³⁶ Contrario al entonces gobernador, quien rechazó categóricamente su implicación, Díaz Olivo entró en pánico y se negó a testificar por lo cual el juez José A. Fusté ordenó su arresto. Transcurridas cuatro (4) horas de su detención y preguntado por el juez si persistía en su negativa a cooperar con el esclarecimiento de la verdad, Díaz Olivo se acogió a su derecho a no auto incriminarse para luego, por conducto de su abogada, condicionar su testimonio a una posible inmunidad. La inmunidad no se llegó a gestionar y Díaz Olivo testificó. “No recuerdo” y “[n]o me consta” conformaron el grueso de sus respuestas.³⁷

Por su parte, el licenciado Héctor Luis Acevedo también tuvo que dar explicaciones sobre las alegaciones de dinero corrupto en sus campañas. La vinculación del licenciado Acevedo surge de señalamientos de la Oficina del Contralor sobre su deficiencia en procurar una adecuada disposición y el uso de fondos destinados a los pacientes con sida. Todo el entramado corrupto del Instituto del Sida fue señalado por el Contralor y, sobre Acevedo, en específico la oficina del Contralor de Puerto Rico concluyó que:

El Alcalde no requirió oportunamente que se efectuara una auditoría de los fondos que se asignaron a la Advanced desde el 1 de diciembre de 1987. No fue hasta el 12 de agosto de 1993 que el Municipio contrató a una firma de contadores públicos autorizados para que realizara una auditoría de dichos fondos.³⁸

B. La privatización del Hospital Alejandro Otero López

Edison Misla Aldarondo, expresidente de la Cámara de Representes, fue autor de la medida que viabilizaba la venta de las facilidades médicas que poseía el Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Este proceso fue expedito, poco riguroso y respondía principalmente al oleaje electoral y al éxito político agenciado al discurso de la igualdad de los pobres y los ricos que distinguió la implementación de la Reforma de Salud en Puerto Rico.

³⁶ Juanita Colombani, *Ordenan el arresto de Díaz Olivo*, EL NUEVO DÍA (19 de enero de 2000), <http://www.geocities.ws/aidsanepolicies/1192k.html>.

³⁷ *Id.*

³⁸ Oficina del Contralor de Puerto, *Informe de Auditoría DB-00-21: Fondos Dirigidos a Combatir el Sida en Puerto Rico* 8 (2000),

<https://iapconsulta.ocpr.gov.pr/OpenDoc.aspx?id=31aa778c-3fa8-4fd5-9285-021d96144daf&nombre=DB-00-21>.

Por esta legislación Mislá Aldarondo vendió su influencia política, obteniendo dinero de uno de los licitadores en la venta del Hospital Alejandro Otero López en el pueblo de Manatí. Por estos hechos el expresidente de la Cámara fue encontrado culpable. Conviene considerar en su totalidad el resumen de los hechos que hizo el Primer Circuito de Apelaciones de Boston sobre este caso:

Edison Mislá Aldarondo (“Mislá”), ex presidente de la Cámara de Representantes de Puerto Rico fue declarado culpable en el Tribunal de Distrito para el Distrito de Puerto Rico por extorsión, lavado de dinero y manipulación de testigos. Los cargos se produjeron debido a un esquema por parte de un grupo que ofreció comprar un hospital estatal que se estaba privatizando. El grupo buscó y pagó para recibir la ayuda de Mislá y obtener la aprobación reglamentaria necesaria para la compra. Un jurado condenó a Mislá y lo sentenciaron a 71 meses de prisión y tres años de libertad condicional, le impusieron una multa de \$12,500 y se le ordenó que devolviera \$147,400. A fines de la década de 1990, el Departamento de Salud de Puerto Rico y el Banco Gubernamental de Fomento de Puerto Rico comenzaron a privatizar los hospitales públicos de la isla. Los inversionistas fueron identificados a través de un proceso de licitación competitiva, con entidades privadas que tenían un contrato existente para la administración del hospital con opción de compra de ese hospital en particular sin tener que participar en ningún proceso de licitación competitiva.

[...]

El Hospital Dr. Alejandro Otero López (HAOL) en Manatí, Puerto Rico, fue un hospital público administrado por Caribbean Hospital Corporation (CHC). Los coacusados, el Dr. José De Jesús Toro (“De Jesús”) y el Dr. Alvin Ramírez Ortiz (“Ramírez”) eran propietarios de Caribbean Anesthesia Services, Inc. (CAS), proveedor de anestesiología de HAOL.

[...]

De Jesús y Ramírez contrataron al coacusado José Iván Ramos Cubano (“Ramos”). . . . [R]amos declaró que solicitó la asistencia de Mislá porque Mislá tenía una relación cercana con Marcos Rodríguez Ema (“Rodríguez”), el presidente del Banco Gubernamental de Fomento (BGF). Mislá aceptó ayudar y asegurar la aprobación del BGF a cambio del pago. Ramos también declaró que Mislá, en cumplimiento con el acuerdo, organizó reuniones entre CAS y Rodríguez [Ema] que CAS no podría haber obtenido de otro modo. El testimonio de Ramos fue corroborado por el de Ramírez.³⁹

³⁹ United States v. Edison Mislá-Aldarondo, 478 F.3d 52 (1er Cir. 2007). (Énfasis y traducción suplida).

La falta de rigor y profundidad en la discusión de las medidas propuestas para cambiar el ordenamiento jurídico, a fin de facilitar la venta de activos del Estado, cobran sentido al considerar cómo el dinero del pueblo destinado a la salud ha sido despilfarrado y utilizado para el enriquecimiento de aquellos que precisamente fomentaron dichos cambios.

IV. La Salud como Derecho en Puerto Rico

Sin salud no hay libertad. El goce de las libertades humanas y la salud ha sido un tópico siempre vinculado por los estudiosos del tema como una cuestión de derechos humanos. Según Víctor de Currea-Lugo, la salud ha de posibilitar el ejercicio de la libertad, pero ambos comparten un paralelismo: “la de ser una necesidad vital humana”.⁴⁰ Esta vinculación resulta pertinente para crear una noción de necesidad que posibilita argumentar la salud como un derecho desde la perspectiva jurídica.⁴¹ Los logros y el reconocimiento del derecho a la salud varían según la región del mundo donde se lleve a cabo la lucha.

En la Constitución de Puerto Rico no existe un reconocimiento expreso al disfrute del derecho a la salud. No obstante, los padres constituyentes dieron gran mérito y valor a este derecho al crear, mediante mandato constitucional, un Departamento de Salud y delegar a la Asamblea Legislativa sus competencias.⁴² Pese a la renuncia del gobierno de Puerto Rico en 1993 a estas competencias, luego de que fueran delegadas a la ASES, en determinados momentos de la historia se ha reconocido con fuerza de ley el derecho a la salud del ciudadano. Al menos tres (3) estatutos han tenido esa encomienda expresa.

Un ejemplo de esto lo fue la Ley del Derecho a la Salud en Puerto Rico, aprobada estando en vigor la Reforma de Salud y en plena expansión del nuevo modelo de salud. Esta Ley creó un fondo para el manejo de enfermedades catastróficas⁴³ y perseguía dar especial atención a las condiciones de salud que causan la pérdida inminente de la vida, pero que la ciencia ha evidenciado que existe tratamiento que puede salvar la vida del paciente”.⁴⁴

A pesar de haber mal delegado sus competencias, el Estado hizo una importante manifestación sobre el derecho a la salud cuando en la exposición de motivos dispuso que “[l]a salud del ser humano es fundamental para el disfrute cabal de sus derechos. Constituye, además, la columna natural que sostiene el derecho civil a

⁴⁰ VÍCTOR DE CURREA-LUGO, *LA SALUD COMO DERECHO HUMANO* 23 (2005).

⁴¹ *Id.*

⁴² CONST. ELA art. IV, § 6.

⁴³ Ley del Derecho a la Salud en Puerto Rico, Ley Núm. 150-1996, según enmendada, 24 LPRA § § 3221-3235 (2009).

⁴⁴ *Id.*

la vida, consagrado en la Carta de Derechos de nuestra Constitución, Artículo II, Sección 7”.⁴⁵ Acto seguido el Estado parece justificar los cambios drásticos que la implementación de esta ley conllevó al expresar que “[l]as obligaciones del Estado con los derechos fundamentales de sus ciudadanos, sin embargo, no son ilimitadas. Dependen, pues, de la disponibilidad de los recursos y del uso razonable y efectivo de los mismos”.⁴⁶

Las consecuencias de la falta de una regulación adecuada que dejó desprovisto a los ciudadanos de la obtención de servicios sin barreras y de calidad, llevó a la aprobación de la Carta de Derechos del Paciente.⁴⁷ La exposición de motivos de la ley recoge la realidad a la que se enfrentaba el gobierno en su responsabilidad como custodio de la salud del pueblo, así como el ciudadano receptor de los servicios:

Uno de los principales objetivos del Gobierno de Puerto Rico en años recientes ha sido lograr que todos los ciudadanos tengan acceso adecuado a servicios y facilidades de salud médico hospitalarias de calidad, de acuerdo con sus necesidades e irrespectivamente de su condición socioeconómica y capacidad de pago. Esta importante meta social, que en gran medida representa el cumplimiento de un compromiso latente en la Constitución de Puerto Rico, surge del convencimiento, demostrado por la experiencia acumulada de varias décadas, de que el acceso adecuado a servicios de salud de calidad es un componente esencial en cualquier definición válida del concepto de calidad de vida, así como un derecho humano fundamental.

[...]

Esta importante meta es ya realidad en gran medida, gracias a la aprobación de la Ley Núm. 72 de 7 de septiembre de 1993, conocida como “Ley de la Administración de Seguros de Salud de Puerto Rico”. Sin embargo, para proteger la salud de nuestro pueblo no es suficiente asegurar la disponibilidad y acceso a servicios de calidad, también es necesario que los usuarios de servicios de salud conozcan sus derechos y responsabilidades y tengan disponible toda la información necesaria para tomar sus propias decisiones. Los cambios recientes en la industria de servicios de salud médico-hospitalarios también abonan a la búsqueda de medios para asegurar que los usuarios y consumidores de tales servicios tengan toda la información pertinente a su disposición a la hora de seleccionar los servicios de salud médico hospitalarios que utilizarán.⁴⁸

⁴⁵ Exposición de motivos de la Ley del Derecho a la Salud en Puerto Rico, Ley Núm. 150-1996, según enmendada.

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ Carta de Derechos y Responsabilidades del Paciente, Ley Núm. 194-2000, según enmendada, 3 LPRA §§ 3041-3058 (2011).

⁴⁸ Exposición de Motivos, Carta de Derechos y Responsabilidades del Paciente, Ley Núm. 194-2000, según enmendada, 3 LPRA §§ 3041-3058 (2011).

Una de las metas primordiales de esta ley fue reconocer los derechos de los pacientes, estableciendo como política pública el libre flujo de información con la cual debían contar a fin de poder tomar todas “las decisiones relativas a la salud propia y de los seres queridos”.⁴⁹ Sin embargo, y en lo que tal vez es uno de los aspectos más importantes del estatuto, el legislador por primera vez reconoció directamente que la salud trasciende al acceso y se refiere a la calidad. Esto lo hizo al disponer en la ley que “[t]odo paciente tendrá derecho a recibir servicios de salud de la más alta calidad, consistente con los principios generalmente aceptados de la práctica de la medicina”.⁵⁰

La falta de acceso a servicios de salud de calidad y los abusos a los que estaban siendo sometidos los pacientes puertorriqueños conllevó la creación de la Oficina del Procurador del Paciente.⁵¹ Algunas de las funciones otorgadas por el estatuto al Procurador, son:

- (a) Garantizar la accesibilidad del cuidado médico. (b) Servir de facilitador para que el servicio médico llegue a cada paciente beneficiario del Sistema de Salud de una forma más eficiente. (c) Velar que el servicio médico ofrecido sea de calidad y esté basado en las necesidades del paciente, así como garantizar que se brinde de una forma digna, justa y con respeto por la vida humana.⁵²

El Procurador del Paciente es quien atendiendo las querellas presentadas por los afiliados en aras de asistir en la obtención de servicios y, en virtud de esta ley, de eliminar todo tipo de barrera que lo impida.⁵³ Si bien estos preceptos legales son un avance dentro del retroceso que representó la Reforma de Salud, las victorias alcanzadas han sido el producto de arduas luchas legales. Aunque la limitación y los cortes presupuestarios en el área de la salud han agravado la situación, han sido los tribunales los principales escenarios de grandes logros.

A modo de ejemplo, bajo la doctrina de consentimiento informado, el Tribunal Supremo de Puerto Rico reconoció el derecho de todo paciente a tomar decisiones respecto a la intervención médica a la que habrá de someterse. Ello incluye su derecho de consentir o rechazar tratamiento médico, luego de que su médico le haya provisto la información necesaria para tomar una decisión de esa naturaleza. Incluso, se ha considerado como un derivado de esta doctrina, y protegido bajo la libertad de culto, que una persona rechace tratamiento médico, como lo es la transfusión de

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ 3 LPRA § 3042.

⁵¹ Ley del Procurador del Paciente del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Ley Núm. 77-2013, según enmendada, 1 LPRA § 741-753 (2017).

⁵² *Id.* § 743.

⁵³ *Id.* § § 743, 746-748.

sangre, aun cuando esto conlleve la muerte.⁵⁴ Se han adoptado en nuestro ordenamiento jurídico derechos de salud en diversas áreas, pero en lo que concierne al Plan de Salud del Gobierno, la batalla sigue siendo ardua y lenta. Con regularidad se mal entiende el derecho a la salud con el acceso y no siempre un mayor acceso a servicios médicos implica la calidad de los servicios.⁵⁵

V. Obtención de servicios: El proceso de preautorizaciones de procedimientos médicos en el Plan de Salud del Gobierno

A. Un diseño aterrador

Para el año 2017, el Plan de Salud del Gobierno continuaba siendo uno de manejo dirigido. Los servicios se dividían por regiones administradas por cinco (5) compañías de planes médicos: Triple-S Salud, Inc.; MMM Multi Health, Inc.; Molina Healthcare of Puerto Rico, Inc.; First Medical Health Plan, Inc.; y PMC Medicare Choice, Inc.⁵⁶

El Estado no tiene ninguna relación con los servicios de salud prestados, salvo en aquellos hospitales terciarios como el Centro Médico, que es el único centro de salud que cuenta con la mayoría de las subespecialidades médicas de mayor necesidad en el país. En este modelo el cuidado primario está a cargo de un médico de cabecera o doctor primario adscrito a un grupo médico. Para efectos de los planes médicos, un médico primario es:

Un médico con licencia (MD), que es proveedor y que, en el ámbito de la práctica y, de acuerdo con los requisitos de certificación y licenciamiento de Puerto Rico, es responsable de proveer todo el cuidado primario requerido para los asegurados. El MCP es responsable de determinar los servicios requeridos por los asegurados, ofrece continuidad en el cuidado, y provee referidos para los asegurados cuando sea médicamente necesario. Un MCP puede ser un médico generalista, médico de familia, médico internista, obstetra/ginecólogo, o pediatra.⁵⁷

Una vez el beneficiario del Plan de Salud del Gobierno es certificado como elegible, este recibe una tarjeta con la asignación de un médico previamente seleccionado y se le concede al afiliado noventa (90) días para realizar cualquier cambio

⁵⁴ Lozada Tirado v. Tirado Flecha y Testigos de Jehová, 177 DPR 893 (2010).

⁵⁵ VÍCTOR DE CURREA-LUGO, LA SALUD COMO DERECHO HUMANO 25 (2005).

⁵⁶ Ely Acevedo Denis, *Elegidas cinco compañías para administrar regiones de Mi Salud*, NOTICEL (15 de octubre de 2014), <https://www.noticel.com/ahora/elegidas-cinco-compaas-para-administrar-regiones-de-mi-salud/610838583>.

⁵⁷ Molina Healthcare, *Manual del Beneficiario*, 8 (2015). Véase también Triple S Salud, *Manual del Beneficiario* (2015) La definición es exactamente la misma, ya que el Manual es desarrollado en conjunto entre los planes contratados y ASES como ente regulador.

que desee en caso de no estar conforme con el médico asignado. Una vez el cambio advenga final y firme, el paciente del Plan de Salud del Gobierno no podrá cambiar de grupo médico, salvo justa causa a ser determinada por ASES, y debe circunscribirse a recibir cuidados por conducto de su médico de cabecera y de los especialistas y subespecialistas que están dentro del grupo médico primario al cual pertenece su médico. Recibir atención médica de un profesional que no esté incluido en ese grupo requiere la emisión de un referido por parte del médico primario.⁵⁸

El que un médico de cabecera se encargue de los cuidados primarios de un paciente resultaría idílico y pareciera lógico. Sin embargo, en el Modelo de Manejo Dirigido adoptado en Puerto Rico, producto de la Reforma de Salud, el método de pago es por *capitación*. Se asigna una prima mensual al grupo médico al cual pertenece el paciente para cubrir los servicios médicos que recibe. Si el paciente requiere que su médico le transfiera a un especialista fuera del grupo, se le descuenta de esa prima mensual el costo de la visita a ese especialista externo. Esto genera un gran problema porque muchos médicos evitan hacer ese referido. En la evaluación del sistema de salud encomendada por el propio Gobierno se resumió esta problemática de la siguiente manera:

Mediante la ley del 1993, se mercantiliza la salud de la población médico indigente, se privatizan los servicios de salud, se venden facilidades de salud a precios por debajo de su valor y se trata de convertir al Estado exclusivamente en un regulador del Sistema de Salud. Además, se adopta el modelo de cuidado dirigido que predica la prevención para la reducción de costos de los servicios de salud, a través de un pago por persona, llamado “*capitation*”. Mediante este modelo, los pacientes médicoindigentes son asignados a un médico primario quien determina si la condición de salud amerita referidos a especialistas, a pruebas diagnósticas o medicamentos.

Este modelo genera serios dilemas éticos a los médicos al tener que raciocinar o limitar servicios a una población altamente vulnerable a enfermarse, porque la cubierta del Plan de Salud del Gobierno es excesivamente amplia, pero el *capitation* que recibe el médico por prima por mes no permite cubrir todo el costo de la cubierta. Por otro lado, las aseguradoras controlan los fondos que reciben los proveedores y se generan serios conflictos entre ambos, debido al control de utilización y de costos. Tanto en Estados Unidos como en Puerto Rico, el modelo de cuidado dirigido genera gran insatisfacción entre los pacientes por los impedimentos a acceso a servicios. Los médicos primarios se frustran por las limitaciones que imponen las aseguradoras a las decisiones médicas y los políticos están insatisfechos porque en la práctica el cuidado dirigido no ha logrado reducir costos.⁵⁹

⁵⁸ *Id.* en las págs. 15-20.

⁵⁹ Comisión para Evaluar el Sistema de Salud del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, *Evaluación del Sistema de Salud de Puerto Rico. Hacia el Desarrollo Integral del Sistema de*

A este dilema ético sobre la obtención de servicios médicos por parte del doctor primario se le une el control de las aseguradoras en las políticas y procedimientos para el manejo de utilización. Esto no es otra cosa que el control ejercido por las aseguradoras en los servicios médicos que recomienda el médico primario o el especialista. No basta el criterio del médico evaluador para recomendar determinado tratamiento o prueba diagnóstica. Si dicho tratamiento o prueba excede determinado costo, es necesario demostrar a la aseguradora la necesidad de este e incluso justificar por qué no se puede utilizar un tratamiento o prueba diagnóstica distinta, casi siempre de menor costo al recomendado.

Las propias aseguradoras en sus manuales del beneficiario, creados por ASES (razón por la cual todos usan el mismo), definen estas políticas de control como sigue:

Manejo de utilización, es una evaluación de la información médica para saber si el servicio solicitado o recomendado por su proveedor es necesario de acuerdo a ciertas reglas conocidas como criterios clínicos o directrices. Las decisiones de manejo de utilización están elaboradas por profesionales de la salud capacitados. Su Plan de Salud ofrece apoyo clínico a través de programas especializados que facilitan el acceso y la adecuacidad de los servicios con la garantía de que los servicios ofrecidos cumplen con los más altos estándares de calidad. Estos programas son: Manejo de Enfermedades, Pre Autorizaciones de Servicios, y Manejo de Casos.⁶⁰

Cabe resaltar en esta definición el uso del término *adecuacidad*. No existe en la Real Academia Española una definición para este término. No obstante, se deduce del propio texto que se refiere a lo adecuado del tratamiento y dicha adecuacidad la determina el plan médico. Las historias sobre el control de servicios de salud en base a criterios de uso adecuado rayan en el terror.

B. Terror de Estado

Existen registros periodísticos sobre casos concretos donde pacientes con condiciones graves, en necesidad de tratamientos indispensables para vivir, no los reciben a tiempo o simplemente se les rechaza porque no han cumplido con los requisitos de *adecuacidad*.

Salud de Puerto Rico: Ciudadanos de Conciencia Salubrista, y un Sistema de Salud con Perspectiva Intersectorial, Holística, Emancipadora, Proactiva y a Base del Derecho Humano a la Salud, 46-47 (2005), <http://www.bvirtual.ogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/reogGubernamental/PDF/Informes%20y%20Estudios/2005-11.pdf>

⁶⁰ MOLINA, *supra* nota 58, en la pág. 26.

Uno de los casos es el de una niña con hidrocefalia severa a la cual se le denegó Diazepam rectal.⁶¹ La hidrocefalia es “una acumulación de líquido dentro del cráneo, que lleva a que se presente hinchazón del cerebro”.⁶² Lo dramático en este caso es que el medicamento ya se le estaba brindando previamente a la niña por ser el indicado para evitar las convulsiones continuas reflejadas en un encefalograma. Luego de una revisión al formulario de medicamentos, el mismo fue removido del formulario y su aprobación quedó condicionada a que el médico especialista demostrara la necesidad médica del mismo. Esto sin considerar el historial previo de la condición diagnosticada de la menor.⁶³

De otra parte, una mujer de 41 años le fue rechazado un medicamento para batallar el cáncer en el pulmón debido a que su plan médico entendía necesario que se demostrase la necesidad médica. En este caso, el medicamento tiene un costo mensual de \$7,000 y no hubo manera de que su plan médico lo aprobara, aun cuando su oncólogo justificara su uso. La mujer ha quedado desprovista de tratamiento y con la ayuda de familiares y amigos ha intentado costear el mismo realizando actividades de recaudación de fondos.⁶⁴

El más dramático ejemplo del terror que viven algunos beneficiarios del Plan de Salud del Gobierno se refleja en el caso *Pueblo v. APS Healthcare Inc.*⁶⁵ En este caso un joven se privó de la vida en desesperación por la dilación de los servicios de salud mental requeridos para aliviar su condición. La intervención del Estado como ente regulador en este caso fue negligente y burocrática y trágicamente tardía. La denuncia detallada en los hechos del caso es la siguiente:

El referido acusado APS Healthcare of Puerto Rico Inc. allá en o para el 10 al 11 de febrero de 2005, en Bayamón, Puerto Rico, que forma parte de la jurisdicción del Tribunal de Primera Instancia de Bayamón, ilegalmente, violó la disposición del Art. 3.06 (a) de la Ley 408 al negar acceso a un servicio de emergencia psiquiátrica a Marcos Rosario Meléndez quien tenía derecho a ello por su condición de salud mental y porque era de conocimiento del acusado a través de sus funcionarios de las ideas de daño a sí mismo o suicidas que manifestaba Marcos Rosario Meléndez, ni ofrecer los servicios dentro de los cinco días naturales que dispone el artículo. Ocurriendo la muerte de Marcos Rosario Meléndez por suicidio. . .”.⁶⁶

⁶¹ Marga Parés Arroyo, *Odisea de niña a la cual se le negó una medicina*, EL NUEVO DÍA (30 de agosto de 2016), <https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/odiseadeninaalacual-selenegounamedicina-2235945/>.

⁶² *Hidrocefalia*, MEDLINE PLUS, <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/001571.htm>.

⁶³ Marga Parés Arroyo, *supra* en la nota 62.

⁶⁴ Istra Pacheco, *Paciente de cáncer denuncia le niegan medicamentos vitales*, PRIMERA HORA, (3 de febrero de 2016), <http://www.primerahora.com/noticias/puerto-rico/nota/pacientede-cancerdenuncialenieganmedicamentos vitales-1140066/>.

⁶⁵ *Pueblo v. APS Healthcare of Puerto Rico, Inc.*, 175 DPR 368, 372 (2009).

⁶⁶ *Id.*

Transcurrieron ocho (8) días desde que un joven con problemas emocionales y señales de suicidio solicitara servicios de emergencia psiquiátrica hasta concretar sus instintos privándose de la vida sin que la facilidad lograra determinar la necesidad del tratamiento o tan siquiera el tratamiento adecuado. Esto demuestra que ya no se trata solamente del tratamiento a largo plazo para prolongar la vida, sino de situaciones de emergencia que no son debidamente atendidas debido al entramado de protocolos a seguir, pero, sobre todo, debido a la dilación en la intervención del ente regulador, que en este caso es el Estado; urge corrección.

Si un servicio es denegado por el Plan de Salud del Gobierno o alguna de las empresas que lo administran, antes de recurrir a ASES, el afiliado debe cumplir con el proceso de apelación. En este proceso se toma en cuenta que si el mismo:

No afecta adversamente su salud y/o no pone su vida en riesgo, usted debe recibir la determinación de su apelación dentro de un periodo que no exceda cuarenta y cinco (45) días calendario. Sin embargo, si su estado de salud requiere una determinación acelerada; usted recibirá una respuesta en un plazo de tres (3) días laborables o menos.⁶⁷

Y en el proceso evaluativo es el plan quien también determina si la salud del paciente se afecta o no adversamente.

VI. CONCLUSIÓN:

En Puerto Rico urge revisitar los principios que fundamentan el modelo de salud tal cual existe en la actualidad. Despojar al Departamento de Salud de sus funciones como proveedor primario de los servicios de salud a fin de concentrarlo en un rol de estricta regulación sobre la calidad y los servicios de salud que se ofrecen al pueblo, no le libró del angustioso proceso burocrático que implica acudir en petición de auxilio. La salud del pueblo no merita espera, dilaciones y protocolos innecesarios que solo responden a la visión, misión y valores de empresas privadas cuyo fin último siempre ha de ser sus propios intereses y no los del pueblo. Es un acto de pura ingenuidad desconocer la naturaleza comercial y el ánimo de lucro de las aseguradoras que administran el Plan de Salud del Gobierno de Puerto Rico.

Todo el marco jurídico aprobado por la Asamblea Legislativa allanó el camino en la crisis que enfrenta en la actualidad el Plan de Salud del Gobierno. No tan solo redundando en insuperables barreras en la obtención de servicios de salud para el pueblo, sino que fue la excusa perfecta para ultrajar sus arcas. Ultraje en complicidad de un importante sector de la clase política, particularmente en mayoría que vieron en el desmantelamiento de la Salud la oportunidad perfecta para enriquecerse y enriquecer a sus donantes políticos.

⁶⁷ MOLINA, *supra* nota 58 pág. 31-32 (2015).

Urge legislar en aras de una intervención más efectiva y rápida por parte del Estado a fin de cumplir su objetivo como ente regulador y cumplir cabalmente su deber inherente de velar por la salud de todos sus ciudadanos. El negocio de la salud no puede estar en la mentalidad de quienes nos dirigen pues el deber de éstos es defender los intereses del pueblo.

La OMS plantea que la capacidad de respuesta de un sistema de salud, a los derechos humanos de las personas, consiste en nueve grandes dominios, que deben ser evaluados de forma sistemática y continua:

1. Respeto a la dignidad de las personas, lo que incluye derecho a la seguridad y el no discrimen.
2. Autonomía de las personas para participar en las decisiones relacionadas a su salud.
3. Confidencialidad de la información de salud personal y privacidad en la utilización de ésta.
4. Atención pronta y oportuna a las necesidades de salud individuales y colectivas.
5. Adecuada calidad del cuidado de salud y de servicios básicos de salud pública.
6. Claridad de la comunicación entre proveedores y pacientes.
7. Acceso a redes sociales de apoyo y la participación de la familia y la comunidad en el cuidado de salud.
8. Selección de proveedores de cuidado de salud.
9. Continuidad del cuidado.

Resulta imperativo mencionar que estos nueve (9) puntos atienden las deficiencias de nuestro sistema de salud y es una propuesta innovadora sobre los principios en los cuales debe enfocarse su eficiencia y buen funcionamiento a fin de reducir el gran trecho.

LA ISLA DEL “BED & BREAKFAST”: EL DESPOJO DE NUESTROS CONDÓMINOS

Por: Kevin Del Valle Marcano

RESUMEN

Los condominios se adoptaron en nuestra jurisdicción con el fin de proveerle al ciudadano la posibilidad de disfrutar el derecho a la propiedad plena e individual de un inmueble ubicado en un espacio limitado, a su vez se lograba maximizar el uso del escaso terreno con el que cuenta el país. Este escrito será dedicado al espíritu de la “Ley de Condominios”, el cual versa en el desarrollo de nuestras zonas urbanas. Surge la interrogante de cuál o cuáles pueden ser las repercusiones de abrirle las puertas del mercado al acaparamiento del negocio de los alquileres a corto plazo en los condominios. Debido a ello, como objetivo central del escrito, se busca analizar estos resultados, incentivar a una legislación o reglamentación que atienda la expansión desmedida de los alquileres a corto plazo en nuestra jurisdicción y evite el desplazamiento de futuros condóminos. Además, buscamos aportar ideas a la conservación de la necesaria comunidad horizontal, llena de familias puertorriqueñas, para que el disfrute de su propiedad continúe, y no se menoscaben sus derechos a: la tranquilidad, seguridad, sana convivencia entre estos titulares y *oportunidad a futuros condóminos de encontrar una vivienda asequible*.

Palabras clave: Comunidad de Condóminos, Condominios, Alojamiento a Corto Plazo, Régimen de Propiedad Horizontal, Airbnb, Gentrificación.

ABSTRACT

Condominiums were adopted in our jurisdiction in order to provide our citizens the possibility of enjoying the right to an inclusive and individual property located in a limited space, at the same time maximizing the use of the scarce land of our Island. This paper will be dedicated to the spirit of the “Condominium Law”, which deals with the development of our urban areas. The next inquiry arises, what are

* Estudiante cursando su segundo año de Juris Doctor en la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico y Director Asociado de la Revista de Estudios Críticos del Derecho. Posee un grado de Bachiller en Ciencias Sociales con concentración en Ciencias Políticas de la Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras. Contacto: kevin.delvalle1@gmail.com.

the repercussions of opening the doors to the market to the hoarding business of short-term rentals in condominiums. Because of this, as a central objective of the paper, we seek to analyze these results, encourage legislation or regulations that address the excessive expansion of short-term rentals in our jurisdiction and avoid the displacement of future condominium owners. In addition, we seek to contribute ideas to the conservation of the necessary horizontal community, full of Puerto Rican families, so that the enjoyment of their property continues, and their rights to tranquility, security, healthy coexistence between these owners and opportunity for future owners are not diminished of finding affordable housing.

Keywords: Condominium Community, Condominiums, Short-term Rentals, Horizontal Property, Airbnb, Gentrification.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. COMUNIDAD DE CONDÓMINOS. III. EL PELIGRO DE LOS ALOJAMIENTOS A CORTO PLAZO FRENTE A LA COMUNIDAD DE CONDÓMINOS; III.I. ALOJAMIENTO A CORTO PLAZO. III.II. PANORAMA JURÍDICO SOBRE LOS ALOJAMIENTOS. III.III. GENTRIFICACIÓN URBANA BAJO AIRBNB EN EL MUNDO. IV. CONCLUSIÓN.

I. Introducción

“Como dueña de condominio estoy en contra de los alquiler[es] a corto término. [i]Es por seis meses y ha traído problemas! Desvaloriza la calidad de vida y ambiente. Utilizan las facilidades y en ocasiones previene que la puedas utilizar, por ejemplo[,] la piscina. Ellos no respetan las reglas. Ningun[o] de estos lugares va[ca]cionales pueden garantizar que estas personas no sean criminales, ni predadores sexuales, ni narcotraficantes en un lugar donde uno compro para vivir feliz, tranquilo y contento. Muchos de estos titulares no viven en P.R. Un[o] se preocupa por quienes son esas personas extrañas. Por lo menos donde yo vivo son 42 aptos y todos nos conocemos. Compré con la confianza de [que] es un excelente lugar y ahora quieren cambiar mi calidad de ambiente. Estas personas ponen música alta y se pasan bebiendo, pues están de vacaciones. No ven esto como un lugar residencial. Si tienes problemas económicos y no puedes pagar, véndelo o alqu[í]lalo por 1 año a lo que vendes.”¹

¹ Rut N. Tellado Domenech, *Fuerte disputa por alquileres a corto plazo*, EL NUEVO DIA (17 de febrero de 2019), <https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/fuertedisputaporalquileresacortoplazo-2477270/> (sección de comentarios).

En nuestro ordenamiento jurídico, se le reconoce a todo ciudadano, el disfrute de la propiedad, como un derecho fundamental.² Las enmiendas al régimen de la propiedad horizontal en Puerto Rico, en su mayoría, han continuado esta filosofía. Sin embargo, dicho régimen se ha visto afectado por la carencia de legislación reciente y a su vez por el aumento de alquileres de apartamentos a corto plazo. El incremento desmedido en la demanda de alojamientos a corto plazo versa contra el propósito original de la construcción de condominios residenciales en Puerto Rico, el cual busca mejorar la vivienda para los puertorriqueños y aprovechar al máximo la escasa tierra disponible.³

Para muchos, el alquiler a corto plazo es una alternativa excelente para vacacionar a un costo económico o una buena idea para negocio. Sin embargo, para ello, se deberá crear alguna reglamentación que logre el balance socioeconómico que hace tanta falta. En el 2018, la Compañía de Turismo de Puerto Rico informó que se recaudaron \$2.8 millones provenientes de la plataforma *Airbnb* por concepto del impuesto de hospedaje o *room tax*.⁴ Por otro lado, muchos residentes están en contra de que su condominio se convierta en un hotel.⁵ En particular, muchas de sus quejas van dirigidas a los problemas de seguridad y sentido de paz que se verían afectados por las personas extrañas hospedándose en su condominio.

Es evidente que Puerto Rico necesita una legislación encaminada a la protección de los derechos de los condóminos y de igual forma que no cierre sus puertas a la competitividad turística. Este artículo estará dirigido a ilustrar sobre el crecimiento desmedido del alquiler a corto plazo, la necesidad del uso de los condominios, las leyes y las jurisprudencias que moderan este tipo de alquiler. Por último, y no menos importante, realizaremos un estudio comparado sobre el desarrollo de este tipo de alquiler en otros países para identificar posibles recomendaciones de regulaciones que ayuden a propiciar un balance entre los condóminos residentes y condóminos arrendadores.

Procuraremos dar respuesta a las siguientes interrogantes: ¿Quiénes fueron los primeros condóminos en Puerto Rico? ¿De dónde surgen? ¿Por qué surgen? ¿Qué es un alojamiento a corto plazo? ¿Cómo puede afectar a la comunidad de condóminos? ¿Qué podemos hacer para evitar que esto suceda? Las contestaciones a estas preguntas son relevantes para conocer el origen de la comunidad de condóminos

² CONST. PR, art. II, § 7.

³ DIARIO DE SESIONES DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE PUERTO RICO Ses. Ord. 18, (1958). Véase además, exposición de motivos, Ley Núm. 157 del 4 de junio de 1976, 1976 LPR 31.

⁴ Ruth N. Tellado Domenech, *Airbnb amplía su huella en Puerto Rico*, EL NUEVO DIA (1 de octubre de 2018), <https://www.elnuevodia.com/negocios/empresas/nota/airbnbampliasu-huellaenpuertorico-2450295/>.

⁵ Consejo de Titulares del Condominio Condesa del Mar v. Chamah Martínez, 2019 TSPR 71, 2. Véase, Consejo de Titulares del Condominio Montecielo v. Tosado Collins, KLRA201600780, 2017 PR App. WL 6941945 en la pág. 1 (TA PR 30 de noviembre 2017).

y hacia dónde se dirige en Puerto Rico. Conocer este breve trasfondo histórico y como está relacionado a los alojamientos a corto plazo ayudará a entender mejor las condiciones de estos propietarios, para así poder construir un mejor futuro para esta comunidad.

II. COMUNIDAD DE CONDÓMINOS

A mediados del siglo XX, específicamente para 1950 la población en Puerto Rico había aumentado 2.3%.⁶ Luego, durante la segunda mitad del siglo XX, la población aumentó a 3,522,037 en 1990 y a 3,808,610 en el 2000.⁷ Entre la década de 1940 y 1950 el crecimiento poblacional anual fue de 1.71%.⁸ Sin embargo, el crecimiento poblacional se redujo drásticamente durante la Segunda Guerra Mundial.⁹ La razón detrás de esto, en parte, fue debido a la política pública del gobierno, la cual buscaba reducir los nacimientos a través de la planificación familiar y la migración a los Estados Unidos.¹⁰ Por otro lado, en las décadas de 1960 a 1980, nuevamente, la población comenzó a incrementar, luego de haber llegado a su por ciento más bajo en los 1950. Estos porcentajes en la población han fluctuado considerablemente durante el siglo XX.

Asimismo, la tasa de mortalidad disminuyó durante el siglo XX. Entre 1950 a 2010, el número de muertes por cada 1,000 habitantes bajó de 25.3% a 7.9%, luego de experimentar un leve aumento durante los 1990.¹¹ Esto, en parte, se debió al mayor acceso a servicios en salud, el control de enfermedades epidémicas y el aumento en la calidad de vida.¹² Como resultado, el tener un bajo porcentaje de muertes y nacimientos, ha sido claro que la cantidad de personas mayores dentro de la población es más notable.

Además de la migración, la baja natalidad y la disminución en muertes, la urbanización en nuestros pueblos ha tenido un rol protagónico en la organización de la sociedad puertorriqueña.¹³ Para la segunda mitad del siglo XX, la población urbana aumentó de 14.6% en 1899 a 40.5% en 1950 y a 71.2% en 1990.¹⁴ En el 2010, la po-

⁶ Eliezer Curet Cuevas, *Economía Política de Puerto Rico: 1950 a 2000* 30 (1ra ed. 2003). De 953,000 habitantes en 1899 a 2,210,703 en el 1950, lo que reflejó un incremento de 1,257,460 habitantes. Para la segunda mitad del siglo, el incremento fue de 1,597,907.

⁷ *Id.*

⁸ *Id.*

⁹ JORGE DUANY, PUERTO RICO: WHAT EVERYONE NEEDS TO KNOW 105 (2017).

¹⁰ *Id.*

¹¹ *Id.* en la pág. 106.

¹² *Id.*

¹³ *Id.* en la pág. 109.

¹⁴ Curet Cuevas, *supra* nota 6, en la pág. 30.

blación urbana llegó a casi 94%.¹⁵ Mayormente la expansión urbana se ha localizado en la zona metropolitana del país. Por ejemplo, el número de residentes de San Juan, Bayamón, Carolina y Guaynabo incrementó sustancialmente entre 1940 a 1970, mientras los municipios rurales como Comerío, Utuado, Maricao y Adjuntas perdió población.¹⁶ Otro problema inmediato para 1973, durante la gobernación de Rafael Hernández Colón, se construyeron 105,000 viviendas de forma inadecuadas en estas áreas urbanas, de la cuales 20% estaban localizadas en el pueblo de San Juan.¹⁷

Anterior a Hernández Colón, bajo la gobernación de Rexford Tugwell, la cual inició en 1941 y culminó en 1946, se implementó la Junta de Planificación, con el propósito de regular el desarrollo económico y comenzar a trazar los planes para el desarrollo de las áreas urbanas.¹⁸ Debido a la creciente población en las áreas urbanas y zonas metropolitanas, la necesidad de proveer viviendas en estos espacios limitados fue la causante de la edificación de propiedades inmuebles con varios pisos divididos en apartamentos. Este concepto fue reconocido como propiedad horizontal. Sobre este concepto, nuestro Tribunal Supremo determinó que “la propiedad horizontal es una propiedad exclusiva sobre diferentes pisos o apartamentos, bajo un régimen necesario de aprovechamiento compuesto en los elementos comunes, los cuales, para viabilizarlo, permanecen en estado de indivisión forzosa”.¹⁹

En Alemania, esta idea de edificación, conocida como *story property* o *Stockwerkseigentum*, ya había surgido para los 1100s.²⁰ Este concepto de origen alemán se esparció por toda Europa, en especial, Francia, Suiza, e Italia, países que mayormente fueron dominados por el Imperio Romano.²¹ Posteriormente, en Europa Occidental, este modelo fue sustituido por el *Corpus Juris Justiniano*, ya que académicos y juristas favorecían el ordenamiento jurídico de Roma.²² El acogimiento de este sistema de leyes romano trajo conflictos con lo ya establecido por *Stockwerkseigentum*, ya que no seguía las mismas normas relacionadas al derecho de accesión.²³ De hecho, en varios países en Europa la propiedad horizontal fue rechazada o prohibida.²⁴

¹⁵ Duany, *supra* nota 9 pág. 109

¹⁶ *Id.*

¹⁷ LOS TALLERES DEL NUEVO PUERTO RICO: URBANISMO Y VIVIENDA 2 (1974). (Documento publicado por el gobierno, en donde se recopiló detalles de los talleres que se llevaban a cabo con los ejecutivos de los Departamentos y Agencias en torno a urbanismo y vivienda).

¹⁸ FERNANDO PICO, HISTORY OF PUERTO RICO: A PANORAMA OF ITS PEOPLE 268 (2014).

¹⁹ Arce v. Caribbean Home Const. Corp., 108 DPR 225, 235-236 (1978) (citando a Bugeda Lanzas, La Propiedad Horizontal, 31 (1954)).

²⁰ Robert G. Natelson, *Comments on the Historiography of Condominium: The Myth of Roman Origin*, 12 Rev. Jur. Okla. U. L. 17, 29 (1987).

²¹ *Id.*

²² *Id.*

²³ *Id.* en las págs. 29-30.

²⁴ *Id.* en la pág. 30.

Por otro lado, a diferencia de, países como Argentina, Alemania y Suiza, Francia modificó el concepto *Stockwerkseigentum*, en lugar de eliminarlo al acogerse al sistema legal romano.²⁵ que lo prohibieron.²⁶ Una de las modificaciones que incluyó el Código Francés de 1804, fue reconocer la propiedad horizontal.²⁷ Subsiguientemente, los otros países europeos como Bélgica, Suecia, Italia y España, entre 1924 a 1939, legislaron a favor del *story property*.

Asimismo, Brasil fue de los primeros países de América en incorporar este concepto.²⁸ En el 1951, Puerto Rico fue el primer país bajo la jurisdicción de Estados Unidos en acogerse al concepto de propiedad horizontal.²⁹ Dado al gran aumento en construcciones de viviendas y las controversias que produjo este nuevo concepto de propiedad, nace la necesidad de crear normas especiales más abarcadoras.³⁰ Es por esta razón, que se aprobó la Ley Núm. 104 del día 25 de junio de 1958, conocida como “Ley de Propiedad Horizontal”, motivada por “la realidad del incremento en el desplazamiento hacia la ciudad de muchos ciudadanos lo que ocasionó aglomeraciones de personas...”.³¹ Gracias al Congreso de los Estados Unidos, la idea de regular condominios pudo esparcirse por todos los estados, y en efecto, para el 1960, a petición de los puertorriqueños, se llevaron a cabo vistas con el propósito de comunicar los temas de vivienda, dinero y banca relacionados a los condominios.³²

Luego del acogimiento efectivo y dinámico de la reglamentación en torno a la propiedad horizontal, surgieron unos cambios sustanciales en las condiciones socioeconómicas. Para 1970, la Junta de Planificación recopiló información sobre 8,128 apartamentos construidos en propiedades inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal en el área de San Juan, y 25,854 apartamentos de uso residencial construidos entre 1971 a 1974.³³ A raíz de las limitaciones experimentadas durante la vigencia de la Ley de Propiedad Horizontal,³⁴ surge la urgencia de subsanar las regulaciones desprovistas que no atendían correctamente la vida de la comunidad de

²⁵ *Id.*

²⁶ JOSÉ R. VÉLEZ TORRES, CURSO DE DERECHO CIVIL: LOS BIENES, LOS DERECHOS REALES 160 (1995)

²⁷ NATELSON, *supra* nota 20 pág. 30

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.* en la pág. 30-31.

³⁰ VÉLEZ TORRES, *supra* nota 26 págs. 162-163.

³¹ DACO, *El Titular y El Condominio: Guía Práctica de la Ley Núm. 104 del 25 de junio de 1958, según enmendada* 3 (2003). Véase, Ley de Propiedad Horizontal, Ley Núm. 104 de 25 de junio de 1958, 31 LPRA § 1291. Nuestro Código Civil ya contenía el artículo 330, 31 LPRA § 1275, el cual regula las llamadas casas por pisos. Sin embargo, no era lo suficientemente específico para regular las complejas situaciones que surgen en este tipo de convivencia.

³² NATELSON, *supra* nota 20 pág. 31.

³³ Exposición de motivos de la Ley de Propiedad Horizontal, Ley Núm. 157 de 1976 de 4 de junio de 1976, 1976 LPR 31.

³⁴ 31 LPRA § 1291.

condóminos, y por consiguiente afectaban a estos titulares. A tales efectos, nace la Ley Núm. 157 de junio de 1976, como enmienda a la Ley de Propiedad Horizontal.³⁵

Mediante esta nueva ley se lograron aclarar conceptos que habían generado dudas, y se accedió a que construcciones atemperadas a los nuevos avances urbanos fueran permitidas.³⁶ También, se proveyeron a los titulares mayores protecciones contra situaciones caprichosas e injustas, impuestas por la mayoría de los condóminos.³⁷ Además, le confirieron jurisdicción al Departamento de Asuntos del Consumidor, en cuanto a la reglamentación y fiscalizaciones del Consejo de Titulares, y las actuaciones de los desarrolladores, constructores y vendedores de edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal.³⁸

En 1995, la Asamblea Legislativa aprobó la Ley Núm. 153 de 11 de agosto de 1995.³⁹ Dicha ley fue de corta duración, ya que fue derogada luego de 9 meses, al afectar los derechos de los titulares contra injusticias incoadas por la mayoría de los demás condóminos.⁴⁰ Finalmente, de las últimas enmiendas más sustanciales a nuestro régimen de propiedad horizontal, lo fue la Ley Núm. 103 de 5 de abril de 2003, conocida como la Ley de Condominios.⁴¹ Esta nueva revisión adoptó aquellas decisiones del Tribunal Supremo que ayudaron al progreso de los condominios e introdujo lo experimentado con la administración del Departamento de Asuntos del Consumidor, permitiéndole nuevas soluciones a problemas sufridos por los titulares y las juntas.⁴²

Ante todas estas enmiendas a la Ley de Condominios, es evidente que mientras transcurren los años nuevas situaciones complejas surgen entre la comunidad de condóminos. Se conoce poco sobre la cantidad exacta, situación social y económica de esta comunidad. Se estima que, según datos recogidos por el *U.S. Census Bureau* habían 353,057 habitantes en 152,080 unidades de viviendas que comparten una estructura con, por lo menos, 5 otras unidades para el año 2014.⁴³ Sin embargo, la información publicada no diferencia entre unidades de vivienda ubicadas en condo-

³⁵ *Id.*

³⁶ VÉLEZ TORRES, *supra* nota 26 pág. 163-164.

³⁷ *Id.* en la pág. 164.

³⁸ *Id.*

³⁹ Ley de Condominios, Ley Núm. 153 del 11 de agosto de 1995, 31 LPRA § 1291 (derogada 1996).

⁴⁰ MICHEL J. GODREAU, EL CONDOMINIO: EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL EN PUERTO RICO 23 (2019)

⁴¹ Ley de Condominios, Ley Núm. 103 de 5 de abril de 2003, 31 LPRA § 1291.

⁴² MICHEL J. GODREAU, LA NUEVA LEY DE CONDOMINIOS: GUÍA BÁSICA PARA ENTENDER EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL SEGÚN LA LEY 103 DEL 5 DE ABRIL DE 2003 12 (2003).

⁴³ Instituto de Estadísticas de Puerto Rico, *P. de la C. 2532 (10 de febrero de 2016)* https://estadisticas.pr/files/Memoriales/Nosotros/politica_publica/memoriales/Memorial_PC2532.pdf

minios, urbanizaciones con control de acceso, ni identifica como un sub-universo encuestado a los titulares y residentes de esas comunidades.⁴⁴ Además, el Instituto de Estadísticas de Puerto Rico menciona que, dicha información recopilada en *Puerto Rico Community Survey* no cuentan con detalles socio-económicos sobre esta comunidad de condóminos.⁴⁵

Ciertamente, el desconocimiento que impera por parte de nuestros legisladores en cuanto a la cantidad de condóminos que existen en la isla de Puerto Rico, y, además, su situación social y económica, dificulta a que se atiendan las necesidades reales de esta comunidad.⁴⁶ En ese sentido, para poder comprender de su faz las posibles situaciones experimentadas por estos propietarios, hace falta un interés apremiante que desee proteger y a su vez resolver los derechos afectados.⁴⁷ De modo que, ya ha pasado tiempo suficiente para que dé una vez y por todas, las voces de estos residentes sean escuchadas y concretadas en las futuras legislaciones.⁴⁸

III. El peligro de los alojamientos a corto plazo frente a la comunidad de condóminos

I. ALOJAMIENTO A CORTO PLAZO

El concepto de alojamiento a corto plazo en una residencia, conocido como *bed and breakfast* o alojamiento y desayuno, surge desde tiempos remotos, aunque para esos tiempos no tenía ese nombre. En particular, los *bed and breakfast* ofrecían alojamiento por la noche y desayuno en la mañana. Para los 1800s la mayoría de los alojados en estos alquileres eran pioneros, mineros, militares o profesionales que viajaban desde lejos y buscaban donde pasar la noche.⁴⁹ En los Estados Unidos, durante la Gran Depresión, este alojamiento era una manera en que los viajeros podían ahorrar dinero y los dueños de las propiedades produjeran unas ganancias.⁵⁰ Luego

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ Exposición de motivos del P. de la C. 2532 de 10 de junio de 2015, 5ta. Ses. Ord., 17ma. Asam. Leg.

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ Gianluca Talamini, *The History of Bed & Breakfasts from the 1800s till Now*, STREETDIRECTORY https://www.streetdirectory.com/travel_guide/212726/travel_and_leisure/the_history_of_bed_breakfasts_from_the_1800s_till_now.html (última visita 24 de noviembre de 2019). Véase además, CASA-COUNTRY, (26 de febrero de 2016) <http://www.casa-country.com/it/the-history-of-bed-breakfasts/>.

⁵⁰ Luke Wistar Morris, *Evolution of the Bed and Breakfast*, MORRISHOUSEHOTEL (27 de noviembre de 2013) <https://morrishousehotel.com/evolution-bed-breakfast/> (Véase además, MARYSFINEDINING, *A brief history of B&B – Bed & Breakfast – Lodging*, <http://www.marysfinedining.com/brief-history-bb-bed-breakfast-lodging/> (última visita 24 de noviembre de 2019).

de la Segunda Guerra Mundial, muchos estadounidenses que habían viajado a Europa y experimentado el estilo europeo de los *bed and breakfast*, fueron inspirados a ser dueños de sus propios *bed and breakfast* en los Estados Unidos.⁵¹

En Puerto Rico, la Compañía de Turismo, en su Reglamento de Hospederías define el alojamiento y desayuno de la siguiente manera:

Residencia ocupada por una persona o familia, que cuente con un mínimo de tres (3) habitaciones y un máximo de seis (6) habitaciones disponibles para huéspedes mediante alquiler diario. El servicio de desayuno estará incluido en la tarifa. El residente permanente será el operador del alojamiento. La residencia debe contar con unidades habitacionales y facilidades mínimas permanentes para prestar servicios de alojamiento.⁵²

Por otro lado, hoy en día, existe una variación de los *bed and breakfast* conocido como *short-term rentals* o alojamiento suplementario de corto tiempo. La Compañía de Turismo de Puerto Rico, en su Reglamento de Hospederías provee la siguiente definición de estos alojamientos:

Consiste del alquiler de corto plazo, de cualquier tipo de estructura, habitación, casa o apartamento que por su naturaleza resulta conveniente o de importancia al desarrollo turístico. Operará exclusivamente con fines turísticos, para el alojamiento de huéspedes, mediante paga por un período igual o menor a noventa (90) días. Cumplirá con todos los requisitos de registro, licencias y número de hostelero, requerido por la Compañía. Contará con un mínimo de una (1) unidad hasta un máximo de seis (6) unidades. Será el propósito de esta categoría reglamentar todo tipo de alojamiento a corto plazo disponible a turistas para lograr mejor calidad del producto turístico y atender un segmento del mercado de turistas con opciones de alojamiento turístico suplementario o alternativo, no tradicional. El operador estará disponible para proveer o coordinar un servicio limitado al huésped, según sea solicitado y a costo adicional por parte del huésped.⁵³

Análoga a esta definición contenida en el Reglamento Núm. 8856 de la Compañía de Turismo, la *Ley del Impuesto sobre el Canon por Ocupación de Habitación del Estado Libre Asociado de Puerto Rico*, define un alojamiento a corto plazo como:

⁵¹ BEDANDBREAKFAST, <https://www.bedandbreakfast.com/info/about/history> (última visita 24 de noviembre de 2019). Véase además, CASA-COUNTRY, (26 de febrero de 2016) <http://www.casa-country.com/it/the-history-of-bed-breakfasts/>; GIANLUCA TALAMINI, *supra* nota 50.

⁵² CTPR, Reglamento de Hospederías de Puerto Rico, Núm. 8856 (22 de noviembre de 2016), https://www.prtourism.com/dnn/Portals/_default/Turismo/Documents/Reglamento%20de%20Hospederias%20de%20Puerto%20Rico%20-12%20ago%202016.pdf.

⁵³ *Id.*

[C]ualquier instalación, edificio o parte de un edificio, dado en alquiler por un período de tiempo menor a noventa (90) días, dedicado al alojamiento de personas mediante paga, cuya instalación, edificio o parte del mismo no sea un hotel, condohotel, hotel todo incluido, motel, parador, pequeña hospedería, casa de hospedaje y/o hotel de apartamentos. Dicho término incluirá, sin limitarse a, cualquier tipo de propuesta de alojamiento alternativo como casas, apartamentos, cabañas, villas, casas rodantes (móviles), flotantes, botes, entre otros conceptos de arrendamientos por un término menor de noventa (90) días.⁵⁴

El alojamiento a corto plazo se diferencia en varios aspectos al alojamiento y desayuno a pesar de sus similitudes. Una de esas diferencias pertinentes es que, para operar un alojamiento y desayuno la propiedad deberá servir como el hogar principal del anfitrión, sin embargo, este requisito no se emplea en los alojamientos a corto plazo. Por lo tanto, el dueño de un alojamiento a corto plazo no necesariamente tendrá que estar presente al momento de alquilar su propiedad. Además, de acuerdo con la Compañía de Turismo de Puerto Rico los propósitos de reglamentación de ambos son totalmente diferentes. El propósito que persigue la reglamentación del alojamiento y desayuno es “[c]rear un ambiente de alojamiento acogedor dentro de un ambiente familiar, que propicie el intercambio cultural con el residente y la comunidad local, a través de un servicio esmerado y personalizado del residente (dueño/operador) de la propiedad”.⁵⁵ Sin embargo, las regulaciones del alojamiento a corto plazo persigue “lograr mejor calidad del producto turístico y atender un segmento del mercado de turistas con opciones de alojamiento turístico suplementario o alternativo, no tradicional”.⁵⁶

Es de notar que, la interacción que se lleva a cabo entre el anfitrión y el huésped, en el caso de los alojamientos a corto plazo, es relativamente mínima. Sin embargo, la Compañía de Turismo, en su reglamento quiso proteger a la comunidad residencial al hacer énfasis en que los alojamientos a corto plazo “que ubiquen dentro de complejos residenciales no podrán interferir con las leyes, los reglamento[sic], las condiciones restrictivas y normas que rigen las asociaciones de residentes o *condómines, ni deberá afectar el carácter residencial de la comunidad*”.⁵⁷

Hoy día, la proliferación de forma desmedida de los alojamientos a corto plazo en propiedades residenciales se debe, en gran parte, a la economía colaborativa o *sharing economy*, la cual utiliza múltiples plataformas digitales que facilitan y

⁵⁴ Ley del Impuesto sobre el Canon por Ocupación de Habitación del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Ley Núm. 272 de 9 de septiembre de 2003, 13 LPRA § 2271.

⁵⁵ CTPR, Reg., Núm. 8856, pág. 42.

⁵⁶ *Id.* en la pág. 54.

⁵⁷ *Id.* en la pág. 57. (Énfasis suplido).

promueven el contacto directo de potenciales huéspedes con anfitriones a través del internet.⁵⁸ Por ejemplo, de acuerdo a unos informes hechos por Estudios Técnicos Inc., hay más de 10,000 propiedades de alojamiento a corto plazo bajo la plataforma *Airbnb* en Puerto Rico.⁵⁹ Cabe señalar que, la empresa *Airbnb* informó que entre julio del 2018 y junio del 2019 más de 600,000 personas llegaron a la isla y se alojaron en alguna unidad promovida en su plataforma, lo cual reflejó un aumento de 200% comparado con el año anterior.⁶⁰ Ahora bien, mencionó Estudios Técnicos Inc. que, a pesar de que Rincón está posicionado en primer lugar como el pueblo con más unidades con *Airbnb*, los cuatro sectores de San Juan juntos tienen hasta cuatro veces más la cantidad de *Airbnb* que Rincón.⁶¹ No obstante, especificó que “[i]n the Metro Area, as one would expect, a high proportion of *Airbnb* units are in condominiums, which explains the attention given to *Airbnb* in the proposed new condominium legislation”.⁶² En ese sentido, algunos alojamientos a corto plazo han afectado la calidad de vida de diversas comunidades, en especial, la comunidad de condóminos.

ii. Panorama jurídico sobre los alojamientos

Dado al impacto negativo, en específico, la seguridad y vida de la comunidad en los condominios residenciales, y, por otra parte, la limitación al derecho de disponer

⁵⁸ Exposición de motivos, Ley para Establecer la Política Pública del Desarrollo de la Economía Colaborativa en Puerto Rico, Ley Núm. 51 de 20 de junio de 2019. La Unión Europea ha definido “el término “economía colaborativa” [como] modelos de negocios en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. La economía colaborativa implica a tres categorías de agentes: i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencia –pueden ser particulares que ofrecen servicios de forma ocasional (“pares”) o prestadores de servicios que actúan a título profesional (“prestadores de servicios profesionales”), ii) usuarios, iii) intermediarios que –a través de la plataforma en línea- conectan a los prestadores con usuarios y facilitan las transacciones entre ellos (“plataformas colaborativas”). Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro”. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una Agenda para la economía colaborativa. COM (2016) 356, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0356>.

⁵⁹ CARIBBEAN BUSINESS, *There are over 10,000 Airbnb-listed properties in Puerto Rico*, CARIBBEANBUSINESS (14 de febrero de 2019) <https://caribbeanbusiness.com/there-are-over-10000-airbnb-listed-properties-in-puerto-rico/>.

⁶⁰ ELNUEVODIA.COM, *Airbnb reporta aumento de huéspedes y alojamientos en Puerto Rico*, ELNUEVODIA, (26 de septiembre de 2019), <https://www.elnuevodia.com/negocios/consumo/nota/airbnreportaumentodehuespedesyalojamientosenpuertorico-2520120/>.

⁶¹ ESTUDIOS TÉCNICOS, INC, *Airbnb Facilities and their Distribution*, PERSPECTIVAS 2 (febrero 2019), <https://www.estudios tecnicos.com/pdf/perspectivas/2019/febrero2019.pdf>.

⁶² *Id.* (Énfasis suplido).

de su apartamento con el propósito de recibir un ingreso económico suplementario surge una controversia que al día de hoy no ha sido resuelta en nuestra jurisdicción, ¿se deben permitir los alojamientos a corto plazo en condominios residenciales?

En el caso de *Consejo de Titulares del Condominio Condesa del Mar v. Chamah Martínez*,⁶³ por primera vez, nuestro más alto foro tuvo la oportunidad de resolver si un alojamiento de corto plazo puede operar en un condominio residencial. Durante el trámite legal, el Consejo de Titulares sostuvo que, el alquilar a corto plazo el apartamento conllevaba una “explotación comercial [que] violentaba las disposiciones contenidas en la escritura matriz y el reglamento constitutivo del régimen de propiedad horizontal en la propiedad”, y que además, “los titulares estaban sufriendo -y continuarían sufriendo- daños inmediatos, graves e irreparables que ponían en riesgo la seguridad, el bienestar y la tranquilidad del resto de los titulares”.⁶⁴ Cabe destacar que el señor Eduardo Chamah utilizaba la plataforma *Homeaway*⁶⁵ para promocionar el alojamiento a corto plazo de su apartamento, además de ofrecer servicios de *concierge*, chef privado, masaje y *staff*. Presentada esta controversia ante el Tribunal de Primera Instancia, el tribunal resolvió que el señor Chamah utilizó comercialmente su apartamento, por ende, trasgredía la escritura matriz y el reglamento del condominio. Oportunamente, el señor Chamah presentó un recurso de apelación ante el Tribunal de Apelaciones. Dicho foro, revocó al Tribunal de Primera Instancia, ya que concluyó que el alquilar a corto plazo el apartamento no determina que dicho uso se convierta en uno comercial pues “[s]i quien alquila, aunque sea por menos de 90 días, utiliza el apartamento para dormir, descansar, preparar sus alimentos y actividades similares [*sic*] está dándole a la propiedad un uso residencial”.⁶⁶ Inconforme con ese dictamen, el Consejo de Titulares recurrió ante el Tribunal Supremo mediante *certiorari*. Sin embargo, debido a que el Consejo de Titulares logro enmendar el Reglamento del Condominio Condesa del Mar, la cual ahora prohibía expresamente los arrendamientos a corto plazo menos de 90 días, nuestro Tribunal Supremo concluyó que la controversia se había tornado académica, por lo que desestimó el recurso y dejó sin efecto los dictámenes emitidos por el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Apelaciones.⁶⁷

Ahora bien, cabe señalar, de forma sucinta que, de este dictamen se recogen dos opiniones disidentes radicalmente opuestas. Por una parte, la opinión disidente de la Jueza Asociada Anabelle Rodríguez Rodríguez se centraliza en que los alojamientos a corto plazo constituyen un uso comercial del apartamento. Fundamenta su postura

⁶³ 2019 TSPR 71.

⁶⁴ *Id.* en la pág. 175.

⁶⁵ Industria de alojamiento a corto plazo parecida a Airbnb.

⁶⁶ Consejo de Titulares del Condominio Condesa del Mar v. Chamah Martínez, KLAN201601773, 2017 PR App. WL 5655000 en la pág. 4 (TA PR 10 de agosto de 2017).

⁶⁷ Consejo de Titulares del Condominio Condesa del Mar v. Chamah Martínez, 2019 TSPR 71, 8.

al comparar todas las definiciones provistas en las leyes y reglamentaciones promulgadas por el Departamento de Hacienda y la Compañía de Turismo, por el cual logra concluir que el alojamiento a corto plazo constituye un actividad turística, por ende, comercial.⁶⁸ Por otra parte, el Juez Asociado Luis F. Estrella Martínez señaló en su opinión disidente que, la enmienda al reglamento por parte del Consejo de Titulares, la cual solo requirió dos terceras partes, limitó indebidamente el derecho a la propiedad de los titulares del condominio. La posición del Juez Estrella se basa en que “[c]uando se trate de asuntos que afecten el disfrute de la propiedad, ya sea la privada o del condominio, el requisito de unanimidad es esencial para preservar los derechos fundamentales propios de dominio”.⁶⁹ Además, concluyó que los arrendamientos a corto plazo eran compatibles con el uso residencial exigido en la escritura matriz, ya que, al igual que lo dispuesto por el Tribunal Apelativo, el tiempo que este la propiedad arrendada no cambia su uso residencial.⁷⁰ Ambas opiniones disidentes acuerdan en que la controversia de los alojamientos a corto plazo, ciertamente, sigue viva, ya que el señor Chamah Martínez había afirmado que la única manera de prohibir los arrendamientos a corto plazo era mediante una enmienda a la escritura matriz del condominio, la cual conlleva el voto unánime de los titulares.

Resulta pertinente mencionar que, la dificultad que se estriba debido a la proliferación de las plataformas cibernéticas, para promover el alquiler de propiedades a corto plazo, recae en la ausencia de legislación que armonice su implantación y vaya acorde con las realidades socioeconómicas de nuestro país. Hasta ahora, los requisitos que la Asamblea Legislativa ha establecido, para poder operar un alojamiento a corto plazo son: El registro con la Compañía de Turismo como Hostalero, la obtención de un Certificado de Comerciante, el cobro y remesa a la Compañía de Turismo de un impuesto por arrendamiento del 7%.⁷¹ Aclara la Compañía de Turismo en su página web que, el estar registrados como alojamiento a corto plazo no necesariamente implica que están endosados por ellos, para ello deben cumplir con las regulaciones aplicables al impuesto de habitación.⁷² Por lo tanto, “no están sujetas a inspecciones de calidad ni de servicios por parte de la Compañía de Turismo según le son requeridas a las hospederías endosadas”.⁷³

⁶⁸ *Id.* en la págs. 203 (Anabelle Rodríguez, opinión disidente).

⁶⁹ *Id.* en la pág. 219-220 (Luis F. Estrella, opinión disidente). Véase, Consejo Titulares v. Ramos Vázquez, 186 DPR 311, 340 (2012); Rivera Rodríguez v. Junta Dir. I y II, 173 DPR 475, 483 (2008).

⁷⁰ Chamah Martínez, 2019 TSPR 71, 18 (Luis F. Estrella, opinión disidente).

⁷¹ Exposición de motivos, P. de la C. 1081 de 11 de mayo de 2017, 1ra. Ses. Ord., 18va. Asam. Leg.

⁷² CTPR, <https://www.prtourism.com/dnn/Haciendo-Negocios/Planificaci%C3%B3n-y-Desarrollo/Categor%C3%ADas-de-Proyecto> (última visita 28 de noviembre de 2019).

⁷³ *Id.*

No obstante, desde el 2017 la Asamblea Legislativa ha radicado varios proyectos y resoluciones que de alguna u otra manera intentan regular los alojamientos a corto plazo. Hasta el momento, se han discutido cuatro (4) proyectos de ley en la legislatura, dos (2) resoluciones de investigación y una ordenanza municipal. A continuación, reseñamos la relación legal con estos arrendamientos.

Como mencionamos anteriormente, San Juan es el municipio con más alojamientos a corto plazo en Puerto Rico. De hecho, informó la firma Estudios Técnicos, Inc. que una cuarta parte de todas las viviendas del Viejo San Juan operan alquileres a corto plazo por *Airbnb*.⁷⁴ Debido a esta creciente preocupación del acaparamiento de propiedades inmuebles, el presidente de la Legislatura Municipal de San Juan, Marco Antonio Rigau presentó el proyecto de ordenanza 24, el cual reglamenta los arrendamientos a corto plazo en el Municipio de San Juan con el fin de establecer un proceso de licencias al uso y por clasificación.⁷⁵ Rigau indicó que, “[n]o podemos permitir que una persona o una corporación tenga mil unidades”, mientras participaba en una conferencia de prensa sobre la medida municipal.⁷⁶ Asimismo, la ordenanza establece las áreas donde estaría permitido el uso, para así proteger zonas residenciales en la ciudad y zonas históricas que lo ameriten.⁷⁷ También, dicha ordenanza propone limitar la cantidad de propiedades y habitaciones que pueden ofrecerse como alojamientos a corto plazo.⁷⁸ Además, el establecimiento de tarifas anuales propone: desde \$250 hasta \$500 para la renovación de la licencia de uso, un impuesto de 3% sobre el ingreso bruto obtenido durante la operación del negocio, un permiso domiciliario, mostrar evidencia de cumplimiento con el “Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio”, además del endoso de bomberos y de salud.⁷⁹

Debido a esta ordenanza, la Legislatura radicó el Proyecto del Senado 1010 el cual reitera que sólo la Compañía de Turismo de Puerto Rico estará encargada de regular y otorgar permisos aplicables a los alquileres a corto plazo.⁸⁰ De igual manera, el Proyecto de la Cámara 1644 establece una prohibición a que los municipios puedan imponer limitaciones o regulaciones a industrias de alojamientos a corto plazo.⁸¹

⁷⁴ ESTUDIOS TÉCNICOS, INC, *Airbnb Facilities and their Distribution*, ESTUDIOSTECNICOS 2 (febrero 2019), <https://www.estudiostecnicos.com/pdf/perspectivas/2019/febrero2019.pdf>.

⁷⁵ Ordenanza Núm. 24, Serie 2018-2019, 14 de febrero de 2019, Legislatura Municipal de San Juan.

⁷⁶ NOTICEL, *San Juan propone licencias para arrendadores a corto plazo*, NOTICEL (14 de febrero de 2019), <https://www.noticel.com/ahora/gobierno/san-juan-propone-licencias-para-arrendadores-a-corto-plazo/1018980086>.

⁷⁷ Ordenanza Núm. 24, Serie 2018-2019, Legislatura Municipal de San Juan.

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ P. del S. 1010 de 23 de mayo de 2018, 3ra Ses. Ord., 18va. Asam.

⁸¹ Exposición de motivos, P. de la C. 1644 de 6 de junio de 2018, 3ra Ses. Ord., 18va. Asam.

De los proyectos más preocupantes es el que va dirigido a enmendar la Ley de Condominios. Dicha medida surge debido al interés de la legislatura de atemperar la ley existente por medio de la incorporación de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo relacionadas a controversias de la ley; Conglomeración de los dieciséis (16) proyectos de ley que han sido radicados por la Décimo Octava Asamblea Legislativa para enmendar la Ley de Condominios; los reclamos de la revisión por parte de los distintos sectores relacionados a los condominios; lo experimentado durante el paso del Huracán María.⁸² Además, pretende a su vez incentivar la inversión en la construcción de nuevos condominios y desarrollar propiedades de alquiler para aumentar la densidad poblacional.⁸³

En particular a nuestro artículo, una de las más peligrosas enmiendas yace en la que pretende impedir la prohibición de los arrendamientos a corto plazo.⁸⁴

Para ser precisos, dicha enmienda dispone que:

Salvo que en la escritura matriz o en el reglamento, exista una prohibición expresa o que establezca un término mínimo de arrendamiento, no se podrá prohibir el arrendamiento de los apartamentos a corto plazo en los inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal. El Consejo de Titulares podrá en cualquier momento enmendar la escritura matriz o el reglamento, por acuerdo de dos terceras partes (2/3) de los titulares que a su vez reúnan las dos terceras partes (2/3) de las participaciones en las áreas comunes, para prohibir expresamente a establecer un término mínimo de arrendamiento.⁸⁵

Asimismo, propone la imposición de cuotas especiales para aquellos titulares que sometan su propiedad a este tipo de arrendamiento.⁸⁶ Por otro lado, el proyecto de ser aprobado como ley permitiría que la escritura matriz pueda ser enmendada por dos terceras partes de todos los titulares.⁸⁷ En consecuencia de, el abogado y experto en la Ley de Condominios, el profesor Michel Godreau, advirtió que:

Con la aprobación del proyecto, podrían convertirse en hospederías al cambiar los votos a dos terceras partes. La escritura matriz es la protección que yo adquiero en base de lo que me dijeron de cómo va a ser mi apartamento. Dos terceras partes pueden enmendar el documento más importante de los condominios del país, el documento por el cual nosotros compramos.⁸⁸

⁸² Exposición de motivos, P. de la C. 1874 de 30 de octubre de 2018, 4ta Ses. Ord, 18va. Asam.

⁸³ *Id.*

⁸⁴ P. de la C. 1874 de 30 de octubre de 2018, 4ta Ses. Ord, 18va. Asam. (en específico, el Artículo 36).

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ P. de la C. 1874 de 30 de octubre de 2018, 4ta Ses. Ord, 18va. Asam. (en específico, el Artículo 31).

⁸⁸ ADRIANA DE JESÚS SALAMÁN, *Nueva Ley de Condominios por encima de reglamentos*, NOTICEL (16 de junio de 2019), <https://www.noticel.com/ahora/legislatura/nueva-ley-de-condominios-por-encima-de-reglamentos-y-escrituras-matrices/1086592381>.

En virtud de ello, el uso de arrendamientos a corto plazo impediría ser elegible para un préstamo de la Administración Federal de Vivienda, ya que prohíbe este tipo de alquileres a quienes buscan certificarse con su programa de préstamos hipotecarios.⁸⁹

Finalmente, para hacer hincapié a lo mencionado anteriormente sobre el uso o destino que un condominio pueda tener en su escritura matriz, cabe señalar que esta limitación pretende que ninguno de los titulares utilizará su apartamento de alguna forma que menoscabe el uso permitido que los demás titulares gozan de sus apartamentos o áreas comunes. Nuestro ordenamiento protege a que cualquier titular que desee disfrutar de su propiedad, así lo haga sin ningún obstáculo. En ese sentido, “[l]a exigencia de una delimitación del uso del inmueble y los apartamentos y demás elementos que lo componen es, además, una de carácter contractual, puesto que la propia ley mandata su inclusión en la escritura matriz mediante la cual se constituye el régimen”.⁹⁰

iii. Gentrificación urbana bajo Airbnb en el mundo

El concepto gentrificación fue creado por la socióloga Ruth Glass, para describir los cambios sociales que observaba en barrios de Londres.⁹¹ Sobre dichos cambios Glass mencionaba lo siguiente:

One by one, many of the working class quarters of London have been invaded by the middle classes—upper and lower ... Once this process of ‘gentrification’ starts in a district it goes on rapidly until all or most of the original working class occupiers are displaced and the whole social character of the district is changed.⁹²

En ese sentido, nuevos grupos sociales, clases medias y medias altas adquirieron las viviendas localizadas en el centro de la ciudad, por el cual, desplazaron y sustituyeron a aquellas comunidades más necesitadas. Estas situaciones, mencionó Glass, incrementarían el precio en las propiedades y desplazarían, o sustituirían los residentes por otro tipo de grupo social.⁹³

⁸⁹ HUD, HANDBOOK 4000.1, FHA SINGLE FAMILY HOUSING POLICY HANDBOOK, CONDOMINIUM PROJECT Approval content 152 (2019).

⁹⁰ Consejo de Titulares del Condominio Condesa del Mar v. Chamah Martínez, 2019 TSPR 71, 9. (Anabelle Rodríguez, opinión disidente).

⁹¹ CHRIS HAMNETT, *Gentrification and the Middle-class Remaking of Inner London, 1961–2001* (mayo 2003), https://is.muni.cz/el/1431/jaro2006/Z4044/um/1277696/GMreader4_1_Hamnett.pdf.

⁹² *Id.* en la pág 2401 (citando a Ruth Glass, *Introduction to London: aspects of change. Centre for Urban Studies, London* 28 (1964)).

⁹³ *Id.*

Actualmente, la gentrificación, o más bien "turistificación", y a su vez, el incremento en el costo de propiedades residenciales, son resultados provocados por Airbnb o plataformas similares.⁹⁴ Esto debido a que, en América y Europa, la plataforma *Airbnb*, domina el mercado de los alojamientos a corto plazo, por lo que, simultáneamente, ha provocado legislaciones y regulaciones desde su proliferación. Muchos de estos países regulan este concepto turístico mediante un acercamiento pensado en la comodidad del turista, la protección de sus ciudadanos o el interés económico.⁹⁵ Sin embargo, algunas de estas poblaciones también observan las tendencias del desplazamiento y el aumento en los costos de propiedades.

Por cierto, uno de los muchos ejemplos del desplazamiento de ciudadanos y altos costos en la renta, lo es el estado de Nueva York de los Estados Unidos. En efecto, debido a esta problemática, el estado de Nueva York prohíbe rentas de menos de 30 días en edificios con tres o más unidades de uso residencial.⁹⁶ Ahora bien, en un estudio hecho por David Wachsmuth, profesor en la Universidad McGill, determinó que el problema mayor no son las personas que arriendan su cuarto, son los operadores comerciales que tienen múltiples apartamentos o habitaciones privadas.⁹⁷ Estos operadores comerciales acaparan el mercado, ya que pueden permitirse el lujo de bajar sus precios al tener varias propiedades alquiladas.⁹⁸ Por otro lado, el mayor número de desplazamiento, a propósito racial, se observó en los barrios de Harlem y Bedfor-Stuyvesant, donde los arrendadores convirtieron los condominios en hoteles fantasmas.⁹⁹

Ante todo esto, ilustramos una crítica alarmante acerca de uno de los hoteles fantasmas más lucrativos en New York, la cual Wachsmuth recogió en su estudio:

This is made to look like a couple sharing their home on AirBNB, but it's actually more like a hostel run by multiple people. Very misleading listing. There are like 20ish tiny rooms and you can hear people snoring and cleaning and such.... Additionally, for those who believe every small room is "private", it's actually not. On my check in, I was given room keys for room 116, but my room was 115, but my key still worked for room 115. My first day there, I got curious and tried using the keys on room 116 as well, and they actually worked. The door key to every single "room" is the same.¹⁰⁰

⁹⁴ EVA DESDENTADO DAROCA ET AL., LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL "ALOJAMIENTO COLABORATIVO": UN ESTUDIO INTERDISCIPLINAR (2018).

⁹⁵ HENRYK F. HANDSZUH ET AL., *Municipio, turismo y seguridad*, OAS (mayo 2010), https://www.oas.org/en/sedi/pub/turismo_seguridad_s.pdf.

⁹⁶ NY Mult Dwell L § 4 (2014).

⁹⁷ DAVID WACHSMUTH ET AL., *The High Cost of Short-Term Rentals in New York City* (3 de enero de 2018), <https://mcgill.ca/newsroom/files/newsroom/channels/attach/airbnb-report.pdf>

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ *Id.* en la pág. 30.

El profesor Wachsmuth menciona que muchos de los miles de apartamentos que existen para alojamiento a corto plazo, son parte de condominios convertidos en hoteles. En especial, destaca que Brooklyn tiene el número mayor de estos hoteles y que es un tema el cual se debe debatir más.¹⁰¹ No obstante, en un intento de continuar la regulación del negocio de alojamientos a corto plazo, un Juez del Distrito Federal, falló a favor de *Airbnb* concediéndole el *injunction* contra una ley de Nueva York que obligaba que *Airbnb* proveyera información de las personas que utilizan los apartamentos en su plataforma.¹⁰² La decisión del juez se basó en la protección contra registros y allanamientos que garantiza la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.¹⁰³

En contraste, al otro lado del mundo, la ciudad de Berlín capital de Alemania, en 2016 fue reconocida como la más restrictiva en cuanto a los alojamientos a corto plazo, ya que lo prohibía en la mayoría de las propiedades residenciales que ofrecieran más del 50% del espacio del inmueble.¹⁰⁴ En otras palabras, los propietarios podían arrendar un cuarto que no sobrepasar el límite establecido en la ley. La legislación conocida como *Zweckentfremdungsverbot* (prohibición contra la alienación) buscaba detener la disminución de viviendas residenciales y proveer suficiente espacio para que la población pudiera vivir en condiciones razonables en Berlín.¹⁰⁵ Sin embargo, en el 2018 fue enmendada la legislación para permitir que con un permiso especial del gobierno se pueda alquilar la totalidad de la propiedad primaria sin límite de días y la propiedad secundaria hasta 90 días al año.¹⁰⁶ Precisa señalar que, también, esta enmienda al reglamento busca detener el acaparamiento de operadores comerciales, ya que aún se intenta preservar los espacios residenciales.¹⁰⁷

De igual forma, la capital de España, Madrid, ha sido una de las ciudades que ha experimentado la problemática de estos alojamientos turísticos dentro de pisos de uso residencial. Ante el aumento de controversias en la comunidad madrileña,

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² *Airbnb, Inc. v. City of New York*, 373 F.Supp.3d 467 (S.D.N.Y. 2019).

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ JENNY GESLEY, *Germany, Law Restricting Airbnb and Other Vacation Rentals Takes Effect in Berlin* (24 de mayo de 2016), <https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/germany-law-restricting-airbnb-and-other-vacation-rentals-takes-effect-in-berlin>.

¹⁰⁵ BERLIN.DE, *Reglamento sobre la prohibición de la reutilización ilegal de viviendas*, (29 de noviembre de 2013) <http://gesetze.berlin.de/jportal/?quelle=jlink&query=WozwEntfrG+BE&psml=bsbeprod.psml&max=true&aiz=true#jlr-WozwEntfrGBEV2P1>.

¹⁰⁶ LUISA BECK, *Berlin had some of the world's most restrictive rules for Airbnb rentals. Now it's loosening up*, THE WASHINGTON POST (18 de marzo de 2018) https://www.washingtonpost.com/world/europe/berlin-had-some-of-the-worlds-most-restrictive-rules-for-airbnb-rentals-now-its-loosening-up/2018/03/27/e3acda90-2603-11e8-a227-fd2b009466bc_story.html

¹⁰⁷ *Id.*

el Pleno del Ayuntamiento, aprobó El Plan Especial de Hospedaje.¹⁰⁸ La medida pretende preservar el uso residencial en las áreas centrales de la ciudad, bajo el amparo de una regulación de usos, el cual limitaría el desplazamiento de unidades para uso residencial de carácter permanente por unidades para uso de alquileres turísticos.¹⁰⁹

Para ser más precisos, dicho plan dispone que su objetivo es:

[P]reservar el uso residencial en las áreas centrales de la ciudad, mediante una nueva regulación de usos compatibles y autorizables, *limitando al máximo la expulsión del uso residencial de carácter permanente y su sustitución por el uso de servicios terciarios en la clase de hospedaje destinado a proporcionar alojamiento temporal.*¹¹⁰

De hecho, una de las características más importantes de este plan, es la que prohíbe expresamente el uso de alquileres turísticos en unidades que no tengan una entrada independiente a la propiedad.¹¹¹ Ahora bien, la aplicación de esta disposición será obligatoria en las unidades residenciales parte de los Anillos 1 y 2.¹¹² No obstante, cuando se plantee modificar el uso residencial en la totalidad del edificio, será necesario que la Junta de Gobierno y el pleno aprueben un plan especial que detalle que dicha modificación no impacta negativamente el entorno.¹¹³

IV. CONCLUSIÓN

Es evidente que, en Puerto Rico, existe la sobrepoblación en las áreas urbanas. Esto se debe a varios factores como la búsqueda de trabajo, acceso a servicios esenciales y una mejor calidad de vida. El surgimiento de los condominios nace, principalmente, por la clara necesidad de proveerles viviendas más económicas a los ciudadanos, en áreas donde no hay espacios para construir urbanizaciones gigantescas. Por otro lado, las nuevas tendencias de alojamiento turístico en apartamentos han revolucionado varias ciudades en el mundo. Esto, como antes mencionamos, ha provocado grandes debates en cuanto a si se deben permitir en condominios residenciales.

¹⁰⁸ ANTONIO SABÁN, *Golpe a Airbnb en Madrid: el Ayuntamiento aprueba el plan para cerrar el 95% de pisos turísticos*, GENBETA (27 de marzo de 2019), <https://www.genbeta.com/actualidad/golpe-a-airbnb-madrid-ayuntamiento-aprueba-plan-para-cerrar-95-pisos-turisticos>.

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ BOCM, AYUNTAMIENTO DE MADRID ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO, 206(2019)

¹¹¹ GLORIA RODRÍGUEZ PINA, *El Ayuntamiento de Madrid aprueba la normativa que cerrará más de 10.000 pisos turísticos*, ELPAIS (27 de Marzo 2019), https://elpais.com/ccaa/2019/03/27/madrid/1553675975_213545.html

¹¹² *Id.*

¹¹³ *Id.*

Debido a esta controversia, diversos gobiernos han tenido que recurrir a tácticas *sui generis* para poder regular este tipo de alojamientos. Sin duda, estos gobiernos han tomado la iniciativa de reglamentar el alojamiento a corto plazo con una perspectiva que recae en la preservación del derecho a una vivienda asequible; derecho al bienestar de la comunidad; derecho a la calidad de vida; derecho a tener paz y seguridad; derecho a la salud; y derecho a estar protegidos del desplazamiento arbitrario. Muchos de estos derechos consideramos que son apremiantes al momento de limitar los alquileres en la propiedad.

De igual forma, se ha reconocido que no todas las clases de alojamientos a corto plazo provocan efectos negativos en las ciudades. En ese sentido, es cuestión de lograr un control adecuado del tiempo en el que un arrendador ofrece su propiedad durante el año y cuan dispuesto está de participar durante el periodo de alquiler corto. Asimismo, el alquiler que ha sido más favorecido en áreas de uso residencial es el de rentar un cuarto del apartamento. No obstante, contrastándolo con el tiempo, un propietario podría habilitar su apartamento para alquilar a corto plazo un cuarto, por un periodo de 6 meses en el año, y a su vez, estar presente en la propiedad para participar activamente en su supervisión de está. Es decir, luego de esos 6 meses, podría ofrecer su propiedad para rentar por un tiempo más prolongado. Además de estas regulaciones, es necesario también establecer el límite de personas que pueden ocupar la unidad y el límite de apartamentos que se pueden alquilar según su localización.

Por otro lado, reconocemos que el imponer impuestos y exigir la adquisición de permisos son métodos importantes al momento de regular estas modalidades, sin embargo, es imperativo reglamentar los alquileres de apartamentos residenciales por operadores comerciales. Ciertamente, estos operadores comerciales son responsables de la mayoría del desplazamiento de ciudadanos permanentes. Estudios como previamente citamos, han demostrado que son un riesgo contra los residentes permanentes y contra los demás anfitriones que participan de este negocio.

En particular a las reglamentaciones de los alquileres a corto plazo en los condominios, como ya indicamos, la legislatura de Puerto Rico busca implementar una nueva ley que expresamente permite estos alquileres en los condominios inscritos al Régimen de Propiedad Horizontal.¹¹⁴ Es forzoso que destacamos está medida sobre las demás, ya que entendemos que se queda corta en cuanto a la regulación de los alojamientos a corto plazo. Reconocemos el derecho que tienen los condóminos en cuanto a sus apartamentos, sin embargo, dejar en las manos del consejo de titulares la decisión de permitir o prohibir estos alquileres podría ocasionar el despojo de futuros residentes permanentes. Esto, debido a que dicha ley permitiría el acaparamiento de apartamentos “turistificados” en zonificaciones estrictamente residenciales.

Por el momento, el proyecto de la cámara núm. 1874 fue referido el 18 de marzo de 2019, ante la Comisión sobre Relaciones Federales, Políticas y Económicas. In-

¹¹⁴ P. de la C. 1874 de 30 de octubre de 2018, 4ta Ses. Ord, 18va. Asam.

dudablemente, debe establecerse un balance entre la “turistificación” y la protección de la comunidad de condóminos, porque de lo contrario, se contribuiría a la disminución de viviendas razonables en Puerto Rico. En virtud de todo lo anteriormente esbozado, somos del criterio de que la protección de la vivienda permanente en condominios residenciales siempre será lo principal, por lo que, aunque el turismo sea una de las áreas más importantes para Puerto Rico, su importancia no es absoluta y cederá ante otros derechos más apremiantes.

EL NUEVO CARPETEO: LA PERSECUCIÓN POLÍTICA EN CONTRA DE LA DISIDENCIA A TRAVÉS DEL ESPACIO CIBERNÉTICO EN PUERTO RICO

LUIS F. MARTÍNEZ TORRES¹

RESUMEN

La Constitución de Puerto Rico prohíbe el discrimen por ideología política. Sin embargo, históricamente el Estado le ha hecho caso omiso a dicho mandato. A lo largo de la historia se ha demostrado que el Estado ha utilizado a las agencias del orden público para perseguir y vigilar a personas vinculadas a movimientos de izquierda, en particular, al independentismo puertorriqueño. A pesar de que esta práctica conocida como el carpeteo, fue declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo de Puerto Rico en el 1988, en el presente han surgido una serie de actos que hacen necesario cuestionarnos si en realidad el Estado ha cesado la persecución por ideología política. Este artículo se enfocará en denunciar los actos realizados por el Estado que apuntan a la vigilancia de las redes sociales por las agencias del orden público con el propósito de obtener información de personas que se manifiestan en contra del gobierno y, de esa manera, iniciar procesos criminales en su contra. Además, este artículo comparará el problema actual con la práctica inconstitucional del carpeteo realizada durante el siglo pasado para establecer cuales son los efectos que tiene esta práctica sobre el estado de derecho y la democracia en la que aspiramos vivir como sociedad.

ABSTRACT

The Constitution of Puerto Rico prohibits discrimination against individuals for their political beliefs. However, it has been proven throughout history that the State has ignored this prohibition. Specifically, it has been established that law enforcement agencies have been used by the State to persecute people with ties to left wing movements, particularly, the independence movement. In spite of the fact that political persecution was declared unconstitutional by the Supreme Court of Puerto Rico in 1988, there have been a series of events that invite us to question if the State has

¹ El autor es estudiante de segundo año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Posee un bachillerato en Justicia Criminal de la Universidad Interamericana de Puerto Rico Recinto de Aguadilla.

stopped persecuting citizens for their political beliefs. This article will be focused on analyzing those acts that demonstrate the State's monitoring of social media to obtain information to initiate criminal prosecutions against individuals who express themselves against government policies. Additionally, this article will compare the present problem with the practice that was ruled unconstitutional in order to establish the effects it has on the concept of the rule of law and on the democracy that we as a society aspire to live in.

I. INTRODUCCIÓN: LA VIGILANCIA DE LAS REDES SOCIALES POR PARTE DEL ESTADO

Como consecuencia de la imposición de la Junta de Supervisión Fiscal en el 2015 y de la crisis económica, social y política que atraviesa Puerto Rico, cada vez son más las personas que se organizan y salen a la calle a manifestarse. Como respuesta a la creciente disidencia y a la militancia de estas personas, el Estado ha aumentado la represión y la vigilancia en contra de quienes luchan en contra de las medidas de austeridad implementadas por el gobierno.

Este trabajo se enfocará en la vigilancia y en el monitoreo de las redes sociales por parte del Estado para reprimir a la disidencia y el efecto que tienen estas prácticas sobre los derechos fundamentales como lo son el derecho a la libertad de palabra, la libertad de asociación y el derecho a la intimidad. El propósito de este escrito es denunciar el uso de las redes sociales por el Estado para vigilar a las personas y el efecto que esto tiene sobre la libertad de ejercer los derechos constitucionales y sobre la democracia a la que aspiramos llegar en nuestra sociedad.

En específico, este trabajo estará enfocado en sucesos recientes, que ocurrieron entre el 2017 y el 2019, en los cuales la Policía de Puerto Rico (en adelante PPR), el Departamento de Justicia y agencias federales trabajaron en conjunto en la vigilancia, el monitoreo y la represión de personas que utilizaron las redes sociales para expresarse en contra del gobierno. Por otro lado, se compararán estas acciones del Estado con la nefasta historia del gobierno puertorriqueño de vigilar, reprimir y carpetear a personas por su ideología política. Esto debido a que a la luz de acontecimientos recientes es necesario preguntarnos si el Estado en realidad ha cesado la práctica del carpeteo; o si por el contrario, lo que ha ocurrido es que ha cambiado la manera en que el Estado vigila a las personas. Esta reflexión es imperativa si aspiramos a un estado de derecho en el que los derechos de cada persona sean respetados y en el que el estado no tenga la potestad de abusar de su poder coercitivo sin consecuencias legales y políticas.

Entre los sucesos que demuestran que el Estado está utilizando las redes sociales para perseguir y vigilar a personas, surge por ejemplo, que unos días antes de la ma-

nifestación masiva del primero de mayo de 2017 la entonces superintendente de la PPR, Michelle Hernández de Fraley, hizo unas expresiones aludiendo al monitoreo las redes sociales por parte de la PPR. Primero la ex superintendente comentó lo siguiente: “[T]odo el mundo postea sus intenciones y nosotros monitoreamos esas intenciones y corroboramos que las intenciones son más que palabras”.² Adicionalmente, le comentó a la prensa que: “[E]stamos monitoreando las redes sociales tenemos acceso a lo que se ha manifestado de las diferentes organizaciones y basado en eso desde el viernes pasado hemos completado nuestro plan de trabajo. . .”.³ Por otro lado, la superintendente confirmó que la información recopilada era compartida con las agencias federales.⁴ Por tales expresiones, el Representante Denis Márquez Lebrón presentó una querrela ante la Comisión de Derechos Civiles de Puerto Rico (en adelante Comisión). Márquez Lebrón denunció las expresiones de la superintendente y sostuvo que dichos actos constituían “carpeteo cibernético”.⁵

Luego de que la superintendente emitiera esos comentarios a la prensa, la PPR refirió seis casos al Federal Bureau of Investigation (en adelante F.B.I.).⁶ Estos casos fueron referidos al F.B.I. debido a que, según la PPR, no constituían delito bajo las leyes de Puerto Rico, pero sí en la jurisdicción federal. Las seis personas investigadas publicaron comentarios a través de “Facebook” que alegadamente constituían amenazas contra el gobierno.

Un año y medio más tarde de que la exsuperintendente emitiera las expresiones anteriores salió a relucir que unos días luego de la manifestación del primero de mayo y durante la huelga del 2017 de la UPR, el Departamento de Justicia de Puerto Rico obtuvo una orden de registro y allanamiento para acceder a las cuentas de “Facebook” de los siguiernetes medios estudiantiles de la UPR del recinto de Río Piedras; en específico: Pulso Estudiantil, Diálogo UPR y el Centro de Centro de Comunicación Estudiantil. Esta noticia validó las alegaciones del abogado de defensa

² María de los Milagros Colón, *Policía le tiene el ojo echa'o a las redes sociales*, Primera Hora, (26 de abril de 2017, 1:37 PM), <https://www.primerahora.com/noticias/gobierno-politica/nota/policialetieneeloechoalasredessociales-1220329/>.

³ Lyanne Meléndez García, *Policía verifica las redes sociales de manifestantes*, Metro, (26 de abril de 2017, 6:28 PM), <https://www.metro.pr/pr/noticias/2017/04/26/policia-verifica-redes-sociales-manifestantes.html>.

⁴ Laura M. Quintero, *Policía monitorea redes sociales de manifestantes*, El Vocero, (25 de abril de 2017), <https://www.periodicolaperla.com/denuncian-alegada-violacion-derechos-civiles-manifestacion-hato-rey/>.

⁵ Denis Márquez Lebrón, *Ponencia ante la Comisión de Derechos Civiles de Puerto Rico*, (25 de mayo de 2017), <https://www.80grados.net/ponenciaderechosciviles/>.

⁶ Comisión De Derechos Civiles De Puerto Rico, *Vigilancia Gubernamental y Protesta Pública en Puerto Rico: Análisis de prácticas de vigilancia por la Policía de Puerto Rico durante las manifestaciones del 1ro de mayo de 2017* 25 (2019).

de uno de los siete (7) estudiantes arrestados, el Lcdo. Oscar Martínez Borrás, quien un año antes al enterarse sobre la orden de registro y allanamiento y un año antes de que esta última fuera notificada a los medios estudiantiles perjudicados le manifestó lo siguiente la prensa: “[E]specíficamente en el testimonio del agente Lasalle surge que aquí se utilizaron unos métodos investigativos bien parecidos a lo que eran las carpetas, que fueron vedadas por el Tribunal Supremo de Puerto Rico, pero utilizando la tecnología de hoy en día: “Facebook”, las redes sociales”.

El propósito de dicha intervención fue obtener pruebas sobre un incidente en que unos estudiantes de la UPR interrumpieron una reunión de la Junta de Gobierno de la UPR en forma de protesta contra los recortes al presupuesto de la UPR.⁷ Como resultado del registro y allanamiento a las redes sociales de los medios estudiantiles, el ministerio público logró presentar cargos contra siete (7) de los estudiantes arrestados tras la protesta.

La orden de registro y allanamiento le permitió al Departamento de Justicia tener acceso a conversaciones privadas de las cuentas allanadas con otros usuarios, información personal como el número de tarjeta de crédito de los administradores de las cuentas, comentarios borrados de una transmisión de “Facebook Live”, correos electrónicos de los administradores de las páginas, sus localizaciones, publicaciones que los usuarios hicieron en otras cuentas, como también las publicaciones que otros usuarios hicieron en las cuentas allanadas y las búsquedas que los usuarios hicieron a través del “search” de “Facebook”.⁸ Mediante esta orden judicial, el Departamento de Justicia logró tener acceso a esta información del 26 al 28 de abril de 2017.

Estas acciones de parte del Estado son alarmantes no solo porque la persecución y vigilancia por motivos políticos fue declarada inconstitucional en el 1988, sino también por el acceso que tiene el Estado a nuevas tecnologías que facilitan la labor de recopilar información a través de las redes sociales. A pesar de que el carpeteo se declaró inconstitucional y ya la policía no anda persiguiendo a las personas físicamente, las redes sociales y los avances tecnológicos han hecho más eficientes los métodos que el Estado tiene disponible y han facilitado la labor de vigilar a las personas. De manera que, hay un gran peligro de que la práctica que se declaró ilegal hace tres décadas se esté realizando mediante métodos avalados por el Estado de derecho actual.

⁷ Pulso Estudiantil, *Justicia interviene con cuenta de Pulso Estudiantil en redes sociales*, (8 de octubre de 2019, 10:03 PM), <https://www.pulsoestudiantil.com/justicia-interviene-con-cuenta-de-pulso-estudiantil-en-redes-sociales/>.

⁸ Pulso Estudiantil, *Justicia interviene con cuenta de Pulso Estudiantil en redes sociales*, (8 de octubre de 2019, 10:03 PM), <https://www.pulsoestudiantil.com/justicia-interviene-con-cuenta-de-pulso-estudiantil-en-redes-sociales/>.

II. LA PRÁCTICA DEL *CARPETEO* VERSUS LA VIGILANCIA CIBERNÉTICA

Como hemos mencionado en la introducción de este trabajo, la historia de Puerto Rico está marcada por incidentes violentos en contra de personas por ejercer sus derechos constitucionales. Durante el pasado siglo, en Puerto Rico se le hizo caso omiso al postulado constitucional que proscribe el discrimen por ideas políticas y que protege a los individuos contra ataques a la dignidad y a la intimidad. Estas situaciones se manifestaron mediante las medidas violentas y represivas impulsadas por el gobierno puertorriqueño en colaboración con el gobierno estadounidense. Desde de la invasión norteamericana del 1898, el Estado comenzó a reprimir y discriminar contra las personas por sus ideas políticas. La represión se daba tanto de manera violenta como de manera discreta mediante lo que ahora conocemos como “el carpeteo”.

Desde la Insurrección del 1950, se conocía que la policía poseía una lista de subversivos que utilizaba para detener potenciales sospechosos y testigos de la Insurrección.⁹ No solo fueron incluidos en las listas y detenidos miembros activos del Partido Nacionalista, sino también cualquier otra persona que el gobierno considerara “subversiva” por su ideología política. Estas listas eran tan arbitrarias que contenían a personas que pertenecían movimientos políticos pacíficos pero que de alguna manera simpatizaban o creían en la independencia para Puerto Rico.

Estas listas que se utilizaron luego de la Insurrección del 1950 se convirtieron en lo que ahora conocemos como las “carpetas”. Para crear las “carpetas” la policía utilizaba informantes y agentes encubiertos que se dedicaban a recopilar información sobre las organizaciones independentistas y sus miembros.¹⁰ El trabajo de estos oficiales de la policía consistía en fichar a las personas que eran identificadas en una tarjeta de 4” x 6”. Una vez a la persona se le fichaba en cuatro ocasiones, se le abría una “carpeta.”¹¹

La vigilancia de las agencias del estado ocurría en cualquier lugar al que la policía pudiese tener acceso. Por ejemplo, se vigilaban a las personas en sus residencias. Esta vigilancia la realizaban agentes encubiertos o uniformados que se estacionaban en las carreteras o en las aceras cerca de las residencias de las personas.¹² La policía también interrogaba a los vecinos sobre las actividades de la persona vigilada y tomaba fotografías para obtener más información.¹³

⁹ David M. Helfeld, *Discrimination for Political Beliefs and Associations* 25 REV. COL. AB. 5, 38 (1964).

¹⁰ Ramón Bosques Pérez, LAS CARPETAS: PERSECUCIÓN POLÍTICA Y DERECHOS CIVILES EN PUERTO RICO CARPETAS Y PERSECUCIÓN POLÍTICA EN PUERTO RICO: LA DIMENSIÓN FEDERAL 40 (1997).

¹¹ *Id.*

¹² Comisión de Derechos Civiles de Puerto Rico, *La vigilancia e investigación policiaca y los derechos civiles* 59 (1970).

¹³ *Id.*

La vigilancia no se limitaba a la residencia de las personas, la policía también perseguía a las personas hasta su lugar de trabajo o sus negocios. Otro de los métodos que los policías utilizaban para obtener información era interrogar a los patronos de las personas vigiladas.¹⁴ De igual forma, la vigilancia continuaba con la persecución física o automotriz hacia cualquier otro lugar a donde la persona vigilada se dirigiera.¹⁵

Es importante destacar que las organizaciones independentistas no fueron las únicas que sufrieron la vigilancia y la persecución. La División de Inteligencia de la PPR también contaba con una sección obrero patronal que investigaba a los “subversivos” dentro del movimiento obrero.¹⁶ Adicionalmente, existía una la sección de extranjeros que estaba a cargo de detectar a extranjeros con tendencias “izquierdistas o subversivas”.¹⁷ También se utilizaba a la guardia universitaria para vigilar y perseguir a los estudiantes y las organizaciones estudiantiles dentro de los recintos universitarios.¹⁸

Como hemos descrito, la vigilancia y persecución por ideología política que ocurría con anterioridad al caso de *Noriega v. Gobernador* consistía en confeccionar una carpeta.¹⁹ En esta carpeta se incluían fotos de la persona, información sobre las organizaciones a las cuales pertenecía, datos sobre los lugares que frecuentaba, con que personas se asociaba, lugar de empleo y cualquier otra información que los agentes pudiesen recopilar sobre la persona.

Por la manera en que la policía obtenía esta información era necesario que agentes estuvieran alternándose para lograr mantener a las personas bajo vigilancia la mayor cantidad de tiempo posible. En la actualidad, mediante la vigilancia a través de las redes sociales, como “Facebook”, ya no es necesario que la policía mantenga un expediente de información recopilada mediante la persecución física. Esto se debe a que en esta red social las personas publican fotos, proveen detalles sobre su vida como su lugar de empleo y sus relaciones de pareja, tienen su lista de amigos, hacen “check-in” en los lugares que visitan, siguen páginas de organizaciones y publican estados o comparten publicaciones comentando sobre asuntos de interés público que pueden revelar su afiliación o ideología política. Por todo esto, las redes sociales se han convertido en un medio por el cual los individuos confeccionan su propia “carpeta”, la cual luego es susceptible de ser accedida por cualquier persona con acceso a la red social.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ *Id.*

¹⁶ Comisión de Derechos Civiles de Puerto Rico, *Discrimen y Persecución por Razones Políticas: La Práctica Gubernamental de mantener listas, ficheros y expedientes de ciudadanos por razón de su ideología política* 127 (1989).

¹⁷ *Id.* en la pág. 128.

¹⁸ *Id.* en la pág. 150.

¹⁹ *Noriega v. Gobernador*, 122 D.P.R. 650 (1988).

No obstante, surgen problemas de violación de los derechos constitucionales cuando el Estado utiliza estos métodos de vigilancia en contra de personas que ejercen sus derechos constitucionales sin tener causa probable para creer que la persona ha cometido algún delito.

III. LA VIGILANCIA POLICIACA DE LAS REDES SOCIALES Y LA STORED COMMUNICATIONS ACT

El Departamento de Justicia logró obtener una orden de registro y allanamiento contra los medios estudiantiles que estuvieron presentes y grabaron un “Facebook Live”; en el que según el tribunal que expidió la orden, había causa probable para creer que se habían cometido los delitos de restricción agravada de la libertad y motín en los sucesos donde un grupo de estudiantes interrumpieron una reunión de la Junta de Gobierno de la UPR.²⁰ Sin embargo, los administradores de los medios no fueron quienes cometieron los actos que constituían los delitos imputados a los estudiantes. A pesar de esto, la orden de registro y allanamiento le permitió el acceso al Departamento de Justicia a información privada como los correos electrónicos, números de tarjetas de crédito y conversaciones privadas entre las cuentas de los medios estudiantiles y de los usuarios que interactuaron con ellas.

La Stored Communications Act (en adelante S.C.A.) dispone que, como regla general, está prohibido que una entidad que provea un servicio electrónico de comunicación divulgue a alguna persona o entidad el contenido de una comunicación.²¹ Sin embargo, esta regla tiene sus excepciones. Como menciona el informe de la Comisión, la ley establece requisitos distintos dependiendo de si la información solicitada es de contenido o no.²² La ley define contenido de una comunicación como cualquier información sobre la sustancia o el significado de una comunicación (traducción nuestra).²³

²⁰ Javier Colón Dávila y Laura M. Quintero, *Tildan de “carpeteo electrónico” que Justicia obtuviera información sobre medios de la UPR*, (9 de octubre de 2019, 10:00 am), <https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/tildandecarpeteoelectronicoquejusticiaobtuvierainformacionsobremediosdelaupr-2522444/>.

²¹ 18 U.S.C.A. § 2702 (a)(1) (“a person or entity providing an electronic communication service to the public shall not knowingly divulge to any person or entity the contents of a communication while in electronic storage by that service”).

²² Comisión De Derechos Civiles De Puerto Rico, *Vigilancia Gubernamental y Protesta Pública en Puerto Rico: Análisis de prácticas de vigilancia por la Policía de Puerto Rico durante las manifestaciones del 1ro de mayo de 2017* 144 (2019).

²³ 18 U.S.C.A. § 2510 (8). (“contents”, when used with respect to any wire, oral, or electronic communication, includes any information concerning the substance, purport, or meaning of that communication).

La manera de obtener acceso al contenido de las comunicaciones en virtud de esta ley depende de si el contenido ha estado almacenado por menos de 180 días o por más tiempo. Si es por menos de esa cantidad de días, la protección a la intimidad es mayor; y por tanto, los requisitos que el estado debe cumplir para obtener el acceso son más rigurosos. Por el contrario, cuando se trata de contenido que lleva almacenado por más de 180 días, existen dos maneras de obtener la información y el procedimiento dependerá de si se notificó al usuario sobre el requerimiento de información o no. Cuando no se notifica al usuario, el Estado deberá obtener una orden judicial de registro y allanamiento basada en causa probable.²⁴ Si se le notifica al usuario o a la entidad que provee el servicio el Estado deberá obtener un *subpoena* (sin orden judicial) u obtener una orden judicial que demuestre que la información es relevante y material a una investigación criminal que esté en proceso.²⁵ En ambas situaciones, la notificación al usuario puede tardarse hasta un periodo no mayor de 90 días de darse algunas circunstancias excepcionales.²⁶ Como podemos observar, el estándar que debe cumplir el Estado es menor cuando se trata de información que lleva almacenada por más de 180 días.

Cuando se trata de información transaccional que no incluye el contenido de alguna comunicación (como la información de movimiento y localización capturadas por las torres de telefono celular), el Estado puede obtenerla de tres maneras distintas, a saber: (a) con una orden judicial que demuestre causa probable; (b) con orden judicial sin causa probable, pero con motivos para creer que la información es relevante a una investigación criminal en proceso; o (c) mediante el consentimiento de la persona.²⁷ Por otro lado, si se trata de información básica de los usuarios como el nombre, dirección, récords de llamadas telefónicas o la duración de sesiones de usos de plataformas electrónicas; estas se pueden obtener solo con un *subpoena*; es decir, sin intervención judicial.²⁸ En estos casos, la ley dispone que una entidad gubernamental que reciba esta información no tiene que notificar a los usuarios perjudicados.²⁹ De las disposiciones de la S.C.A. surge que hay cierta información que tiene menos protección que otra.

La S.C.A. se basa en la doctrina de terceros; conforme a dicha doctrina, “una persona carece de una expectativa razonable de intimidad sobre información que voluntariamente entregó a un tercero”.³⁰ Lo que quiere decir que como los usuarios

²⁴ *Id.* § 2703 (b) (1) (A).

²⁵ *Id.* § 2703 (b) (i) (ii).

²⁶ *Id.* § 2705.

²⁷ *Id.* § 2703 (c)(1).

²⁸ *Id.* § 2703 (c)(2).

²⁹ *Id.* § 2703 (c)(3).

³⁰ *United States v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976). Véase además, *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979).

acceden voluntariamente a sus redes sociales están compartiendo voluntariamente su información con terceras personas; y por tanto, carecen de una expectativa razonable de intimidad. El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha dispuesto que, conforme a la doctrina de la expectativa razonable de intimidad, se viola el derecho a la intimidad garantizado por la constitución si la persona afectada alberga una expectativa de intimidad, que demuestra mediante actos afirmativos sobre el lugar o artículo que habrá de ser registrado; y además, tal expectativa debe ser razonable a la luz de los criterios prevalecientes en la sociedad.³¹

A pesar de que la visión sobre la expectativa razonable de intimidad es limitada en la jurisdicción federal, en Puerto Rico la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha seguido el mismo camino. Por ejemplo, en *Weber v. ELA*, el Tribunal Supremo resolvió que, al amparo de la Constitución de Puerto Rico, una persona tiene una expectativa razonable de intimidad sobre el registro de llamadas que realiza desde su teléfono.³² Por tal razón, para que el Estado pueda tener acceso a dicha información es necesario que obtenga una orden judicial basada en causa probable.

Es importante mencionar que el Tribunal Supremo de Puerto Rico resolvió de tal manera y se apartó de la norma establecida por la Corte Suprema de EE. UU. debido a que la Constitución de Puerto Rico es de factura más ancha. Lo que quiere decir que ofrece más protección al derecho a la intimidad que la Constitución estadounidense. Además, dispuso de la controversia de esa manera porque por medio de los registros de llamadas se puede conseguir información privada de las personas como la siguiente:

[L]os lugares que la persona frecuenta, los bienes que adquiere, el partido al que contribuye, los periódicos y revistas que lee, la iglesia a la cual hace donaciones, las asociaciones a las cuales pertenece, las tiendas y establecimientos donde compra, los médicos que visita y otra información de naturaleza íntima.³³

Esta expresión del Tribunal Supremo es importante para el problema que se aborda en este trabajo porque era precisamente este tipo de información la que el Estado buscaba obtener mediante el carpeteo y la persecución agresiva prevaleciente durante la segunda mitad del siglo pasado. De igual manera, es importante debido a que es el mismo tipo de información que el Estado puede obtener a través de “Facebook” u otra red social. Sobre este particular, es indudable la facultad que tiene el Estado para investigar y luchar contra el crimen. Por eso cuando tiene causa probable para creer que las redes sociales se están utilizando para cometer delitos no cabe

³¹ RDT Construction v. Contralor I, 141 D.P.R. 424, 437 (1996).

³² Weber v. ELA, 190 D.P.R. 688 (2014).

³³ *Id.* en la pág. 712.

duda de que obtener dicha orden es razonable y legítimo. Sin embargo, la situación es distinta cuando el Estado obtiene una orden judicial basada en causa probable, al amparo de una ley federal, que le permite ir más allá de lo que es permitido bajo la Constitución de Puerto Rico.

Ahora bien, hay que tener presente que estas decisiones de la Corte Suprema de los EE. UU., del Tribunal Supremo de Puerto Rico y la misma S.C.A. no contemplaban lo que ha ocurrido en la actualidad en cuanto a los avances tecnológicos y de las redes sociales que se han convertido en parte del diario vivir de la mayoría de las personas. Por ello, en *U.S. v. Carpenter*, la Corte Suprema reconoció que al momento en que se resolvió *U.S. v. Smith* (nota al calce omitida), pocos hubiesen podido imaginar la manera en que la tecnología ha avanzado y la cantidad de información que las personas comparten con terceros como lo son los proveedores de servicio de celular que eran parte de la controversia en dicho caso.³⁴ Por todo lo anterior, la Corte Suprema resolvió que a pesar de que la localización de la persona que se documenta a través del teléfono móvil estaba en manos de terceros el usuario no pierde su expectativa razonable de intimidad sobre dicha información por ese hecho.

En *Carpenter*, la Corte Suprema reconoció que una persona no cede sus reclamos a la protección garantizada por la cuarta enmienda de la Constitución por aventurar hacia la esfera pública.³⁵ Además, citando la opinión concurrente del juez Alito en *Jones*, expresó que antes del comienzo de la era digital, la persecución física de un individuo no se realizaba por más de un periodo de tiempo breve por la dificultad y el costo que conllevaba.³⁶ Por tal razón, la sociedad no tenía la expectativa de que los oficiales del orden público pudiesen monitorear y seguir cada movimiento de un individuo.³⁷ Como las personas llevan los celulares consigo a todos los lugares que van, según la Corte Suprema, a través de ellos el Estado puede conocer sus “asociaciones familiares, políticas, profesionales, religiosas y sexuales”(traducción nuestra).³⁸ Catalogó el nivel de persecución que se logra de esta manera como una “casi perfecta”(traducción nuestra).³⁹

Por ello, la Corte Suprema concluyó que permitir que el Estado tenga acceso a los récords de la localización que se documenta a través de los celulares, sin una

³⁴ *U.S. v. Carpenter*, 138 S.Ct. 2206 (2018). (citas omitidas).

³⁵ *Id.* en la pág. 2217.

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.*

³⁸ *Id.* (“As with GPS information, the time-stamped data provides an intimate window into a person’s life, revealing not only his particular movements, but through them his ‘familial, political, professional, religious, and sexual associations.’”)

³⁹ *Id.* en la pág. 2218 (“Accordingly, when the Government tracks the location of a cell phone it achieves near perfect surveillance, as if it had attached an ankle monitor to the phone’s user.”)

orden judicial de registro y allanamiento que esté basada en causa probable, viola el derecho a la intimidad. En este caso el Estado obtuvo la orden en virtud de la sección (d) de la SCA que solo requiere el estándar de demostrar bases razonables para creer que la información es relevante a una investigación en proceso.

En el caso del registro a las cuentas de Facebook de los medios estudiantiles se obtuvo la orden de registro y allanamiento en virtud del inciso (c) y (d) de la S.C.A.⁴⁰ Como mencionamos anteriormente, el inciso (c) trata sobre la forma de obtener acceso a información que no es de contenido. Por otro lado, el inciso (d) regula el acceso a información de contenido conforme al inciso (b); sin embargo, solamente hay que cumplir con el estándar de demostrar bases razonables para creer que la información es relevante a una investigación en proceso. En virtud de la orden, el Departamento de Justicia solicitó acceso a información como: dirección de facturación y registros de pago; mensajes privados enviados, localizaciones de los usuarios de GPS, todo contenido audiovisual que las cuentas hayan subido, estatus de relaciones; trabajo, educación; donde vive, búsquedas realizadas a través del “search”, entre otras.⁴¹ Queda claro es que fue información que no es pública y que todas las personas que utilizan redes sociales tienen una expectativa de que no sea accedida por terceros. La S.C.A. dispone que cuando se obtiene una orden de registro y allanamiento, la notificación al usuario no debe demorar más de 90 días. A pesar de ello, la orden contra las cuentas de los medios estudiantiles se obtuvo el 5 de mayo de 2017 y no fue hasta la primera semana de octubre que estos tuvieron conocimiento sobre la intervención a sus cuentas.⁴²

Es cierto que cada persona voluntariamente abre cuentas de redes sociales y expone su información personal y privada a terceras personas, como el Estado, que pueden accederla fácilmente esta. Sin embargo, es inaceptable que el Estado utilice dicha información con el propósito de perseguir y vigilar a personas por ejercer sus derechos constitucionales. En el contexto del problema que se plantea en este trabajo, se desprende que es muy sencillo para el estado obtener dicha información de personas que protestan en contra del gobierno. De esa manera el Estado ha logrado perseguir y acusar criminalmente a los estudiantes arrestados por interrumpir la reunión de la Junta de Gobierno de la UPR, perseguir y vigilar a los medios estudiantiles y a otras personas que utilizaron las redes sociales para ejercer su derecho

⁴⁰ https://www.pulsoestudiantil.com/wp-content/uploads/2019/10/orden-de-allanamiento-Pulso_20191008092540.pdf. (Orden de registro y allanamiento).

⁴¹ *Id.*

⁴² Pulso Estudiantil, *Justicia interviene con cuenta de Pulso Estudiantil en redes sociales*, (8 de octubre de 2019, 10:03 PM), <https://www.pulsoestudiantil.com/justicia-interviene-con-cuenta-de-pulso-estudiantil-en-redes-sociales/>.

a la libertad de expresión durante los días antes de la manifestación del primero de mayo de 2017.

Por la manera sencilla en que el Estado puede obtener dicha información es que surge la interrogante sobre si en realidad ha cesado la práctica del carpeteo que fue declarada inconstitucional en el 1988 por el Tribunal Supremo de Puerto Rico. Esta facilidad que tiene el Estado de vigilar, perseguir y obtener información personal de todas las personas hace concebible que esté ocurriendo lo que el Representante Márquez Lebrón denominó como “carpeteo cibernético”.⁴³

a. LA VIGILANCIA DE LAS REDES SOCIALES POR LA PPR

Según un informe que preparó la Comisión, en respuesta a la querella que presentó el Representante Márquez Lebrón, la PPR alega que no monitorea proactivamente las redes sociales, sino que lo hace cuando recibe confidencias a través de un “fan page” en “Facebook”. Además, el informe constató que la División de Crímenes Cibernéticos es la que monitorea las redes sociales en virtud de la Orden General Núm. 600-613.⁴⁴ Dicha orden autoriza a los agentes de la División de Crímenes Cibernéticos a monitorear las redes cuando se detecte actividad sospechosa relacionada a actividad delictiva o cuando reciban alguna confidencia de algún ciudadano. La Comisión concluyó que la orden general mantenía el monitoreo de las redes sociales desregulado porque carecía de criterios para controlar la discreción de los agentes.⁴⁵ Esto es peligroso debido al alto potencial de riesgo de violar el derecho a la intimidad de los usuarios cuando se monitorean las redes sociales para buscar evidencia delictiva.

A pesar de que los agentes testificaron ante la Comisión que solamente monitoreaban las redes sociales de personas cuando recibían confidencias, no lograron presentar evidencia sobre las supuestas confidencias que motivaron la vigilancia de las redes. Basado en dichas confidencias, la PPR refirió seis (6) casos al F.B.I. por alegadas amenazas contra el gobierno de Puerto Rico.⁴⁶ Los hechos por los cuales se refirieron los casos al F.B.I. fueron por publicaciones que hicieron ciertas personas en sus cuentas de “Facebook”. Según agentes de la PPR, la razón por la cual no preservaron información sobre las confidencias que motivaron los referidos al F.B.I. fue porque las publicaciones no constituían delito bajo el ordenamiento jurídico de

⁴³ Véase *supra* nota 4.

⁴⁴ Comisión De Derechos Civiles De Puerto Rico, *Vigilancia Gubernamental y Protesta Pública en Puerto Rico: Análisis de prácticas de vigilancia por la Policía de Puerto Rico durante las manifestaciones del 1ro de mayo de 2017* 22 (2019).

⁴⁵ *Id.* en la pág. 23.

⁴⁶ *Id.* en la pág. 25.

Puerto Rico sino el federal.⁴⁷ El hecho de que la PPR no haya presentado evidencia sobre cuáles fueron las confidencias que dieron paso a que se investigaran a estas personas levanta dudas sobre si en realidad la PPR está monitoreando proactivamente y vigilando las redes sociales de personas por el contenido de sus publicaciones.

Otro aspecto importante del Informe de la Comisión es que detalló la manera en que la División de Crímenes Cibernéticos recopila información privada en su función investigativa. Primero, cuando algún agente de la División de Crímenes Cibernéticos detecta alguna actividad delictiva o recibe alguna confidencia, se activa el siguiente protocolo: “(a) [T]omar imágenes en computadora de la conducta en cuestión; (b) asignar un número de control y crear un archivo digital con la información; y (c) referir la información a los componentes investigativos y del Ministerio Público pertinentes. . .”.⁴⁸

Por otro lado, cuando va a obtener información de páginas como “Facebook” la División de Crímenes Cibernéticos toma los siguientes pasos:

- (a) Solicita a la plataforma de internet que preserve información relevante, toda vez que podrá ser solicitada como parte de un proceso investigativo;
- (b) coordina con el Ministerio Público (en particular la Unidad Investigativa de Crímenes Cibernéticos del Departamento de Justicia), la preparación y presentación de *subpoenas* (énfasis en el original) u órdenes judiciales de registro para solicitar información, según aplique y (c) tramita el *subpoena* (énfasis en el original) u orden de registro y recibe la información personal por parte de la plataforma digital, para su evaluación y análisis.⁴⁹

A la luz de los hallazgos de la investigación de la Comisión, de la orden obtenida por el Departamento de Justicia y de la historia oscura del carpeteo en nuestro país, ciertamente es preocupante el hecho de que la PPR cuente con una división encargada de vigilar las redes sociales de las personas. A esto le añadimos la falta de criterios para guiar la discreción de los agentes y la creciente importancia de las redes sociales en los movimientos de protestas sociales y hay mucha probabilidad de que los derechos constitucionales de las personas se estén menoscabando por el Estado en un esfuerzo de mantener el orden mediante la represión y la vigilancia.

IV. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LAS REDES SOCIALES Y SU RELACIÓN CON LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El derecho a la intimidad está expresamente consagrado en la Constitución del E.L.A. La Constitución reconoce que “[T]oda persona tiene derecho a protección

⁴⁷ *Id.* en la pág. 25.

⁴⁸ *Id.* en la pág. 35.

⁴⁹ *Id.* en la pág. 38.

de la ley contra ataques abusivos a su honra, su reputación y a su vida privada o familiar.”⁵⁰ De igual forma, la Constitución del ELA garantiza el derecho de las personas a la libertad de palabra, de prensa y de asociación.⁵¹ En el contexto de las redes sociales, como menciona el profesor Hiram Meléndez Juarbe, al utilizar las redes sociales “[d]ejamos un récord permanente de nuestras vidas, distribuido y esparcido por todas partes, listo para ser recopilado y catalogado por aquellos con la tecnología necesaria y por quienes tengan suficientes incentivos para hacerlo.”⁵² Lo anterior se debe a que a través de las redes sociales se comparte una gran cantidad de información personal como requisito para poder tener acceso a una cuenta en dichas redes; y además, mediante el uso diario de las redes los usuarios comparten información privada.

En la actualidad las redes sociales se han convertido en un espacio público a través del cual las personas ejercen sus derechos constitucionales, específicamente, la libertad de palabra.⁵³ Más aún, como señala la Corte Suprema de los EE. UU. las redes sociales son el espacio más importante para el intercambio de ideas.⁵⁴ Como resultado, las redes sociales se han convertido en un espacio necesario en las luchas sociales contemporáneas. Por ejemplo, durante el *Verano del 2019*, las redes sociales fueron un medio esencial para que la ciudadanía ejerciera presión mediante la expresión de su descontento con las expresiones vertidas en el chat y para convocar a las manifestaciones que llevaron al gobernador de aquel entonces a renunciar a su cargo. Además, las redes sociales fueron esenciales para que puertorriqueños y puertorriqueñas en la diáspora pudieran manifestarse desde diferentes países.⁵⁵ Es precisamente por la importancia que tienen las redes sociales en el intercambio de ideas que en la actualidad el Estado las monitorea para investigar el contenido que las personas comparten a través de ellas.

Como mencionamos anteriormente, no cabe duda de que el Estado tiene un interés legítimo en utilizar los recursos que tiene disponible en su función de proteger a la sociedad y de prevenir el crimen. A la misma vez, el Estado tiene la obligación de respetar los derechos que la constitución le garantiza a las personas. Sin embargo, en muchas ocasiones el Estado utiliza su deber de proteger la seguridad de la

⁵⁰ *Const. ELA* Art. VII, §2.

⁵¹ *Id.* Art. IV, §2.

⁵² Hiram A. Meléndez Juarbe, *La Constitución En Ceros Y Unos: Un Acercamiento Digital Al Derecho A La Intimidad Y La Seguridad Publica*, 77 REV. JUR. U.P.R. 45, 46 (2008).

⁵³ Jeramie D. Scott, *Social Media and Government Surveillance: The Case for Better Privacy Protections for Our Newest Public Space*, 12 J. BUS. & TECH. L. 151 (2017).

⁵⁴ *Packingham v. North Carolina*, No. 15-1194, 582 U. S. ____ (2017) 137 S.Ct. 1730.

⁵⁵ Noticel, *La diáspora fue clave en la renuncia de Ricky Roselló*, (26 de agosto de 2019, 3:49 PM), <https://www.noticel.com/ahora/gobierno/la-diaspora-fue-clave-en-la-renuncia-de-rosello/1113527917>.

sociedad como pretexto para justificar la represión y la vigilancia de las personas constituyen una amenaza a las aspiraciones político partidistas de los funcionarios que ostentan el poder y de aquellos cuyas ideas políticas el Estado considere que son una amenaza al orden social.

Los sucesos abominables conocidos popularmente en nuestra historia como el “carpeteo” ilustran como el gobierno puertorriqueño se ha amparado en su deber de proteger a la ciudadanía para violar los derechos constitucionales de toda persona con una ideología política opuesta a la del gobierno y que aunque sea mínimamente, representan una amenaza a su dominio político o al orden social imperante. Como menciona el profesor Hiram Meléndez Juarbe, en tiempos de crisis el sentido de seguridad pública es frágil y, por tanto, es más viable para el Estado convencer al pueblo de que se deben sacrificar los derechos para facilitarle al Estado la labor de mantener la paz y la seguridad.⁵⁶

Por otro lado, la profesora Yanira Reyes Gil sostiene que en momentos en que el Estado enfrenta una crisis económica o social, este responde con mecanismos de ley para forzar un control social artificial y así impone la represión contra las personas que disienten políticamente con el gobierno.⁵⁷ Partiendo de esta premisa, los comentarios que emitió la exsuperintendente de la PPR sobre el monitoreo de las redes sociales demuestran el Estado está preparado para silenciar a las personas que se manifiestan en su contra. El Estado reconoce que es necesario aumentar la vigilancia y la represión en contra de las personas que manifiestan y se organizan para luchar contra la austeridad impuesta por el gobierno. Estas condiciones, unidas a los avances tecnológicos le han permitido al Estado ejercer una vigilancia más efectiva y abarcadora, o “casi perfecta”.⁵⁸

Al actuar de esa manera, el Estado ha ignorado el mandato constitucional de proteger la intimidad y la dignidad de las personas en contra de ataques abusivos. Mediante el “carpeteo cibernético” el Estado puede acceder puede penetrar a lugares tan íntimos como las búsquedas que realiza en Facebook, las tarjetas de crédito que utiliza el usuario y hasta las conversaciones privadas de los usuarios de las cuentas. Además, lo hace sin ofrecer una notificación oportuna a las personas perjudicadas. En la medida que el estado ejerce su poder de esta manera, las personas no tienen la seguridad y confianza de ejercer su derecho a la libertad de expresión sin temor a represalias del gobierno. Así, el Estado crea un “chilling effect” o efecto disuasivo al ejercicio legítimo de derechos constitucionales mediante la facultad que posee de

⁵⁶ Hiram A. Meléndez Juarbe, *La Constitución En Ceros Y Unos: Un Acercamiento Digital Al Derecho A La Intimidad Y La Seguridad Publica*, 77 REV. JUR. U.P.R. 45, 47 (2008).

⁵⁷ Yanira Reyes Gil, *Sobre La Reacción a las Disidencias: Políticas De Criminalización en Tiempos de “Such Is Life”*, 8 REV. CRIT. UIPR. 154, 155 (2012).

⁵⁸ Véase *supra* nota 38.

utilizar el derecho y la tecnología para limitar la habilidad de las personas de controlar su identidad en las redes sociales.⁵⁹

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES: EL ESTADO DE DERECHO Y LA DEMOCRACIA

Ante estos sucesos recientes en los que el Estado ha expresado su disposición a utilizar las redes sociales para monitorear y vigilar a personas que ejercen sus derechos constitucionales a través de las redes sociales, es ineludible recurrir a la historia de las “carpetas” en Puerto Rico. Mediante “la práctica sistémica, generalizada, masiva e institucional de ignorar los derechos civiles y humanos básicos...”, que llevó a cabo el Estado en la segunda mitad del siglo 20 quedó demostrado, como menciona Ramón Bosques Pérez, que el mandato constitucional de respetar la intimidad, de no discriminar por razón de ideología política y de no coartar el ejercicio de la libertad de palabra resultó ser letra muerta.⁶⁰ Por tal razón, en la actualidad, es imprescindible exigir que el Estado cumpla su obligación de respetar la Constitución.

En nuestra aspiración a vivir en una sociedad plenamente democrática es necesario que tanto los ciudadanos y el Estado estén sometidos al mandato de ley. Sobre este particular, es útil abordar sobre el concepto del estado de derecho. El Secretario General de la Organización de Naciones Unidas (ONU), define el estado de derecho como:

[U]n principio de gobernanza en el que todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos.⁶¹

Para el profesor Efrén Rivera Ramos, “[l]a erosión de los valores contenidos en el concepto del estado de derecho puede conducir, y ha conducido en el pasado, al autoritarismo, a la dictadura y aun al totalitarismo.”⁶² Por otro lado, Rodrigo Borja sostiene que “[e]l totalitarismo se caracteriza por la presencia de ubicuos y eficientes aparatos policiales que vigilan todos los aspectos de la vida humana, incluidos el fuero interno y las convicciones íntimas de las personas.”⁶³ La manera en que se

⁵⁹ Hiram A. Meléndez Juarbe, *La Constitución En Ceros Y Unos: Un Acercamiento Digital Al Derecho A La Intimidad Y La Seguridad Publica*, 77 REV. JUR. U.P.R. 45, 54 (2008).

⁶⁰ Ramón Bosques Pérez, Juan Javier Colón Morera, *LAS CARPETAS: PERSECUCIÓN POLÍTICA Y DERECHOS CIVILES EN PUERTO RICO* XIII (1997).

⁶¹ Secretario General de la ONU, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, U.N. Doc. S/2004/616 (2004).

⁶² Efrén Rivera Ramos, *El Estado de Derecho: Aproximación al concepto*, 81 REV. JUR. UPR 1113 (2012).

⁶³ Rodrigo Borja, *ENCICLOPEDIA DE LA POLÍTICA* 951 (1997).

violaron los derechos de las personas mediante el “carpeteo” demuestran precisamente como el hecho de que el Estado no cumpliera con los mandatos de la constitución resultó en una especie de estado totalitario según la definición anterior. Esto debido a que el Estado ejerció su poder represivo para vigilar y prohibir el ejercicio legítimo de los derechos garantizados por nuestra constitución.

Por otra parte, el profesor Ozan O. Varol ha desarrollado y utilizado el concepto de “autoritarismo sigilo o discreto” (traducción nuestra) para describir el fenómeno mediante el cual los llamados gobiernos democráticos se amparan en métodos legales existentes en regímenes con credenciales democráticas favorables para propósitos anti-democráticos.⁶⁴ El profesor plantea que mediante esta práctica se deterioran los mecanismos de rendición de cuentas, se debilitan los pesos y contrapesos entre las ramas de gobierno, los gobernantes incumbentes consolidan el poder y se facilita la creación de un estado uni-partidario donde el campo electoral es desigual y el partido incumbente puede beneficiarse de ventajas sistémicas.⁶⁵ Por tal razón, el profesor sostiene que estas prácticas complican la posibilidad de una derrota electoralmente a los partidos incumbentes y socavan uno de los componentes esenciales de la democracia: un proceso electoral justo.

Los planteamientos del profesor Varol permiten comprender la historia puertorriqueña relativa a la persecución ideológica política y a nuestro estatus colonial. Ya que mediante métodos legales disfrazados de “ley y orden” el estado persiguió a decenas de miles de puertorriqueños y puertorriqueñas bajo leyes y medidas anti-democráticas e inconstitucionales como, por ejemplo, la Ley de la Mordaza, la confección de “carpetas” y la infiltración de organizaciones. La consecuencia de toda la esta criminalización y la persecución fue precisamente lo que señala el profesor que resulta del autoritarismo sigilo. Es decir, mediante la represión y la criminalización de la ideología independentista, se creó la falsa idea de que los independentistas representaban un peligro a la seguridad de la sociedad, por lo que se justificaba la violencia en contra de los y las independentistas. De esa manera, se logró eliminar la alternativa de la independencia como opción electoral en el sentido partidista; y además, como opción de estatus viable para el país. Aunque esto no encaja en el resultado del estado uni-partidista que propone el profesor, por nuestra realidad política como colonia, este autoritarismo sigilo ha permitido que mediante la vigilancia y la violencia sancionada por el estado se mantenga el “estatus quo”.

Siguiendo esa misma línea, informe de la Comisión, citando a Charles Rab, expone lo siguiente:

[L]a democracia participativa enfatiza la capacidad de actuar políticamente a través de la libertad de escoger, incluyendo las elecciones libres. No puede haber una libre elección en ausencia de la libertad de expresión, de organi-

⁶⁴ Ozan O. Varol, *Stealth Authoritarianism*, 100 Iona L. Rev. 1673 (2015).

⁶⁵ *Id.* en la pág. 1684.

zación y de reunión. El punto crucial es que estas libertades participativas requieren un grado de intimidad para su ejercicio; esto queda enfatizado por la relación entre las elecciones libres y el voto secreto, lo que promueve las decisiones políticas no coaccionadas.⁶⁶

Es precisamente por esa razón que en el presente es necesario tener claro cuáles son los peligros que presentan otorgarle al Estado la facultad de inmiscuirse en los asuntos íntimos de las personas mediante el ejercicio de la vigilancia cibernética. Y es que a pesar de que los miembros de la Policía de Puerto Rico que testificaron ante la Comisión afirmaron que no realizan monitoreo proactivo de las redes sociales sino que monitorean cuando reciben alguna confidencia (de lo que no mostraron evidencia) el hecho de que el Estado esté utilizando herramientas tan poderosas como las redes sociales para prepararse para una manifestación y para arrestar a estudiantes presenta una amenaza a la intimidad, la libertad de palabra, la libertad de asociación y la libertad de prensa de todas las personas.⁶⁷

Además, aunque en el informe de la Comisión no se probó que el Estado esté confeccionando carpetas en el sentido que históricamente se le atribuyó al concepto no es menos cierto que tiene la facultad para hacerlo sin problemas u obstáculos algunos. La diferencia radica en que actualmente puede lograr los mismos objetivos que perseguía el carpeteo, pero de una manera discreta y sancionada por ley. El hecho de el monitoreo que realizan las agencias del orden público este avalado por las leyes federales no quita que existan serias dudas sobre si en realidad dicha práctica es legal al amparo de la Constitución de Puerto Rico. En particular, no cabe duda de que dicha práctica ejerce un efecto disuasivo o “chilling effect” sobre el derecho a la libertad de palabra de las personas que utilizan las redes sociales para expresar sus ideas y que acceder a las cuentas de las personas es una invasión a la intimidad.

El que el Estado tenga un interés legítimo en proteger la seguridad y mantener el orden social no justifica la violación de derechos constitucionales de las personas. Menos si tomamos en consideración que en el siglo pasado a miles de personas les violaron sus derechos constitucionales porque el Estado se amparó en esos mismos intereses y objetivos para callarlos y criminalizarlos. Como señala el profesor Meléndez Juarbe, “[s]i una sociedad democrática requiere un proceso de deliberación vigoroso, el derecho a la intimidad es una precondition a la democracia en cuanto nos proporciona el espacio para considerar las controversias y formar opiniones an-

⁶⁶ Comisión De Derechos Civiles De Puerto Rico, *Vigilancia Gubernamental y Protesta Pública en Puerto Rico: Análisis de prácticas de vigilancia por la Policía de Puerto Rico durante las manifestaciones del 1ro de mayo de 2017* 112 (2019).

⁶⁷ Comisión De Derechos Civiles De Puerto Rico, *Vigilancia Gubernamental y Protesta Pública en Puerto Rico: Análisis de prácticas de vigilancia por la Policía de Puerto Rico durante las manifestaciones del 1ro de mayo de 2017* 156 (2019).

tes de expresarlas a otros.” Por lo tanto, en nuestra aspiración a vivir en una sociedad plenamente democrática, la represión y la criminalización de las ideas deben ser erradicadas para lograr el pleno intercambio de ideas y que cada cual tenga la libertad real de creer y expresar lo que entienda correcto.

En conclusión, la vigilancia que está realizando la PPR sobre las redes sociales es invasiva a la intimidad, crea una carga indebida sobre el ejercicio de los derechos constitucionales de las personas y al igual que el *carpeteo* es inconstitucional. Claro está, que si en realidad hay motivos fundados para creer que se está cometiendo un delito el el Estado sí tiene esta facultad legítima. Por ello, al igual que se resolvió en el caso de *Noriega*, la práctica de perseguir y monitorear personas a través de las redes sociales y cualquier otro medio, debe detenerse y repudiarse por ser ajena al estado de derecho y a la democracia que aspiramos alcanzar en nuestro país.

¿ESTÁNDARES DES-ESTANDARIZADOS? “LAS PUERTAS ABIERTAS” ANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19 EN MATERIA DE REGULACIÓN AMBIENTAL CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO

ARTÍCULO

PATRICIA A. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ¹

“Cuando planteo que la del cambio climático es una batalla entre el capitalismo y el planeta, no estoy diciendo nada que no sepamos ya. La batalla ya se está librando y, ahora mismo, el capitalismo la está ganando con holgura. La gana cada vez que se usa la necesidad de crecimiento económico como excusa para aplazar una vez más la muy necesaria acción contra el cambio climático, o para romper los compromisos de reducción de emisiones que ya se habían alcanzado.”

– Naomi Klein

RESUMEN

¿Qué tan previsible puede ser la ocurrencia de una pandemia? Gran parte de la comunidad jurídica la catalogaría como un caso fortuito, otra, simplemente como una emergencia de salud pública que debe ser atendida con prontitud. Sin embargo, cada interpretación varía según los intereses particulares de cada sector. Pero ¿en qué medida ceden los derechos de cada sector ante esta pandemia? Sin duda, derechos constitucionales se han visto violentados como método anti-contagio al COVID-19. No obstante, la situación debe ser estudiada en un contexto más amplio. La mayoría de los países del mundo han decretado el aislamiento social como el método más efectivo ante el COVID-19. Esto ha provocado una falsa ilusión en la recuperación

¹ Estudiante de segundo año de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, Facultad de Derecho. Funge como Directora Asociada de la Revista de Estudios Críticos del Derecho. Realizó sus estudios subgraduados en la Universidad de Puerto Rico Recinto de Río Piedras, donde completó el grado de bachillerato en Ciencias Naturales, concentración en Ciencias Ambientales. Contacto: patricia.gonzalez@lex.inter.edu.

de las condiciones ambientales a nivel mundial. En respuesta errónea, agencias reguladoras del medioambiente han tomado la decisión de exonerar a industrias del cumplimiento con los estándares de regulación ambiental como parte de la respuesta ante esta pandemia. Estos estándares existen en aras de perpetrar el derecho a un medioambiente sano, cobijado por la Constitución. Entonces ¿bajo qué fundamento se basa esta decisión? ¿Es una arbitraria? A través de este artículo se expondrá el rol de las agencias ambientales reguladoras a nivel federal, cómo su trabajo contribuye a la conservación ambiental y si el menoscabo de estas regulaciones tendría un impacto significativo en las condiciones ambientales *a posteriori*.

Palabras claves: Pandemia, SARS-CoV 2, COVID-19, Coronavirus, ambiente, balance ecológico, regulación ambiental, leyes ambientales, cumplimiento con estándares, Agencia de Protección Ambiental, EPA, regulación ambiental, regulaciones, estándares de calidad ambiental, permisos negociables, emisiones, gases de efecto invernadero, calidad del aire, calidad del agua, CO₂, NO₂.

ABSTRACT

How predictable the occurrence of a pandemic can be? Much of the legal community would classify it as a fortuitous case, another, simply as a public health emergency that must be addressed promptly. However, each interpretation varies according to the particular interests of each sector. But, to what extent do the rights of each sector give up on this pandemic? Constitutional rights have certainly been violated as an anti-contagious method to COVID-19. Nevertheless, the situation needs to be studied in a broader context. Most countries have decreed social isolation as the most effective method against COVID-19. This has created a false illusion related to the recovery of environmental conditions worldwide. Incorrectly, environmental regulatory agencies have made the decision to exonerate industries from compliance with environmental regulatory standards as part of the response to this pandemic. These standards exist in order to perpetrate the right to a healthy environment, sheltered by the Constitution. So, on what basis is this decision based? Is it arbitrary? This article will explain the role of regulatory environmental agencies, how their work contributes to environmental conservation, and whether undermining these regulations would have a significant impact on environmental conditions in the future.

Keywords: Pandemic, SARS-CoV 2, COVID-19, Coronavirus, environment, ecological balance, environmental regulation, environmental laws, compliance with standards, National Environmental Policy Act, NEPA, Environmental Protection Agency, EPA, environmental regulation, regulations, environmental quality standards, negotiable permits, emissions, greenhouse gases, air quality, water quality, CO₂, NO₂.

INTRODUCCIÓN

Los ecosistemas mantienen flujos de materia y energía entre sus componentes y entre otros ecosistemas. Estos flujos aseguran un balance ecosistémico los cuales son afectados directamente por variaciones anormales en sus concentraciones. Por ejemplo, la lluvia es un producto resultante de una combinación entre temperatura y evapotranspiración. Dentro de este flujo, a mayor temperatura, mayor evapotranspiración, lo que genera mayor precipitación. Igualmente, cambios en concentraciones de emisiones de Dióxido de Carbono (CO_2), por ejemplo, en ecosistemas agrícolas, afecta la temperatura, la cual ya vemos que afecta la cantidad de precipitación en una región.

Cambios en concentraciones a mayores escalas, provocaría cambios más significativos, no siempre positivos. Es aquí donde surgen los problemas ambientales. Estos son originados primordialmente por la contaminación ocasionada por las acciones de producción y consumo resultantes del desarrollo urbano, las cuales pueden afectar a otras áreas, sin importar la distancia en tiempo y espacio presente. Es aquí donde juega un papel importante la regulación ambiental. El término “desarrollo”, en este contexto puede entenderse como una condición social dentro de un país, en la cual las necesidades auténticas de su población se satisfacen con el uso racional y sostenible de recursos y sistemas naturales, donde la utilización de los recursos estaría basada en una normativa que constituye el sistema legal, respeto a los aspectos culturales y los derechos humanos. Es por esto por lo que, la regulación de servicios ecosistémicos relacionados al clima y a la calidad del aire son valiosos aportes para la sociedad. Sus beneficios son reflejados directamente en los ecosistemas sin pasar por procesos de transformación ni por los mercados. Dentro de estos, quedan consagrados el aire limpio, el mantenimiento de los ciclos biogeoquímicos, la protección que ofrece el ozono frente a los rayos ultravioleta, la prevención de enfermedades y el mantenimiento de la calidad del agua, entre otros.

Como se sabe, en las últimas décadas, la protección del medioambiente ha sido una preocupación central de los Gobiernos, lo que ha ido asociado a una cierta convergencia y acuerdo común sobre la necesidad de su protección en el contexto del debate público. Sin embargo, pese a este acuerdo existen razones distintas para justificar tal protección. En este sentido, las regulaciones demandan una atención prioritaria de estos problemas. De allí, se deriva la creciente importancia de la aplicación de políticas ambientales y de instrumentos jurídicos para regular la actividad industrial en el mundo.

En consecuencia, es necesario iniciar un proceso de concienciación que implique, un cambio cultural a nivel social e industrial en el cual se de un reconocimiento de valores y de clarificación de conceptos con el objetivo de desarrollar las aptitudes y actitudes adecuadas para comprender y apreciar las interrelaciones entre el hombre, su cultura y su ambiente. Para tal fin, deben implantarse transformaciones que reque-

rirán una discontinuidad en los procesos diarios y un cambio de patrones que permitan el desarrollo de una conciencia ambiental enmarcada dentro de los límites de la sustentabilidad. De esta manera, la sociedad no dependería de la toma de decisiones arbitrarias de agencias reguladoras, sino que sería dueña de su propia calidad de vida.

A. El medioambiente como foco de estudio dentro del contexto de cambio climático

La composición del medioambiente comprende la consagración de entes bióticos y abióticos² supuestos a conservar un balance o equilibrio ecosistémico³ para su óptimo funcionamiento. Además de estos, existen patógenos como los virus, que presentan diferentes comportamientos dentro de este panorama, por lo que no son considerados organismos bióticos o abióticos. Resulta difícil establecer una única definición sobre qué es el medioambiente debido a la complejidad en su estructura. Sin embargo, lo hemos estudiado como un espacio de interacción natural entre seres vivos y no vivos que se relacionan entre sí en búsqueda de un equilibrio ecosistémico.

El funcionamiento y la capacidad de adaptación de los ecosistemas dependen de una relación dinámica entre las especies, así como otras interacciones físicas y químicas.⁴ Al ser el ecosistema un complejo dinamismo de comunidades que interactúan como una sola unidad funcional, este se constituye como un modelo alternativo que integra factores ecológicos, económicos y sociales. Es por esto por lo que, se busca consagrar el balance entre la conservación y uso sostenible de los recursos naturales, así como en los efectos que tiene la interacción del ser humano con la naturaleza.⁵

Aunque la naturaleza es capaz de mantener el balance ecosistémico por sí misma, esta se ha visto afectada en gran medida por las acciones antropogénicas que han tomado lugar en el último siglo. Sin embargo, no debe perderse el enfoque de procurar el equilibrio apropiado entre la conservación y el aprovechamiento de la diversidad biológica.⁶ Dos formas importantes en que los seres humanos han influido sobre el ambiente ha sido mediante la alteración de las condiciones atmosféricas y la

² En el ecosistema, se denomina como “abióticos” a aquellos componentes que no tienen vida. Entes “bióticos” son relativos a la vida y a los organismos.

³ El balance ecosistémico busca una gestión integrada de la tierra, el agua y los recursos vivos para mantener los sistemas naturales, sus funciones y valores de forma equitativa. SECRETARÍA DEL CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, ENFOQUE POR ECOSISTEMAS 1 (2004).

⁴ Juan Gaibor, *El enfoque ecosistémico, un modelo para desarrollo rural en las comunidades de la Parroquia Salinas provincia de Bolívar*, 6-7 (2007), <https://www.researchgate.net/publication/274373204>.

⁵ *Id.* en la pág. 2.

⁶ *Id.* en la pág. 7.

deforestación.⁷ Los seres humanos han sido capaces de modificar ambientes radicalmente al construir asentamientos, al deforestar bosques para viabilizar la agricultura o desarrollo urbanos, al domesticar animales, al fabricar bienes, al represar ríos, al extraer recursos naturales, al esparcir desperdicios sólidos por el aire y los mares a través de la Tierra, entre otras actividades.⁸

Durante la década de los años 60 y 70 el deterioro ambiental se comenzó a manifestar y, posteriormente a intensificar, en los países industrializados a raíz del uso desmedido del entorno ambiental en busca de crecimiento económico.⁹ Además, las migraciones sociales en esa época, tanto en esferas locales como internacionales, provocaron un imperativo choque entre la conservación al ambiente, y el derecho al uso y disfrute de los recursos naturales. Subsiguientemente, las civilizaciones del mundo desarrollaron zonas ricas en recursos naturales con el propósito de establecer ciudades, facilitar la navegación, la transportación de bienes, la recreación, el turismo, propósitos de consumo y como depósito de desperdicios.¹⁰ A tales efectos estas zonas se perpetraron como áreas de alto interés para la sociedad. Por lo que, en este escenario de progreso y desarrollo social, comenzó a mermar la visión conservacionista del medioambiente. Pues, en definitiva, estas actividades han producido desarrollos en aras de mejorar nuestra calidad de vida, pero han ocasionado un gran impacto en el medioambiente.¹¹

Uno de los ecosistemas más afectados por estas actividades ha sido la atmósfera. La atmósfera consiste en una mezcla de gases y partículas líquidas y sólidas cuyas proporciones varían tanto en tiempo como en lugar.¹² Cuando la atmósfera no puede deshacerse del material que se le agrega, la acumulación de gases y aerosoles hace que se contamine. Si bien esto puede ocurrir como resultado de procesos naturales, la contaminación se considera con mayor frecuencia en términos humanos, viéndose como el resultado de cambios en el estado natural de la atmósfera causados por actividades antropogénicas e identificados por su impacto en la salud humana y en el medioambiente.¹³

⁷ CARL T. DAHLMAN ET AL., *INTRODUCTION TO GEOGRAPHY: PEOPLE, PLACES & ENVIRONMENT* 80 (2011).

⁸ *Id.* en la pág. 77.

⁹ Marjorie Hartley Ballesteros, *Economía Ambiental y economía ecológica: Un balance crítico de su relación*, 33 y 34 *ECONOMÍA Y SOCIEDAD* 55, 56 (2008), <https://www.researchgate.net/publication/267425781>. (citando a Pearce y Turner, 1995).

¹⁰ Suzette M. Meléndez Colón, *La planificación y el Derecho en la Zona Costera de Puerto Rico*, 42 *REV. D. P.*, (2003).

¹¹ Taehyoung Kim & Chang U. Chae, *Evaluation Analysis of the CO₂ Emission and Absorption Life Cycle for Precast Concrete in Korea*, 8 *SUSTAINABILITY* 363 (2006), <https://www.mdpi.com/2071-1050/8/7/663>.

¹² DAVID D. KEMP, *EXPLORING ENVIRONMENTAL ISSUES: AN INTEGRATED APPROACH*, 320 (2004).

¹³ *Id.*

Este contenido de contaminantes en la atmósfera ha aumentado dramáticamente desde el comienzo de la revolución industrial. Estos provienen de fuentes con diferentes características de emisión, y de reacciones fotoquímicas que transforman los contaminantes aéreos mientras se transportan y se mezclan con contaminantes de otras fuentes, ya sean naturales o antropogénicas.¹⁴ Es por esto por lo que, como resultado de las fluctuaciones de factores como la demografía, economía, tecnología y desarrollo urbanístico, las emisiones y concentraciones de estos contaminantes aéreos cambian continuamente. Pero ¿qué significa esto? Veamos.

Las emisiones de contaminantes liberados a la atmósfera, como Dióxido de Carbono (CO₂), Dióxido de Nitrógeno (NO₂), aerosoles, entre otros, son los principales precursores del cambio climático a raíz del calentamiento global que hoy nos arropa. El calentamiento global es un aumento en la temperatura media global de la superficie resultante de un aumento en la cantidad de CO₂, Metano (CH₄) y otros gases en la atmósfera.¹⁵ Estos gases se conocen colectivamente como gases de efecto invernadero porque contribuyen al calentamiento de la superficie terrestre y la atmósfera inferior, un fenómeno llamado efecto invernadero.¹⁶ Este cambio sistemático de la atmósfera está vinculado a los océanos, a la biósfera y al ciclo del agua, incluidas sus capas de hielo y glaciares.¹⁷ Es por esto que, los cambios en cualquiera de estos componentes pueden afectar el funcionamiento de cualquiera de los otros sistemas.

El CO₂ es el agente con mayor influencia sobre el calentamiento global, pues una vez emitido al ambiente, acarrea un tiempo de vida de 100 años. El flujo del CO₂ presente en la atmósfera comienza con su almacenamiento en las plantas a través de la fotosíntesis. Mediante este proceso se devuelve a la atmósfera como oxígeno, el cual los seres humanos utilizamos y devolvemos como CO₂ a través de la respiración. Además, la combustión de combustibles fósiles libera grandes cantidades de CO₂ a la atmósfera desde el almacenamiento a largo plazo en las rocas. A tales efectos, los procesos de fotosíntesis, respiración y combustión alternan el CO₂ y el oxígeno entre los seres vivos y el medioambiente.¹⁸

El NO₂ es un contaminante proveniente de la familia de los Óxidos de Nitrógeno. Generalmente se encuentra en altas concentraciones en el ambiente, por lo que un aumento en concentración conlleva grandes impactos de contaminación ambiental. Uno de los impactos más significativos que acarrea es la producción de lluvia ácida

¹⁴ J. Jason West et al., *What we breathe impacts our health: Improving understanding of the link between air pollution and health*, 50 ENVIRONMENTAL SCIENCE & TECHNOLOGY 4895, 4896 (2016), <https://pubs.acs.org/doi/abs/10.1021/acs.est.5b03827>.

¹⁵ M.H. SYED & M.M. KHAN, *ENCYCLOPEDIA OF GLOBAL WARMING*, 68 (2008).

¹⁶ *Id.*

¹⁷ *Id.*, en la pág. 34.

¹⁸ CARL T. DAHLMAN ET AL., *INTRODUCTION TO GEOGRAPHY: PEOPLE, PLACES & ENVIRONMENT* 128 (2011).

al mezclarse con el agua y el oxígeno.¹⁹ La lluvia ácida es producto de reacciones químicas atmosféricas, la cual conduce a la deposición de sustancias ácidas en la superficie de la tierra.²⁰ Al contacto con la superficie o con entes bióticos, la lluvia ácida altera las concentraciones óptimas para la producción de nutrientes del suelo, o el consumo de estos por plantas y animales.²¹

Además del CO_2 y el NO_2 como principales agentes contaminantes emitidos a la atmósfera, el espacio aéreo es contaminado por agentes con períodos de vida más cortos, como los “short-lived climate pollutants” (SLCP). En altas concentraciones, estos aumentan las temperaturas del clima y producen efectos detrimentales sobre la salud humana, la agricultura y los ecosistemas. Dentro de estos SLCP se encuentran el Metano (CH_4), el Ozono Troposférico (O_3) y los Hidrofluorocarbonos (HFC). El O_3 dura aproximadamente 7 días y algunas semanas en la atmósfera una vez emitido al ambiente, mientras que el CH_4 y los HFC tienen un tiempo de duración mayor, aproximadamente 12 y 15 años respectivamente.²²

El O_3 es el componente principal y más importante en la estratósfera encargado de absorber gran cantidad de radiación ultravioleta antes de que esta llegue a la tropósfera. No obstante, la presencia de O_3 en la tropósfera provoca el calentamiento de la atmósfera y puede causar enfermedades como bronquitis, asma y daños a los pulmones. Este contaminante afecta los ecosistemas al limitar la capacidad de secuestro de CO_2 por las plantas debido a su deposición sobre la vegetación. Cabe destacar que, el O_3 troposférico no es emitido directamente a la atmósfera, es formado mediante reacciones entre gases antropogénicos tales como CO_2 , Óxidos de Nitrógeno y compuestos orgánicos volátiles.²³

El CH_4 es un gas de efecto de invernadero que se produce por actividades antropogénicas tales como agricultura, depósito de desperdicios sólidos en vertederos, plantas de tratamiento de agua y emisiones de minas. Al ser un gas de efecto invernadero contribuye al calentamiento de la capa de ozono y por ende al aumento de temperaturas en la atmósfera. Dentro del sector agrícola, las mayores contribuciones provienen del ganado, mediante la producción de CH_4 en sus vías digestivas, y los cultivos de arroz.²⁴ Otras fuentes de metano incluyen la quema de biomasa, desechos y estiércol, minería de carbón y procesamiento de gas natural.²⁵

¹⁹ *Id.* en la pág. 360.

²⁰ DAVID D. KEMP, EXPLORING ENVIRONMENTAL ISSUES: AN INTEGRATED APPROACH, 347 (2004).

²¹ DAHLMAN ET AL., *supra* nota 7, la pág. 360.

²² Institute for Governance & Sustainable Development, *Primer on Short-Lived Climate Pollutants*, 9-11 (2013), <http://www.igsd.org/documents/PrimeronShort-LivedClimatePollutants.pdf>.

²³ *Id.*, en la pág. 10.

²⁴ M.H. SYED & M.M. KHAN, ENCYCLOPEDIA OF GLOBAL WARMING, 16 (2008).

²⁵ *Id.*

Por su parte, los HFC son gases utilizados como alternativa a la reducción de los Clorofluorocarburos (CFC), gases de invernadero que provocan graves efectos sobre el medioambiente. Los mismos se producen de forma antropogénica y se utilizan como agentes refrigerantes en la mayoría de los equipos domésticos y automóviles, como aerosoles, solventes, entre otros por lo que son los gases con mayor tasa de crecimiento.²⁶

Estos contaminantes, según sus características específicas pueden durar desde un día hasta varios años, y hasta siglos, en la atmósfera, por lo que las tasas de emisión y las de concentración de contaminantes en la atmósfera toman especial importancia.²⁷ A raíz de los patrones de contaminación que ocasionan estos agentes, los gobiernos han adoptado normas, controles de emisiones y cambios en tecnología en aras de salvaguardar la calidad de vida. Estas normas han sido notablemente efectivas para conducir la calidad del aire y de la salud, además de disminuir la tasa de cambio climático.²⁸ Es por esto por lo que, las regulaciones ambientales, acompañada de agencias administrativas responsables de la gestión ambiental, han sido catalogadas como el método más efectivo para velar por la contaminación ambiental.

B. *El rol de las agencias reguladas en asegurar la calidad del ambiente*

Aunque los gobiernos tardaron inicialmente en adoptar medidas directas sobre las problemáticas ambientales, a raíz del aumento en el interés social sobre el particular, comenzaron a tomar acción.²⁹ Los gubernamentales de todos los niveles jurisdiccionales han sido participantes en los intentos de preservar los entornos naturales existentes, de rehabilitar las áreas que han sido dañadas y de reducir o eliminar los elementos que amenazan la calidad del ambiente.³⁰ Las actividades, que tienen aspectos e impactos ambientales significativos, fueron identificadas y evaluadas sistémicamente con medidas de control en busca de minimizar el impacto ambiental. También se implementaron varios programas de gestión ambiental para reducir el impacto ambiental causado por las operaciones comerciales.³¹ Esto no fue un re-

²⁶ Institute for Governance & Sustainable Development, *supra* nota 22, en la pág. 11.

²⁷ Las emisiones representan lo que es liberado a la atmósfera proveniente de su fuente originaria, mientras que las concentraciones representan lo que queda en la atmósfera luego del comportamiento de estos contaminantes dentro de un complejo sistema de interacciones entre la atmósfera, la biosfera, la litosfera y los océanos.

²⁸ J. Jason West et al., *What we breathe impacts our health: Improving understanding of the link between air pollution and health*, 50 ENVIRONMENTAL SCIENCE & TECHNOLOGY 4895, 4897 (2016), <https://pubs.acs.org/doi/abs/10.1021/acs.est.5b03827>.

²⁹ DAVID D. KEMP, EXPLORING ENVIRONMENTAL ISSUES: AN INTEGRATED APPROACH, 398 (2004).

³⁰ *Id.*

³¹ Shaoping Kuang & Hong Chen, *Integrating environmental strategies into industrial production and sustainable development*, 101, 110 (en ELIAS KAHRAMAN & AHMED BAIG, ENVIRONMENTALISM: ENVIRONMENTAL STRATEGIES AND ENVIRONMENTAL SUSTAINABILITY (2009).

sultado inesperado, pues *de facto* los gobiernos se encuentran en una posición ideal que les permite recopilar y analizar los datos necesarios para tomar decisiones sobre cuestiones ambientales, ya sea a través de departamentos gubernamentales o a través de consultores externos o instituciones universitarias.³²

Sin embargo, la multiplicidad de autores ha provocado un laberinto de leyes ambientales internacionales, federales, estatales y locales, las cuales disocian el propósito principal de protección ambiental, pues poder cumplir con el gran número de normativas impuestas resulta confuso y extremadamente costoso.³³ Ante esto, pese a su estatus jurídico como objeto de derecho, el medioambiente ha sido manejado por la figura de desarrollo económico y social, en mayor proporción cada vez. Esto debido a que la legislación ambiental parece plantear “el carácter de la creatividad de estas leyes, no su efectividad o su capacidad de implementación”.³⁴ Sobre este particular, la académica ecuatoriana María Cristina Puente Salinas, aduce que, “[a]unque la naturaleza ha sido objeto de derecho, no siempre lo ha sido de conservación, lo que explica claramente la destrucción, la degradación y la contaminación que hoy presenciamos. . .”.³⁵

Las normativas y reglamentos se desarrollan para diversos fines, tales como el beneficio económico, la mejoría en la calidad social, la mejoría en la calidad de salud, la reducción del riesgo ambiental, la protección de la propiedad intelectual, la conveniencia política, entre otros.³⁶ Dentro de este grupo, las regulaciones son una herramienta esencial para abordar o prevenir problemas ambientales. En esencia, estas regulaciones buscan uniformidad entre las normas de emisiones, centralización del mando, y fungibilidad entre los créditos de emisiones comerciales, los cuales serán discutidos más adelante.³⁷ Sin embargo, autores aducen que

Regulations can create costs and inefficiencies in several ways. The first, and most direct, is that the administrative and compliance cost of regulation can be high. Second, regulations can be distortionary in the sense that they leave firms with less incentive to economize on resources. Third, when regulation limits competition, excess rents may accrue to capital or labor, distorting the

³² KEMP, *supra* nota 12, en la pág. 398.

³³ JOSEPH J. BERNOSKY, OVERVIEW OF ENVIRONMENTAL LAWS AND REGULATIONS: NAVIGATING THE GREEN MAZE, 6 (2011).

³⁴ Suzette M. Meléndez Colón, *La planificación y el Derecho en la Zona Costera de Puerto Rico*, 42 REV. D. P. 13, (2003).

³⁵ María Cristina Puente Salinas, ¿La situación actual del derecho de propiedad garantiza el desarrollo del derecho ambiental? Un caso ecuatoriano, en PROPIEDAD, CONFLICTO Y MEDIOAMBIENTE 164-165 (Beatriz Londoño Toro, 2004).

³⁶ VIVEK GHOSAL, REFORMING RULES AND REGULATIONS: LAWS, INSTITUTIONS, AND IMPLEMENTATION 1 (2011).

³⁷ ERAN BEN-JOSEPH & TERRY S. SZOLD, REGULATING PLACE: STANDARDS AND THE SHAPING OF URBAN AMERICA 254 (2005).

prices of these factors of production. Fourth, regulations can prevent firms from increasing economies of scale and scope. Fifth, regulations may reduce innovation.³⁸

Una de las razones por las que los gobiernos han adoptado y legitimado automáticamente estas regulaciones es para protegerlos de la responsabilidad en la toma de decisiones.³⁹ Los estándares implementados mediante estas regulaciones se utilizan para determinar requisitos mínimos en cuanto a la actividad que regulen, pero también son vistos como instrumentos jurídicos y morales por los cuales los profesionales pueden garantizar el bien del público.⁴⁰ En particular, las reglamentaciones de control de la contaminación no se refieren al lugar, sino a los contaminantes individuales procedentes de fuentes individuales en cualquier momento y en cualquier lugar.⁴¹ Se ha determinado que esta política está motivada por dos ideales principales, a saber “[f]irst, the harmful impacts of climate change are produced by concentrations of Greenhouse Gases and then temperature and other climatic changes. Second, CO₂ concentrations are closely related to CO₂ emissions, which are in principle under the control of policy”.⁴² A esto, debe sumarse el hecho de que los límites de cantidad son considerados particularmente problemáticos cuando los objetivos deben adaptarse al crecimiento económico diferencial, a los cambios tecnológicos inciertos y a la evolución de la ciencia.⁴³

Ante esto, en muchos países se crearon agencias administrativas encargadas de velar por el cumplimiento de su respectivo esquema de regulaciones, mediante; 1) la determinación de la cantidad de contaminación permitida a cada emisor; 2) el monitoreo de las emisiones para establecer el cumplimiento de la norma; y 3) el uso de penalidades y otros medios coactivos para obligar a las fuentes a su cumplimiento en caso de no hacerlo.⁴⁴ Entre los instrumentos de regulación implementados se encuentra la fijación de estándares de calidad ambiental.⁴⁵ Desde un inicio los monitoreos quedaron delimitados al cumplimiento de las agencias con estándares de calidad ambiental referentes a sustancias tóxicas, calidad de agua, calidad del aire,

³⁸ GHOSAL, *supra* nota 36, en la pág. 1.

³⁹ BEN-JOSEPH, *supra* nota 37, en la pág. 1.

⁴⁰ *Id.*, en la pág. 3.

⁴¹ *Id.*, en la pág. 255.

⁴² WILLIAM NORDHAUS, A QUESTION OF BALANCE: WEIGHING THE OPTIONS ON GLOBAL WARMING POLICIES, 71 (2008).

⁴³ *Id.*, en la pág. 151.

⁴⁴ Walter Butze Aguilar, *Permisos de contaminación negociables: Un instrumento de mercado para la regulación ambiental*, 21 REVISTA ANÁLISIS ECONÓMICO, 257, 263-264 (2006), <https://www.researchgate.net/publication/26479058>.

⁴⁵ Ángel M. Prieto & José L. Zofío, *Modelización de los efectos de la regulación ambiental con fronteras tecnológicas DEA*, ECONOMÍA AGRARIA, 63, 64.

disposición de desperdicios sólidos, producción y uso de insecticidas y fungicidas, entre otros.⁴⁶ Sin embargo, ante los cambios socioeconómicos, el debate ya no giraba principalmente en torno a la idoneidad de medidas de protección ambiental. Lo que más se necesitaba era la oportunidad de implementar incentivos adecuados para que las empresas y la industria atendieran su creatividad y conocimientos tecnológicos en aras de satisfacer las necesidades de una sociedad menos contaminante y más eficiente energéticamente.⁴⁷ Pero ¿qué conlleva esto? Veamos.

Según lo explica el autor Joseph J. Bernosky en su obra “Overview of Environmental Laws and Regulations: Navigating the Green Maze” el proceso de regulación de estándares de calidad ambiental, comienza con la promulgación de una ley mediante un órgano legislativo. Posteriormente, depende de los departamentos federales o estatales, o agencias administrativas redactar regulaciones que implementan la intención de cada ley promulgada. A tales efectos, dentro de los principios de hermenéutica legal, las regulaciones son disposiciones accesorias o subordinadas a las leyes, pero ambas son ejecutables. Una vez convertida en ley, resta convertir el lenguaje legal en lenguaje reglamentario, es decir, lo que una entidad regulada debe hacer para cumplir mediante la disposición de la respectiva ley. Posteriormente, mediante la incorporación de límites cuantitativos a las descargas a las emisiones de agua o aire, se hacen cumplir las regulaciones o reglamentación establecidas. Este mecanismo se conoce como un permiso medioambiental, que es un documento legal requerido por un reglamento y emitido por el organismo regulador que permite a una entidad regulada emitir o descargar un contaminante, o realizar determinadas actividades reguladas. Sin embargo, cumplir con estas regulaciones no solo significa comprar e instalar algún tipo de equipo de control de la contaminación, toda vez que los costos programáticos del cumplimiento pueden ser enormes. Estos costos programáticos incluyen los procesos de prueba, inspección, notificación y certificación que demuestran el cumplimiento continuo de las regulaciones ambientales.⁴⁸

A nivel federal, y a modo de visualizar el concepto, el United State Code es la compilación oficial de las leyes codificadas, mientras que el Code of Federal Regulations es la compilación oficial de reglamentos en Estados Unidos. Mas adelante en el organigrama, cada jurisdicción estatal se encarga de adoptar estas regulaciones.

En el año 1970, la protección ambiental dio comienzo bajo el mandato del Presidente Nixon quien firmó la “National Environmental Policy Act” (NEPA, por sus si-

⁴⁶ 42 USCA § 4321.

⁴⁷ Shaoping Kuang & Hong Chen, *Integrating environmental strategies into industrial production and sustainable development*, 101, 110 (en ELIAS KAHRAMAN & AHMED BAIG, ENVIRONMENTALISM: ENVIRONMENTAL STRATEGIES AND ENVIRONMENTAL SUSTAINABILITY (2009)).

⁴⁸ JOSEPH J. BERNOSKY, OVERVIEW OF ENVIRONMENTAL LAWS AND REGULATIONS: NAVIGATING THE GREEN MAZE, 6-10 (2011).

glas en inglés).⁴⁹ Esta legislación buscó declarar una política nacional para fomentar la armonía productiva y agradable entre el hombre y su entorno; promover esfuerzos que previnieran o eliminaran el daño al medioambiente y estimularan la salud y el bienestar del hombre; y enriquecer la comprensión de los sistemas ecológicos y los recursos naturales importantes para la nación, entre otros.⁵⁰ Mediante esta ley, la Agencia de Protección Ambiental (EPA, por sus siglas en inglés), fue la agencia llamada a consolidar las actividades federales de investigación y monitoreo de estándares de calidad ambiental.⁵¹ Se fundó con el propósito de fusionar en una sola agencia funciones relacionadas al control de la calidad ambiental que quedaban cobijadas bajo distintos organismos de la Rama Ejecutiva.⁵² Esta reorganización permitiría responder a problemas ambientales de una manera más efectiva. La EPA tendría la capacidad de investigar contaminantes importantes y su impacto al medioambiente. Además, monitorearía la condición del medioambiente, a modo de establecer “líneas de base ambientales” cuantitativas para medir adecuadamente el éxito o el fracaso de los esfuerzos de reducción de la contaminación.

También en 1970, el Congreso de los Estados Unidos aprobó la Ley de Aire Limpio (CAA, por sus siglas en inglés) en aras de controlar la contaminación atmosférica, mediante la cual se autorizó el desarrollo de regulaciones federales y estatales integrales para limitar las emisiones de fuentes fijas, entiéndase industriales, y fuentes móviles.⁵³ La legislación federal posteriormente promulgada amplió la autoridad federal, y de la EPA, para asegurar el cumplimiento con la NEPA, por lo que actualmente, el Título 40 del Código de Regulaciones Federales (CFR, por sus siglas en inglés) cubre todas las disposiciones referentes a la ejecución e implementación de las regulaciones de la EPA.⁵⁴ De un estudio minucioso de sus capítulos se desprenden las áreas en materia de regulación ambiental que quedan cobijadas bajo esta colección en la actualidad. Estas son: 1) Aire; 2) Agua; 3) Prevención de Contaminación por Aceites; 4) Pesticidas; 5) Protección de Radicación; 6) Control de Ruido; 7) Descargas al mar; 8) Desperdicios sólidos; 9) Aguas residuales; 10) Energía; 11) Control de sustancias tóxicas; 12) Contaminación del Aire⁵⁵. Para cada una de las categorías mencionadas, se establecen distintos estándares de calidad ambiental de manera que, al observar el efecto acumulativo de emisiones, no resulten tan detrimentales al ambiente.

⁴⁹ 42 USCA §§ 4321-4347.

⁵⁰ *Id.* § 4321.

⁵¹ *Id.* § 1.

⁵² *Id.*

⁵³ BERNOSKY, *supra* nota 33, en las págs. 56-57.

⁵⁴ 40 CFR Ch. I.

⁵⁵ *Id.*

Cabe destacar que, en la esfera federal se les brindó libertad a los Estados para promulgar sus propias regulaciones ambientales, siempre y cuando los requisitos no fueran menos restrictivos que las normas federales. Aunque algunos Estados cobijaron esta facultad, otros simplemente adoptaron las regulaciones contenidas en el Título 40 del CFR. Este asunto acarrea consigo connotaciones delicadas pues:

[w]here a State must determine complex issues of environmental and economic policy, the decision-making process must first involve appropriate investigations and studies in order to allow them to predict and evaluate in advance the effects of those activities which might damage the environment and infringe individuals' right to enable them to strike a fair balance between the various conflicting interest at stake.⁵⁶

Dentro de este escenario, el hecho de entender las racionalidades tras la discusión de la regulación ambiental es determinante, pues gran cantidad de ellas se trasladan al debate judicial.⁵⁷ Uno de los debates que ha surgido a nivel global gira en torno a la relación existente entre los factores de “producción y derecho de propiedad”. Argumenta un sector que,

[s]i los factores de producción son concebidos como un derecho de propiedad, se facilita comprender que el derecho a hacer algo, el cual tiene un efecto dañino (tal como el ruido, el humo, etc.), es también un factor de la producción. El costo de ejercer un derecho, de usar un factor de producción, es siempre la pérdida que se sufre en alguna otra parte a consecuencia del ejercicio de ese derecho”.⁵⁸

Esta escuela de pensamiento ha provocado que se infiera que “contaminar es un derecho susceptible de negociación”.⁵⁹ A raíz de esto, se ha generalizado la práctica de negociar los permisos o límites de emisión obtenidos por agencias reguladoras, ya sea comprándolos o vendiéndolos. Expresado de otro modo, un permiso de contaminación ambiental otorga el derecho al poseedor de este la posibilidad de hacer uso de un determinado medio físico en una región receptora no autorizada, o de emitir de contaminantes por una cantidad mayor a la autorizada, por los cuales la empresa

⁵⁶ SIOBHÁN MCINERNEY-LANKFORD, ET AL., HUMAN RIGHTS AND CLIMATE CHANGE: A REVIEW OF THE INTERNATIONAL LEGAL DIMENSIONS 50 (2011).

⁵⁷ Luis Cordero Vega, *Corte Suprema y medioambiente ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?* ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES 359, 364 (2012), https://www.academia.edu/11123647/Corte_Suprema_y_Medio_Ambiente_Por_qu%C3%A9_la_Corte_esta_revolucionando_la_regulaci%C3%B3n_ambiental.

⁵⁸ Walter Butze Aguilar, *Permisos de contaminación negociables: Un instrumento de mercado para la regulación ambiental*, 21 REVISTA ANÁLISIS ECONÓMICO, 257, 265 (2006), <https://www.researchgate.net/publication/26479058>.

⁵⁹ *Id.* en la pág. 265-266.

emisora sería sancionada.⁶⁰ Es así como este tipo de prácticas contrarresta el objetivo primordial de la regulación ambiental pues las determinaciones de las agencias reguladoras en delimitar los estándares con que debe cumplir cada industria son basadas en aspectos específicos de cada región y tipo de contaminantes producidos los cuales no deben ser alterados.

No podemos perder de perspectiva que la mayoría de las empresas que son sometidas a estas regulaciones, son necesarias para el óptimo funcionamiento de la sociedad en estos tiempos. Es por esto que, no son prohibidas del todo las operaciones de estas industrias o empresas, pero sí son reguladas en torno a la cantidad de emisiones que descargan al ambiente ya sea por vía aérea, acuática, terrestre, o por las perturbaciones que ocasionan a individuos que entran en contacto con ellas ya sea directa o indirectamente. Esto, a modo de asegurar el bienestar en la salud pública.

Indudablemente, la problemática ambiental registrada a nivel mundial ha propiciado la incorporación de acciones y normativas en miras a reducir los índices de contaminación causados principalmente, por actividades de índole industrial.⁶¹ Cabe destacar que, este deterioro acelerado del ecosistema ha impulsado a que las organizaciones inserten dentro de sus operaciones una serie de estrategias tecnológicas y regulaciones encaminadas a la preservación del ambiente, por sí mismos.⁶² Sin embargo, el sector productivo no es el único responsable de la contaminación, de hecho, cualquier actividad del hombre ya sea que tenga o no por objeto la satisfacción de necesidades fundamentales para la conservación de la vida y la especie misma produce un cambio en el entorno natural.⁶³ Esto es así pues las intervenciones en los ecosistemas con frecuencia tienen efectos desconocidos o imprevistos en otros ecosistemas; por consiguiente, es necesario examinar y analizar cuidadosamente las posibles repercusiones.⁶⁴ En muchas ocasiones, estos daños tienen efectos directos en la salud pública. Es por esto que, es vital contribuir en la búsqueda de una calidad ambiental óptima para vivir.

C. El COVID-19 y “las puertas abiertas” ante la emergencia

El coronavirus del síndrome respiratorio agudo (SARS-CoV, por sus siglas en inglés), o mejor conocido como COVID-19, estuvo supuesto a causar epidemias

⁶⁰ *Id.* en la pág. 267.

⁶¹ Rina Tigrera Carneiro, *Impacto de la regulación ambiental en las actividades de la alta gerencia corporativa*, 5 TELOS 343, 344 (2003), dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6436527.pdf

⁶² *Id.* en la pág. 351.

⁶³ Butze Aguilar, *supra* nota 44, en la pág. 258.

⁶⁴ Juan Gaibor, *El enfoque ecosistémico, un modelo para desarrollo rural en las comunidades de la Parroquia Salinas provincia de Bolívar*, 6 (2007), <https://www.researchgate.net/publication/274373204>.

mundiales con niveles alarmantes de morbilidad y mortalidad desde sus inicios.⁶⁵ Debemos puntualizar que los virus son considerados patógenos, y no organismos vivos o no vivos, debido a su estructura molecular. Estos son muy sensibles a sus entornos debido a su capacidad de sobrevivir y multiplicarse al depender de la disponibilidad de las condiciones climáticas y nutricionales adecuadas, y debido a las condiciones locales que facilitan la propagación de un agente patógeno a un hospedero susceptible.⁶⁶ Esto implica que son una seria amenaza para la salud pública, debido a la fácil propagación y mutación que pueden desarrollar. Estas características de propagación y desarrollo están basadas en el principio de selección natural, un mecanismo desarrollado por la propia naturaleza en busca de mantener su equilibrio ecosistémico.

La teoría de selección natural fue desarrollada por el científico Charles Darwin. Este principio cobija la idea de evolución de las especies mediante modificaciones a las condiciones que está sujeto un individuo y quien, al adaptarse mejor a las condiciones alteradas, es capaz de preservarse y evolucionar.⁶⁷ Esto es, ante condiciones alteradas del ambiente, sólo los individuos más aptos de cada especie podrán adaptarse a estas, lo que mantendría una evolución progresiva del entorno y un balance ecosistémico con las nuevas condiciones ambientales. Este principio de selección natural ayuda a entender cómo evoluciona el medioambiente y la ecología de cada patógeno.

Debido a la fácil propagación del COVID-19 por el contacto entre humanos, el principio de selección natural actúa en todas sus vertientes. Aunque el ritmo de propagación no refleja un factor determinante sobre los hospederos más susceptibles a contraer el virus, ha quedado establecido que el sector de la sociedad más propenso a fallecer a causa de este virus son los adultos mayores y los niños. A esos efectos, y ante la ausencia de una vacuna, a nivel mundial se ha decretado el “aislamiento social” como la medida más efectiva para disminuir y, eventualmente, detener la propagación del COVID-19.

El aislamiento social ha provocado diversos factores a nivel mundial, como por ejemplo crear una falsa ilusión de mejoría en la calidad ambiental a nivel global. Distintos medios noticiosos y científicos han reportado la mejoría en la calidad del medioambiente durante las semanas de vigencia del aislamiento social. La lucha global para frenar la propagación del COVID-19 ha traído provocado la cancelación de vuelos, el cierre de negocios, una devastadora desaceleración económica que va en aumento, la suspensión de grandes concentraciones y eventos deportivos, socia-

⁶⁵ Catherine I. Pailes, ET AL., *Coronavirus infections-More Than Just the Common Cold*, (23 de enero de 2020), <https://jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/2759815>.

⁶⁶ Lance Saker, et al., *Globalization and infectious diseases: A review of the linkages*, 3 Social, Economic and Behavioural (SEB) Research, 10 (2004).

⁶⁷ CHARLES DARWIN, *THE ORIGIN OF SPECIES* 110 (versión 2009).

les y culturales, así como una reducción en las emisiones de gases de efecto invernadero.⁶⁸ Sin embargo, la Organización Meteorológica Mundial (OMM) advirtió que la reducción de las emisiones como resultado de la crisis económica provocada por el COVID-19, no son sustituto de acciones contra el cambio climático.⁶⁹

A pesar de que se ha reportado una disminución en la emisión de contaminantes en países que batallan contra el COVID-19 (Véase Anejo 1), los niveles de CO₂ mundiales se reflejan en una cantidad mayor a la del año 2019.⁷⁰ Según cálculos del Centro de Investigación en Energía y Aire Limpio (CREA) en Estados Unidos, el cierre de fábricas y comercios, al igual que las restricciones de traslados aéreos impuestas ha producido una disminución en las emisiones de CO₂ de, al menos, un 25%, debido a reducción en el consumo de combustibles fósiles como petróleo, gas o carbón, entre otros, una cifra que representa, a nivel global, una reducción del 6% aproximadamente.⁷¹

Específicamente, países como China han reportado que las disminuciones en la actividad industrial, de transporte y comercial desde el brote de coronavirus habían reducido los niveles de NO₂ atmosférico. Sin embargo, los investigadores señalan que un cambio medible en un contaminante no significa necesariamente que la calidad del aire sea repentinamente saludable en todo el país (Véase Anejo 2). Además, el satélite Copernicus Sentinel-5P mapeó recientemente la contaminación del aire en Europa y ha revelado una caída significativa en las concentraciones de NO₂, dato que coincide con las estrictas medidas de cuarentena. Los científicos del Instituto Meteorológico Real de los Países Bajos (KNMI) han estado utilizando datos del satélite Copernicus Sentinel-5P para monitorear el clima y la contaminación en Europa. Las nuevas imágenes ilustran claramente una fuerte reducción de las concentraciones de Dióxido de Nitrógeno (NO₂) en las principales ciudades.

Asegura la OMM que “el mundo está comprometido con el cambio climático continuo, independientemente de cualquier caída temporal en las emisiones debido a la epidemia de coronavirus”.⁷² Además, expertos advierten sobre una posible subida

⁶⁸ Tony Barbosa, *Los cierres por el coronavirus están reduciendo las emisiones de gases de efecto invernadero; la historia muestra que volverán a resurgir*, LOS ÁNGELES TIMES, 24 DE MARZO DE 2020, <https://www.latimes.com/espanol/eeuu/articulo/2020-03-24/los-cierres-por-el-coronavirus-estan-reduciendo-las-emisiones-de-gases-de-efecto-invernadero-la-historia-muestra-que-volveran-a-resurgir>.

⁶⁹ Daniel Dickinson, *La cuarentena por el coronavirus mejora la calidad del aire, pero no sustituye la acción climática*, NOTICIAS ONU, 23 de marzo 2020, <https://news.un.org/es/story/2020/03/1471562>.

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ Laura Martín, *Los (inesperados) beneficios del coronavirus para el medio ambiente*, 1 de abril de 2020, COMPROMISO EMPRESARIAL, <https://www.compromisoempresarial.com/coronavirus/2020/04/inesperados-beneficios-coronavirus-medio-ambiente/>.

⁷² Dickinson, *supra* nota 70.

extrema de las emisiones una vez termine la emergencia, tal y como ocurrió después de la crisis financiera del 2008.⁷³ (Véase Anejo 3). Ciertamente, los diversos sectores de la sociedad consideran los ecosistemas en función de sus propias necesidades económicas, culturales y sociales.⁷⁴ Por lo que se reconoce la regulación ambiental como el instrumento básico de intervención pública para el control ambiental.⁷⁵ Esta regulación se lleva a cabo mediante instrumentos con los cuales la agencia competente establece la norma y motiva su cumplimiento, a través de la sanción respectiva en caso de incumplimiento, al inhabilitar de manera temporal o definitiva la continuidad la actividad o al obligar a resarcir el daño.⁷⁶ Pero ¿qué hacemos cuando es la misma autoridad que abre las puertas estas violaciones en la normativa?

El pasado 26 de marzo de 2020, la EPA presentó un memorando en el que anuncia una liberación radical de las leyes ambientales y multas por violaciones a los permisos ambientales durante la pandemia de COVID-19. Según las nuevas pautas de la EPA, las compañías estarán en gran medida exentas de las consecuencias de contaminar el aire o el agua durante la emergencia.⁷⁷ Mediante esta medida, la agencia no espera que las plantas de energía, las fábricas u otras compañías cumplan con los estándares de calidad ambiental y los informes de contaminación durante este tiempo.⁷⁸ Cabe destacar que, la implementación de este memorando va a dirigido a empresas que trabajen de algún modo u otro con la pandemia del COVID-19. Mas, sin embargo, no se excluye de manera expresa a otras industrias. Por ejemplo, dispone el memorando que:

If a facility suffers from failure of air emission control or wastewater or waste treatment systems or other facility equipment that may result in exceedances of enforceable limitations on emissions to air or discharges to water, or land disposal, or other unauthorized releases, the facility should notify the implementing authority (EPA regional office or authorized state or tribe) as quickly as possible.⁷⁹

⁷³ Véase <https://datawrapper.dwcdn.net/Bjqfc/6/>.

⁷⁴ Juan Gaibor, *El enfoque ecosistémico, un modelo para desarrollo rural en las comunidades de la Parroquia Salinas provincia de Bolívar*, 6 (2007), <https://www.researchgate.net/publication/274373204>.

⁷⁵ Rina Tigrera Carneiro, *Impacto de la regulación ambiental en las actividades de la alta gerencia corporativa*, 5 TELOS 343, 344 (2003), dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6436527.pdf

⁷⁶ Walter Butze Aguilar, *Permisos de contaminación negociables: Un instrumento de mercado para la regulación ambiental*, 21 Revista Análisis Económico, 257, 260 (2006), <https://www.researchgate.net/publication/26479058>.

⁷⁷ AGENCIA DE PROTECCIÓN AMBIENTAL, MEMORANDUM: COVID-19 IMPLICATIONS FOR EPA'S ENFORCEMENT AND COMPLIANCE ASSURANCE PROGRAM (2020).

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ *Id.*, en la pág. 5.

Además, dispone el memo lo siguiente:

If compliance is not reasonably practicable, facilities with environmental compliance obligations should:

- a. Act responsibly under the circumstances **in order to minimize the effects and duration of any noncompliance** caused by COVID-19;
- b. Identify the specific nature and dates of the noncompliance;
- c. **Identify how COVID-19 was the cause of the noncompliance**, and the decisions and actions taken in response, including best efforts to comply and steps taken to come into compliance at the earliest opportunity;
- d. **Return to compliance as soon as possible**; and
- e. Document the information, action, or condition specified in a. through d.⁸⁰

Esto es, si alguna industria, cualquiera, falla en el cumplimiento de sus permisos, debe asegurarse de “minimizar” los efectos y la duración de la contaminación “responsablemente”; debe identificar cuando ocurrió; identificar las razones por las que el COVID-19 justifica el incumplimiento, una vez ocurrido; documentar el accidente y volver al cumplimiento “lo antes posible”. ¿Por qué “minimizar” y no “erradicar”? ¿Qué significa “responsablemente”? ¿Cuándo es “lo antes posible”? ¿Y si el COVID-19 no justifica el incumplimiento, buscamos la manera de que así sea? A lo hecho, pecho. No hay sanciones por incumplimiento.

Como si no fuera suficiente, “the EPA does not plan to ask facilities to “catch-up” with missed monitoring or reporting if the underlying requirement applies to intervals of less than three months.”⁸¹ Cabe destacar que esta instrucción fue aplicada retroactivamente a partir del 13 de marzo y no contempla fecha de vencimiento.⁸²

Decisiones sobre política pública, como esta, redundan en un deterioro acelerado del medioambiente y acarrear impactos negativos en una amplia gama de derechos humanos, incluidos los derechos a la vida, la salud, el agua, la cultura y la alimentación, así como el derecho a vivir en un medioambiente saludable. Esta normativa emitida por la EPA abre la puerta a un aumento significativo de emisiones de contaminantes a la atmósfera lo que provoca un efecto adverso al pequeño progreso en el patrón de mejoría señalado anteriormente. Además, resulta curioso que durante estos tiempos de emergencia, la EPA considera que es más importante que las instalaciones garanticen que sus equipos de control de la contaminación permanezcan en funcionamiento y que las instalaciones funcionen de forma segura, que llevar a cabo muestreos e informes de rutina lo cual versa claramente en contravención de

⁸⁰ *Id.*, en la pág. 5 (énfasis suplido).

⁸¹ *Id.*

⁸² *Id.*

su política pública y su función principal establecida por ley: responder a problemas ambientales de una manera efectiva mediante el monitoreo de las condiciones ambientales para medir adecuadamente el éxito o el fracaso de los esfuerzos de reducción de la contaminación.

El hecho de permitir que industrias no cumplan con los estándares mínimos requeridos claramente representa una manera ambigua y generalizada de abordar la situación. No se determina ningún tipo de industrias cobijada por esta normativa, y además, sólo se les requiere dos cosas: regresar al cumplimiento lo más pronto posible y justificar con el COVID-19 este incumplimiento. Definitivamente, esta errada decisión no tomó en consideración los diferentes tipos de industrias, sus diferentes niveles de dependencia en recursos energéticos, la dependencia en la importación de ciertos Estados, la influencia de la economía política internacional en cada Estado, la vulnerabilidad de otros proyectos y el impacto que esto puede generar a menor y mayor escala, los costos que estos impactos promulgarían en términos de esfuerzos contra el cambio climático, entre muchos otros aspectos.

En cuanto al particular, activistas ambientales se han expresado y aseguran que “[t]his is an open license to pollute. Plain and simple”.⁸³ Por otra parte, Michael Brune, Director Ejecutivo de la Organización Ambiental Sierra Club indicó que “[a]s the country focuses on protecting public health and safety from COVID-19, Donald Trump and Andrew Wheeler are exploiting this pandemic to make toxic pollution legal...”.⁸⁴ Y no es del todo descabellada esta expresión, pues es evidente la trayectoria del actual Presidente de los Estados Unidos, Donald Trump, quien aprovecha cada oportunidad para desmerecer los intentos de protección ambiental que hasta hoy se han implementado.

No cabe duda de que, los ecosistemas se deben gestionar dentro de los límites de su funcionamiento. Dentro de este escenario, cuanto más se acerque la gestión al ecosistema, mayor será la responsabilidad, la propiedad, las exigencias, la rendición de cuentas, la participación y la utilización de los conocimientos locales.⁸⁵ A tales efectos, debe generalizarse el concepto de que la responsabilidad ambiental de los industriales, no se limita a su propio espacio físico y al adecuado uso de la tecnología, también comprende las relaciones con su entorno local, el cumplimiento de parámetros legales, el trato con las comunidades, clientes y proveedores; y en espe-

⁸³ Sophie Lewis, “An open license to pollute”: Trump administration indefinitely suspends some environmental protection laws during coronavirus pandemic, CBS NEWS, 31 de marzo de 2020, <https://www.cbsnews.com/news/coronavirus-trump-administration-epa-suspends-environmental-protection-laws/>

⁸⁴ *Id.*

⁸⁵ Juan Gaibor, *El enfoque ecosistémico, un modelo para desarrollo rural en las comunidades de la Parroquia Salinas provincia de Bolívar*, 6 (2007), <https://www.researchgate.net/publication/274373204>.

cial, al hecho de que el asunto ambiental cobra aún mayor importancia al traspasar la frontera nacional, en caso de exportar, debido a que encaran un proceso global complejo del mercado, donde se requieren organizaciones con una visión holística del mundo y sus problemas. Y es en esta visión holística donde residen las grandes fallas de la protección ambiental.⁸⁶

En el contexto del calentamiento global, los límites cuantitativos establecen objetivos mundiales de emisiones de gases de efecto invernadero de diferentes países, los cuales pueden entonces administrar estos límites a su manera. Sin embargo, mediante la implementación de estas medidas tan ambiciosas, en aras de hacer valer su capacidad administrativa, no se le brinda la oportunidad a la naturaleza para recuperarse. Los ecosistemas deben ser administrados, de manera justa y equitativa, por sus valores intrínsecos y por sus beneficios tangibles o intangibles para los seres humanos. He aquí otro ejemplo de como el inexorable incremento en la actividad económica, la aceleración en la creación de necesidades, los modelos de consumo nuevos, y la intensificación de la competencia por los mercados que demandan productos a un precio accesible deterioran al medioambiente a niveles catastróficos.⁸⁷

Los científicos han advertido que la deforestación, la agricultura industrial, el comercio ilegal de vida silvestre, el cambio climático y otros tipos de degradación ambiental aumentan el riesgo de futuras pandemias, lo que aumenta la probabilidad de violaciones importantes de los derechos humanos. Como ha quedado demostrado por el COVID-19, las pandemias pueden socavar los derechos de miles de millones de personas, especialmente aquellas que ya son vulnerables a los daños ambientales, incluidas las personas que viven en la pobreza, las minorías, los ancianos, los pueblos indígenas, las mujeres y los niños.

D. Consideraciones finales

El modelo neoliberal que rige la economía ha incidido en la intervención del Estado sobre la economía y la sociedad. La continuación y expansión de este modelo reflejado en el desarrollo industrial, aunque importante para países en desarrollo, necesita ser regido por controles de contaminación efectivos.⁸⁸ Entonces, para formar principios completos de desarrollo sostenible, debemos cambiar el antiguo modo en

⁸⁶ Rina Tigrera Carneiro, *Impacto de la regulación ambiental en las actividades de la alta gerencia corporativa*, 5 TELOS, 343, 345 (2003).

⁸⁷ Walter Butze Aguilar, *Permisos de contaminación negociables: Un instrumento de mercado para la regulación ambiental*, 21 Revista Análisis Económico, 257, 258 (2006), <https://www.researchgate.net/publication/26479058>.

⁸⁸ Shaoping Kuang & Hong Chen, *Integrating environmental strategies into industrial production and sustainable development*, 101, 109 (en ELIAS KAHRAMAN & AHMED BAIG, ENVIRONMENTALISM: ENVIRONMENTAL STRATEGIES AND ENVIRONMENTAL SUSTAINABILITY (2009)).

el que la industrialización está basada en el agotamiento de los recursos y la destrucción del medioambiente.

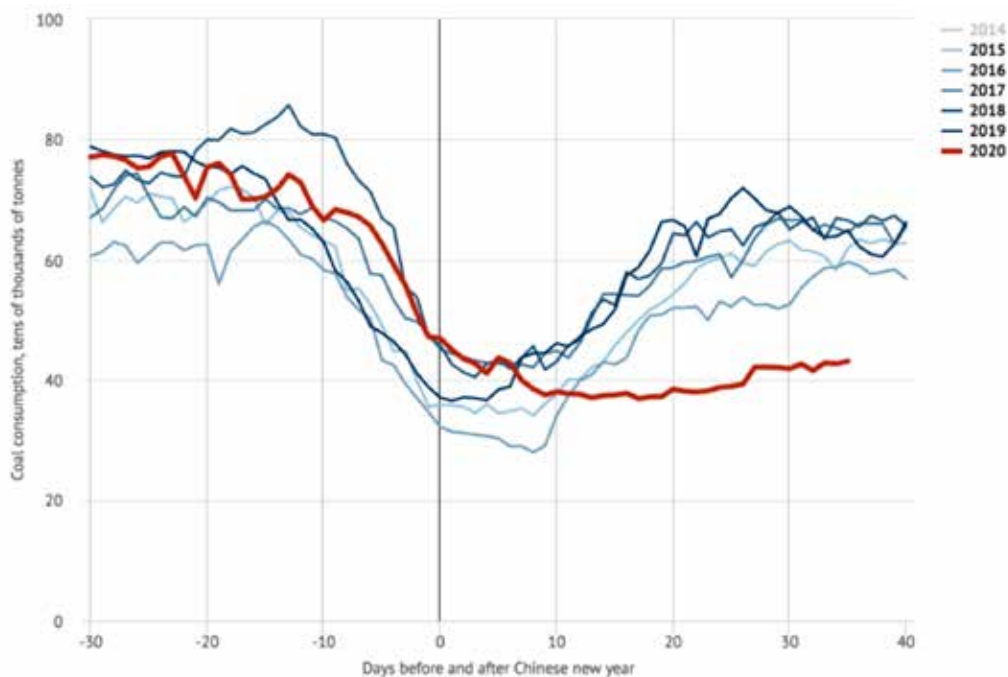
Para esto, es necesario iniciar un proceso de concienciación que implique, un cambio cultural a nivel social e industrial en el cual se de un reconocimiento de valores y de clarificación de conceptos con el objetivo de desarrollar las aptitudes y actitudes adecuadas para comprender y apreciar las interrelaciones entre el hombre, su cultura y su ambiente. Es por esto que deben implantarse transformaciones que requerirán una discontinuidad en los procesos diarios y un cambio de patrones que permitan el desarrollo de una conciencia ambiental enmarcada dentro de los límites de la sustentabilidad. De esta manera, la sociedad no dependería de la toma de decisiones arbitrarias de agencias reguladoras, sino que sería dueña de su propia calidad de vida.

El debate sobre estas estrategias óptimas para el control de la contaminación a corto y largo plazo ha adquirido un significado cada vez mayor, habida cuenta de las crecientes preocupaciones sobre los efectos perjudiciales de la contaminación. Sin embargo, para lograr esto, es importante recordar lo siguiente: ¡No podemos permitir la superposición de los intereses del Estado ante la necesidad de un medioambiente sano!

E. ANEJOS

Anejo 1

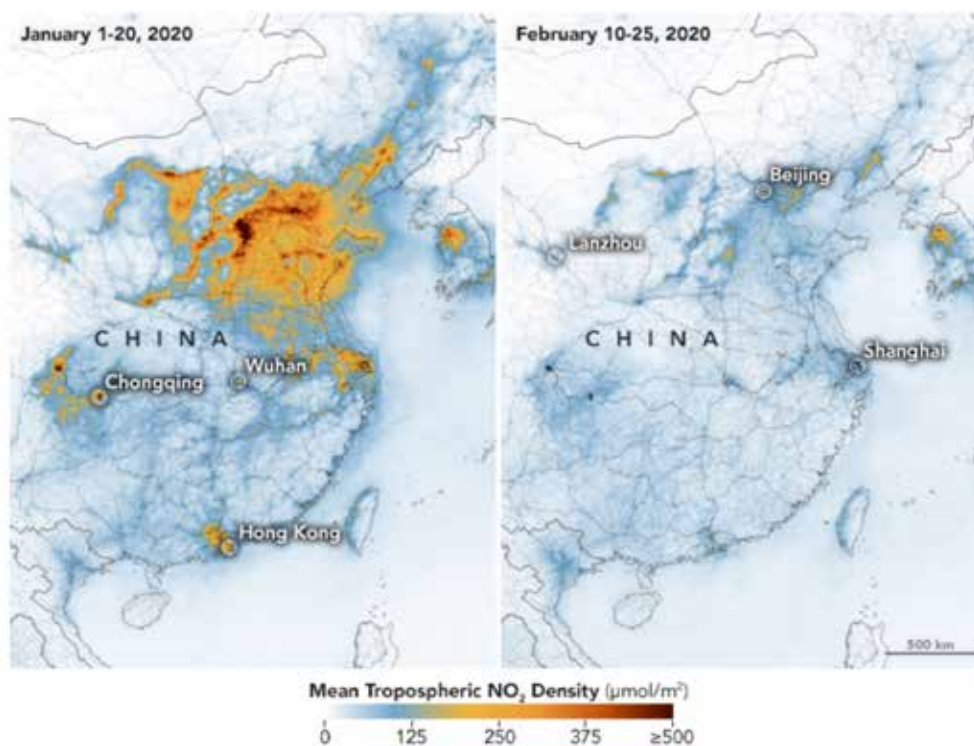
GRÁFICA 1. CONSUMO DIARIO DE CARBÓN EN SEIS GRANDES FIRMAS ELÉCTRICAS EN CHINA⁸⁹



⁸⁹ Las actividades industriales del carbón y el petróleo han disminuido, así como las emisiones de Dióxido de Carbono (CO₂). Un informe en “Carbon Brief” declaró que las industrias clave en China estaban operando a niveles mucho más bajos de lo normal durante la cuarentena. Las operaciones de refinería de petróleo en la Provincia de Shandong, por ejemplo, fueron las más bajas desde 2015. El consumo promedio de carbón en las centrales eléctricas también alcanzó su nivel mínimo en cuatro años. Como resultado, las emisiones de CO₂ fueron al menos un 25% más bajas en las dos semanas posteriores al Año Nuevo Lunar en comparación con 2019. Sin embargo, esa disminución en las emisiones de CO₂ durante esas dos semanas solo reduciría los totales anuales en aproximadamente un 1%. Véase <https://earthobservatory.nasa.gov/blogs/earthmatters/2020/03/05/how-the-coronavirus-is-and-is-not-affecting-the-environment/>.

Anejo 2

IMAGEN 1. DISMINUCIÓN EN LA DENSIDAD DEL CONTAMINANTE DIÓXIDO DE NITRÓGENO (NO_2) SOBRE LA SUPERFICIE DE CHINA ENTRE ENERO Y FEBRERO DEL AÑO 2020⁹⁰

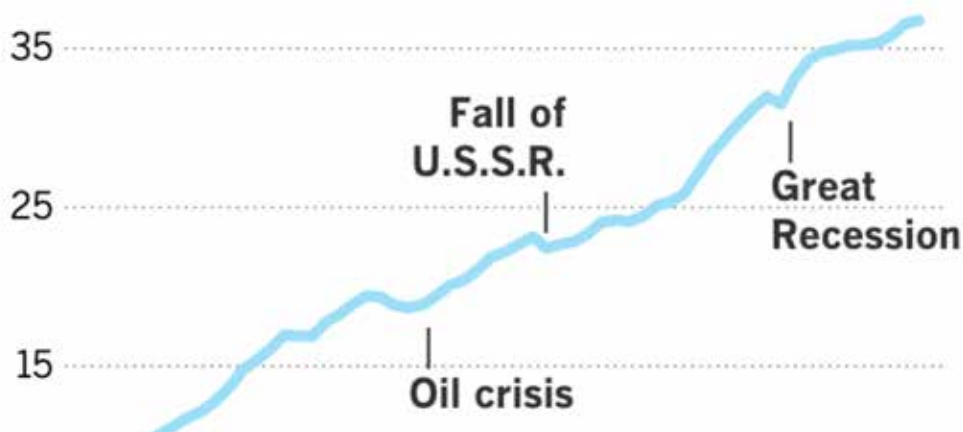


⁹⁰ El 28 de febrero, se informó cómo las disminuciones en la actividad industrial, de transporte y comercial desde el brote de coronavirus habían reducido los niveles de Dióxido de Nitrógeno atmosférico (NO_2) en China. Pero los investigadores señalan que un cambio medible en un contaminante no significa necesariamente que la calidad del aire sea repentinamente saludable en todo el país. Véase <https://earthobservatory.nasa.gov/blogs/earthmatters/2020/03/05/how-the-coronavirus-is-and-is-not-affecting-the-environment/>.

Anejo 3

GRÁFICA 2. FLUCTUACIONES EN EMISIONES DE DIÓXIDO DE CARBONO (CO₂) ANTES, DURANTE Y DESPUÉS DE RECESIONES ECONÓMICAS ⁹¹

Billions of metric tons of CO₂



⁹¹ Existe un precedente para que las preocupaciones ambientales se dejen de lado en tiempos de crisis, sólo para ser seguidas por un resurgimiento de la contaminación a medida que la economía se recupera, como fue el caso después de la crisis financiera mundial de 2008. Los expertos predicen que la crisis de salud hará que las emisiones mundiales disminuyan por primera vez desde 2008, durante la Gran Recesión. Sin embargo, una mirada retrospectiva a lo largo de las décadas muestra un aumento constante de los gases de efecto invernadero marcados por caídas temporales causadas por las recesiones económicas, incluida la crisis financiera mundial de 2008 y las crisis petroleras de los años setenta. Véase <https://datawrapper.dwcdn.net/Bjqfc/6/>.

LA REVOCATORIA DEL MANDATO: VISIONES COMPARADAS Y PROPUESTAS PARA PUERTO RICO

ARTÍCULO

JOSÉ J. GARCÍA COLÓN¹

RESUMEN

¿Cuan diferente hubiese sido la historia del Verano del 2019 si el pueblo de Puerto Rico contase con el derecho a revocar el mandato de los funcionarios electos? Sin dudas en el Verano del 2019 el país dio un paso importante e histórico, pero 1 año después al parecer todavía nos aquejan los mismos males que dieron paso a que el pueblo, unido bajo una misma causa se lanzara a la calle a protestar y en una sola voz pidiera la renuncia del entonces gobernador Ricardo Rosselló. Por esa y muchas otras razones, entiendo meritorio mirar a los países de Latinoamérica que ya tienen en sus constituciones la figura de la revocatoria del mandato y que se pueda generar una discusión sobre la posibilidad de incluirla en nuestra constitución.

Palabras claves: *revocatoria del mandato, referendo revocatorio, funcionario electo, constitución, nuevo constitucionalismo latinoamericano.*

ABSTRACT

How different would the history of the Summer of 2019 would have been if the people of Puerto Rico had the right to revoke the mandate of elected officials? Undoubtedly, in the Summer of 2019, the country took an important and historic step, but 1 year later, it seems that we are still afflicted by the same ills that led to the people, united under the same cause, taking to the streets to protest and in a single voice asked for the resignation of the then Governor Ricardo Rosselló. For this and many other reasons, I understand that it is worth looking at the Latin American countries that already have in their constitutions the right to revoke the mandate of their elected officials and that a discussion can be generated about the possibility of including it in our constitution.

Keywords: revoke of mandate, recall referendum, elected official, constitution, new Latin American constitutionalism.

¹ Estudiante de cuarto año de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, Facultad de Derecho. Funge como Director Asociado de la Revista de Estudios Críticos del Derecho. Realizó sus estudios subgraduados en la Universidad Interamericana de Puerto Rico Recinto de San Germán, donde completó el grado de bachillerato en Ciencias Políticas. Contacto: jose.garcia@lex.inter.edu.

INTRODUCCIÓN

En noviembre del 2016 el Sr. Ricardo Rosselló Nevares resultó electo gobernador de Puerto Rico luego de prevalecer en las elecciones generales. Desde su elección el Sr. Rosselló no contaba con un gran apoyo dentro de los electores habidos en Puerto Rico. Apenas fue electo con 660,510 votos, lo que representó el 41.80% del electorado del país.² Esto representó una reducción significativa en comparación con los 896,060 votos que obtuvo el Hon. Alejandro García Padilla cuando resultó electo gobernador en los comicios de noviembre del 2012, con un porciento de 47.73%.³ Cónsono con esto, debemos remontarnos en la historia electoral puertorriqueña para encontrar la última elección en la cual un Gobernador resultó electo por mayoría (más del 50%). Este fue el Hon. Luis Fortuño Burset, quien logró obtener 1,025,965, el 52.84% de los votos en las elecciones generales del 2008.⁴

Comienzo este escrito con datos estadísticos sobre las pasadas tres elecciones generales, de manera tal que se pueda poner en perspectiva una realidad. Aunque en Puerto Rico tenemos una alta participación electoral, para una jurisdicción donde el derecho al voto no es obligatorio, rara vez los gobernantes han logrado ser electos por una mayoría (más del 50%) de los electores inscritos. Ciertamente este artículo no es sobre reformas electorales, como lo sería una segunda vuelta, todo lo contrario, en este escrito se analizará y discutirá la figura de la revocación del mandato dentro de las constituciones de los países latinoamericanos, se tomarán como ejemplo países como: Venezuela, Colombia y Bolivia. A su vez, se revisitarán algunos de los eventos electorales más significativos en estos países de forma tal que se pueda tener una mejor comprensión de cómo se han puesto en práctica las disposiciones constitucionales relacionadas a la revocación del mandato. Con la finalidad de generar una discusión sobre como en Puerto Rico se puede traer una enmienda constitucional que habilite la figura de la revocatoria del mandato como un derecho constitucional de participación ciudadana directa.

Los datos presentados anteriormente sobre resultados electorales recientes en Puerto Rico nos servirán con un doble propósito. En primer lugar, servirán de guía al momento de delimitar en la propuesta de reforma constitucional cuántas firmas serán necesarias para comenzar el procedimiento de revocación del mandato. A su vez,

² Comisión Estatal de Elecciones, *Escrutinio General Gobernador 2016*, http://elecciones2016.ceepur.org/Escrutinio_General_77/index.html#es/default/GOBERNADOR_Resumen.xml (última actualización 7 de diciembre de 2016).

³ Comisión Estatal de Elecciones, *Escrutinio General Gobernador 2012*, http://168.62.166.179/EG2012/REYDI_Escrutinio/index.html#es/default/GOBERNADOR_ISLA.xml (última actualización 29 de diciembre de 2012).

⁴ Comisión Estatal de Elecciones, *Escrutinio General Gobernador 2008*, http://209.68.12.238/elecciones2008/CEE_Events/ELECCIONES_GENERALES_2008_4/ESCRUTINIO_GENERAL_8/default.html (última actualización 15 de junio de 2009).

es importante tener estos datos en cuenta al momento de establecer cuantos votos son necesarios para revocar ese mandato, es decir, se requerirá que solamente la revocación obtenga más votos que la no revocación o, por el contrario, será necesario una cantidad de votos que sea mayor a la de votantes que escogió a ese gobernante en las elecciones generales. Estos son factores sin dudas serán de suma importancia para la comprensión de este artículo y que debemos tener presentes en todo momento durante la redacción de la propuesta final.

A su vez, es de gran importancia contextualizar el proceso de elección de nuestros gobernantes antes de entrar a discutir maneras o métodos para revocar su mandato. Especialmente, en un sistema democrático que históricamente ha promovido el voto como el método de participación ciudadana más importante. Pero, sobre este particular se abundará cuando analicemos el nuevo constitucionalismo latinoamericano y las visiones de participación ciudadana que se plantean, vis a vis, nuestro sistema constitucional con una democracia representativa.

De igual forma, esta propuesta pretende exponer cómo se activa esta disposición (mediante recogido de firmas), cuál es el procedimiento para llegar a un referendo (cuántas firmas son necesarias y cuánto tiempo hay para conseguirlas) y qué sucede luego, en el caso de que se logre la revocación del mandato (qué porcentaje de votantes y cuántos votos son necesarios para lograr la revocación) y, por último, cómo se llena la vacante (orden de sucesión mediante ley, elecciones especiales). Todo esto, con la finalidad de intentar concretizar una propuesta de enmienda constitucional para Puerto Rico, que integre toda la metodología necesaria para lograr que la figura de la revocación del mandato se integre a nuestra Constitución, como un mecanismo de participación ciudadana directa. A su vez, evaluar a grandes rasgos cuál sería el mecanismo adecuado para lograr esta reforma constitucional.

Aunque ya se había adelantado previamente, para fines de este escrito, la investigación se va a centrar fundamentalmente en tres (3) países de Latinoamérica, estos son Venezuela, Colombia y Bolivia. Se seleccionaron estos tres (3) países por varias razones. En primer lugar, fueron de los países que de alguna manera u otra dieron paso al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, pero más específicamente porque en ellos han ocurrido referendos revocatorios que han fracasado o que han resultado en la revocatoria del mandato de algún funcionario electo. Estas experiencias, junto a las disposiciones constitucionales y legales, son las que queremos resaltar y tomarlas en consideración al momento de redactar una propuesta de enmienda constitucional para Puerto Rico.

En el caso de Colombia, su texto constitucional es de 1991, por lo que, entendemos que fue la primera constitución moderna en incluir la revocación del mandato como parte de las iniciativas de participación ciudadana directa. Por otro lado, Venezuela en 1999 y Bolivia en el 2009, tienen textos constitucionales de más reciente creación, pero que han tenido la oportunidad de poner en vigor las disposiciones constitucionales sobre la revocación del mandato. Particularmente, de estas expe-

riencias electorales ampliaremos más a fondo discutiremos con mayor precisión a través del escrito. Ello, con el fin de comparar y contrastar el derecho positivo, es decir, las disposiciones constitucionales y legales con la ejecutoria o la puesta en función de estos procedimientos electorales. Estos eventos electorales tienen la única finalidad de decidir si revocan o no revocan el mandato de los funcionarios electos por medio del voto popular.

En el caso de Venezuela, el 15 de agosto de 2004, se celebró un referendo en el que se llevó a votación, la permanencia del entonces presidente Hugo Chávez, cuando aún quedaban dos 2 años de su incumbencia.⁵ Por otro lado, en Bolivia se llevó a cabo un referendo revocatorio el 10 de agosto de 2008, para decidir la continuidad del mandato del Presidente Evo Morales, el vicepresidente, Álvaro García Linera y otros Jefes Departamentales. Curiosamente este referendo se llevó a cabo mediante legislación presentada por el propio Evo Morales, pues aún no estaba vigente la nueva constitución que incluía la revocación del mandato.⁶ A su vez, se analizará la legislación de Colombia, pues su constitución dispone para que todos los asuntos relacionados con la revocación del mandato sean regulados mediante legislación. También, se presentarán algunos datos sobre las iniciativas de revocación del mandato que se han iniciado a nivel de gobernadores y alcaldes que no han logrado prosperar en las urnas. Por último, este escrito pretende incluir como parte de la conclusión una propuesta de enmienda constitucional para Puerto Rico..

I. NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO Y EL REFERENDO REVOCATORIO

Aun cuando el término “revocatoria del mandato” tiene una larga trayectoria histórica que podría encontrar similitudes a figuras de la antigua Grecia, su desarrollo, al menos en Latinoamérica, se ha dado a partir de los años 1990. Esta figura ha encontrado cabida en las Constituciones de países como Venezuela, Bolivia, Ecuador, Perú, Panamá y Colombia. Por lo que se considera que estos países son los originarios del movimiento que fue apadrinado como el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano⁷. A raíz de este movimiento, surge la idea de que la Constitución solo será legítima si proviene directamente del poder constituyente del pueblo, lo que implica un cambio dramático en las relaciones de poder a las que estamos acostumbrados.

⁵ Elia Domingo Barberá. *La revocación del mandato presidencial como instrumento de ciudadanía en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. 47 REVISTA DIÁLOGOS DE SABERES 151, 161 (2017).

⁶ María Eberhardt, *La Revocatoria de Mandato en Bolivia. Su diseño institucional. El caso Evo Morales* (2008) 36 ACCIONES E INVESTIGACIONES SOCIALES 253, 270 (2016).

⁷ Domingo Barberá, *supra* nota 5, en la pág. 152.

A su vez, este movimiento no sólo introducirá la participación directa del pueblo como una manifestación del poder constituyente en la creación de la constitución, sino también en la prolongación de dicha participación por medio de instrumentos que permitan recuperar la relación entre soberanía y gobierno.⁸

Cónsono con lo anterior, ahora el pueblo no delega los asuntos de gobernanza a través de la democracia representativa, sino que, por el contrario, asume una voz activa en áreas que antes quedaban exclusivamente delegadas a los funcionarios electos (presidentes, gobernadores, alcaldes, representantes, senadores e inclusive hasta jueces y fiscales dependiendo de la jurisdicción) como representantes del pueblo. Es decir, con este cambio en el enfoque de lo que debe ser una democracia mucho más directa, el pueblo puede presentarle a los funcionarios gubernamentales sus propias iniciativas e inclusive tomar determinaciones sobre propuestas presentadas por sus representantes.

Dentro del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, se puede definir la revocación del mandato como: el derecho por el que los ciudadanos pueden revocar el mandato político que, en su día, a través de sus votos en las oportunas elecciones, les confirieron a sus representantes políticos⁹. Estamos ante un nuevo enfoque, ahora las constituciones establecen que es un derecho del pueblo, no solo elegir a sus gobernantes mediante elecciones generales, sino que el pueblo se reserva la facultad de revocar ese mandato, aun cuando este no haya culminado el término dispuesto para fungir como funcionario público.

La incorporación de la revocación del mandato en las constituciones de estos países de Latinoamérica es de una importancia trascendental e incorpora explícitamente la figura de participación ciudadana directa. También funciona como un mecanismo de presión y fiscalización del pueblo a sus gobernantes, pues estos últimos tienen la certeza de que el pueblo se reserva el poder de revocar la confianza que en unas elecciones le fue depositada¹⁰. Es decir, la participación ciudadana ya no se limita a emitir un voto cada periodo electoral, sino que el ciudadano se involucra en los asuntos gubernamentales de una manera más activa, pues tiene el conocimiento y la convicción de que de la misma manera que le dio la confianza al gobernante con un voto, puede retirarle esa confianza con otro voto y no tiene que necesariamente esperar a que culmine la incumbencia de ese funcionario.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que la revocación del mandato no es un derecho que opera *ex proprio vigore*¹¹. Por lo tanto, la efectividad de este derecho dependerá en gran medida de la legislación aprobada a los fines de cuan accesible o dificultoso resulte para el pueblo ejercer y hacer valer su derecho. En otras palabras,

⁸ *Id.* en la pág.153.

⁹ *Id.*

¹⁰ *Id.* en la pág.157.

¹¹ Es un término en latín que traducido al español quiere decir: “que vale por sí mismo”.

los mecanismos para presentar una petición de revocación del mandato, el proceso de recogido y validación de firmas que pone en marcha la maquinaria electoral y finalmente las elecciones o el referendo, tienen que ser lo suficientemente accesibles para el pueblo. A su vez, tienen que observarse garantías de transparencia a lo largo de todo el procedimiento, pues de esto depende en gran parte la legitimidad del resultado final. Si, por el contrario, los propios gobernantes mediante legislación establecen cortapisas que dificultan excesivamente el procedimiento, el resultado final será un mero derecho sin posibilidad real de ejercerse.

Como se mencionaba anteriormente, en este Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano el enfoque es que el pueblo tenga las herramientas para poder ejercer efectivamente su poder como único soberano. Esto bajo la premisa de que el poder emana del pueblo, por lo que, este poder soberano se ejerce a través de la participación ciudadana directa. Pero estos textos constitucionales no abandonan del todo la democracia representativa, que es característica de las constituciones de corte neoliberal, como lo es nuestra constitución. Si no, más bien, este nuevo acercamiento busca un espacio donde puedan coexistir ambas formas de democracia, es decir, una democracia representativa, donde el pueblo mediante elecciones generales, pueda escoger de manera directa sus gobernantes. Pero que, a su vez, nunca delegue totalmente ese poder soberano, sino que el pueblo tenga los instrumentos para lograr una participación directa en los asuntos de gobernanza que antes quedaban exclusivamente delegados en manos de los representantes electos.

Encuadrado en esta innovadora manera de concebir la soberanía popular es que la revocación del mandato se introduce en este nuevo sistema constitucional. Esto, para lograr armonizar el poder soberano popular e intransferible, manifestado a través de la democracia participativa, con la democracia representativa y el control de la ciudadanía respecto las gestiones públicas ¹². Es decir, tenemos un nuevo sistema constitucional enmarcado en la democracia representativa que ya todos conocemos, pero con un nuevo enfoque en cuanto a la participación ciudadana en la gestión gubernamental, que llamamos democracia activa directa.

II. Las Constituciones en Latinoamérica y algunas experiencias

Con el marco teórico presentado en el acápite anterior, profundizaremos en los textos constitucionales de Venezuela, Colombia y Bolivia, que contienen disposiciones relacionadas a la revocación del mandato. Presentaremos las formas para iniciar el procedimiento (petición y firmas), a su vez, como el aparato gubernamental válida este procedimiento. También, cómo se celebra el referendo revocatorio y los votos

¹² Elia Domingo Barberá. *La revocación del mandato presidencial como instrumento de ciudadanía en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. 47 REVISTA DIÁLOGOS DE SABERES 151, 157 (2017).

totales necesarios para lograr la revocación del mandato del funcionario gubernamental. Por último, expondremos cómo procede la sucesión del este funcionario cuyo mandato fue revocado. La intención de este acápite es exponer cómo los países latinoamericanos han incluido en sus Constituciones este derecho y sus experiencias al ponerlo en práctica.

A. Venezuela

Es menester hacer hincapié en que, con toda probabilidad, la opinión generalizada es que en Venezuela no existe un sistema democrático real, se considera que las elecciones y otros mecanismos de participación ciudadana son meras ilusiones, pues el presidente Nicolás Maduro, al igual que su predecesor Hugo Chávez, controla todo el aparato gubernamental, militar y social. Ciertamente, aunque el desarrollo histórico reciente permitiría apoyar ese tipo de aseveración sobre Venezuela, la realidad es que desde el año 1999 incluyeron en su Constitución una disposición que permitiría la revocación del mandato de sus funcionarios electos.

En Venezuela, el texto constitucional vigente fue adoptado el 15 de diciembre de 1999, se redactó impregnado por el principio de la participación ciudadana en la gestión pública como derecho y como deber del ciudadano. La democracia participativa no solo se elevó a rango constitucional, sino que se convertía en eje rector de los poderes públicos y de la relación entre el Estado y la sociedad ¹³.

Desde los primeros artículos de la constitución de Venezuela se puede observar que la democracia participativa fue incluida como pilar de su sistema. El Artículo 6 establece: “El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables”¹⁴. Por la manera en que está redactado el artículo, podría entenderse que la revocación del mandato de los gobernantes electos es una característica fundamental o una forma del gobierno venezolano. Por otro lado, también podría entenderse que es uno de los fundamentos o la base de la nueva visión de democracia participativa, donde el pueblo juega un papel fundamental en los asuntos de gobierno.

Por su parte, el Artículo 72 establece todo lo relacionado a la revocación, sus requisitos y limitaciones, al disponer que:

Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables. Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato.

¹³ CONST. VEN. art. 6.

¹⁴ *Id.* art. 72.

Cuando igual o mayor número de electores y electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocatoria, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores y electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritos, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en la ley.

La revocación del mandato para los cuerpos colegiados se realizará de acuerdo con lo que establezca la ley.

*Durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato.*¹⁵

En primer lugar, es de suma importancia destacar que todo lo relacionado al procedimiento de la revocación del mandato, desde sus requisitos y el porcentaje necesario para comenzar el procedimiento y la fórmula para saber cuántos votos son necesarios para lograr la revocación del mandato, están contenidos en el propio texto constitucional. Esto es fundamentalmente importante, ya que, de no estar tan claramente expuesto en el texto constitucional, se hubiese requerido de legislación, con el fin de interpretar y dar vida a lo dispuesto en la Constitución. Esto último puede representar un riesgo para la estabilidad y transparencia de un procedimiento tan delicado y cuya legitimidad depende en gran medida de la apertura del propio proceso. En fin, es de conocimiento público que las leyes pueden ser enmendadas con su facilidad. Por tanto, la especificidad de este artículo deja muy poco margen de creatividad para los legisladores. De esta manera se brinda cierto grado de seguridad jurídica al procedimiento de revocación de mandato, al incorporar disposiciones constitucionales que vayan acorde con su complejidad y especificidad.

Por otro lado, desde el comienzo del texto constitucional quedó claramente establecido que todos los funcionarios que son electos mediante el voto del pueblo, son susceptibles a la revocación de su mandato. Acto seguido, establece una limitación en cuanto al tiempo en que puede solicitarse o comenzarse el proceso, pues tienen que haber pasado al menos dos años de mandato. Aun cuando hay otras disposiciones como el Art. 70 y los anteriormente mencionados en la Constitución de Venezuela sobre la revocación del mandato, por su importancia y su contenido específico, destacaremos dos artículos en específico.

El Artículo 198, establece que si el mandato de un diputado o una diputada a la Asamblea Nacional, es revocado, este o esta no podrá aspirar al mismo cargo electivo en el próximo término¹⁶. Por otro lado, el Art. 233, entre otras cosas establece el procedimiento para sustituir al Presidente o la Presidenta, en el caso de que su mandato sea revocado. El texto constitucional establece el proceso de sustitución

¹⁵ *Id.* art. 198.

¹⁶ *Id.* art. 233.

a base del tiempo transcurrido en el término, es decir, si la revocación del mandato se da durante los primeros cuatro (4) años del término, aplicaría la disposición que establece: “si la falta absoluta del Presidente o Presidenta de la República se produce durante los primeros cuatro años del período constitucional, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes”¹⁷. De lo contrario, si se da la revocación quedando dos (2) años del término, el Vicepresidente o la Vicepresidenta asumirán el cargo y culminará el tiempo restante. Es importante recordar que en Venezuela el cargo de Presidente o Presidenta se ejerce por un término de seis (6) años.

Varios años después de la aprobación del texto constitucional, específicamente durante la primera semana de febrero de 2003, se comenzó un proceso de revocación de mandato contra el entonces presidente, Hugo Chávez. Dicho proceso fue comenzado por un movimiento que posteriormente sería llamado “El Firmazo”. Sin embargo, la ruta para lograr la celebración de un referendo revocatorio fue una extensa y llena de mucha tensión entre los bandos que estaban en contra y los que estaban a favor de la permanencia del Presidente.¹⁸ Finalmente, el 15 de agosto de 2004 se llevó a cabo el referendo revocatorio donde se votó sobre la permanencia o revocación del mandato del Presidente. Los resultados finales fueron 5.800.629 votos “No” (59.1%) y 3.989.008 votos “Sí” (40.6%). De esta manera quedó derrotada la petición de revocar al Presidente de la República y así mantuvo este su puesto por el resto del término.¹⁹

El Carter Center es una organización no gubernamental fundada por Jimmy Carter, ex Presidente de los Estados Unidos, Rosalynn, su esposa y con la colaboración de la Universidad de Emory. La misma se dedica a trabajar por los derechos humanos, prevenir y resolver conflictos sociales y políticos y busca mejorar la libertad y la democracia.²⁰ El Centro participó activamente junto a la Organización de Estados Americanos (OEA) a través de todo el procedimiento conducente al referendo revocatorio. También, formó parte de este como observador de la votación del 15 de agosto de 2004.²¹ Sobre este particular, la opinión y conclusión del Centro es que la votación del 15 de agosto fue una clara expresión de la voluntad del electorado venezolano. El Centro no observó, y ni recibió evidencia alguna creíble de un fraude que hubiera cambiado el resultado de la votación.²²

¹⁷ *Id.*

¹⁸ The Carter Center, Observación del Referendo Revocatorio del Presidente de Venezuela, Informe Integral, 27. <https://www.cartercenter.org/documents/2021.pdf>. (última visita 23 de mayo de 2020).

¹⁹ *Id.* en la pág. 19.

²⁰ *Id.* en la pág. 12.

²¹ *Id.* en la pág. 19.

²² *Id.* en la pág. 82.

B. Bolivia

La Constitución de Bolivia, por su parte, es de reciente creación. Entró en vigor el 7 de febrero de 2009. Referente a la participación ciudadana, el texto constitucional tiene un acercamiento muy similar a la constitución venezolana. En Bolivia, la constitución provee para que la ciudadanía asuma un rol activo en los asuntos gubernamentales a través de una democracia directa y participativa.

Esta nueva forma de democracia incluye, entre otros mecanismos de participación, la celebración de referendos revocatorios, consultas previas a la aprobación de una ley y la iniciativa ciudadana, que no es otra cosa que, la facultad que tiene una persona para presentar directamente a sus legisladores una propuesta de cambio o de nueva creación²³. En contraste con la Constitución de Venezuela de 1999, en la que se destinan artículos específicos para concretar los distintos instrumentos de participación ciudadana, la Constitución de Bolivia, en su artículo 11 dispone:

I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres.

*II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, **que serán desarrolladas por la ley**:*

1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a Ley.

2. Representativa, por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, conforme a Ley.

*3. Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a Ley*²⁴.

Por otro lado, la constitución de Bolivia, establece en los artículos 170 y 171, que la revocación del mandato es una de las maneras en que el Presidente o Presidenta cesará sus funciones. En caso de que sea revocado su mandato, quien ocupe el cargo de Vicepresidente o Vicepresidenta asumirá las riendas del país, de manera interina y tendrá este que convocar de manera inmediata unas elecciones generales a celebrarse en un plazo no mayor de 90 días²⁵. De concretarse la revocación del mandato, significaría que el pueblo tendría una nueva oportunidad para seleccionar

²³ CONST. BOL. art. 11.

²⁴ *Id.* (Énfasis nuestro)

²⁵ *Id.* art. 171.

al Presidente o Presidenta, por lo tanto, a diferencia de Puerto Rico, Bolivia no hace falta legislar un orden sucesoral para la sustitución al Presidente o Presidenta.

Resulta importante mencionar que en Bolivia los puestos electivos son ocupados por un término de 5 años. Por lo que, más adelante en el texto constitucional, específicamente en el artículo 240, se aclara que todas las personas que ocupen puestos electivos son susceptibles a un proceso de revocación de su mandato, con excepción de los puestos en la judicatura²⁶. Ese mismo artículo establece que se puede solicitar la revocación del mandato, cuando haya transcurrido la mitad del término, pero antes del último año²⁷. En esencia, el tiempo o plazo que tiene la ciudadanía para solicitar y llevar a cabo el proceso de revocación del mandato de un funcionario electo es de aproximadamente año y medio (18 meses). A los fines de comenzar el procedimiento de revocación del mandato es necesario que al menos el 15% de los votantes sean quienes soliciten la revocación del mandato. A su vez, solo podrá solicitarse un procedimiento de revocación durante el término para el cual fue electo²⁸. Por lo que, si el referendo fracasa, no habrá otra oportunidad.

Ciertamente es un texto constitucional mucho más abarcador y específico en cuanto a ciertos aspectos de la participación ciudadana, particularmente en cuanto a la revocatoria del mandato, asunto que es tema principal de este escrito. Sin embargo, muchos otros asuntos de participación ciudadana quedan a merced de la legislación. Como expusimos anteriormente, los derechos de participación ciudadana serán tan efectivos como su ley habilitadora, es decir, si la ley establece mucha burocracia y no provee guías accesibles para su ejecución, estos derechos se convertirán en letra muerta. Por el contrario, si se establecen parámetros y guías claras, que a su vez sean accesibles para los ciudadanos, entonces estos últimos, podrán ejercer sus derechos de conformidad con la intención del texto constitucional.

Por otra parte, en Bolivia la experiencia fue un tanto distinta, el contexto era de crisis política: por un lado, se cuestionaba la legitimidad de la Asamblea Nacional Constituyente, ya que esta última había completado las funciones para las cuales fue convocada y había votado sobre el nuevo texto constitucional sin presencia de la oposición política ni los grupos de interés. Por el otro lado, se reforzaban los procesos autonomistas de los departamentos orientales opositores a Morales y a esto, se sumaron las protestas de los sindicatos mineros.²⁹ Por lo que había un ambiente de inestabilidad tanto social como institucional.

En diciembre de 2007, el propio presidente Evo Morales, presentó legislación para la reglamentar la convocatoria de un referendo revocatorio del Presidente, Vi-

²⁶ *Id.* art. 240.

²⁷ *Id.* art. 240.

²⁸ *Id.*

²⁹ María Eberhardt, *La Revocatoria de Mandato en Bolivia. Su diseño institucional. El caso Evo Morales* (2008) 36 ACCIONES E INVESTIGACIONES SOCIALES 253, 270 (2016).

cepresidente y los Jefes de Departamentos.³⁰ Conforme a la legislación, para que surtiera efecto la revocatoria del mandato de las autoridades anteriormente mencionadas, se requería: 1) Una votación superior al porcentaje de la votación obtenida en la última elección por la autoridad sujeta a la revocatoria, y; 2) Un número de votos superior al total obtenido en la última elección por la autoridad sujeta a la revocatoria.³¹

Como resultado de la votación, tanto Evo Morales como su vicepresidente Álvaro García Linera, fueron ratificados en sus puestos. Obtuvieron el 67.4% de los votos (2,103,732) a favor de su permanencia en los respectivos cargos (el SÍ). Por su parte, el 32.6% (1,016,992) optó por votar en contra de la permanencia es estos (el NO). Para este referendo, el voto fue obligatorio y participó el 83.3% de los votantes. La fórmula ganadora (el SÍ) superaba ampliamente el 50% más 1 requerido por ley para fines de validar el proceso de revocatoria.³²

C. Colombia

En el caso de Colombia, su constitución es anterior a la de Venezuela y a la de Bolivia, pues fue aprobada en 1991. Interesantemente, ya desde comienzos de la década de 1990's, se incluyó la revocación del mandato como una de las formas de participación democrática del pueblo³³. Como parte del texto constitucional colombiano, el Art. 40 detalla lo siguiente:

Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

- 1. Elegir y ser elegido.*
- 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.*
- 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna: formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.*
- 4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley. ...³⁴*

Pero hay que destacar que, a diferencia de la Constitución de Bolivia y Venezuela, la Constitución de Colombia parece haber dejado todo lo relacionado a cómo comenzar el procedimiento, los porcientos (%) necesarios para llegar al referendo y el

³⁰ *Id.* en la pág. 270.

³¹ *Id.* en la pág. 271.

³² *Id.* en la pág. 272.

³³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [C.P] art.11.

³⁴ *Id.* art. 40. (Énfasis nuestro)

total de votos necesario para revocar el mandato, en manos de los legisladores. Esta observación es producto del estudio del propio texto constitucional, pues el mismo nada dispone sobre este particular, sino que en su artículo 103 establece que:

Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato.

La ley los reglamentará...³⁵

Por otro lado, es muy probable que países como Venezuela y Bolivia, cuyas constituciones fueron aprobadas con posterioridad, se hayan nutrido del desarrollo jurídico, de las experiencias y de las decisiones de los Tribunales de Colombia. Por lo que, sus textos constitucionales, al tratar el asunto de la revocación del mandato, lo hacen de una manera más abarcadora y completa. Los textos constitucionales de Bolivia y Venezuela establecen claramente los parámetros esenciales como, por ciento de firmas para comenzar el procedimiento, por ciento de votos necesarios para revocar el mandato, el hecho de que todos los cargos están susceptibles a ser revocados y algunos hasta establecen una sucesión en caso de que sea la Presidenta o el Presidente cuyo mandato resulte revocado. Por lo que se deja muy poco a la discreción legislativa.

Como anteriormente se expuso, el éxito de estos derechos depende en gran medida de su accesibilidad. Por lo que resulta importante destacar que, en el caso de Colombia, la ley solo provee para la revocación del mandato de los gobernadores y el alcalde.³⁶ Por tanto, no está disponible para otros funcionarios de elección popular como los congresistas, diputados, concejales, o el Presidente de la República. Entre 1994 y el 2015, la revocatoria del mandato en Colombia estuvo regulada por las Leyes Estatutarias 131 y 134 de 1994, que habilitaron las disposiciones constitucionales contenidas en los Arts. 40, 103 y 259 que se detallaron anteriormente.³⁷

Específicamente, la Ley establece que se deben cumplir dos requisitos básicos para que proceda la celebración de un referendo revocatorio. Primero que haya transcurrido al menos un año desde que el Gobernador o Alcalde tomó posesión y que se haya presentado por escrito la petición ante el Registro Nacional. La petición debe incluir la razón o razones para solicitar la revocatoria y, debe estar suscrito por los ciudadanos que hayan sufragado en la jornada electoral que escogió al respectivo mandatario, en un número no inferior al 40% del total de votos válidos emitidos.³⁸

³⁵ *Id.* art.103. (Énfasis nuestro)

³⁶ L. 131, mayo 9, 1994, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Colom.).

³⁷ L. 134, mayo 31, 1994, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Colom.).

³⁸ L. 131, *supra* nota 36.

Por otra parte, el Registro Nacional tendrá un plazo no mayor de 30 días para verificar y certificar las firmas sometidas.³⁹

Si se cumplen los requisitos mencionados anteriormente, el Registro Nacional deberá convocar la elección en un término no mayor de 60 días contados a partir de la radicación de la petición.⁴⁰ Para que proceda la revocación del mandato, deberá ser aprobada por votación popular y obtener un número de votos no menor al 60% de los ciudadanos que participen en la respectiva convocatoria, siempre que el número de sufragios no sea menor al 60% de la votación registrada el día en que se eligió al mandatario, y únicamente podrán sufragar quienes lo hayan hecho en la jornada electoral en la cual se eligió el respectivo gobernador o alcalde.⁴¹

Con ese marco legal en mente, entre el 1996 y el 2013 se realizaron 109 solicitudes para procedimientos de revocación del mandato de alcaldes y gobernadores. Estas solicitudes se presentaron ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, de conformidad con la ley. Pero de esas 109 solicitudes ninguna prosperó en las urnas, por lo que, todos los mandatarios mantuvieron sus cargos.⁴²

Posteriormente, en el 2015 se aprobó la Ley Estatutaria 1757, para enmendar los totales porcentuales (%) necesarios para comenzar el procedimiento y de igual manera, para efectos de lograr la aprobación en las urnas de la revocación del mandato. Bajo esta nueva legislación se requiere el apoyo de un número de ciudadanos que hagan parte del censo electoral departamental, municipal o distrital de no menos de treinta por ciento (30%) de los votos obtenidos por el elegido.⁴³ A su vez, esta nueva ley establece dos cantidades que son determinantes para la validez y eficacia de la votación. Primero el Umbral de Participación que establece la necesidad de alcanzar un cuarenta por ciento (40%) de la votación válida total del día en que se eligió el mandatario. Por otro lado, el Umbral de Aprobación que requiere un pronunciamiento de la mitad más uno de los votos ciudadanos que participen en la respectiva convocatoria.⁴⁴

Bajo esta nueva reglamentación, en el verano del 2018, por primera vez en la historia de Colombia se le revocó el mandato al alcalde de Tasco (Boyacá), Nelson Javier García Castellanos. Este fungía como alcalde desde el 25 de octubre de 2013, sin embargo, existía un descontento generalizado por el incumplimiento con el programa de gobierno. Por tal razón, el 27 de julio de 2018, a través del mecanismo de participación ciudadana se logró la revocatoria del mandato.⁴⁵

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Id.*

⁴² Registraduría Nacional del Estado Civil, <https://www.registraduria.gov.co/Registraduria-presenta-20>. (última revisión 23 de mayo de 2020).

⁴³ L. 1757, julio 6, 2015, DIARIO OFICIAL[D.O.] (Colom.).

⁴⁴ Radio Cadenal Nacional, <https://www.rcnradio.com/politica/por-primera-vez-en-colombia-es-revocado-un-alcalde> (última visita 23 de mayo de 2020).

⁴⁵ *Id.*

III. Conclusión

Lograr organizar esta propuesta para Puerto Rico puede resultar complicado y sumamente dificultoso, pues nuestra constitución en el Art. VII establece las formas y maneras para las enmiendas constitucionales. En un artículo para la revista AMICUS, el Profesor Jorge Farinacci, presenta los retos que se podrían enfrentar para lograr cualquier enmienda constitucional.⁴⁶ Expondré los asuntos más relevantes de manera tal, que se pongan en contexto las dificultades que podría enfrentar la realización de la propuesta de una enmienda constitucional, esto a fin de incluir la revocación del mandato como un derecho constitucional de los ciudadanos.

En primer lugar, el propio texto constitucional establece que las enmiendas deberán ser presentadas a través de una Resolución Concurrente, eso quiere decir que necesitamos convencer a un Legislador o Legisladora, ya sea de Cámara de Representantes o del Senado, para que presente dicha medida. De lo contrario, la propuesta ni tan siquiera tendrá acceso al trámite legislativo. Esto, ciertamente visibiliza la falta de democracia directa existente en nuestro sistema político y gubernamental.

En segundo lugar, la necesidad de que cada proposición de enmienda sea votada separadamente y nunca podrán llevarse a referéndum más de tres proposiciones de enmienda. En el caso de *Berrios Martínez v. Gobernador II*, el Tribunal Supremo optó por hacer un balance entre una visión demasiado restricta de lo que configuraba una enmienda, como lo hubiese sido considerar cada cambio en el texto constitucional como una enmienda, o ser demasiado amplio para concluir que a través de una enmienda podía cambiarse todo el texto constitucional. Al así hacerlo, estableció una interpretación que ciertamente es más amplia de lo que sugiere la Constitución, pues se permite que una propuesta de enmienda pueda cambiar varias disposiciones constitucionales siempre que sea para cumplir con el propósito de esa enmienda.⁴⁷

En tercer lugar, podría optarse por el mecanismo contenido en la Sección 2 del Art. VII de nuestra constitución que establece el procedimiento de una Convención Constituyente para lograr hacer enmiendas constitucionales más complejas y abarcadoras. Pero, este mecanismo también genera alguna controversia, pues nunca ha sido utilizado en Puerto Rico, por lo tanto, no tenemos un marco de referencia. De igual manera, tampoco ha sido interpretado por el Tribunal Supremo de Puerto Rico. Sin embargo, somos del criterio de que la Convención Constituyente generaría el ambiente adecuado para la discusión, elaboración y aprobación de una enmienda constitucional como lo sería la revocatoria del mandato de nuestros funcionarios electos.

⁴⁶ Jorge M. Farinacci Fernós, *Como cambiar nuestra Ley Suprema: Un análisis del Artículo VII de la Constitución de Puerto Rico*, 2 AMICUS, REV. POL. PÚBL. Y LEG. UIPR 129, 153 (2019).

⁴⁷ *Berrios Martínez v. Gobernador II*, 137 DPR 195 (1994).

Ciertamente, enmendar la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico para incluir la revocatoria del mandato de todos los funcionarios electos requiere una discusión pública amplia. Requiere que se generen debates de opiniones en todos los foros posibles, entiéndase en la prensa, pero también a nivel académico y sin duda jurídico. Es de trascendental importancia que cualquier discusión sea de apertura a todos los sectores, pues las decisiones de nuestros funcionarios electos afectan de una manera u otra las vidas de todos los puertorriqueños dentro y fuera de nuestra isla.

Pero, de todos modos, entendemos que no importa cuál sea el procedimiento de enmienda constitucional, es pertinente delimitar algunos aspectos de la propuesta de enmienda constitucional para la inclusión de la revocación del mandato de todos los funcionarios electos que, sin duda, servirán como guía para generar una discusión necesaria sobre el tema.

Es de gran importancia comenzar por establecer que, conforme a la experiencia de los países incluidos en este escrito, la efectividad de la revocatoria del mandato, dependerá en gran medida de cuan accesible sea para los ciudadanos. Como establecimos en varias ocasiones durante el escrito, la revocatoria del mandato tiene que ser un proceso transparente, pero a la misma vez exequible, para que los ciudadanos sientan que pueden tener acceso al proceso y que el mismo funcione efectivamente. Que al final del camino triunfe la democracia y el poder del soberano.

IV. Propuesta de Enmienda

Comenzar el Proceso y Recolección de Firmas

El proceso comenzará con una solicitud para revocar el mandato de un funcionario electo. La solicitud será presentada por un ciudadano o un grupo de ciudadanos, ante la Comisión Estatal de Elecciones (en adelante CEE). Una vez completada esa solicitud inicial la CEE entregará los formularios y las instrucciones correspondientes a la recolección de firmas. Para el proceso de recolección de firmas, el proponente tendrá hasta un máximo de 90 días para completarlo y deberá reunir al menos un 15% de firmas equivalente al total de votantes que participaron en la elección de ese funcionario. Todo ciudadano debidamente inscrito para participar en las elecciones generales podrá brindar su firma y también podrá retirar su firma dentro de un término de 20 días luego de haberla otorgado.

Una vez entregadas las firmas correspondientes al 15% de las personas que participaron en la elección de ese funcionario, la CEE tendrá un término no mayor de 30 días para validar las firmas y otorgar un término de 10 días para que los interesados puedan corregir alguna firma defectuosa.

Proceso de Campaña del Referendo Revocatorio

Una vez validadas las firmas por la CEE, se llamará a un referendo revocatorio dentro de los próximos 60 días. En la medida en que sea posible, debe celebrarse un domingo. Durante esos 60 días, los grupos interesados, a favor o en contra de la revocación del mandato podrán realizar las respectivas campañas a través de los medios provistos. Al hacerlo, están obligados a estar en estricto cumplimiento con el Código Electoral vigente al momento de comenzado el procedimiento.

El Referendo Revocatorio

Aunque algunos de los países que ya hemos estudiado e incluido en este escrito establecen unas cantidades que deben alcanzarse para lograr la revocatoria del mandato del funcionario electo, nuestra propuesta no establecerá una cantidad necesaria de votos por varias razones que explicaremos en detalle. En Venezuela se requiere que al menos asistan a votar una cantidad igual o mayor de personas, a las que votaron en la elección donde resultó ganador ese funcionario, para que el referendo surta efecto. Pero, en Puerto Rico, podemos aplicar un racionamiento un tanto distinto. No resulta justo establecer unos parámetros mínimos para revocar el mandato de un funcionario cuando no se establecen parámetros mínimos para su elección. Por tal razón, esta propuesta sería el equivalente a una elección general, solo es requisito que la opción que resulte triunfante obtenga más votos que la opción perdedora.

Por tal razón, la fórmula que resulte ganadora en el referendo deberá obtener la mayor cantidad de votos. Dicha votación se llevará acabo de la misma forma y manera que las elecciones generales, se permitirán observadores de ambos grupos interesados y de la comunidad internacional que desee participar de los mismos en calidad de observadores.

Proceso Post Referendo

Una vez contabilizados y escrutados todos los votos, la CEE someterá una certificación única que anunciará al país el resultado del referendo. De resultar revocado el mandato del funcionario, este cesará funciones de manera inmediata. En el caso de que sea el Gobernador o un Alcalde, asumirá el cargo el Secretario de Estado o el Secretario Municipal respectivamente y convocará una elección para escoger el sustituto del recién revocado. Dicha elección se llevará a cabo dentro de un término no mayor de 90 días, de la forma y manera que dispondrá el Código Electoral. En el caso de que el funcionario revocado fuese un legislador o legisladora, de ocupar un puesto de liderazgo en el cuerpo legislativo, será sustituido por el próximo en jerarquía, según lo disponga mediante el reglamento interno de cada cuerpo y se llamará

a una elección para su sustituto dentro del periodo de 90 días, de la forma y manera que dispondrá el Código Electoral.

Por el contrario, si el mandato de dicho funcionario hubiese sido validado, no podrá celebrarse otro referendo revocatorio en el periodo restante de ese mandato. Esto aplicará para todos los puestos.

TEORÍA VS. REALIDAD: EXPRESIÓN LEGAL DEL CONTRATO CON ACTUACIÓN CORRUPTA

REBECA AVILÉS GONZÁLEZ¹

RESUMEN

La lucha contra la corrupción en Puerto Rico ha sido objeto de vasta legislación, designada por los gobiernos de turno como una de las prioridades y estrategia para el logro de una sana administración y gobernanza pública. La corrupción en Puerto Rico se manifiesta a través de la contratación pública. La ausencia de transparencia y rectitud en la contratación pública aplaca el sistema y vulnera el principio constitucional de protección al fisco. Aun cuando la amplia legislación puertorriqueña propicia y exige contratación lícita, honesta, con el fin público del bienestar social, no rinde frutos a sus propósitos e intenciones. Esta investigación aborda el problema de la contratación pública, que rebasa el crisol de la licitud, expresando la corrupción del contrato en la fase de ejecución porque se convierte en teoría muy distante de la realidad política, social y económica de la Isla. Del mismo modo pretende proponer alternativas jurídicas y administrativas que sirvan a prevenir la corrupción desde la base de la transparencia, la rendición de cuentas y la ética.

ABSTRACT

The fight against corruption in Puerto Rico has been the subject of extensive legislation, designated by the governments in office as one of the priorities and strategies and strategies for achieving good administration and public governance. Corruption in Puerto Rico is manifested through public contracting. The lack of transparency and rectitude in public contracting undermines the system and violates the constitutional principle of protection of the treasury. Although Puerto Rico's extensive legislation encourages and requires lawful, honest, public welfare contracting, it does not serve its purposes and intentions. This research addresses the problem of public contracting, which goes beyond the melting pot of legality, expressing the corruption of the contract in the execution phase because it becomes a theory very distant from the political, social and economic reality of the territory. In the same way, it seeks to

¹ Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Candidata a Juris Doctor Mayo 2020.

propose legal and administrative alternatives that serve to prevent corruption from the basis of transparency, accountability and ethics.

Palabras claves: contrato público - contrato administrativo – corrupción – transparencia – ética – rendición de cuentas – causa del contrato público – objeto del contrato – integridad.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II LA CORRUPCIÓN. A. LA CORRUPCIÓN POR SU DEFINICIÓN. B. LA CORRUPCIÓN EN LA ANTIGÜEDAD. C. LA CORRUPCIÓN ANTE EL MUNDO. D. LA TRANSPARENCIA EN PUERTO RICO Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO. III. EL CONTRATO EN EL SECTOR PÚBLICO. A. LA LIBERTAD DE LA CONTRATACIÓN, LOS FONDOS PÚBLICOS, LA CONSTRUCCIÓN Y LAS ENTIDADES FISCALIZADORAS DEL GOBIERNO. B. LA CAUSA DEL CONTRATO PÚBLICO EN PUERTO RICO. C. CONTRATOS CON APARIENCIA LÍCITA Y EXPRESIÓN CORRUPTA EN PUERTO RICO. i. LA CORRUPCIÓN DE VÍCTOR FAJARDO EN EL DEPARTAMENTO DE EDUCACIÓN. ii. LA CORRUPCIÓN DE JULIA BEATRIZ KELEHER EN EL DEPARTAMENTO DE EDUCACIÓN. iii. LAS COMPRAS DE PRUEBAS PARA DETECCIÓN DEL COVID-19. IV. EL CAMINO HACIA LA TRANSPARENCIA Y LA RENDICIÓN DE CUENTAS EN PUERTO RICO. V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La contratación gubernamental es requisito indispensable para la provisión de servicios a las personas y para la implementación de la política pública en un estado democrático como el de Puerto Rico. El gobierno tiene la responsabilidad inalienable de promover el desarrollo económico dentro de esta jurisdicción y atender las necesidades que resultan de todo problema público. De esta forma el Estado garantiza la potencialidad humana y su derecho a una vida digna y de progreso, pues “[n]adie puede sentirse libre ni feliz si no cuenta con la tranquilidad que ofrece la libertad económica que a la vez facilita y provee capacidad física para el empeño productor y creativo”.²

La política pública es la intervención deliberada del Estado para corregir o modificar una situación social o económica que ha sido reconocida como problema público.³ El proceso de creación de política pública comienza con un problema social concreto, su formulación, implantación, evaluación e institucionalización.⁴ Por ejemplo, los problemas que enfrenta Puerto Rico con el servicio eléctrico, el servicio de agua potable, la infraestructura de carreteras, los servicios de salud, los servicios

² DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE DE PUERTO RICO 308 (1952).

³ MERINO HUERTA, MAURICIO. POLÍTICAS PÚBLICAS: ENSAYO SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA SOLUCIÓN DE PROBLEMAS PÚBLICOS. (2013).

de educación, entre otras, inciden en el bienestar y la calidad de vida de las personas. Desde luego, el Estado interviene para proveer toda necesidad que responda al interés social público. A su vez, la ciudadanía, por medio del voto, ordena a los gobernantes a atender toda necesidad que vulnera su bienestar. En su efecto, la política pública de Puerto Rico se implementa a través del aparato de Gobierno quien, entre otras funciones, contrata personas privadas o jurídicas para suplir la necesidad a la ciudadanía.

Los contratos de obras y servicios se sufragan con el dinero del fisco; la causa de estos contratos es el fin lícito del interés social y no el interés particular. En cambio, el contrato de gobierno o contrato administrativo que se otorga en función de un interés particular, rompe el orden jurídico social por ser contrario a la ley, a la moral y al orden público.

Dicho lo anterior, la corrupción se percola⁵, entre otras formas, a través de los contratos privados otorgados para suplir los servicios al ciudadano. Esto genera pérdidas de los recursos fiscales del pueblo y despoja la autoridad del estado, quien está sometido a la ley y el orden. Un funcionario público que paga el inventario de sus deudas y mejora su estilo de vida económico a costa del fondo público, sin duda alguna, quiebra la confianza de las personas en el sistema. Desde luego, la conquista de la justicia social y la transparencia se convierte en utopía, pues la corrupción es una enfermedad que devora la esencia del pueblo y lo estigma con el carimbo⁶ de desorden. Quiebra la confianza del pueblo en sus instituciones públicas.

⁴ Beauregard González Ortiz, *El concepto de Política Pública en la Administración Pública Norteamericana*. 18 REV. ADM. PUB. 57,62 (1985).

⁵ La Real Academia de la Lengua Española la define como:

[E]n física, química y ciencia de los materiales, la percolación se refiere al paso lento de fluidos a través de materiales porosos. Ejemplos de este proceso son la filtración y la lixiviación. Así se originan las corrientes subterráneas. (<https://dle.rae.es/percolar>) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. ED.23. (2019)

⁶ El esclavo era sometido al látigo durante su travesía atlántica. Los historiadores relatan que:

[E]l esclavo, llegaba al Nuevo Mundo, era sometido a la marca del carimbo, hierro que mostraba el sello de la real hacienda al extremo opuesto de la agarradera. Tiene su origen a la época de los Reyes Católicos. Cuando españoles e indios se enfrentaban en encarnizados combates por la posesión de tierras de América, el peninsular triunfante marcaba los indios sometidos con una F, monograma del Rey Católico. Desde ese momento quedaban convertidos en esclavos del monarca. En 1560, se utilizó para marcar los negros. Tuvo su acogida cuando se implanto el sistema de asientos en el comercio de negros. El acto de carimbar, a pesar de ser un acto cruel y doloroso, los oficiales reales no lo veían como un castigo, sino como un medio para corroborar la introducción legal de los negros por cuya aplicación se cobraba tributo que estaba destinado a las arcas de la real hacienda. DÍAZ SOLER, L. M. HISTORIA DE LA ESCLAVITUD NEGRA EN PUERTO RICO. SAN JUAN, PUERTO RICO (2000)

La fiscalización al ejecutivo para dicha contratación surge en virtud del mandato constitucional de que “[s]olo se dispondrá de las propiedades y fondos públicos para fines públicos y para el sostenimiento y funcionamiento de las instituciones del Estado, y en todo caso por autoridad de ley”⁷. Con el fin de auditar y fiscalizar estas actividades de índole contractual, se crea el cargo de Contralor con rango constitucional, quien será nombrado por el Gobernador con el consejo y consentimiento de la Asamblea Legislativa. “El Contralor fiscalizará todos los ingresos, cuentas y desembolsos del Estado, de sus agencias e instrumentalidades y de los municipios, para determinar si se han hecho de acuerdo con la ley”⁸. Sin dudas, nuestra aspiración, reflejada a través de la Constitución, exige la ejecución de contratos legales y en cumplimiento con el ordenamiento jurídico.

En el año 2018, durante el inicio de la administración de Ricardo Rosselló, este Gobierno convirtió en ley el “Código Anticorrupción para el Nuevo Puerto Rico”⁹, con el fin de “[r]ecoger en un solo estatuto la política pública de cero tolerancia a la corrupción, fortalecer las herramientas para combatir la corrupción, ampliar las protecciones a las personas denunciantes de actos de corrupción; y para otros fines relacionados. . . .”¹⁰ La intención legislativa fue enfática en el deseo de erradicar la corrupción de las actividades del gobierno. Con un cierre emblemático, la exposición de motivos reitera su propósito al expresar que “[l]a Ley constituye un mensaje inequívoco de que la corrupción no será permitida en este Gobierno y que serán encausadas y penalizadas todas las personas que le fallen al pueblo mediante la comisión de actos corruptos”¹¹. Dos (2) años después se quebrantó este deseo, cuando las autoridades federales arrestaron a la Secretaria de Educación, Julia Keleher, acusada de corrupción junto a un grupo de empresarios privados. Hace varios meses, la Comisión de Salud de la Cámara de Representantes investiga un contrato de \$43,000,000 para la compra de pruebas rápidas de detección de la enfermedad del Coronavirus (COVID-19), entre otras compras y contratos de dudosa legalidad.¹² La misma administración que legisló por la transparencia y propulsó el estreno de una fuerte acción legislativa en contra de la corrupción. Este escenario fue la antesala de una debacle política e histórica que culminó con la renuncia del exgobernador, Ricardo Rosselló Nevares y que hoy decorre el velo de las intenciones de la actual Gobernadora Wanda Vázquez y le expone al juicio público de integridad.

Cabe considerar que, según los datos del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, Puerto Rico ocupa el lugar número diez (10) de los estados con mayor

⁷ CONST. PR art. VI, § 9.

⁸ CONST. PR art. III, § 22.

⁹ Ley Núm. 2 del 4 de enero de 2018, 3 L.P.R.A. § 1881.

¹⁰ Exposición de motivos, Código Anticorrupción para el Nuevo Puerto Rico, Ley Núm. 2 del 4 de Enero de 2018, Código Anticorrupción para el Nuevo Puerto Rico, 3 L.P.R.A. § 1881.

¹¹ *Id.*

¹² R. de la C. 1741 de 31 de marzo de 2020, 7ma. Ses. Ord., 18va. Asam.

corrupción en dicha nación, habiendo logrado 375 convicciones por corrupción en un período de nueve (9) años (2008-2017)¹³. Así mismo, la corrupción soslaya los principios constitucionales cautelosamente salvaguardados en nuestra carta de derechos. Los últimos escándalos de corrupción han disminuido la esperanza y tolerancia del pueblo. Estos actos despertaron el sentir de constante vigilia contra los actos de todo funcionario gubernamental. La tendencia sugiere que este mal social que, destruye la esencia de un pueblo; no tiene cura.

La gestión gubernamental en la contratación privada y la corrupción parecen ser interdependientes entre sí. Sin embargo, la legalidad de un contrato en virtud de un interés público y social se enfrenta a distintos mecanismos de fiscalización. La perfección de un contrato con el gobierno está supeditada a los estatutos, reglamentos y controles que impone el estado de derecho. Al mismo tiempo, el contrato es objeto de publicidad para que las personas fiscalicen el trámite del Gobierno y el gasto del fondo público. No obstante, no siempre estos contratos se otorgan o se consuman de forma lícita. Es decir, el contrato se expresa y aparenta ser legítimo, pero su realidad es corrupta. ¿Está institucionalizada la corrupción en nuestro estado de derecho?, ¿quiénes son los más afectados por estas prácticas?, ¿cuál es la apariencia real de un contrato que constituye corrupción?, ¿será efectiva la legislación existente?, ¿en qué etapa de la perfección del contrato se convierte en corrupto?

II. LA CORRUPCIÓN

A. LA CORRUPCIÓN POR SU DEFINICIÓN

El Diccionario de la Real Academia Española le atribuye distintos significados a la palabra corrupción: en contexto ético y moral se define como “[p]ervertir o hacer que una persona o una cosa sea moralmente mala”; en el contexto político se define como “[s]obornar a un funcionario público o a una autoridad pública o hacer que actúe de forma ilegal” y por último, en el contexto social nos expresa que la corrupción es un “acto en el que una persona se vuelve moralmente mala o deshonesta”.¹⁴ La corrupción también es “[l]a acción y efecto de romper, destruir, dañar, quebrantar, quebrar y corromper una cosa y/o institución”¹⁵. Así que la corrupción se correlaciona con aspectos materiales, sociales, éticos, morales y jurídicos.

Es muy difícil encontrar una sola definición de corrupción.. Podría decirse que es una conducta del ser humano que se manifiesta de formas diversas, que quebranta

¹³ <https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/notapuertoricoocupaeldecimopuestoentrejurisdiccionesdeeeuuenconviccionesporcorrupcion-2515479/> (Última visita 09/02/2019).

¹⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA 23 (2019).

¹⁵ V.GARCÍA SAN INOCENCIO & V. RIVERA HERNÁNDEZ, DERECHOS HUMANOS Y CORRUPCIÓN. INFORME COMISIÓN DERECHOS CIVILES 19 (2015).

el orden, las normas, las reglas y a su vez, desestabiliza el concierto socio jurídico. Además, es una conducta antisocial y antijurídica.

Por otra parte, la Ley Núm. 2 del 4 de enero de 2018, Código Anticorrupción para el Nuevo Puerto Rico, 3 L.P.R.A. § 1881., no contiene una definición precisa para la corrupción. De su texto se desprende que “[e]l acto de corrupción más frecuente es el uso indebido del poder público para conseguir una ventaja ilegítima, generalmente de forma secreta y privada”¹⁶. Al mismo tiempo, el Código Penal de Puerto Rico¹⁷, incorpora delitos contra la función gubernamental, pero no establece una definición literal para la corrupción. En el Capítulo IV, Sección Primera y Segunda, del Código Penal de Puerto Rico, existe un listado taxativo que atiende la corrupción. Entre las conductas que se tipifican como delito, está el soborno, la oferta de soborno, el enriquecimiento ilícito, la influencia indebida, la malversación de fondos públicos, entre otros.¹⁸ Sin embargo, este listado es limitado y excluye conducta potencialmente constitutiva de delito que en el presente podría ser considerada como una falta administrativa, una falta ética o ser objeto de impunidad. A modo de ejemplo, reseñamos aquellas contrataciones del gobierno hechas con el fin de recibir los servicios profesionales de alguna persona competente, especialista o perita en un campo en particular y necesario para el Estado. Si dicha persona contratada no cuenta con las credenciales ni la capacidad pericial para ejercer tales funciones, esa contratación constituye una contratación ilícita. Es decir, si la persona contratada no tiene la capacidad ni la pericia para satisfacer el trabajo requerido, y a sabiendas, con conocimiento e intencionalmente, contrata para lucrarse del fisco, esta conducta es ilícita y debe ser tipificada como delito. De idéntico modo, las penas de estos delitos varían según el acto ilegal cometido. La pena puede variar entre tres (3) a quince (15) años de cárcel. Sin embargo, la restitución es discrecional y no mandataria.¹⁹

Cónsono con lo anterior, en Puerto Rico, el principio de legalidad prohíbe la creación de delitos por analogía. Por lo que una conducta antijurídica corrupta tiene que estar prescrita para que se aplique a un acto penal determinado. No obstante, la corrupción en el gobierno comprende cualquier acto pervertido en el que se abusa del poder para la consecución de intereses privados. Esto incluye, cada desviación del comportamiento correcto que se traduce en mala administración y culmina con la separación total del interés general.²⁰ Quiere decir que su concepción es amplia, diversa y puede manifestarse de forma innovadora y creativa. Por lo que tipificar la

¹⁶ 3 L.P.R.A. § 1881

¹⁷ CÓD. PEN. PR arts. 250-298, 33 LPRA §§ 5341-5398 (2012).

¹⁸ *Id.*

¹⁹ *Id.*

²⁰ Gabriella M. Racca, *De la Autoridad Sobre Los Contratos Públicos A Lla Autoridad Nacional Anticorrupción: Un Cambio De Sistema*. 19 Rev. DIGITAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, 181-220 (2018).

diversidad de conducta corrupta representa un reto para establecer legislación que atienda el problema.

La ausencia de una disposición penal especial, que atienda la corrupción como conducta objeto de delito, cónsona con las diversas formas en que se han cometido estos delitos en la jurisdicción del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, durante las últimas dos (2) décadas, presupone una enorme vaguedad y contradicción a la intención del Código Anticorrupción para el Nuevo Puerto Rico. Por ello, la corrupción puede ser impune y constituir en sí misma, una negación al derecho del pueblo a ser reparado como víctimas inocentes del robo descarado del bienestar común.

Por último, la lucha anticorrupción ocupa la agenda de gobierno de todas las pasadas administraciones, así como de la actual regencia, siendo un hecho irrefutable que la política pública, pasada y vigente, no funciona. Hoy se reconocen las mejores prácticas internacionales sobre la gobernanza y administración pública que proponen la implementación de una política pública de transparencia, publicidad, ética e integridad. Entre las que se incluyen, por ejemplo, la Convención Anticohecho de la OCDE²¹; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción²²; la Foreign Corrupt Practices Act²³; y el United Nations Handbook on Practical Anti-Corruption Measures for Prosecutors and Investigators²⁴.

B. LA CORRUPCIÓN EN LA ANTIGÜEDAD

La corrupción se ha visibilizado explícita y rápidamente a través de los medios de comunicación, especialmente en las plataformas sociales. Estas permiten la propagación rápida de actos que manifiestan conducta corrupta, en particular entre funcionarios públicos y personalidades privadas. De esta forma, las personas reciben la información casi a tiempo de los hechos ocurridos. Sin embargo, la corrupción no es un fenómeno nuevo, producto de las décadas recientes.

Las primeras manifestaciones de la corrupción se encuentran en la Biblia, en su libro de Génesis, cuando Adán y Eva fueron sobornados por Satanás a comer de la manzana prohibida. Satanás, disfrazado de serpiente, los incitó a comer del fruto maldito para investirse de un poder igual al Todo Poderoso.²⁵ Posteriormente, se nos

²¹ OCDE (https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/Anti-Bribery_Convention_and_Working_Group_Brief_ESPAÑOL.pdf) (última visita 2 de abril de 2020).

²² UNODC (https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corruption/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf) (última visita 2 de abril de 2020).

²³ FBI (<https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>) (última visita 2 de abril de 2020).

²⁴ UNODC (https://www.unodc.org/documents/afghanistan/Anti-Corruption/Handbook_practical_anti-corruption.pdf) (última visita 2 de abril de 2020).

²⁵ Manuel L. Ruiz-Morales, *Corruptelas Y Prácticas Ilícitas En La Antigüedad: Soluciones Análogas a las Actuales en la Historia del Pensamiento*. 21 REV. FORO NUEVA ÉPOCA 303-327 (2018).

presentó el castigo de la corrupción: la condena del soborno con la Ley de Moisés en las Tablas. Mientras, que en el Nuevo Testamento se distinguen dos actos de corrupción: la traición de Judas Iscariote a cambio de Jesús de Nazaret tras la última cena, quien por treinta (30) denarios de plata, lo besa y lo vende para adelantar su prendimiento.²⁶ De idéntico modo, el soborno de los sumos sacerdotes del Templo de Jerusalén a los guardias del sepulcro de Jesús a cambio de su testimonio, “[p]ara que aseveraran que los discípulos del Mesías habían expoliado la sagrada sepultura”²⁷.

Las antiguas civilizaciones tienen su historia corrupta. La corrupción en el ámbito administrativo nace en el seno de la familia pues estas civilizaciones promovían “[l]a perduración de las prácticas «familistas» en el seno de la sociedad, al producirse la evolución desde una comunidad familiar a una comunidad estatal”.²⁸ Todo permanecía en el núcleo de lo privado-familiar. Esto provocaba un mal funcionamiento social de las instituciones del Estado²⁹.

Estos actos de corrupción no fueron invisibles para la sociedad de esa época. En consecuencia, surgieron las primeras leyes que atienden el problema de estas prácticas inequitativas. El Código de Hamurabi, que data del año 2000 a.C., recoge características muy similares a los propósitos de una Constitución. Este código contiene dos (2) artículos relacionados a la corrupción. El primero es la disposición identificada como § 5,

“[S]i un juez instruye un caso, dicta sentencia y extiende veredicto sellado, pero luego modifica su sentencia, al juez le probarán que ha cambiado la sentencia y la suma de la sentencia la tendrá que pagar 12 veces. Además, en pública asamblea, le echarán de su sede judicial de modo irrevocable y nunca más podrá volver a sentarse con jueces en un proceso.”

Anterior a este Código, quienes ejercían la función de juez eran los sacerdotes. Posteriormente se designan a funcionarios para ser jueces. La tipificación sobre la conducta corrupta de un juez, es una respuesta al control y fiscalización que ejerció el Estado con el fin de evitar posibles sobornos. Una lectura de esta disposición nos permite deducir que cualquier juez que fuese objeto de soborno y cambiara una sentencia dictada, afectando derechos de tercero para el propio beneficio del funcionario, tendría sus consecuencias.

Para el año 1300 a.C., los egipcios intentaron retomar el orden judicial y fiscalizar las actuaciones de las instituciones del Gobierno, por lo que establecieron un

²⁶ J.R. ZAVALA TREVIÑO, APUNTES SOBRE LA HISTORIA DE LA CORRUPCIÓN, MONTERREY, UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN 23 (2013)

²⁷ Manuel L. Ruiz-Morales, *Op. Cit.* pág. 306.

²⁸ ZAVALA TREVIÑO, APUNTES SOBRE LA HISTORIA DE LA CORRUPCIÓN, MONTERREY, *Op. Cit.* pág. 24.

²⁹ El autor defiende esta es la modalidad por la que se manifiesta que en algunos periodos históricos predomina el familismo mientras en otras predomina la estructura del estado.

decreto.³⁰ El decreto les permitía auditar las recolectas de impuestos que realizaba el gobierno egipcio y castigar con implacable rigor a los funcionarios que abusaran de su poder.³¹ En aquel caso que, el involucrado fuese juez cómplice de un recaudador de impuestos, para compartir las recolectas, la pena era de muerte.³² Se rumoraba que los funcionarios se robaban los impuestos recolectados.

Aproximadamente, en el año 1180 a.C., durante la época del Faraón Ransés, se evidencia la primera huelga por falta de pago de las raciones diarias de los trabajadores de la época. Distingue el autor que, los trabajadores se quejaban de que los funcionarios “[s]e quedaban con los alimentos para crear un excedente individual y negociar con ellos, ya que la mayoría de las veces los funcionarios estatales estaban involucrados en las actividades comerciales”.³³

Para los años 600 de la Grecia Clásica, el uso de información privilegiada en los asuntos urbanísticos era objeto de perversión. Solón quería sufragar las deudas de su predecesor por lo que vendía la información de los terrenos que garantizaban dicha deuda. Los que recibían esa información privilegiada iban y compraban la deuda contraída. Esa deuda era mucho menor que el valor del terreno. El Gobernador Solón sufragaba dicha deuda a un costo mayor a los nuevos acreedores.³⁴ De esta forma, ambos se enriquecían de la transacción.³⁵ En particular, la práctica urbanística es una de las áreas de mayor corrupción en los gobiernos actuales. A pesar de ser dos (2) épocas distintas, vemos como el acto de contratar mediante la venta indebida de información privilegiada, data desde el inicio de las civilizaciones.

En Atenas, con el movimiento democrático, en el que los ciudadanos y las ciudadanas participaban en Asamblea, “[s]e seguirán ensayando medidas de control y fiscalización, al igual que la utilización del ordenamiento administrativo y el acervo jurídico penal, incluso conformando instituciones organizadas de forma que se limitase las posibilidades de actuar interesadamente”.³⁶ El sistema implementado en la civilización ateniense, intentó separar los poderes y evitar las influencias indebidas. Sin embargo, la dispersión de los poderes para evitar las influencias indebidas no dieron fin al problema. Conforme a la historiadora, Raquel López Melero, profesora

³⁰ Este decreto es un grabado realizado por orden del faraón Horemheb en repudio a las prácticas corruptas del Imperio del faraón Amenofis IV, que consistían en persistentes abusos administrativos que terminaron envolviendo a la totalidad de su gobierno.

³¹ F. Alonso y Royano, *El Derecho en el Egipto faraónico, Espacio, Tiempo y Forma*, (1998), págs. 32-33.

³² Alonso y Royano, *supra*.

³³ A. P. ZingaRelli, *Tebas durante el periodo Ramésida: redistribución y circulación de bienes*. 53 REV. MUNDO ANT. 53, 59 (2016).

³⁴ J. R. ZAVALA TREVIÑO, APUNTES SOBRE LA HISTORIA..., *Op. Cit.*, págs. 29-30.

³⁵ *Id.*

³⁶ R. López Melero, *Corrupción y responsabilidad política en la democracia ateniense*, CANA-LUNED (28 de noviembre de 2014), <https://canal.uned.es/video/5a6f3226b1111fb50f8b4b17>.

de Historia Antigua de la UNED, los delitos de corrupción no estaban tipificados por las leyes, ni se esperaba que lo estuvieran. Las penas implementadas podían variar según la gravedad del daño al pueblo. Lo determinante para considerarlo corrupción, era el grave daño que se le causaba al pueblo.³⁷ Lo que discutían la parte acusatoria y la defensa era si se había perjudicado o beneficiado al pueblo. No se juzgaba la actuación del funcionario sino el resultado de sus acciones. Por lo que, tales juicios se convertían en la evaluación de la gestión pública. En su efecto, no se trataba de un juicio de delitos. Es importante distinguir que, defraudar el pueblo con intención y actos que constituyen una impericia gubernativa, no significan lo mismo. Hay una gran diferencia en la intención y las consecuencias de esos actos. La impericia gubernamental es la mala ejecución de esos gobernantes, así como cualquier comportamiento que sea contrario a la reglamentación del cuerpo político; los actos de corrupción constituyen delito.³⁸

Similar a nuestra época, la figura de los *lobbiest* o cabilderos era una existente en la antigua Grecia. Los griegos intentaron evitar cualquier apoyo mutuo entre *lobbiest* y personas de poder. Una de las reformas para prevenir la depravación de la rama de justicia fue la institución de un sistema magistral de personas ancianas, normalmente funcionarios salientes del gobierno. Los griegos entendían que estas personas ancianas podrían aportar sabiduría y entereza, “[p]ues pensaban que intentar pervertir a estos personajes públicos implicaría un trabajo harto afanoso”³⁹. Las expectativas fueron frustradas con la absolución de Cirón⁴⁰ en 462 a. C. quien había sido condenado por soborno. A cambio de la libertad de Cirón, se ofreció al juez favores sexuales. Estos eran concedidos con mujeres joviales, provocando que fueran corrompibles hasta los magistrados ancianos.⁴¹

El historiador Tony Spawforth, en su obra “Una Nueva Historia del Mundo Clásico” concluye que la democracia en Atenas estuvo viciada por el mal de la corrupción. Durante esa época, Atenas construía sus mejores obras estructurales, contratando trabajadores y artistas para la realización de La Acrópolis y el Partenon. Esas estructuras se levantaron sobre malversación de fondos aportados por los países aliados a Atenas. El caso más flagrante (y moderno) fue el uso fraudulento que Peri-

³⁷ *Id.*

³⁸ En nuestro ordenamiento jurídico existe el modelo de juicio político. Los actos sobre la gestión política pueden ser objeto del juicio político, pero no siempre constituyen delito. Estos actos son juzgados por el ente político. Tal es el caso del residenciamiento para el cuerpo legislativo, para el Gobernador o Gobernadora y los jueces del Tribunal Supremo de Puerto Rico. Mientras, los delitos únicamente pueden ser juzgados por los Tribunales.

³⁹ R. López Melero, *supra*.

⁴⁰ Núñez, Gonzalo, *Corrupción en Atenas: los fondos malversados que levantaron el Partenon*, LARAZÓN (21 de octubre de 2019), <https://www.larazon.es/cultura/corrupcion-en-atenas-los-fondos-malversados-que-levantaron-el-partenon-BM25387732>.

⁴¹ *Id.*

cles hizo de los fondos de guerra aportados por todas aquellas ciudades-estado que habían solicitado protección militar a Atenas.⁴² “Los atenienses desviaron los pagos de los aliados del tesoro de guerra, para fines puramente atenienses”.⁴³ En concreto, los edificios públicos y el embellecimiento general de la ciudad se beneficiaron de dicha malversación de fondos.

Esas actuaciones culminaron con la implementación de un sistema dual de fiscalización y control patrimonial de los cargos públicos en el que los funcionarios tenían la indelegable tarea de rendir cuentas al pueblo. Se constituyeron asambleas de jurados de hasta 500 miembros quienes juzgaban ante los tribunales las actuaciones de estos funcionarios, ante un cuerpo de auditores, y hacían una declaración de sus actuaciones. De estos 500 miembros, cincuenta (50) funcionarios, cuya comida y alojamiento se pagaba del erario, se encargaban de los asuntos de estado. Servían durante un mes y eran reemplazados por otros cincuenta (50), para garantizar que el poder estuviera lo más repartido posible y no se enquistase.⁴⁴ Durante este periodo histórico existieron casos de corrupción, no obstante, “[s]u cuantificación fue sin mucha importancia debido al amplio control que se desarrolló y al esfuerzo de independencia de la Asamblea, en la que los ciudadanos participaban directamente de los asuntos políticos”.⁴⁵

Muchos atribuyen el descenso de la corrupción al diseño institucional eficaz de este periodo. No obstante, al mismo tiempo, la filosofía cobra un gran valor dentro de las instituciones políticas. Es dentro del marco de los pensadores filosóficos que surge la Teoría de Aristóteles quien entiende que la codicia y la avaricia del hombre son únicamente controlables por la sabiduría y la educación.

La corrupción, históricamente, es parte de la conducta humana. La gran diferencia estriba en el tiempo, mas no en los actos. Desde el año 2000 a.C. hasta la actualidad, las civilizaciones y los estados han sido presa de contratos de obra fraudulentos; malversación de fondos; venta de influencias indebidas para adquirir contratos con el gobierno; la participación de los cabilderos para posicionar los intereses de sus clientes y sacar ventaja indebida de su conocimiento; el uso del poder para el enriquecimiento propio; y, el uso del poder para saquear el dinero de las personas. Coincide también el esfuerzo de los gobernantes, genuino o aparente, de instituir prácticas que erradiquen el problema. Por lo tanto, la lucha por erradicar la corrupción es un asunto que data desde épocas remotas y no desde la era moderna

⁴² Núñez, Gonzalo, *supra*, citando a Tony Spawforth

⁴³ *Id.*

⁴⁴ Núñez, Gonzalo, *Corrupción en Atenas: los fondos malversados que levantaron el Partenon*, LARAZÓN (21 de octubre de 2019), <https://www.larazon.es/cultura/corrupcion-en-atenas-los-fondos-malversados-que-levantaron-el-partenon-BM25387732>.

⁴⁵ R. López Melero, *supra*.

C. LA CORRUPCIÓN ANTE EL MUNDO

El 29 de marzo de 1996, en la ciudad de Caracas, se abrió a la firma el primer instrumento jurídico internacional en la lucha contra la corrupción, la Convención Interamericana Contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos (“CICC”).⁴⁶ Este acuerdo se firmó como el resultado de los efectos graves y perjudiciales que las prácticas corruptas generan en la democracia, el funcionamiento de las economías, y en la vida de los ciudadanos.⁴⁷ Posteriormente, el 31 de octubre de 2003, la Organización de Las Naciones Unidas (“ONU”), conscientes de que la corrupción incide en el desarrollo de los pueblos, firmó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. La finalidad de la esta Convención es:

“a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos; c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos., con el fin de iniciar esfuerzos y apoyar a los Estados en sus iniciativas y gestiones por eliminar el flagelo de la corrupción de la faz de la Tierra.”⁴⁸

No obstante, Puerto Rico no puede beneficiarse de estas convenciones de forma directa, pues carece de soberanía y reconocimiento en la comunidad internacional. El régimen colonial que impera en Puerto Rico, lo mantiene atado al derecho de los Estados Unidos. Esta incapacidad de autonomía restringe a la jurisdicción su capacidad de potenciar y utilizar los desarrollos del derecho internacional sobre los derechos humanos e incorporarlo a su derecho nacional. Dicho de otra forma, estas normas son únicamente persuasivas para propósitos de la jurisdicción de Puerto Rico, pues su “estatus” colonial no le permite desenvolverse en la comunidad internacional, una vez que sus relaciones extranjeras están absolutamente controladas por el gobierno de los Estados Unidos. En *Pueblo v. Sánchez Valle*⁴⁹, el Tribunal Supremo de Puerto Rico reitera que lo único que significa... “[e]l gobierno del Estado Libre Asociado de Puerto Rico y sus Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial... estarán igualmente subordinados a la soberanía del pueblo de Puerto Rico” es que el Congreso le delegó a los puertorriqueños la facultad de manejar el gobierno de

⁴⁶ Transparency International, 20 de febrero de 2020, (https://www.transparency.org/news/feature/la_convencion_interamericana_contra_la_corrupcion_de_la_organizacion_de_est).

⁴⁷ *Id.* Al presente, el acuerdo ha sido firmado y ratificado por 33 países.

⁴⁸ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Artículo 1. Octubre 31, 2003.

⁴⁹ 192 D.P.R. 594 (2015).

la isla y sus propios asuntos internos, sujeto a la voluntad popular. Lo que reitera y confirma que el Pueblo de Puerto Rico es soberano solamente en aquellas materias locales que no están regidas por la Constitución de Estados Unidos. Que contrario a las tribus nativo-americanas o los Estados, Puerto Rico nunca ha ejercido una soberanía original o primigenia. Que conforme se especificó en el Artículo IX del Tratado de París, los derechos civiles y la condición política de los habitantes de Puerto Rico serían determinados por el Congreso de los Estados Unidos. En *Puerto Rico v. Sánchez Valle*⁵⁰, la Corte Suprema de los Estados Unidos, confirma la determinación del Tribunal Supremo de Puerto Rico.

De acuerdo con la organización “Transparency International”, la corrupción afecta a los indigentes, a los pobres y a las clases desventajadas.⁵¹ Desde el 2006, esta organización trabaja junto con gobiernos, empresas y ciudadanos, para detener el abuso de poder, el soborno y los acuerdos secretos y, desde el año 2008, se dedica a proveer los índices de transparencia de las naciones del Mundo y es el marco de referencia para los 187 países que forman parte de ésta.

“Transparency International” define de forma general la corrupción como: “[e]l abuso del poder confiado para beneficio privado que se puede clasificar en grande, mezquino y político, dependiendo de la cantidad de dinero perdido y del sector donde se produce”.⁵² Según se ilustra en el portal Transparency.org, la corrupción se divide en: (1) la corrupción grande o mayor (*grand corruption*) que son los actos cometidos a un alto nivel de gobierno que distorsionan las políticas o el funcionamiento central del estado, permitiendo a los líderes beneficiarse a expensas del bien público; (2) la pequeña corrupción (*pettite corruption*) se refiere al abuso cotidiano del poder encomendado por parte de funcionarios públicos de nivel bajo y medio en sus interacciones con ciudadanos comunes, que a menudo intentan acceder a bienes o servicios básicos en lugares como hospitales, escuelas, departamentos de policía y otras agencias; y por último; (3) la corrupción política que es una manipulación de políticas, instituciones y reglas de procedimiento en la asignación de recursos y financiamiento por parte de los tomadores de decisiones políticas, quienes abusan de su posición para mantener su poder, estatus y riqueza.⁵³ Desde luego, la corrupción no se manifiesta dentro de una lista taxativa, pues depende de las circunstancias, del lugar y de las personas.

Con relación a las transacciones públicas, “Transparency International” define los contratos como un “[a]uerdo voluntario entre diferentes partes. Es decir, empresas, agencias gubernamentales, licitadores por contrato, entre otras, para comprometerse

⁵⁰ 136 S. Ct. 1863 (2016).

⁵¹ Transparency International, 23 de febrero de 2020 (<https://www.transparency.org/about>)

⁵² Transparency International, 30 de septiembre de 2019 (www.transparency.org)

⁵³ Transparency International, op. cit.

formalmente con las reglas del juego (*rules of engagement*) mutuamente acordadas, incluyendo cláusulas que le obligan a no participar en el soborno y aquellas en las que se comprometen a defender los derechos humanos.⁵⁴ En cuanto a la contratación de empresas o personas privadas con el Estado, se identifican las siguientes formas en que se manifiesta el acto contractual corrupto: (1) soborno (*bribery*) que es la acción de “[o]frece, prometer, dar, aceptar o solicitar una ventaja, como incentivo, para ejercitar una acción que es ilegal, poco ética o una violación de la confianza”.⁵⁵ Por ejemplo: los incentivos pueden tomar la forma de obsequios, préstamos, tarifas, recompensas u otras ventajas (impuestos, servicios, donaciones, favores, etc.); (2) la extorsión, que es el “[a]cto de utilizar, directa o indirectamente, el acceso a una posición de poder o conocimiento para exigir una cooperación o compensación inmerecida como resultado de amenazas coercitivas”.⁵⁶ Conforme a esta definición, es extorsión despedir a un empleado o empleada del gobierno por este o esta negarse a cooperar con la venta de boletos en un comité político; (3) el fraude que significa cometer insidia. Es el delito de engañar a alguien, intencionalmente, para obtener una ventaja injusta o ilegal (financiera, política o de otro tipo).⁵⁷

De la lectura textual de esta definición podemos deducir que cometen fraude aquellas personas que adquieren y otorgan contratos a través de un proceso de licitación corrupta, en el que una corporación obtiene una ventaja competitiva ilegal o injusta, sobre otros licitadores, basada en parte, en la estrecha relación entre un funcionario de una agencia gubernamental con conocimiento privilegiado de esa información por ser oficial de gobierno, y el accionista, director, oficial o empleado de la compañía agraciada con dicho contrato; (4) el acto de solicitar (*solicitation*) se define como el acto de pedir, solicitar o incitar a otra persona a cometer soborno u otro delito (“commit bribery or another crime”).⁵⁸; (5) el nepotismo es la forma de favoritismo basada en conocidos y relaciones familiares. Este tipo de conducta se manifiesta cuando alguna persona, en una posición oficial, explota su poder y autoridad para proporcionar un trabajo o favor a un miembro de la familia o amigo, a pesar de que él o ella puede no estar calificado o ser merecedor de ésta.⁵⁹ Es decir, el nepotismo ocurre cuando un funcionario público, con el poder y autoridad por virtud

⁵⁴ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, (<https://www.transparency.org/glossary/term/pacts>) (última visita 31 de octubre de 2019) (traducción suplida)

⁵⁵ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, (<https://www.transparency.org/glossary/term/bribery>) (última visita 31 de octubre de 2019). (traducción suplida)

⁵⁶ *Id.* TRANSPARENCY INTERNATIONAL, (<https://www.transparency.org/glossary/term/bribery>).

⁵⁷ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, (<https://www.transparency.org/glossary/term/fraud>) (última visita 31 de octubre de 2019). (traducción suplida)

⁵⁸ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, (<https://www.transparency.org/glossary/term/solicitation>) (última visita 31 de octubre de 2019). (traducción suplida).

⁵⁹ *Id.* TRANSPARENCY INTERNATIONAL, (<https://www.transparency.org/glossary/term/nepotism>) (última visita 31 de octubre de 2019). (traducción suplida)

de su nombramiento utiliza tal autoridad para dar contratos de trabajo a familiares y amigos, a pesar de que tal persona no esté certificada o capacitada para esa función; (6) apadrinaje o mecenazgo que es la forma de favoritismo en el que se selecciona a una persona, independientemente de sus calificaciones o derechos, para un trabajo o beneficio gubernamental debido a afiliaciones o conexiones; (7) el conflicto de interés es la “[s]ituación en la que un individuo o la entidad para la que trabaja, ya sea un gobierno, empresa, medio de comunicación u organización de la sociedad civil, se enfrenta a elegir entre los deberes y demandas de su posición y sus propios intereses privados”⁶⁰; (8) la contribución política es “[c]ualquier contribución, realizada en efectivo o en especie, para apoyar una causa política. Los ejemplos incluyen obsequios de bienes o servicios, actividades publicitarias o promocionales que respaldan un partido político y la compra de entradas para eventos de recaudación de fondos”.⁶¹

En Puerto Rico se permite la contribución política de corporaciones y, por ende, asociaciones, uniones y todo tipo de organización, pues les cubre la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos para gastar dinero ilimitadamente en las campañas políticas. Todo lo anterior por virtud de la decisión del Tribunal Supremo de Estados Unidos en *Citizens United v. Federal Election Commission*.⁶²; (9) el lavado de dinero es el proceso de ocultar el origen, la propiedad o el destino del dinero obtenido de forma ilegal o deshonesta para ocultarlo dentro de actividades económicas legítimas con apariencia de legalidad.⁶³; y por último, (10) el *lobbying* o cabildeo es cualquier actividad dirigida a influir las políticas y decisiones de un gobierno o institución a favor de una causa o resultado específico.⁶⁴ En aquellos casos en que la ley permite el cabildeo, la gestión es susceptible de convertirse en corrupción. Los actos que realiza el cabildeo para promover los intereses de sus clientes pueden constituir influencias ilícitas por parte de empresas, asociaciones, organizaciones e individuos. Esto se debe a que, como regla general, los cabildeiros son personas con un poder influyente en los cuerpos políticos, que resulta en un acceso desproporcionado a la creación de las políticas públicas del País. Todos estos actos son algunas de las manifestaciones de la corrupción presentes en la jurisdicción de Puerto Rico, durante décadas, y que ha sido producto de la contratación con apariencia legítima.

⁶⁰ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, (https://www.transparency.org/glossary/term/conflict_of_interests) (última visita 31 de octubre de 2019). (traducción suplida)

⁶¹ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, (https://www.transparency.org/glossary/term/political_contribution) (última visita 31 de octubre de 2019). (traducción suplida)

⁶² 558 U.S. 310 (2010).

⁶³ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, (https://www.transparency.org/glossary/term/money_laundering) (última visita 31 de octubre de 2019).

⁶⁴ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, (<https://www.transparency.org/glossary/term/lobbying>) (última visita 31 de octubre de 2019). (traducción suplida)

A modo de ejemplo, nos referimos al Tribunal Supremo de Puerto Rico, quien se ha expresado en cuanto a la contratación contraria al orden público. En el caso *Casiano v. Borintex Manufacturing Corp.*⁶⁵, el más alto foro declaró nulo un contrato por ser contrario al orden público. El Sr. Casiano, Jr., contrajo la obligación de utilizar su influencia personal para lograr, prioritariamente, la aprobación de una garantía prestataria del Gobierno Federal para un préstamo ante el Banco Gubernamental de Fomento, solicitado por los demandados Borintex Manufacturing Corp. y Lifschitz. Este préstamo sería utilizado en el desarrollo de una fábrica textil en Vega Baja.⁶⁶ Cabe destacar, que el señor Casiano, previo a dicha contratación, ocupó un puesto en la Compañía de Fomento y en la Junta de Directores de ésta, desde 1970 hasta 1973, por lo que desarrolló relaciones interpersonales con directores de agencias del ejecutivo. Es precisamente sobre estas relaciones que, el señor Casiano, se comprometió a utilizar sus mejores esfuerzos para ayudar y agilizar a obtener la aprobación del referido préstamo. A cambio de dichas gestiones, Borintex acordó pagarle a Casiano la cantidad de \$50,000.00 por sus servicios. Es decir, que sus honorarios dependían de que el préstamo se aprobara rápidamente, siendo éste el único objetivo del señor Casiano en la intervención del trámite.⁶⁷

En síntesis, el señor Casiano realizó las siguientes gestiones: (1) recomendó una reunión con la señora Julita Rivera de Vincentí, Directora de la Farmer's de Puerto Rico; (2) el señor Casiano Jr. concertó la cita y acompañó a los representante de Borintex a la reunión; (3) luego llamó varias veces a la señora Vincentí para dar seguimiento al asunto; y (4) se comunicó con el entonces Subsecretario de Agricultura en Washington, a quien conocía personalmente, para ver "qué prioridad se podía dar y cómo verían el asunto"⁶⁸. Es importante señalar, que la señora Rivera de Vincentí fue Secretaria del Departamento del Trabajo durante el cuatrienio de 1968 a 1972. Tanto Casiano Jr, como Rivera de Vincentí, fueron compañeros de gabinete del Primer Ejecutivo en dicho cuatrienio. No obstante, el señor Casiano Jr., nunca le informó a la señora Rivera Vincentí de la comisión que obtendría de sus gestiones. El señor Casiano Jr. demandó a la empresa Borintex por incumplimiento de contrato y cobro de dinero. Mientras la demandada, Borintex, negaron responsabilidad y alegaron que el contrato era nulo por ser contrario al orden público.

El Tribunal de Primera Instancia concluyó la existencia de dos obligaciones: "[u]na como asesor-consultor, y la otra, ejercer indebidamente su influencia personal para lograr la aprobación del préstamo lo antes posible"⁶⁹. En cuanto a la primera obligación, determinó que la remuneración pactada era desproporcionada y

⁶⁵ 133 DPR 127 (1993).

⁶⁶ *Id.* pág. 129.

⁶⁷ *Casiano v. Borintex Manufacturing Corp.*, *supra.*, pág. 131.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Casiano v. Borintex Manufacturing Corp.*, *supra.*, pág. 129.

valoró en cinco mil dólares (5,000.00) los servicios prestados, de \$50,000 que fueron pactadas en el contrato original. Sin embargo, anuló la segunda obligación por atentar el orden público. El Tribunal Supremo, además de reseñar la importancia de la legalidad de los pactos que puedan acordar las partes, explica que “[l]a influencia indebida” es algo que no puede verse, oírse ni sentirse; más bien es conducta sutil e intangible. Por su naturaleza y dinámica, versa sobre hechos difíciles de demostrar judicialmente mediante prueba directa. Ciertamente es inimaginable que sea objeto de estipulación escrita o expresa en un contrato”⁷⁰. No obstante, nada expone al respecto, con relación a la causa del contrato. La obligación principal que asumió el señor Casiano Jr. era ilícita, contraria al orden jurídico. Un contrato sin causa es nulo por ser contrario a derecho. “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.”⁷¹

Para concluir, la transparencia es un principio general del funcionamiento de un gobierno democrático que impone la obligación a las administraciones públicas o gobiernos —incluyendo a los partidos políticos— de dar apertura, publicar periódicamente los datos más relevantes de su actividad, con los elementos económicos y presupuestarios correspondientes, así como facilitar a la ciudadanía el acceso a toda información pública que estas custodian.

D. LA TRANSPARENCIA EN PUERTO RICO Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN

En enero de 2017, el señor Ricardo Roselló, a su inicio como Gobernador de Puerto Rico, firmó la Orden Ejecutiva Número OE-2017-10, Para Establecer La Política Pública De Transparencia Y Accesibilidad A La Información Pública, con el fin de reestablecer la credibilidad del gobierno. Que a su vez, resulte en un gobierno efectivo, ágil y con credibilidad ante los ciudadanos y ciudadanas a quienes sirve. La referida orden ejecutiva destaca y distingue el carácter público de la información y el derecho de las personas a inquirir sobre esta, como un derecho constitucional. Esta orden establece la transparencia como política pública del territorio y dispone que, (i) toda información pública que produce el gobierno en sus estudios, transacciones y en el ejercicio de la autoridad pública es patrimonio y memoria del Pueblo, inherente de la democracia y a su vez garantiza el libre ejercicio de los derechos fundamentales de libertad de expresión, libertad de prensa, de asociación y a exigir la reparación de agravios; (ii) la información del estado se presume pública y accesible a la ciudadanía; (iii) obliga a todo servidor público a la prestación de apoyo a la ciudadanía para la obtención de tal información.⁷² En cuanto a la información

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ CÓD. CIVIL PR ART. 1227, 31 L.P.R.A. § 3432

⁷² Orden Ejecutiva Número OE-2017-10, *Para Establecer La Política Pública De Transparencia Y Accesibilidad A La Información Pública*. (10 de enero de 2017), <https://www.estado.pr.gov/es/ordenes-ejecutivas/>.

relativa a los contratos, la orden reconoce que es público el proceso de contratación, las actas de subasta —posterior a ser concedidas— así como los contratos otorgados. Para poder ofrecer acceso a la información, se creó el puesto de “Chief Information Officer” (“CIO”) a cargo de trazar y ejecutar un plan tecnológico que facilite, entre otras, el acceso a la información pública. En contraposición, la orden establece que el acceso a la información estará disponible a solicitud escrita de parte interesada.⁷³

Posteriormente, el 2 de julio de 2019, mediante la Orden Ejecutiva OE-2019-031, Ricardo Roselló creó el Registro de Cabilderos y ordenó a la Secretaria de Justicia la creación del Código de Transparencia Total para Jefes de Agencia de la Rama Ejecutiva.⁷⁴ Para propósitos de esta orden, el término cabildero se refiere a cualquier individuo que actúe como agente de otra persona y que reciba cualquier tipo de compensación por llevar a cabo actividades de cabildeo.⁷⁵ La orden define las actividades de cabildeo como la preparación y formulación de legislación, cualquier asunto gubernamental que influya o impacte la implantación y ejecución de política pública, entre otras.⁷⁶ El Registro de cabilderos es custodiado por el Departamento de Justicia. Al consultar la base de datos de éste, aparecen como cabilderos, funcionarios que sirvieron al gobierno de Puerto Rico y ocuparon puestos de gran importancia. Por ejemplo, Kenneth Davison McClintock⁷⁷, Ex Secretario de Estado bajo la administración del Exgobernador Luis Fortuño y Ex Presidente del Senado bajo el Gobierno Compartido del Hon. Aníbal Acevedo Vilá y, Melba Acosta⁷⁸, Ex Presidenta del desaparecido Banco Gubernamental de Fomento.

En cuanto al tema de los contratos, el Registro de Cabilderos del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, presume legítima la actividad que se deriva de un contrato de cabildeo, siempre que la persona o entidad observe los requisitos estatutarios de registro. El contrato de cabildeo es un contrato de servicio entre partes privadas, con causa onerosa, lícito, a pesar de que las motivaciones personales de las partes interesadas escruten y aspiren a un cambio de política pública del gobierno que les beneficie. La distinción entre un contrato de cabildeo válido y otro nulo *ab initio*,

⁷³ FORTALEZA (<https://www.fortaleza.pr.gov/content/gobernador-rossell-nevares-emite-dos-nuevas-rdenes-ejecutivas>) (última visita 30 de abril de 2020).

⁷⁴ FORTALEZA (<https://www.fortaleza.pr.gov/content/gobernador-rossell-nevares-firma-orden-ejecutiva-para-crear-registro-de-cabilderos-y>) (última visita 30 de abril de 2020).

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ Orden Ejecutiva Núm. OE-2019-031, Para Crear Un Registro de Cabilderos Ante El Gobierno de Puerto Rico Y Establecer El Código De Transparencia Total Para Los Jefes De Agencia De La Rama Ejecutiva (2 de julio de 2019), <https://www.estado.pr.gov/es/ordenes-ejecutivas/>.

⁷⁷ JUSTICIA (<https://registrodecabilderos.pr.gov/Lobbyist/Certify/855d9210-b3c7-4e6e-8153-2ec58535bc69>) (última visita 30 de abril de 2020).

⁷⁸ JUSTICIA (<https://registrodecabilderos.pr.gov/Lobbyist/Certify/64302a17-87ef-4bc9-aa74-1dc81fbdf0b1>) (última visita 30 de abril de 2020).

parece ser que, en los válidos, los servicios o el resultado son usados por la propia legislatura, mientras que en los contratos radicalmente nulos, una persona, llamada cabildero, es contratada para ejercer su influencia personal, con miembros individuales de la política o, para trabajar privadamente, en cualquier forma, fuera de los pasillos de la legislatura, a favor o en contra de cualquier acto o materia de legislación.⁷⁹

A modo de ejemplo, en *Steele v. Drummon*⁸⁰ el Tribunal Supremo de Estados Unidos determinó que un contrato de cabildeo no puede contener una estipulación en la que el *lobbyist* se obligue a ejercer influencia con miembros de la legislatura o, a entrevistarlos, o, a imponerles cualquier tipo de presión, *fuera de los pasillos de la legislatura*, puesto que dicha cláusula anula el contrato por ser contraria a la ley y a la política pública. (énfasis nuestro). Tal podría ser el caso de la aseguradora Triple S, quien confirmó que Elías Sánchez Sifonte fue su cabildero durante un período de tiempo en que la empresa licitó por el contrato del plan de salud público, Plan Vital, y dejó de serlo cinco días después de que la aseguradora firmó su contrato de \$578.4 millones, en el que participa de dicho plan público, sufragado con dinero del pueblo.⁸¹

Es de conocimiento general que la referida Orden Ejecutiva se firmó mientras el pueblo de Puerto Rico exigía la renuncia de Ricardo Roselló por el escándalo del “chat”. De la misma forma, Elías Sánchez Sifonte, quien dirigió la campaña de Ricardo Roselló en 2016 y luego fue nombrado representante del primer mandatario en la Junta de Supervisión Fiscal, fue apuntado como objeto de una investigación del Negociado Federal de Investigaciones (“FBI”).⁸² Por último, pasados veintidós (22) días de la firma de esta Orden Ejecutiva, el 24 de julio de 2019, Ricardo Roselló presentó su renuncia. En definitiva, las acciones de la administración Roselló manifiestan la conducta que la política pública anticorrupción y transparencia pretendió censurar.

Por último, antes de la salida de Roselló, el día 1ero de agosto de 2020, firmó la Ley 141-2019, mejor conocida como Ley de Transparencia y Procedimiento Expedito para el Acceso a la Información Pública, así como la Ley Núm. 122 del 1 de agosto de 2019, mejor conocida como Ley de Datos Abiertos del Gobierno de Puerto Rico. De una parte, la Ley 141-2019, *supra.*, reconoce el derecho de todas las personas a tener acceso a toda la información del Gobierno, a su vez, impone

⁷⁹ YANIRE BATISTA ORAMA, CABILDEO: DERECHO CONSTITUCIONAL O SUBTERFUGIO PARA LA CORRUPCIÓN, 42 REV. DER. P.R. 47 (2003), *citando a* American Jurisprudence, *Validity of Lobbying Contracts*, 51 AM. JUR. 2D LOBBYING. § 3 (2002).

⁸⁰ 275 U.S. 1999 (1927).

⁸¹ METRO PR (<https://www.noticel.com/gobierno/ahora/top-stories/20190730/elias-sanchez-era-cabildero-de-triple-s-durante-licitacion-del-plan-vital/>) (última visita 22 de abril de 2020).

⁸² NOTIUNO (https://www.notiuno.com/noticias/gobierno-y-politica/si-tocan-a-el-as/article_ea1436d4-8c42-11e9-a20d-7baf7cc20365.html) (última visita 30 de abril de 2020).

restricciones innecesarias que limitan el acceso a los documentos públicos. A modo de ejemplificar, el Artículo 4 de la Ley 141-2019, *supra.*, exceptúa de clasificación pública aquellas comunicaciones interagenciales; las Reglas o Prácticas de personal internas de un Organismo Gubernamental; [c]omunicaciones internas entre dependencias; [i]nformación asociada a litigios civiles o criminales en los que un Organismo Gubernamental sea parte o empleado o funcionario público que por razón de su empleo sea parte, siempre que el litigio esté pendiente a la fecha de la solicitud o se encuentren en el proceso de investigación, por mencionar las relacionadas a esta investigación. Impedir de forma absoluta la divulgación de información relacionada con la comunicación interna entre dependencias, no abona a la transparencia que tiene que distinguir las actuaciones de un servidor o funcionario público. Esto es óbice para propiciar acciones que resulten en beneficio personal de tercero. A todas luces, la información que se comparte entre agencias es una de carácter oficial y público. Coinciden con este planteamiento algunas asociaciones y periodistas quienes apuntan a que, en vez de acercar al país a la transparencia y rendición de cuentas, coloca más obstáculos a éstas,

“[p]ues entre otras cosas, no promueve la publicación proactiva de información pública, alarga los términos para contestar las solicitudes de información y aumenta de 5 a 12 las excepciones o justificaciones que puede utilizar el gobierno para no dar la información, etc., que resulta en una desconexión entre el propósito y el contenido de la Ley de Datos Abiertos.”⁸³

No obstante, la implementación de un sistema tecnológico para custodiar dicha información requiere de una inversión del fisco, cuantiosa y considerable, que, de ordinario, no debe estar sujeta al requisito de previa solicitud escrita de la parte interesada para hacerse accesible. La tecnología permite el acceso a la información pública de forma inmediata, segura y costo efectiva.

En contraposición a esta norma legislativa creada con el fin último de transparencia y rendición de cuentas al pueblo, Ricardo Roselló junto a sus principales asesores y cabilderos, compartían información del gobierno de Puerto Rico, de clasificación privilegiada o protegida, por medio del “chat de Telegram”. Por ejemplo, entre amigos, se compartió información y documentos confidenciales sobre las relaciones del Gobierno de Puerto Rico con la Junta de Control Fiscal (JCF). Dicha información estaba a gracia sublime de los amigos del “chat” en el que también participó el cabildero de empresas privadas y padrino de boda del gobernador, Elías Sánchez Sifonte.⁸⁴ En la tropa de mensajería participó un nutrido grupo de profe-

⁸³ PERIODISMO INVESTIGATIVO (<http://periodismoinvestigativo.com/2019/07/denuncian-que-el-proyecto-de-ley-de-transparencia-es-un-engano/>) (última visita 30 de abril de 2020).

⁸⁴ METRO PR (<https://www.metro.pr/pr/noticias/2019/07/15/informacion-privilegiada-se-discutia-chat.html>) (última visita 1 de mayo de 2020).

sionales, todos ellos varones, y que en ese momento servían como contratistas del gobierno de Puerto Rico. Entre estos podemos destacar a Edwin Miranda, Rafael Cerame y Carlos Bermúdez, así como el secretario de la gobernación para aquel entonces, Ricardo Llerandi, y el exsecretario de Hacienda, Raúl Maldonado.⁸⁵ En el conversatorio por mensajería, el grupo de amigos de Roselló, compartió la estrategia legal a utilizar para la contestación de una demanda presentada por periodistas quienes clamaron transparencia y acceso a la información. Varios medios reseñaron los planes de los participantes del “chat” para crear legislación que tuviese el efecto de interferir con la entidad que requería acceso a información pública.⁸⁶

Para resumir lo planteado, a casi un año del evento que marcó la historia democrática del pueblo de Puerto Rico, la impunidad reina en los albores de la justicia. No existe investigación administrativa, designación de un Fiscal Especial Independiente o; cualquier otra voluntad legislativa; ejecutiva; para fiscalizar las acciones contrarias al orden público cometidas por estos amigos privilegiados, a pesar de la amplísima normativa estatutaria y administrativa vigente para, como poco; rendir cuentas al pueblo de Puerto Rico. La ausencia de fiscalización que, de ordinario garantiza la sana administración de la justicia, mina la credibilidad y deteriora la confianza del pueblo en sus gobernantes. Esta ausencia de voluntad contribuye a que los actos de corrupción constituyan conductas irrisorias y en su efecto, meritorias de impunidad.

III. EL CONTRATO EN EL SECTOR PÚBLICO

A. LA LIBERTAD DE LA CONTRATACIÓN, LOS FONDOS PÚBLICOS, LA CONSTITUCIÓN Y LAS ENTIDADES FISCALIZADORAS DEL GOBIERNO

El Estado Libre Asociado de Puerto Rico es un territorio de los Estados Unidos, con una estructura tripartita sometido al mandato del pueblo. Es un estado de derecho sometido a la ley (“Rule of Law”) en el que nadie está por encima de la ley.⁸⁷ En cuanto al manejo del fisco, la Constitución contiene una cláusula expresa que prohíbe el uso del fondo público al destino privado y obliga a las Ramas del Gobierno a proteger toda propiedad y patrimonio del Estado. Este artículo dispone que “[s]ólo se dispondrá de las propiedades y fondos públicos para fines públicos y para el sostenimiento y funcionamiento de las instituciones del Estado, y en todo caso por autoridad de ley”⁸⁸. Al otro extremo, la Constitución consigna la libertad

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ CONST. P.R. ART. I § 1-2.

⁸⁸ CONST. P.R. ART. 2 § 5; CONST. P.R. ART. 6 § 9.

de contratación⁸⁹, de adquisición de propiedad privada⁹⁰, protege el mercado libre de ideas⁹¹ y prohíbe el menoscabo de contratos mediante legislación⁹². Es decir, la contratación, el mercado libre de ideas y la libertad de los seres humanos son derechos que gozan de una primacía en nuestro estado de derecho. Desde luego, esto no significa que este derecho pueda ceder al interés apremiante de salvaguardar el bienestar público general.

De otra parte, la Constitución de Puerto Rico contiene dos (2) cláusulas adicionales relacionadas al tema de la corrupción. Los constituyentes determinaron que el ejercicio de la contratación y gasto público estaría sujeto a la fiscalización del Contralor quien audita todos los ingresos, cuentas y desembolsos del Estado, de sus Agencias e instrumentalidades, así como las de los municipios.⁹³ La Oficina del Contralor, por mandato constitucional, tiene el deber de rendir todos los informes anuales y todos aquellos informes especiales que le sean requeridos por la Asamblea Legislativa y el Gobernador.⁹⁴ Además, el Contralor está investido del poder de citar testigos, puede tomar juramentos y declaraciones, para obligar, bajo apercibimiento de desacato, a la comparecencia de testigos y a la producción de cualquier documento, objeto o prueba que se requiera para un completo conocimiento del asunto bajo investigación.⁹⁵

Cónsono con esta designación, la Constitución enviste a la Asamblea Legislativa con el poder exclusivo de iniciar procesos de residenciamiento para investigar y enjuiciar al Gobernador, a alguno de los miembros del cuerpo legislativo o cualquier juez o jueza del Tribunal Supremo. Sujeto a los requisitos procesales que le impone la Constitución, la Asamblea Legislativa puede, dictar sentencia que se limitará a la separación del cargo. La persona residenciada quedará expuesta y sujeta a acusación, juicio, sentencia y castigo conforme a la ley.⁹⁶ La Sección 21 del Artículo 3 de la Constitución del E.L.A. limita las causas de residencia a la traición, el soborno, otros delitos menos graves que impliquen depravación.⁹⁷

De lo anterior podemos concluir que la legislatura tiene el poder de investigar y enjuiciar políticamente cualquier acto de traición, soborno u otros delitos menos graves que impliquen depravación por parte de los funcionarios públicos. El resultado del juicio político estará sujeto a la separación de puesto del funcionario público

⁸⁹ CONST. P.R. ART.2 § 7.

⁹⁰ CONST. P.R. ART.2 § 7,9.

⁹¹ CONST. P.R. ART.2 § 4.

⁹² CONST. P.R. ART.2 § 7.

⁹³ CONST. P.R. ART.3 § 21.

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ CONST. P.R. ART.3 § 21

⁹⁶ CONST. P.R. ART.3 § 21

⁹⁷ *Id.*

sometido al proceso de residenciamiento, y en su efecto, a cualquier acusación criminal, conforme el estado de derecho vigente. Por ejemplo, este proceso se puede iniciar contra un miembro de la legislatura a quien se señale por conducta de soborno o que implique depravación. Por lo que, esta rama tiene un rol protagónico en el ejercicio de proteger el mejor interés de todos los ciudadanos y ciudadanas del País. Sin embargo, la colaboración de esta rama como monitor externo de las funciones de la ejecutiva, no es preventiva. Su intervención es una reactiva en respuesta a la presión mediática ante los escándalos que publican los ciudadanos en las redes sociales, medio que dispersa la información al instante.

La Legislatura ha sido laxa e incongruente en el ejercicio de su poder de fiscalización y faltando a su deber de custodio del bienestar del pueblo. El pasado verano de 2019, este cuerpo se negó a enjuiciar políticamente a Ricardo Rosselló, y resistió a los reclamos de las multitudes, quienes se lanzaron a la calle en repudio a la conducta antiética y corrupta del entonces primer ejecutivo. Aún cuando este cuerpo político contaba con los votos para iniciar el proceso de residenciamiento, la Cámara de Representantes “[p]refirió darle ‘la oportunidad al Gobernador de dar su mensaje’, en alusión a la esperada renuncia”⁹⁸. Este cuerpo rechazó el informe que presentó el Colegio de Abogados sobre la posible comisión de delitos por el exmandatario, Ricardo Roselló, en el famoso “chat”. No obstante, la Cámara solicitó un informe a tres juristas, quienes concluyeron que, las actuaciones de Ricardo Roselló eran constitutivas de delito, faltas éticas, entre otras. Amerita destacar, que el informe reseña que de la totalidad del “chat” “[s]e desprenden numerosas instancias en las que el Honorable Gobernador [sic.] permitió que funcionarios de su equipo, y contratistas, mal utilizaran tiempo y fondos públicos para labores contrarias a la ley y la reglamentación”.⁹⁹ De modo idéntico, el informe reitera que,

“[E]l Chat contiene varias instancias donde el Honorable Gobernador y su equipo de trabajo, máximos custodios y guardianes del buen uso de los fondos públicos, pudieron haber utilizado ilícitamente el tiempo de funcionarios de gobierno y de contratistas del gobierno, pagos todos con fondos públicos, para fines contrarios a la ley en horas laborables. El sujeto de la negligencia crasa podría ser el Honorable Gobernador de Puerto Rico quién no puso alto a estas acciones, aun cuando era el supervisor de todos los participantes”.¹⁰⁰

⁹⁸ NOTICEL (<https://www.noticel.com/ahora/legislatura/otro-break-de-la-camara-azul-al-residenciamiento-de-rossello/1099275022>) (última visita 21 de febrero de 2020). El Artículo 3, Sección 21 de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, concede el poder exclusivo a la Cámara de Representantes, de iniciar el proceso de residenciamiento del Primer Ejecutivo. Véase CONST. P.R. ART.3 § 21.

⁹⁹ Informe del Comité Especial Para Iniciar El Proceso De Residencia Del Gobernador De Puerto Rico, Cámara de Representantes de Puerto Rico, 19 de junio de 2019, en la pág. 8.

¹⁰⁰ *Id.* en la pág. 8 y 9.

A pesar de lo anterior, el cuerpo político engavetó el informe y avasalló la importancia del asunto a la mínima expresión, solicitando al pueblo cordura, paciencia y tolerancia a los actos de la élite. El presidente de la Cámara, el señor Carlos “Johnny” Méndez, expresó que “[l]a mayoría parlamentaria [esperaría] a que el señor Gobernador ponga punto final [con su renuncia] al proceso que ya comenzó”¹⁰¹. En una engringolada y pávida hazaña, la rama legislativa se disfrazó de paciencia. La insolencia y descompostura de este cuerpo político son buen caldo de cultivo para la demagogia, que abona a la inmoralidad y a la costumbre de hacer impune los actos de altos y altos funcionarios del Estado. Pasados ya casi un (1) año de tan grave señalamiento, no existe una acusación formal contra alguno de los participantes del “Chat”, habiendo la Legislatura pasado por alto su compromiso plasmado en el Código Anti-Corrupción.¹⁰²

Para agregar a lo anterior, las prácticas que ejercen los cuerpos legislativos, en el quehacer de sus funciones, son un obstáculo para proteger el fisco y en consecuencia, destrazan el bienestar común. Desde luego, las cláusulas constitucionales no pueden operar *ex proprio vigore* y garantizar que la ley aplica a todas las personas por igual, indistintamente su privilegio o desdicha. En un régimen de leyes nadie tiene derecho a un trato preferente y ventajoso basado en el dinero, la ventaja o la mejor relación personal.¹⁰³ “[La] administración pública está cimentada en el fiel desempeño del ejercicio por los funcionarios públicos, sin que para ello medie paga adicional alguna o consideraciones extrañas a los méritos del asunto en cuestión.”¹⁰⁴ La impunidad es norma reiterada ante los actos de corrupción de los funcionarios y funcionarios de toda administración. La normativa, por más claridad y coherencia que exprese, está falta de voluntad. Ella por sí sola no actúa. La imposición de la norma requiere que, los distintos organismos ejerzan su poder y respeten el mandato constitucional, así como la voluntad del pueblo.

Un problema concurrente y continuo en el gobierno de Puerto Rico, es el de su déficit presupuestario y la deuda pública que arrastra desde hace décadas. Esto no fue la excepción durante la administración del exgobernador, Alejandro García Padilla. El exmandatario se enfrentó a la falta de liquidez absoluta para la operación del Gobierno de Puerto Rico.¹⁰⁵ Esta falta de liquidez, no impidió que el señor Anaudi Hernández, fuese gestor de tres conspiraciones para obtener contratos y beneficios con el gobierno de Puerto Rico, con un valor aproximado de más de dos (\$2) millo-

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² Exposición de Motivos, Ley Núm. 2 del 4 de enero de 2018, *supra*.

¹⁰³ *In Re: Franco Soto*, 115 D.P.R. 740, 755 (1984).

¹⁰⁴ *Id.* pág. 752.

¹⁰⁵ <https://www.dw.com/es/la-falta-de-liquidez-ahoga-a-puerto-rico/a-18562012> (última visita 1 de mayo de 2020).

nes, y entidades corporativas controladas por el empresario.¹⁰⁶ Todo esto, a través de influencias y pagos indebidos a empleados de agencias del gobierno. Según el pliego acusatorio, Hernández utilizó seis (6) corporaciones, en las que tenía interés pecuniario, para asegurar contratos con el Gobierno de Puerto Rico.¹⁰⁷ Dichas corporaciones, en su mayoría, dedicaban su actividad comercial a la venta de tecnología. Nótese que dichos contratos, de ordinario, tenían apariencia legítima. Estos se encontraban en cumplimiento con los requisitos de objeto, consentimiento, causa y forma, según requiere el Gobierno, para su perfección. Dicha apariencia ocultó la verdadera causa, radicalmente corrupta, hasta que fue develada por la autoridad Federal que asumió jurisdicción en el esquema. El señor Hernández logró incrementar su fortuna de forma tal, que el dinero del pueblo aun yace en la exorbitante pieza arquitectónica, construida en un sector privilegiado de Aguadilla, donde los atardeceres son inasequibles para los pobres y las paredes custodian el silencio de la íntima y estrecha relación del convicto con el exgobernador Alejandro

García Padilla y el ex Presidente Cameral para el período del esquema fraudulento, el exrepresentante Jaime Perelló.¹⁰⁸

A todas luces, el Gobierno de Puerto Rico parece descansar su nefasto problema de fiscalización en la jurisdicción federal. La ausencia de transparencia y rectitud en la contratación pública aplaca el sistema y vulnera el principio constitucional de protección al fondo público. Aun cuando la amplia legislación puertorriqueña propicia y exige contratación lícita, honesta y con el fin público del bienestar social, los cuerpos legislativos y ejecutivos, se abdican su autoridad y encargo constitucional. Desde luego, conjuran y conspiran el crimen de la malversación de fondos del pueblo, dando inmunidad a sus protagonistas.

B. EL OBJETO Y LA CAUSA DEL CONTRATO PÚBLICO

El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha establecido que, como regla general, al Estado le aplican las disposiciones y doctrinas de los contratos privados contenidas en nuestro Código Civil.¹⁰⁹ No obstante, el contrato público tiene que estar escrito y cumplir con los requisitos estatutarios para su perfección.¹¹⁰ La contratación por el

¹⁰⁶ EL VOCERO (https://www.elvocero.com/ley-y-orden/sin-sentenciar-convictos-en-caso-anaudi/article_87b6f24a-ebbd-11e8-96be-7b0231294229.html) (última visita 25 de abril de 2020).

¹⁰⁷ Indictment, *United States v. Anaudi Hernandez Perez* (Puerto Rico District) (No. 3:15-CR-00739-PAD).

¹⁰⁸ EL NUEVO DÍA (<https://www.elnuevodia.com/noticias/tribunales/nota/anaudiinviteagarcia-padillayjaimeperelloasufiestadecumpleanos-2236039/>) (última visita 20 de marzo de 2020).

¹⁰⁹ *De Jesús González v. Autoridad de Carreteras*, 148 DPR 255 (1999).

¹¹⁰ Ley de Registro de Contratos, Ley Núm. 18 de 30 de octubre de 1975, según enmendada, 2 L.P.R.A. §97-98.

Estado y la correcta administración de sus fondos, son materia de alto interés público y tanto el funcionario, como los organismos gubernamentales, tienen que cumplir a cabalidad con el mandato constitucional.¹¹¹

En cuanto a las normas relativas a los contratos privados, el Código Civil dispone que existe contrato cuando concurren el consentimiento, objeto y causa.¹¹² El objeto, materia del contrato, tiene que ser cierto y lícito. No puede ser contrario a la ley, a la moral y al orden público.¹¹³ Tampoco pueden ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles.¹¹⁴ De otra parte, la causa de la obligación que se establezca tiene que ser lícita, pues “[l]os contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”.¹¹⁵ Se entiende por causa, en los contratos onerosos, “[p]ara cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor”¹¹⁶. El Código Civil dispone que “[l]a expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita”¹¹⁷. Sin embargo, “[a]unque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario”¹¹⁸.

La extensa jurisprudencia de contratos dispone que la causa es el fin o resultado perseguido

por las partes con la celebración del contrato.¹¹⁹ Es decir, la razón por la que las partes se obligan. En un contrato público, “[v]ehículo mediante el cual el patrimonio del Estado es desembolsado a entes privados...”.¹²⁰ la causa de la obligación es el fin público. La razón responde al problema social que tienen las personas y a favor de quien se hace la prestación. Dicho de otro modo, el fin primordial de los contratos gubernamentales, también nominados contratos administrativos, es satisfacer las necesidades de la población y el interés público. Desde luego, la causa no puede ser ficticia o ilegal. Por lo que, un contrato que responda al interés personal, a pesar de cumplir con los requisitos de forma y fondo, es nulo radicalmente. En Sánchez Ro-

¹¹¹ *De Jesús González v. Autoridad de Carreteras*, supra.

¹¹² Cód. Civ. PR art. 1213, 31 L.P.R.A. § 3391

¹¹³ Cód. Civ. PR art. 1223, 31 L.P.R.A. § 3421

¹¹⁴ Cód. Civ. PR art. 1224, 31 L.P.R.A. § 3422

¹¹⁵ Cód. Civ. PR art. 1227, 31 L.P.R.A. § 3432

¹¹⁶ Cód. Civ. PR art. 1226, 31 L.P.R.A. § 3431

¹¹⁷ Cód. Civ. PR art. 1228, 31 L.P.R.A. § 3433

¹¹⁸ Cód. Civ. PR art. 1229, 31 L.P.R.A. § 3434

¹¹⁹ *Blanco Matos v. Colón Mulero*, 200 D.P.R. 398 (2018); *Rosario Rosado v. Pagán Santiago*, 196 D.P.R. 180 (2016);

¹²⁰ ROCÍO DE FÉLIX DÁVILA, ESTADO COMO CONTRATANTE: HACIA UN NUEVO MODELO DE CONTRATACIÓN GUBERNAMENTAL, EL, 84 REV. JUR. U.P.R. 1137 (2015).

dríguez v. López Jiménez¹²¹, el Tribunal Supremo expresó que “[e]s ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral [cuando se] trata de una lesión a un interés general de orden jurídico o moral”.

Un contrato puede estar revestido de un matiz inmoral, cuando los otorgantes son conscientes de que sus actos perjudican el derecho de un tercero.¹²² El Tribunal Supremo, citando a Díez-Picazo y Gullón ha expresado que “[e]n estricta técnica jurídica, un contrato celebrado entre sujetos que son conscientes de que a través de él lesionan un derecho ajeno es un contrato con causa ilícita”. Conforme al tratadista Díez-Picazo, hay dos tipos de causa ilícita: (1) la causa ilegal, que se opone a las leyes, y, (2) la causa inmoral o causa torpe, que se opone a la moral y buenas costumbres.¹²³ Conforme expresa el tratadista “[c]abe aplicar la idea de causa ilícita en todos aquellos casos en que el contrato *per se* sea lícito y lo que le tiña de ilícito sea la finalidad empírica propuesta por las partes”¹²⁴ Mientras que “[e]s ilícita la causa no sólo cuando el contrato *per se* es prohibido, sino cuando mediante el mismo, se trata de ocasionar a otra un daño o un perjuicio, cuando se pretende cometer un fraude”¹²⁵.

Ahora bien, el Código Civil presume que la causa es existente aun cuando no se exprese en un contrato; impone el peso de la prueba al deudor, quien está obligado a probar su ilicitud o inexistencia¹²⁶ y define tres tipos de causa: la onerosa, la graciosa y la remuneratoria.¹²⁷ Desde luego, el Código no define la causa del contrato de gobierno o contrato administrativo por lo que se debe atender a la jurisprudencia interpretativa en la que el Tribunal Supremo define la causa del contrato público. Por ejemplo, al acudir a la legislación que regula la adquisición de bienes y/o servicios del gobierno de Puerto Rico, define el contrato como el “acuerdo o convenio escrito, vinculante entre un contratista y la Administración, para adquirir bienes, obras, servicios profesionales y servicios no profesionales”.¹²⁸ De forma idéntica sucede al acudir a la Ley para Establecer Parámetros Uniformes en los Procesos de Contratación de Servicios Profesionales y Consultivos para las Agencias y Entidades Gubernamentales del ELA¹²⁹ la cual define los contratos como “[c]ontrato de

¹²¹ 116 D.P.R. 172, 182 (1985).

¹²² *Dennis, Metro Invs. v. City Fed. Savs.*, 121 D.P.R. 197 (1988).

¹²³ 1 L. DÍEZ-PICAZO, FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL. PÁG. 168 (1979).

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ L. DÍEZ-PICAZO, *supra*. pág. 168.

¹²⁶ *Id.* nota 100.

¹²⁷ 31 L.P.R.A. § 3431.

¹²⁸ Ley Núm. 73-2019, Ley de la Administración de Servicios Generales para la Centralización de las Compras del Gobierno de Puerto Rico de 2019, según enmendada 3 L.P.R.A. App. XIX, § 4(l).

¹²⁹ Ley Núm. 237 de 31 de agosto de 2004, según enmendada. 3 L.P.R.A. § 8611(a).

servicios profesionales o consultivos. Al observar estas definiciones, se puede colegir que constituyen expresiones básicas de convenios contractuales ordinarios que se ajustan a las relaciones obligatorias entre privados.

Para añadir a lo anterior, la definición que provee el Código Civil sobre la causa del contrato se limita a la descripción de la causa conforme a la prestación que genera la obligación entre las partes, mas no provee una definición de la causa en su forma sustantiva, incluyendo los elementos específicos que la constituyen. Esto es porque el ordenamiento no requiere que las partes revelen el motivo que estas tienen para contratar, que, a su vez, deriva de la libertad que provee el estado de derecho a las partes contratantes, siempre que el acuerdo no sea inhumano, ilícito o ilegal. A modo de ejemplo, en una compraventa de un automóvil, la causa del contrato es onerosa y la motivación que tiene la parte compradora para adquirir ese vehículo no es requisito indispensable para la validez de dicho negocio jurídico. Algunos tratadistas exponen que, la causa constituye una de las instituciones más problemáticas del derecho civil debido a la vaguedad de su regulación y la pluralidad de sus significados.¹³⁰ De acuerdo con esta definición, la causa es el fin o resultado perseguido por las partes con el otorgamiento del contrato.¹³¹

En *San Juan Credit v. Ramírez*¹³², la intención de la causa del contrato se resume en la libertad y el deseo de los contratantes de obligarse mutuamente a unas prestaciones determinadas. Sin embargo, en los contratos públicos, la libertad de contratación está limitada, ya que el gobierno funge como mandatario del pueblo. Inversamente el contrato tenga causa onerosa, su atribución es inherente al fin público real que atienda el bienestar del pueblo. Además, la onerosidad de la causa está sujeta a la competitividad de la oferta de servicios disponible en el mercado, pues los estatutos obligan a elegir el servicio de mejor valor, pero no necesariamente aquel que representen el de mayor costo.¹³³ Por último, la causa del contrato público no es una lineal, cabal, determinante y constante. Puede variar de acuerdo con la necesidad que emana y se establezca. Por ejemplo, un contrato que responde a la causa de una emergencia inexorablemente tendrá mayor flexibilidad en su proceso de perfección que aquellos otorgados en circunstancias normales y ordinarias. No cabe duda de que, lo constante en la causa del contrato público, es el fin del bienestar general del pueblo.

Como es sabido, para que el contrato de gobierno, o contrato administrativo, se perfeccione y sea eficaz tiene que cumplir con las disposiciones estatutarias que ri-

¹³⁰ M. GARCÍA CÁRDENAS, DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS 450 (2da ed. 2017)(citadas omitidas).

¹³¹ *Id.* (citadas omitidas).

¹³² 113 D.P.R. 181 (1982).

¹³³ Ley Núm. 73-2019, *supra*.

¹³⁴ Ley Núm. 18 de 30 de octubre de 1975, según enmendada, 2 L.P.R.A. §97-98.

gen la forma del contrato de Gobierno.¹³⁴ En *Alco Corp. v. Municipio de Toa Alta*¹³⁵, el Tribunal Supremo reiteró que,

“la buena administración de un gobierno es una virtud de la democracia, y parte de una buena administración implica llevar a cabo sus funciones como comprador con eficiencia, honestidad y corrección para proteger los intereses y el dinero del Pueblo al cual ese gobierno representa.”¹³⁶

El máximo foro distinguió el deber de los tribunales y les señaló como protectores de los fondos públicos y custodios de la integridad en la gestión gubernamental.¹³⁷ La opinión repasa los requisitos constitutivos y el cumplimiento con las disposiciones estatutarias para la eficacia del contrato, como lo son: (1) que el acuerdo conste por escrito; (2) que se mantenga un registro fiel con miras a establecer la existencia del contrato, (3) que se remita copia de éste a la Oficina del Contralor y (4) que se acredite la certeza del tiempo, lo que significa que, el contrato se otorgó no más de quince días antes.¹³⁸ La rigurosidad en la observancia de los requisitos responde a la sana y recta administración pública y afirma que dicho objetivo es “del más alto interés público”.¹³⁹

Del mismo modo, en *De Jesús González v. Autoridad de Carreteras*¹⁴⁰, el nuestro más alto foro reitera que el cumplimiento con los requisitos de forma que rigen la contratación con el gobierno, son materia de nulidad absoluta cuando una persona privada, bien sea natural o jurídica, incumpla con las normas legales, convirtiendo el acuerdo en uno contrario a la ley, a la moral y al orden público. Incluso, una parte que se haya beneficiado del contrato en cuestión puede impugnarlo por ser contrario a la ley, a la moral o al orden público, por ser nulo en su totalidad.¹⁴¹ En ese sentido, el concepto de orden público ha sido discutido extensamente en la vasta jurisprudencia reseñada. El Tribunal Supremo ha establecido que,

“Orden público” es el conjunto de valores eminentes que guían la existencia y bienestar de una sociedad. El concepto orden público recoge y ampara un interés social dominante por su trascendencia, por el número de personas que afecta y por la valía de los derechos que tiende a proteger. En gran me-

¹³⁵ 183 D.P.R. 530 (2011).

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ *Id.* (citás omitidas).

¹³⁸ *Id.* citando a *Mun. de Quebradillas v. Corp. Salud Lares*, 180 D.P.R. 1003 (2011). El requisito de remitir una copia del contrato al Contralor no anula el negocio jurídico, pero impide que se puedan exigir las prestaciones hasta tanto se cumpla. *Id.* Véase, además, *Lugo v. Municipio Guayama*, 163 D.P.R. 208, 215 (2004).

¹³⁹ *Alco Corp. v. Municipio de Toa Alta*, *supra*.

¹⁴⁰ 148 D.P.R. 255 (1999).

¹⁴¹ *Id.* citando a *Rasa Eng. Corp. v. Daubón*, 86 D.P.R. 193 (1962); *Serra v. Salesian Society*, 84 D.P.R. 322 (1961); *Pagán v. Sucn. Padilla*, 42 D.P.R. 968 (1931).

dida el orden público es acopio de normas de moral y de ética pública que en ocasiones alcanzan su exposición en ley, pero que aun sin esa expresa declaración legislativa, constituyen principios rectores de sabio gobierno nacidos de la civilización y fortalecidos por la cultura, la costumbre, por la manera de ser, en fin, por el estilo de una sociedad.”¹⁴²

Atendido lo anterior, queda claro que la causa del contrato de gobierno o contrato administrativo, en el territorio de Puerto Rico, a pesar de no estar expresa en una disposición legal, deriva de la interpretación del Tribunal Supremo. Aun cuando existe expresión legislativa en estatutos especiales, los mismos no recogen las expresiones del máximo foro y atienden el asunto a modo de un requisito procesal o de forma. En ese sentido, la Ley de Registro de Contratos¹⁴³ se creó para hacer visible la contratación gubernamental. Su exposición de motivos reconoce “[e]l enorme volumen de contratos de los diversos organismos gubernamentales y la complejidad y volumen individual de muchos de ellos...”¹⁴⁴ En particular, requiere que copia de los contratos se entregue en la Oficina del Contralor.¹⁴⁵ En su efecto, un contrato que no cumpla con los requisitos de forma no es un contrato perfeccionado en el Gobierno.¹⁴⁶ A pesar de que esta legislación regula los aspectos procesales del contrato, se entiende que la forma para la perfección del contrato público se ha convertido en un requisito sustantivo cuyo propósito principal es evitar el desembolso ilegal de fondos públicos, fomentar la transparencia en la gestión pública y librar “[a] las partes de futuras controversias... sobre los términos acordados originalmente, pues estos quedan plasmados de forma objetiva en el acuerdo escrito”¹⁴⁷. No obstante, la diversidad y multiplicidad de legislación creada y vigente presupone un reto para la eficiencia y el control de un sistema que aspira a la transparencia y a la integridad.

El contrato de servicios profesionales del sector público se regula mediante la Ley Para Establecer Parámetros Uniformes En Los Procesos De Contratación De Servicios Profesionales O Consultivos Para Las Agencias y Entidades Gubernamentales, Ley Núm. 237 de 31 de agosto de 2004, según enmendada. Esta legislación tiene el propósito de “consolidar en un solo estatuto los requisitos de contratación de servicios profesionales o consultivos que otorgan las entidades gubernamentales por concepto de servicios profesionales o consultivos a individuos y entidades privadas”.¹⁴⁸ Empero, dicho estatuto no limita la causa del contrato con el Gobierno

¹⁴² *Hernández v. Méndez & Assoc. Dev. Corp.*, 105 D.P.R. 149 (1976).

¹⁴³ Ley Núm. 18 de 30 de octubre de 1975, según enmendada, 2 L.P.R.A. §97-98.

¹⁴⁴ Exposición de Motivos, Ley de Registro de Contratos, *supra*.

¹⁴⁵ Art. 1, Ley Núm. 18 de 30 de octubre de 1975, *supra*.

¹⁴⁶ *Quest Diagnostic v Mun. de San Juan*, 175 DPR 994 (2009).

¹⁴⁷ *Colón Colón v. Municipio de Arecibo*, 170 D.P.R. 718, 730 (2007).

¹⁴⁸ 3 L.P.R.A. § 8611-8616.

ni adopta las repetidas expresiones del Tribunal Supremo relativas a los contratos públicos que revelan la causa del contrato de gobierno y el fin último del interés público. Claramente, la definición debe fundarse en la tutela que tiene que ejercer el Estado respecto del interés público comprometido. Este solo se limita a los requisitos de forma para su perfección, siendo estas una serie de formalidades procesales susceptibles de transgredirse.

A modo contrario, existen jurisdicciones en las que el contrato administrativo se recoge en una sola legislación. En España, por ejemplo, existe la Ley 9-2017, del 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público la cual regula el contrato administrativo. En su exposición de motivos, reconoce que, “la contratación pública desempeña un papel clave, puesto que se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos”.¹⁴⁹ El estatuto reconoce que las malas prácticas en el otorgamiento de contratos impactan de forma directa los servicios a la ciudadanía en el que, como regla general, las clases minoritarias son las más afectadas por la corrupción.¹⁵⁰ La Ley 9-2017, supra, dispone de forma extensa la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que, a través de los mismos se tratan de realizar, incluyendo las normas de interpretación del contrato público.¹⁵¹ Otras jurisdicciones en Latinoamérica, como Perú y Colombia, han incorporado legislación para regir el contrato público o administrativo. En el caso de Perú, Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N° 082-2019-EF, tiene por finalidad

“[e]stablecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos. Dichas normas se fundamentan en los principios que se enuncian en el artículo 2.”¹⁵²

¹⁴⁹ Ley de Contratos del Sector Público (BOE 2017, 272).

¹⁵⁰ *Id.*

¹⁵¹ Artículo 3. *Ámbito subjetivo*. Ley de Contratos del Sector Público (BOE 2017, 272).

¹⁵² Artículo 1. *Finalidad*. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY No 30225, Ley De Contrataciones Del Estado, del 13 de marzo de 2019. (https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/298343/DS082_2019EF.pdf) (última visita 1 de mayo de 2020).

En cuanto al artículo 2, el estatuto hace referencia a los principios generales que rigen la contratación pública, entre ellos: (i) el principio de transparencia; (ii) el principio de publicidad; y (iii) el principio de integridad.¹⁵³ Del mismo modo que el estatuto español, la Ley de Contrataciones del Estado de Perú consolida en un solo texto las normas aplicables a toda la contratación pública de su jurisdicción, donde el derecho privado actúa como supletorio para llenar aquellos vacíos legislativos que el decreto no resguarda.

En el caso de Colombia, ocurre de forma similar. Durante mucho tiempo, se consideró el contrato administrativo como contrato de Derecho Privado.¹⁵⁴ No es hasta la década del 70, mediante la Ley 28 de 1974, se le confirió al poder ejecutivo facultades extraordinarias para dictar normas en materia de estos contratos procurando un “régimen armónico y global sobre la materia”.¹⁵⁵ Posteriormente, en el año 1993, se estableció el régimen actual de contratación de la administración pública mediante la Ley 80 de 1993, según enmendada.¹⁵⁶ La causa del contrato se encuentra definida en el Artículo 3ero de la siguiente forma:

“Artículo 3o.- De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”

De idéntica forma, el estatuto consagra una serie de principios de la contratación estatal, regulados por normas propias; regula el perfeccionamiento del contrato, el cual está sometido a requisitos especiales, así como lo están los requisitos de ejecución del contrato; algunas clases de contratos están sometidos a normas especiales, diferentes de las que rigen el mismo tipo de contrato en el derecho privado; fuera de las causales comunes de nulidad, existen causales especiales para estos contratos, entre otras.¹⁵⁷ Además, atiende los principios de transparencia, economía, responsa-

¹⁵³ *Id.* Artículo 2. *Principios que rigen las contrataciones.* TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY No 30225, *supra*. (https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/298343/DS082_2019EF.pdf) (última visita 1 de mayo de 2020).

¹⁵⁴ ROCÍO DE FÉLIX DÁVILA, *SUPRA*.

¹⁵⁵ *Id.* (Citas omitidas).

¹⁵⁶ *Id.*

¹⁵⁷ *Id.*

bilidad, ecuación contractual, interpretación de la contratación estatal y el de selección objetiva de contratistas. Todo lo anterior consolidado en la referida norma.¹⁵⁸

Dicho lo anterior y abundando a la interpretación del contrato de gobierno o administrativo en la jurisdicción de Puerto Rico, la norma jurídica vigente reitera que cuando el Estado otorga un contrato con una persona privada, natural o jurídica, se perfecciona conforme a derecho, desde entonces rigen las disposiciones del Código Civil en cuanto a las obligaciones y contratos, con énfasis en que, por virtud constitucional, está prohibido el menoscabo de las relaciones extracontractuales.¹⁵⁹ Es decir, como norma general, para los efectos de la aplicación de las disposiciones y doctrinas referentes a los contratos, el Estado Libre Asociado de Puerto Rico se considera como un contratante privado. Cuando el Estado contrata, la interpretación del contrato debe hacerse como si se tratara de una contratación entre dos personas particulares.¹⁶⁰ Ello significa que una vez el Estado suscribe un contrato con una persona privada, ambos están obligados por las normas generales relativas a los contratos y sus correspondientes interpretaciones a la luz de nuestros pronunciamientos aplicables.¹⁶¹ De nuevo, cuando una de las partes es una entidad gubernamental, los contratos de obras se rigen por: (i) disposiciones especiales; (ii) requisitos jurisprudenciales; (iii) los pliegos de la subasta o solicitud de propuestas. Como dicho anteriormente, los contratos públicos, como mínimo, han de ser por escrito, de cumplimiento prospectivo y remitidos a la Oficina del Contralor de Puerto Rico.¹⁶² Cumplidos dichos requisitos, la causa y el motivo real de la contratación, puede ser ilícito o inexistente, manifestando su expresión corrupta en la ejecución. Es innegable que la fase de ejecución del contrato es una etapa muy tardía, en ocasiones irremisible, para recuperar el quebranto al bienestar social. Para agregar a lo anterior, el listado taxativo de los requisitos que impone el Artículo 3, de la Ley Núm. 237-2004, supra.¹⁶³, es más parecido a un mero control “check-listing” legal o una lista de cotejo legal, vulnerable e idóneo para promover irregularidades corruptas.

Es un hecho que, en Puerto Rico, el contrato público o administrativo se rige por un conjunto de múltiples normas estatutarias, dispersas, diversas, enmendadas, descentralizadas, confusas, así como reglamentos administrativos, órdenes ejecutivas —en el caso de las declaraciones de emergencias—, por toda la jurisprudencia interpretativa que conforma el contrato público o administrativo puertorriqueño y que la prohibición Constitucional sobre el menoscabo de las relaciones contractuales

¹⁵⁸ *De Jesús González v. A.C.*, 148 D.P.R. 255 (1999).

¹⁵⁹ *Vicar v. E.L.A.*, 196 D.P.R. 256 (2015).

¹⁶⁰ *Zequeira v. CRUV*, 83 D.P.R. 878, 881 (1961); *Rodríguez v. Municipio*, 75 D.P.R. 479, 494 (1953).

¹⁶¹ *Id.*

¹⁶² *Id.*

¹⁶³ 3 L.P.R.A. § 8613.

rige en dichas obligaciones. Además, una vez perfeccionado el contrato, el Estado se considera como un contratante privado. Al otro extremo, la ausencia de un estatuto consolidado, que circunscriba la definición ceñida del contrato público, con las normas y principios que le tutelen, promueve una práctica deficiente, ineficiente y crasa de la sana administración pública. Es de conocimiento general, el esquema actual que rige la contratación gubernamental ha sido infrugífero al plazo de impedir el dispendio ilegal de fondos públicos a contratantes privados.¹⁶⁴

En síntesis, la normativa jurídica dispone que es radicalmente nulo, el contrato privado o público, que tiene objeto incierto, ilícito e inexistente, y/o cuando el contrato tiene causa ilegal y/o causa inmoral. De lo anterior podemos concluir, que el contrato que se otorga para favorecer al amigo de un funcionario público, sin este tener las cualificaciones para la prestación, es nulo. En ese caso la causa sería inexistente, pues la capacidad de ejecución de la persona que se contrató no cumple con el perfil profesional para proveer el servicio a favor del bienestar del pueblo.

A modo de ejemplo podemos destacar la contratación de personas que no tienen la capacidad de ejercer una función, pues no cuentan con el peritaje para cumplir con la necesidad del mal social que se quiere corregir. La publicación reciente sobre la contratación de la esposa de Eric Rolón¹⁶⁵, es un excelente dechado de la manifestación corrupta de un contrato que tiene expresión legítima. La señora Lizneri Cartagena Marrero, esposa del exsecretario de Corrección Erik Rolón, ha sido contratista para el Estado Libre Asociado de Puerto Rico en distintas ramas del Gobierno. Cartagena Marrero, obtuvo un contrato en la Cámara de Representantes a razón de una tarifa de cien (\$100) dólares por hora, como asesora del representante del distrito número catorce (14), Hon. José “Memo” González, a pesar de ésta no tener un grado universitario ni experiencia legislativa previa.¹⁶⁶ Según los detalles provistos por la prensa, las tareas realizadas por Cartagena Marrero “[n]o requerían un *expertise* particular, sino que [eran] similares a las que hace un asistente administrativo en Puerto Rico a \$7.25 la hora en el sector privado o un asistente legislativo a \$25 la hora”¹⁶⁷. Según se informó en el rotativo, el 30 de julio de 2018, se le otorgó un nuevo contrato a Cartagena Marrero que, por el mes de agosto, le permitió un aumento adicional de \$2,000. Esto permitió que la señora Cartagena Marrero pudiese facturar hasta \$5,000 mensuales por un trabajo para el cual era inexperta y no capacitada.

Posteriormente, la señora Cartagena Marrero fue contratada por la Administración de Sistemas de Retiro de los Empleados del Gobierno y la Judicatura en el

¹⁶⁴ ROCÍO DE FÉLIX DÁVILA, *supra*.

¹⁶⁵ Eric Rolón, fue Secretario de Corrección durante la gobernación de Ricardo Roselló.

¹⁶⁶ NOTICEL (https://www.notiuno.com/noticias/gobierno-y-politica/esposa-de-erik-rol-n-tuvo-contrato-de-la-hora/article_f7b6f1ce-daca-11e9-9964-8b27e58f4391.html) (última visita 10 de febrero de 2020).

¹⁶⁷ *Id.*

que devenga un salario de \$5,324 al mes sin tener grado académico alguno.¹⁶⁸ La prensa cuestionó la veracidad de la información. De inmediato, la Administración de Sistemas de Retiro indicó que, “[l]a contratación es una de confianza y por tal razón no requiere estudios”.¹⁶⁹ A pesar de, Cartagena Marrero, no tener la capacidad profesional para ejercer la función para la que se contrató, y el Estado dispensarla del requisito de pericia que impone la ley, este contrato es nulo por no tener causa lícita. Esta persona fue contratada para ejercer el puesto de Directora de Servicios Administrativos, más no cuenta con grado universitario alguno que acredite la pericia que requiere dirigir y administrar una oficina de tan importante órgano del ejecutivo. La razón por la que se contrató a esa persona fue por su alegada pericia. Al ser inexistente, dicho contrato carece de causa y en su efecto, es radicalmente nulo. Su expresión corrupta es el resultado de un gobierno déspota y opresor que se arroga la facultad de actuar contrario al fin público del bienestar del pueblo.

Cónsono con lo anterior, la contratación de personas inapropiadas y desmañadas para el ejercicio de una pericia particular se considera un contrato sin causa lícita bajo nuestra normativa jurídica. La dispensa gubernamental de los requisitos periciales del contratista es contraria a derecho y no trasciende el crisol de legitimidad pues un funcionario público no puede crear determinada necesidad social para atenderla mediante contratación, pero en beneficio de su interés económico o el de sus allegados, bien sea el de un familiar o el de cualquier amigo que aportó a su campaña electoral. Desde luego este contrato sería, *ab initio*, radicalmente nulo. Es decir, su causa sería ilícita o ilegal, pues rompe con el orden jurídico social que salvaguarda la Constitución en Puerto Rico.

Es de particular importancia reseñar que, en Puerto Rico, la corrupción se manifiesta por medio de la contratación pública.¹⁷⁰ Esta información fue divulgada en un estudio auspiciado y sufragado por la Oficina del Contralor de Puerto Rico, en el que concluye que la modalidad más común de corrupción pública en Puerto Rico se da en la interacción entre el sector privado y el gobierno mediante la otorgación de contratos. Al respecto, el informe señala:

“Un 23 por ciento de los empresarios dicen que en su industria hay que hacer pagos por debajo de la mesa con bastante o mucha frecuencia para ganar licitaciones o subastas. La Tabla 10 indica el por ciento del costo de los proyectos que típicamente se paga para asegurar un contrato de acuerdo con la percepción de los empresarios. El 32 por ciento de los empresarios estima que entre un 6 a un 10 por ciento del monto de una licitación se destina a pa-

¹⁶⁸ METRO PR (<https://www.metro.pr/pr/noticias/2019/10/16/esposa-erik-rolon-contrato-5000-mensuales-sin-preparacion-academica.html>) (última visita 10 de febrero de 2020).

¹⁶⁹ *Id.*

¹⁷⁰ <http://economia.uprrp.edu/1Patrones.pdf> (última visita 19 de abril de 2020).

gos “por debajo de la mesa”, mientras el 22 por ciento indica que es menos del uno por ciento.”¹⁷¹

Según reseñado anteriormente, desde hace más de tres décadas la menor de las Antillas Mayores viene experimentando un deterioro en la gobernanza pública y un aumento en la corrupción. La plaga de la corrupción sistémica que amenaza el desarrollo económico y profundiza la desigualdad social ha provocado la decepción de la gente hacia su clase política y creado un contexto propicio y fértil para que se impongan los políticos populistas.¹⁷² Dichas actuaciones inciden y afectan la provisión de servicios públicos de calidad para atender las necesidades y hacer realidad los sueños y aspiraciones de las personas, sobre todo aquellas más vulnerables carecientes de los recursos que le permitan una movilidad social.

C. CONTRATOS CON APARIENCIA LÍCITA Y EXPRESIÓN CORRUPTA EN PUERTO RICO

i. La Corrupción De Víctor Fajardo En El Departamento De Educación

A modo de ilustrar los datos consultados, para la década de los 90, Puerto Rico fue víctima del artilugio del señor Víctor Fajardo Vélez, quien ocupó el cargo de secretario del Departamento de Educación durante la administración del exgobernador, Doctor Pedro Roselló González. Según la acusación federal que versa en el pliego acusatorio, entre 1994 y septiembre de 2000, el señor Víctor Fajardo Vélez, junto a diecisiete (17) acusados, conspiró para obstruir e interferir con el comercio por medio de la extorsión¹⁷³ y el lavado de dinero¹⁷⁴, así como por malversar fondos provenientes del fisco federal.¹⁷⁵ Cinco (5) de las diecisiete (17) personas, en su mayoría funcionarios públicos, recibieron sobornos de manos del resto de los coacusados.¹⁷⁶ Entre estos últimos, se identificaron a empleados, dueños, o socios de corporaciones y entidades comerciales que ofrecían servicios al Departamento de Educación de Puerto Rico.¹⁷⁷ La fiscalía federal cuantificó la extorsión en \$4,324,639.¹⁷⁸ Víctor Fajardo es quizás el corrupto más notorio que ha pasado por el Departamento

¹⁷¹ <http://economia.uprrp.edu/1Patrones.pdf> 28 (última visita 19 de abril de 2020).

¹⁷² PUERTO RICO TRANSPARENTE (<http://www.puertoricotransparente.org/wp-content/uploads/2018/05/Las-sillas-musicales.pdf>) (última visita 4 de abril de 2020).

¹⁷³ 18 U.S.C. § 1951.

¹⁷⁴ 18 U.S.C. § 1956(h).

¹⁷⁵ 18 U.S.C. § 666; Indictment, United States v. Víctor Fajardo Vélez (Puerto Rico District) (No. 02-42). <https://www2.ed.gov/about/offices/list/oig/invtreports/pr12002.html> (última visita 19 de abril de 2020).

¹⁷⁶ *Id.*

¹⁷⁷ *Id.*

¹⁷⁸ Indictment, United States v. Víctor Fajardo Vélez (Puerto Rico District) (No. 02-42).

de Educación.¹⁷⁹ Cerca de un millón de dólares, se desvió hacia las arcas del Partido Nuevo Progresista; otros tantos permanecieron en manos del propio Fajardo.¹⁸⁰ Además, trascendió que las autoridades encontraron cerca de \$390,000 en efectivo en la casa de éste.¹⁸¹ Del propio pliego acusatorio, se desprende que Víctor Fajardo, junto al ex subsecretario del Departamento de Educación, José Omar Cruz Mercado, guardaron grandes cantidades de dinero en efectivo en una caja fuerte ubicada en la oficina de Fajardo Vélez.¹⁸²

Una decena de corporaciones participaron del esquema de corrupción mediante el otorgamiento y ejecución de contratos, con apariencia legítima, pero con expresión radicalmente corrupta. Para elaborar y ejecutar este esquema, Víctor Fajardo Vélez reclutó los servicios de su cuñada, la coacusada María Ramos Matos, y de su amigo, Ruperto Vázquez López, quienes actuaron como representantes principales de dos corporaciones. Dichas empresas fueron creadas con el fin de desviar los fondos del Departamento de Educación, así como extorsionar el dinero pagado por diferentes contratistas de la misma agencia.¹⁸³ De esta forma, valiéndose de la personalidad jurídica de estas corporaciones, se desviaron los fondos con el fin de ocultar la procedencia del dinero extorsionado. Ambas corporaciones emitían facturas falsas a los contratistas del Departamento de Educación y posteriormente, cobraban las mismas a nombre de dichas entidades. Todo lo anterior por virtud de un contrato que cumplía con los requisitos estatutarios de forma y fondo necesarios en un contrato gubernamental, pero con causa ilícita por ser contraria a la ley a la moral y al orden público. El “*check list*” legal para la perfección del contrato público demuestra ser una herramienta endeble para la prevención de la corrupción.

Conforme los informes de la prensa, José Omar Cruz Mercado, coacusado y ex subsecretario del Departamento de Educación, ordenaba a Ruperto Vázquez, presidente de RVRMG, a preparar y a presentar facturas por servicios que nunca prestó. A su vez, el señor Eduardo Fuertes Pasarell, contratista del Departamento de Educación y presidente de la empresa Pro Data Services, recibía dichas facturas y entre 1998 y 1999, pagó \$240,000 a favor de la corporación fantasma RVRMG.¹⁸⁴ Cabe

¹⁷⁹ CLARIDAD (<https://www.claridadpuertorico.com/la-charterizacionno-es-cosa-nueva/>) (última visita 21 de abril de 2020).

¹⁸⁰ Indictment, United States v. Víctor Fajardo Vélez (Puerto Rico District) (No. 02-42).

¹⁸¹ *Id.*

¹⁸² *Id.* <https://www2.ed.gov/about/offices/list/oig/invtreports/pr12002.html> (última visita 19 de abril de 2020).

¹⁸³ *Id.* En el caso de RV Research & Management Group, Inc. (en adelante, RVRMG), era representada por Ruperto Vázquez, designado presidente de tal entidad. Mientras, National Consulting Group (en adelante, NCG), era representada por María Ramos, quien casualmente, era la cuñada de Víctor Fajardo. Fajardo era titular de estas corporaciones.

¹⁸⁴ PRIMERA HORA (<https://www.primerahora.com/noticias/puerto-rico/notas/declara-uno-de-los-ultimos-testigos/>) (última visita 21 de abril de 2020).

destacar que Fuertes Pasarell, no conocía a Ruperto Vázquez a pesar de que le facturó por servicios profesionales y preparación de propuestas que nunca realizó.

Del pliego acusatorio también se desprende que, entre el año 1995 y 2000, el acusado Fajardo Vélez otorgó aproximadamente \$ 138,060,396.00 en contratos a cuatro corporaciones propiedad de otros acusados.¹⁸⁵ A cambio de dichos contratos, Fajardo Vélez recibió la cantidad de \$745,000.00 en sobornos y para el 10 de octubre de 2000, el coacusado, Jesús Emilio Rivera, entregó a la coacusada Ramos Matos, cuñada de Fajardo, un cheque por la cantidad de \$750,000.00, a nombre de NCG. Posteriormente, Fajardo Vélez usó este dinero para comprar una propiedad que Jesús Emilio Rivera poseía en Guaynabo, Puerto Rico.¹⁸⁶ Fajardo y Cruz Mercado extorsionaron aproximadamente \$ 4.3 millones de contratistas del Departamento de Educación, entre otros, mediante la concesión de contratos millonarios financiados con fondos del Programa Título I, que asiste a alumnos rezagados.¹⁸⁷ Víctor Fajardo Vélez, su compadre, Cruz Mercado, entre otros coacusados, se declararon culpables, luego de llegar a acuerdos con la fiscalía federal.¹⁸⁸

De otra parte, el Presidente de Pro Data, Eduardo Fuertes Pasarell, fue convicto y sentenciado el 23 de abril de 2007¹⁸⁹, por sobornar al Sr. Víctor Fajardo y a otros funcionarios del Departamento de Educación a sabiendas de que tal remuneración habría de influir en la decisión sobre la continua formalización de contratos entre las partes.¹⁹⁰ Es un hecho probado que esta corporación abusó del fisco y cometió delitos contra el erario, la fe y función pública y que previo a las diversas contrataciones con el Departamento de Educación, Pro Data generó un ingreso anual de aproximadamente \$300,000.00. Posterior a las actuaciones ilícitas de los coacusados, la empresa tuvo contratos con el Departamento de Educación por aproximadamente \$67,000,000, lo que incrementó significativamente el ingreso de tal corporación.¹⁹¹ A pesar de que estos contratos tenían causa ilícita, en mayo de 2005, Pro Data presentó demanda ante el Tribunal de Primera Instancia contra el Departamento de Educación y alegó incumplimiento de contrato relacionado con la compraventa de programas educativos y sus correspondientes licencias.¹⁹² En la demanda, Pro Data, Inc. reclamó una cantidad no menor de \$8,000.000.00 en concepto de daños y perjuicios contractuales,

¹⁸⁵ Indictment, United States v. Víctor Fajardo Vélez (Puerto Rico District) (No. 02-42).

¹⁸⁶ *Id.*

¹⁸⁷ <https://www.pressreader.com/puerto-rico/el-nuevo-dia/20130921/281479274109597> (última visita 21 de abril de 2020).

¹⁸⁸ *Id.*

¹⁸⁹ Véase, *Pueblo v. Fuertes Pasarell*, KLAN200700550; *Pueblo v. Fuertes Pasarell*, CC2008510.

¹⁹⁰ KLAN200800531.

¹⁹¹ *Id.*

¹⁹² Demanda presentada en el Tribunal de Primera Instancia, Sala de San Juan, bajo el número de caso Civil Núm.: KAC 05-3616(508).

los intereses correspondientes, las costas y gastos del litigio, y una suma razonable por concepto de honorarios de abogado.¹⁹³ Surge de los hechos que dicho contrato de servicios profesionales se formalizó entre las partes el 15 de noviembre de 2000, más nunca se inscribió en la Oficina del Contralor.¹⁹⁴ En el contrato se estipuló que el Departamento de Educación se comprometió a pagar a la empresa de Fuertes Pasarell hasta un máximo de \$10,125,000.00, cantidad proveniente del “Children’s Trust Fund”, fondos bajo la custodia del Banco Gubernamental de Fomento.¹⁹⁵

Entre las prestaciones a las que se obligó la empresa, se encontraba la venta de cien mil licencias que constituían la autorización y permiso para que el Departamento de Educación pudiera hacer uso de cada uno de los programas adquiridos de Pro Data en cien mil computadoras. Sin embargo, a la fecha de la venta de estas licencias, el Departamento de Educación no había adquirido las computadoras necesarias para poder hacer uso de las licencias y programas objeto del referido contrato.¹⁹⁶ Durante el pleito, las partes acordaron, con la anuencia del Tribunal, someter el caso ante el Lcdo. José M. Rodríguez Viejo, quien fungió como Comisionado Especial durante el proceso. El Lcdo. Rodríguez determinó que el Departamento de Educación incumplió con el contrato y que procedía el pago de \$9,368,650.00, a favor de Pro Data, valor estimado del contrato en controversia. Desde luego, recomendó al Tribunal de Primera Instancia suscribir el contrato en su sentencia y ordenar a la Oficina del Contralor a registrar el mismo en sus archivos. Todo esto con el fin de proceder con el pago de la deuda señalada.¹⁹⁷ El 27 de abril de 2006, el Tribunal de Primera Instancia de San Juan, acogió la totalidad del informe del Comisionado y sentenció al Departamento de Educación a pagar a Pro Data Services, Inc. la cantidad de \$9,368,650.00, más el interés anual al 3% desde la fecha de notificación de la sentencia y las costas del proceso.¹⁹⁸ Oportunamente, el Departamento de Educación acudió al Tribunal Apelativo y solicitó la revocación de dicho dictamen, planteamiento que el Tribunal Apelativo acogió y dejó sin efecto la determinación del Tribunal de Primera Instancia de San Juan. En dicha sentencia, el Tribunal Apelativo, no solo discute el derecho vigente que rige las obligaciones contractuales, sino que correcta y acertadamente, expone el trato que impera en el contrato con causa ilícita, causa torpe o sin causa, en los que el Estado es una de las partes. En específico expresa que,

“Aunque la existencia de causa ilícita, inmoral o en contra de la ley es fundamento suficiente para declarar la inexistencia de cualquier contrato, en los

¹⁹³ *Id.*

¹⁹⁴ *Id.*

¹⁹⁵ *Id.*

¹⁹⁶ KLAN200800531.

¹⁹⁷ *Id.*

¹⁹⁸ *Id.*

contratos en los que el gobierno es parte, por existir un orden público apremiante envuelto, los fondos públicos, los tribunales tenemos que ser mucho más rigurosos.”¹⁹⁹

El foro apelativo distingue que “cuando la contratación involucra el uso de bienes o fondos públicos el Tribunal Supremo ha sido enfático en la *aplicación rigurosa* de todas las normas pertinentes a la contratación y desembolso de esos fondos, a los fines de proteger los intereses y el dinero del pueblo”.²⁰⁰ Reitera que existe una imperiosa necesidad de evitar el dispendio, la extravagancia y el favoritismo en los contratos gubernamentales.²⁰¹ El panel de Juezas y Jueces reconoce que, un contrato gubernamental, aun cuando cumpla con los requisitos estatutarios, puede ser uno radicalmente nulo por ser contrario a la política pública y al bienestar social. Destaca que la causa “no puede limitarse a la vertiente objetiva que visualiza sólo el contenido de las contraprestaciones objeto del contrato”, es decir, que no basta con validar los meros requisitos de causa lícita para que se configure un contrato entre partes, sino que, en contratos entre parte privada y Gobierno, los tribunales deben atender ‘los motivos o móviles que indujeron a las partes a contratar’”.²⁰² Es imperante observar “[l]os elementos extrajurídicos que, en principio pueden ponderarse en la consideración de la ilicitud de la causa, si lo aconsejan razones poderosas”.²⁰³

El Tribunal Apelativo, resalta correctamente que, “[e]l desembolso indebido o ilegal de fondos públicos es un acto incompatible con el sistema de gobierno democrático consagrado en nuestra Constitución y apuntalado en el respeto a la dignidad humana y los dineros del Pueblo”, factor indiscutiblemente apremiante a considerar por los tribunales al momento de adjudicar controversias en las que una parte privada, solicita remedios para el cobro de una cantidad con apariencia legítima, pero resulta indebida, inmoral y contrario al mejor bienestar social. Por último, y tal vez el planteamiento más contundente que hace el foro intermedio es que,

“No importa las modalidades que adopte dicho acto ilegal, ni la jerarquía del funcionario involucrado, éstas son intolerables. En última instancia, quien verdaderamente se perjudica, no sólo en lo económico sino en lo moral, es la

¹⁹⁹ KLAN200800531.

²⁰⁰ *Id.* Citando a *De Jesús González v. A.C.*, 148 D.P.R. 255 (1999) ; *Fernández & Gutiérrez v. Mun. de San Juan*, 147 D.P.R. 824 (1999); *Hatton v. Municipio de Ponce*, 134 D.P.R. 1001 (1994); *Mar-Mol Co., Inc. v. Adm. Servicios Gens.*, 126 D.P.R. 864 (1990); *Ocasio v. Alcalde de Maunabo*, 121 D.P.R. 37, 54 (1988); *Morales v. Municipio de Toa Baja*, 119 D.P.R. 682, 693 (1987); *Cancel v. Municipio de San Juan*, 101 D.P.R. 296, 300 (1973); *Justiniano v. E.L.A.*, 100 D.P.R. 334, 338 (1971).

²⁰¹ *Id. Municipio de Ponce v. A.C.*, 153 D.P.R. 1 (2000).

²⁰² *Id.*

²⁰³ *Id.*

ciudadanía en general. Es, pues, nuestra obligación reivindicar estos valores fundamentales.”²⁰⁴

La sentencia apelada fue revocada con una determinación correcta en derecho, pero además revestida de justicia y decoro. Precisa hay que destacar que la función judicial es intrínsecamente fundamental al momento de reivindicar los valores de la sociedad pues son estos los intérpretes de las normas jurídicas con el deber indelegable de resolver cada controversia conforme a los principios de justicia, mas no conforme a derecho cuando este rebase el crisol del desafuero. No es atender el derecho en su estricto sentido, separado de forma tajante de las normas morales que le anteceden, sino aplicarlo de forma flexible, dinámica, atada a los valores, como creador de rectitud, sin temor a que sus determinaciones reconstruyan las formas desiguales de convivencia social e impartan un sentido de equidad y de justicia, sobre todo, en los sectores más vulnerables. En particular cuando existe una imperiosa necesidad de evitar el dispendio, la extravagancia, el favoritismo y la prevaricación en los contratos gubernamentales.²⁰⁵

A todas luces, los contratos otorgados por el ex secretario del Departamento de Educación son contratos de apariencia legítima con expresión corrupta. Estos fueron otorgados en cumplimiento con los requisitos de forma y fondo del Estado, con una causa aparente, pero que en su ejecución reveló su expresión corrupta. El señor Fajardo Vélez revistió de legitimidad sus acciones utilizando el subterfugio de “nuestros niños primero”²⁰⁶ y otorgó contratos con el fin primordial de lucrarse personalmente y obtener riquezas a costa del dinero del pueblo, deteriorando así las instituciones del estado, resultando en un pobre y craso manejo de los recursos destinados a la educación de los niños de Puerto Rico. Un contrato en el cual el Gobierno es parte no puede tener otra causa que la del interés y bienestar social para suplir las necesidades apremiantes en el mejor beneficio de su pueblo. Desde luego, cuando la causa de dicho contrato es la intención del lucro personal, el contrato es radicalmente nulo. Tal acto de corrupción del señor Fajardo minó el desarrollo económico de esta jurisdicción, y además, generó exclusión social, incidiendo en el mejor bienestar de miles de niños y niñas, en su mayoría de extrema pobreza, contrario a la política pública de esta isla. Esto ocurre cuando los recursos que debían ser distribuidos en busca del bien común son desviados desde las arcas del Estado, mediante actos de corrupción gubernamental, hacia intereses privados, como el aquí antes descrito.²⁰⁷ De esta ma-

²⁰⁴ *Id.*

²⁰⁵ *De Jesús González v. A.C.*, *supra*.

²⁰⁶ CARTA CIRCULAR NÚM. CC-2-97-98 ([http://cai.sg.inter.edu/reveduc\\$/prdocs/V58.pdf](http://cai.sg.inter.edu/reveduc$/prdocs/V58.pdf)) (última visita 22 de abril de 2020); ([http://cai.sg.inter.edu/reveduc\\$/prdocs/V58a01.pdf](http://cai.sg.inter.edu/reveduc$/prdocs/V58a01.pdf)) (última visita 22 de abril de 2020).

²⁰⁷ MATIAS A. MONGES, CORRUPCIÓN ESTATAL: URGENCIA DE NUEVOS MECANISMOS PARA LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS, 56 REV. DER. P.R. 125 (2016).

nera, se priva a la sociedad de genuinas oportunidades de educación, de salud, de trabajo y de crecimiento, lo cual generalmente se traduce en una mayor inseguridad social.²⁰⁸

ii. La Corrupción De Julia Beatriz Keleher En El Departamento De Educación

El relato del caso Fajardo Vélez es la antesala de lo que dos (2) décadas posteriores se convierte en el segundo episodio de la historia: el caso de Julia Keleher, ex Secretaria de Educación bajo la administración de Ricardo Roselló. Su nombramiento y posterior confirmación para dirigir la agencia con mayor presupuesto de Puerto Rico, generó grandes controversias. Principalmente, su aparente agresividad²⁰⁹ y el extravagante salario que devengó mientras ocupó dicho cargo²¹⁰.

Durante el mandato de Julia Keleher y bajo el lema “todo por los niños”, el sistema de educación puertorriqueño sufrió drásticos cambios que, al presente, enflaquecen las aspiraciones sociales hacia una educación de primera. La funcionaria que encaminó la Ley 85-2018, Ley de Reforma Educativa²¹¹, la cual superó el escrutinio del máximo foro judicial, y logró cerrar más de 400 escuelas.²¹² Además, estableció el proceso para las escuelas públicas Alianza y los vales educativos, todo lo anterior en contravención con la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, la cual expresamente dispone que “[n]o se utilizará propiedad ni fondos públicos para el sostenimiento de escuelas o instituciones educativas que no sean las del Estado”.²¹³

En junio de 2019, las autoridades federales tocaron la puerta de la ex secretaria de Educación, Julia Keleher, quien fue arrestada junto a la exdirectora ejecutiva de la Administración de Seguros de Salud (ASES), Ángela Ávila, las hermanas Glenda E. y Mayra E. Ponce Mendoza, el señor Alberto Velázquez Piñol, consultor de la empresa BDO Puerto Rico, así como el presidente de dicha firma de contabilidad, Fernando Scherrer.²¹⁴ Conforme al pliego acusatorio, Keleher, junto a los demás acusados,

“[c]onspiraron y se pusieron de acuerdo, a sabiendas y por su propia voluntad, para cometer delitos contra los Estados Unidos, armando un esquema para defraudar y obtener dinero y propiedades a través de promesas y pre-

²⁰⁸ ÁNGEL BRUNO, EL ROL DE LOS ABOGADOS Y SUS COLEGIOS EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN, 3 IABA LAW REVIEW 32 (2005).

²⁰⁹ TELEMUNDO (<https://www.telemundopr.com/noticias/puerto-rico/confirman-a-secretaria-del-departamento-de-educacion/7016/>) (última visita 13 de marzo de 2020).

²¹⁰ METRO (<https://www.metro.pr/pr/noticias/2019/04/08/confirman-julia-keleher-queria-aumento-salario.html>) (última visita 20 de marzo de 2020).

²¹¹ VOCERO (https://www.elvocero.com/educacion/se-repite-la-historia-en-educacion/article_51bda674-a388-11e9-89c9-3f8867cdb426.html) (última visita 20 de marzo de 2020).

²¹² *Asoc. Maestros v. Depto. Educ.*, 200 D.P.R. 974 (2018).

²¹³ *Id.* CONST. P.R. ART. II § 5.

²¹⁴ PRIMERA HORA (<https://www.primerahora.com/noticias/gobierno-politica/notas/arrestan-a-la-exsecretaria-de-educacion-julia-keleher/>) (última visita 21 de marzo de 2020).

misas falsas y fraudulentas, y al hacer esto, transmitieron y provocaron que se transmitieran mensajes y comunicaciones electrónicas a través de vías de comercio interestatal y extranjero, cuyo propósito era ejecutar el esquema de fraude”.²¹⁵

En esencia, la acusación sostiene que la corporación Colón & Ponce, de la que la coacusada Mayra Ponce Mendoza fungía como oficial corporativa y propietaria, recibió información y ayuda privilegiada, por lo que logró beneficiarse de contratos otorgados por el Gobierno, a pesar de que no estaba cualificada para darlos.²¹⁶ A pesar de Julia Keleher ser advertida por empleados del Departamento de Educación del cumplimiento estricto con el procedimiento de selección de contratistas por el método de “Request For Proposal” (RFP), y además, que la empresa Colón & Ponce era el único proponente que no estaba cualificado para brindar los servicios a la Agencia, la ex secretaria insistió en su contratación y otorgó el contrato en beneficio de esta. Cabe mencionar que, Mayra Ponce Mendoza, oficial principal de Colón & Ponce, es la hermana de Glenda E. Ponce Mendoza, quien fungía en ese momento como ayudante especial de Julia Keleher.²¹⁷ En el pliego acusatorio se alega que Colón & Ponce, así como otros contratistas, lograron obtener contratos con el Departamento de Educación por virtud de la información privilegiada que recibieron, en contravención con el proceso de subastas. Es decir, dichas empresas se beneficiaron de la información divulgada a los coacusados para obtener contratos con la agencia, aun cuando no contaban con las capacidades ni la pericia para brindar el servicio contratado. De la acusación se desprende que el esquema envuelve cientos de miles de dólares.²¹⁸ De idéntica forma, la empresa BDO entregaba comisiones a cambio de los contratos que lograba en el Departamento de Educación y la Administración de Servicios de Salud (ASES), luego de recibir información y ayuda privilegiada.²¹⁹ Estos esquemas involucraron decenas de millones de dólares.²²⁰

No conforme con lo anterior, en enero del 2020, las autoridades federales arrestaron nuevamente a Julia Keleher, esta vez por utilizar su posición para beneficiarse personalmente. En su olímpica y aventurada movida, la exfuncionaria contrajo una obligación personal, dando como objeto la propiedad pública perteneciente al Gobierno de Puerto Rico.²²¹ La contención principal de la acusación federal expresa

²¹⁵ Indictment, United States v. Julia Beatrice Keleher (Puerto Rico District) (No. 19-431-PAD).

²¹⁶ *Id.* PRIMERA HORA (<https://www.primerahora.com/noticias/policia-tribunales/notas/julia-keleher-encabeza-el-pliego-acusatorio-federal/>) (última visita el 22 de abril de 2020).

²¹⁷ Indictment, United States v. Julia Beatrice Keleher (Puerto Rico District) (No. 19-431-PAD).

²¹⁸ *Id.*

²¹⁹ *Id.*

²²⁰ *Id.*

²²¹ Indictment, United States v. Julia Beatrice Keleher (Puerto Rico District) (No. 3:20CR00019).

que Keleher utilizó su posición oficial en el Gobierno del Estado Libre Asociado de Puerto Rico como secretaria de Educación para enriquecerse al solicitar y aceptar cosas de valor, y para que otros se enriquecieran obteniendo una acción oficial favorable.²²² Keleher, a cambio de un apartamento que ubica en La Ciudadela, complejo de clase privilegiada, cedió parte de los terrenos de la Escuela Pública Padre Rufo de Santurce, en contravención a la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.²²³ El coacusado Ariel Gutiérrez, consultor de una firma identificada como Compañía A, facilitó que Keleher recibiera beneficios financieros en relación con su arrendamiento y compra de un apartamento en La Ciudadela, a cambio de una carta firmada por Keleher en la que se obligó a dar 1,034 pies cuadrados de la Escuela Padre Rufo a esta empresa privada.²²⁴ Dicho terreno fue utilizado por el desarrollador de Ciudadela para ensanchar la carretera.²²⁵ Mientras, la exsecretaria, vivió bajo un contrato de arrendamiento, por el precio cierto de un (\$1) dólar, durante el plazo de junio hasta diciembre de 2018, cuando el costo mensual de arrendamiento de un apartamento de dos cuartos en el complejo Ciudadela es de \$1,500.²²⁶

Ambos esquemas envuelven la concesión de contratos para el enriquecimiento personal e ilícito a costa del fondo público. Como discutido anteriormente, los hechos que rodean la contratación gubernamental son tan importantes como el propio cumplimiento de las formalidades para la perfección del contrato con el Estado. Es decir, los actos anteriores, coetáneos y posteriores arrojan luz para desarticular el artificio utilizado por estos funcionarios, quienes esgrimen su poder para el enriquecimiento ilícito en su propio y personal beneficio. En esta ocasión, los acusados utilizaron como subterfugio las necesidades de los ciudadanos y ciudadanas de Puerto Rico para provocar un beneficio propio. Como es sabido, la necesidad de proveer servicios a los ciudadanos no puede ser únicamente suplida por el Estado quien no cuenta con la empleomanía ni la infraestructura para implantar la política pública a favor de sus ciudadanos y ciudadanas. Desde luego, el Estado requiere de la pericia de empresas e individuos que colaboren en el cometido del servicio público. Siendo dicha pericia, la causa del contrato a ser costeadada por el fondo público. Por consiguiente, la causa para que el contrato sea lícito no puede ser mal intencionada, ilícita,

²²² *Id.*

²²³ Esta escuela colinda con el complejo de vivienda La Ciudadela

²²⁴ *Id.* VOCERO (https://www.elvocero.com/ley-y-orden/keleher-es-acusada-de-ceder-terreno-a-cambio-de-apartamento/article_16270c94-37ae-11ea-bd98-e3379d294628.html) (última visita 22 de abril de 2020).

²²⁵ *Id.*

²²⁶ *Indictment, United States v. Julia Beatrice Keleher (Puerto Rico District) (No. 3:20CR00019)*. A Keleher, además, se le concedió un incentivo de \$12 mil para la compra de dicho apartamento. El costo por la compra del apartamento -en diciembre- fue de \$297,500. Conforme al pliego acusatorio, los bonos para este tipo de apartamento “rara vez exceden los \$5 mil”.

inmoral, contraria a los principios éticos enraizados en los valores del pueblo. El dinero del pueblo, por mínima cantidad que sea, le pertenece al pueblo.

Es un hecho, que la acusación contra Keleher y demás inculpados, expresa la alegada comisión de delitos que se consuman mediante el perfeccionamiento de contratos. De una lectura del pliego acusatorio se desprende, que dichos funcionarios y contratistas alegadamente cometieron el error inexcusable e imperdonable de celebrar negocios jurídicos por virtud de un enriquecimiento personal, en lugar de otorgarlos por virtud del beneficio social. De todo esto ser cierto, no solo se configura una clara violación a la ley y a los cánones de ética gubernamental, sino que sus actuaciones corrompen las normas de sana convivencia social y minan la confianza del pueblo. Puerto Rico cuenta con vasta legislación que prohíbe la corrupción gubernamental, estatal y federal que debe servir como disuasivo para la conducta de todos los personajes reseñados. Los actos de dichos funcionarios demuestran una clara inconciencia y menosprecio a la Constitución, a las leyes y a los reglamentos que gobiernan esta jurisdicción, pero sobre todo a la moralidad que debe prevalecer en el proceder de un funcionario público. Dichos contratos carecen de legitimidad por tener causa ilícita.

Si bien esta investigación jurídica atiende estrictamente la causa del contrato público, es meritorio resaltar que las actuaciones de estos acusados constituyen dolo o engaño fraudulento en el contrato. En estricto derecho civilista, en su sentido más amplio, la palabra dolo es sinónimo de mala fe, pero en sentido estricto significa la maquinación o artificio de que se sirve uno de los contratantes para engañar al otro.²²⁷

iii. Las Compras De Pruebas Para Detección Del COVID-19

La enfermedad del Coronavirus, en adelante COVID19, fue identificada por primera vez en Wuhan, China en diciembre de 2019. Ya para inicios de marzo del 2020 había sido detectada en más de 110 países alrededor del mundo, incluyendo los Estados Unidos.²²⁸ El 30 de enero de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró esta enfermedad como una emergencia en salud pública de importancia internacional.²²⁹ El 31 de enero de 2020, el Secretario del Departamento de Salud y Servicios Humanos de los Estados Unidos (HHS, según sus siglas en inglés) declaró una emergencia en salud pública para los Estados Unidos.²³⁰ El 11 de marzo

²²⁷ 2-I JOSÉ PUIG BRUTAU, FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL. 92 (1988), citando a *Castán Tobeñas*, pág. 92.

²²⁸ SALUD (<http://www.salud.gov.pr/Documents/Plan%20de%20Preparación%20y%20Respuesta%20COVID-19%20DSPR%20P.pdf>) (última visita 4 de mayo de 2020).

²²⁹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL SALUD (<https://www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>) (última visita 5 de mayo de 2020).

²³⁰ SALUD (<http://www.salud.gov.pr/Documents/Plan%20de%20Preparación%20y%20Respuesta%20COVID-19%20DSPR%20P.pdf>) (última visita 4 de mayo de 2020).

de 2020, la OMS declaró una pandemia por el COVID-19.²³¹ El 15 de marzo de 2020, la Gobernadora de Puerto Rico, Lcda. Wanda Vázquez Garced, decretó un estado de emergencia en Puerto Rico, mediante la Orden Ejecutiva OE-2020-20, ante el inminente impacto del Coronavirus, en adelante “COVID-19”, en la Isla.²³² La Isla se preparó para la dispersión de un nuevo contagio para el cual aún no existe una vacuna. El Centro Para El Control y La Prevención de Enfermedades, mejor conocido por sus siglas en inglés “CDC”, estableció que el aislamiento personal y la cuarentena, ayudan y viabilizan a proteger al público de la propagación de contagios.²³³ Desde entonces, la Gobernadora decretó un toque de queda y ordenó el cierre de agencias gubernamentales y comercios, salvo aquellos esencialmente necesarios, dígase, hospitales, oficinas médicas, laboratorios, farmacias, supermercados, entre otras.²³⁴

Por tal motivo y mediante la Orden Ejecutiva Número OE-2020-024²³⁵, se viabilizó la adquisición de bienes y servicios necesarios para combatir los efectos del COVID-19 en Puerto Rico. Esta orden ejecutiva posibilitó que “[t]odas la agencias e instrumentalidades que conforman la Rama Ejecutiva del Gobierno de Puerto Rico, incluyendo corporaciones públicas, Guardia Nacional, puedan adquirir sin dilación, los equipos, productos, materiales y servicios necesarios para responder rápida y efectivamente a la amenaza que representa la propagación del COVID-19”.²³⁶ La emergencia sanitaria hizo meritoria la autorización de la Gobernadora, Vázquez Garced, para activar los procesos de compras y contratación de emergencia de las Agencias. La referida orden ejecutiva, vigente a esta fecha, asiente la compra de artículos de desinfección personal, desinfección en general y artículos de protección personal, así como cualquier otro equipo de salud o material necesario o recomendable para prevenir los contagios del COVID-19. Además, permite la contratación de servicios profesionales o no profesionales necesarios y directamente relacionados al manejo del COVID-19 en Puerto Rico.²³⁷

²³¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL SALUD (<https://www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>) (última visita 5 de mayo de 2020).

²³² Orden Ejecutiva Núm. 2020-20, *Para Declarar Un Estado De Emergencia Ante El Inminente Impacto del Corona Virus (COVID-19) En Nuestra Isla*. (15 de marzo de 2020), <https://www.estado.pr.gov/es/ordenes-ejecutivas/>.

²³³ Orden Ejecutiva Núm. 2020-23, *Para Viabilizar Los Cierres Necesarios Gubernamentales Y Privados Para Combatir Los Efectos Del Coronavirus (COVID-19) Y Controlar Los Riesgos de Contagio En Nuestra Isla*. (15 de marzo de 2020), <https://www.estado.pr.gov/es/ordenes-ejecutivas/>.

²³⁴ *Id.*

²³⁵ Orden Ejecutiva Núm. 2020-24, *Para Viabilizar La Adquisición De Bienes Y Servicios Necesarios Para Combatir Los Efectos Del Coronavirus (COVID-19) En Nuestra Isla*. (16 de marzo de 2020), <https://www.estado.pr.gov/es/ordenes-ejecutivas/>.

²³⁶ *Id.*

²³⁷ *Id.*

Empero, dichos contratos tienen que cumplir con los siguientes requisitos: (a) el contrato tiene que estar por escrito; (b) fecha de la ejecución del contrato; (c) plazo de la obligación; (d) monto de la obligación; (e) firmas de las personas autorizadas para ejecutarlos. Para agregar a lo anterior, el contrato tendrá vigencia prospectiva desde su perfección. Este mandato, le impone una responsabilidad fiscal a la Directora de la Oficina de Gerencia y Presupuesto, “en adelante OGP”, para velar por el ejercicio responsable de estas adquisiciones o contrataciones por parte de las agencias. La Directora de OGP de requerir todos aquellos informes y establecer aquellos controles presupuestarios y administrativos para descargar esta responsabilidad.²³⁸ Por último, las Agencias pueden otorgar dichos contratos sin requerir los documentos o cumplir con cualquier requisito establecido por ley, reglamento, orden administrativa o guías aplicables. Sin embargo, una vez un contrato sea otorgado por virtud de la referida orden, las partes tienen sesenta (60) días para solicitar, obtener o complementar los documentos requeridos y cumplir con cualquier requisito establecido por ley, reglamento, orden administrativa o guías aplicables.²³⁹

Otra de las medidas que el Gobierno de Puerto Rico adoptó para responder a la emergencia sanitaria, fue la creación y establecimiento del Comité Ejecutivo de Asesoría Médica, mejor conocido como “Task Force Médico” del COVID-19.²⁴⁰ Este grupo de expertos facultativos médicos tienen las siguientes funciones: (i) realizar estudios e investigaciones; (ii) planes estratégicos para manejar la emergencia y la respuesta coordinada al pueblo de Puerto Rico; (iii) asesorar a la Gobernadora y al Secretario de Salud, en la toma de decisiones de salud pública y otros asuntos relacionados al COVID-19; (iv) realizar estudios, entre otras.

En tiempos de emergencia, como la actual pandemia, existe la necesidad de una respuesta rápida para garantizar la salud y vida de las personas. Ciertamente las políticas del estado tienen que flexibilizarse para atender con premura y seguridad los riesgos de salud que representan una propagación descontrolada de un virus del que aún no existe ni vacuna ni tratamiento médico disponible. Al mismo tiempo, el riesgo de corrupción en la atención médica se incrementa por la presión sustancialmente elevada que sufre el sistema de salud.²⁴¹ La perturbación, la incertidumbre y la

²³⁸ Orden Ejecutiva Núm. 2020-23, *Para Viabilizar Los Cierres Necesarios Gubernamentales Y Privados Para Combatir Los Efectos Del Coronavirus (COVID-19) Y Controlar Los Riesgos de Contagio En Nuestra Isla*. (15 de marzo de 2020), <https://www.estado.pr.gov/es/ordenes-ejecutivas/>

²³⁹ *Id.*

²⁴⁰ Orden Ejecutiva Núm. 2020-26, *Para Crear El Comité Ejecutivo De Asesoría Médica o Task Force Médico Del COVID-19 Mientras Permanezca En Vigor El Estado de Emergencia Declarado Mediante La OE-2020-20 del 12 de marzo de 2020* (23 de marzo de 2020), <https://www.estado.pr.gov/es/ordenes-ejecutivas/>

²⁴¹ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, (https://www.transparency.org/news/feature/en_tiempos_como_esto_la_transparencia_y_la_integridad_importan_mas_que_nunc) (última visita 8 de mayo de 2020).

distracción contribuyen a un entorno en el que algunos actores intentan aprovechar la crisis para su propio beneficio.²⁴² Según la organización Transparency International, es esencial que la transparencia, la apertura y la integridad se mantengan y se extiendan a todo el sector salud y que el gobierno implemente medidas clave para el control de la corrupción durante la emergencia sanitaria, entre ellas: la publicación abierta de investigaciones sobre vacunas y tratamientos; la protección de los alertadores en los sistemas de salud; y, garantizar la igualdad de acceso a tratamientos que salvan vidas.

La necesidad de transparencia y rendición de cuentas no puede estar ajena a la emergencia. Como es de conocimiento general, en Puerto Rico, así como en muchos otros países del mundo, se declaró un estado de emergencia que flexibiliza las compras con los fondos públicos. Con estas declaraciones de emergencia, la Gobernadora ha invocado poderes extraordinarios para ayudar a prevenir la propagación del virus y acelerar así la toma de decisiones y la asignación de recursos. Empero, la concentración de poder no debe, en ninguna circunstancia, conducir a su abuso. Es preferente que los poderes de emergencia se ejerzan sólo para los fines para los cuales fueron otorgados.²⁴³ El control contra la corrupción nunca se debe resquebrajar ni extirpar. De ser así, el Gobierno corre el peligro de socavar los esfuerzos para servir al bien público, mientras abre la puerta a los corruptos, quienes actúan con impunidad. Para ejemplificar lo planteado, el Consejo de Europa declaró que las protecciones esenciales al “Estado de derecho, la supervisión parlamentaria, el control judicial independiente y los recursos internos efectivos, deben mantenerse incluso durante un estado de emergencia”.²⁴⁴ Por consiguiente, los gobiernos deben hacer todo lo posible para actuar con integridad y compartir abiertamente la información con la ciudadanía.²⁴⁵

Dicho lo anterior, durante el mes de marzo de 2020, el gobierno de Puerto Rico realizó varias compras irregulares para la adquisición de equipo en respuesta a la emergencia de COVID-19. Estas compras obligaron a la Comisión de Salud de la Cámara de Representantes a realizar una investigación con el fin de identificar posibles violaciones a las leyes federales y estatales, incluyendo violaciones éticas, penales, administrativas y de ética, y en su efecto, referir a las autoridades competentes a iniciar investigaciones. Entre los hallazgos más significativos se encuentran: (1) orden de compra a Apex General Contractors, LLC., que tomó solo dieciocho (18) horas a los funcionarios, de múltiples Agencias²⁴⁶, completar la misma: desde que

²⁴² *Id.*

²⁴³ *Id.*

²⁴⁴ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, (https://www.transparency.org/news/feature/en_tiempos_como_esto_la_transparencia_y_la_integridad_importan_mas_que_nunc) (última visita 8 de mayo de 2020).

²⁴⁵ *Id.*

²⁴⁶ Según desprende del informe, el Departamento de Salud, Negociado para el Manejo de Emergencias y Administración de Desastres, Oficina de Gerencia y Presupuesto y el Departamento de Hacienda.

se recibió la cotización hasta que se aprobó la orden de compra; (2) la cantidad de dinero envuelta en la transacción fue de 38 millones de dólares; (3) se le otorgó un adelanto de 19 millones de dólares (50% del total de la compra) a una compañía dedicada a la construcción, sin haberle dado cumplimiento al Reglamento 31 del Departamento de Hacienda y sin la aprobación de ninguno de los dos funcionarios que encabezan las agencias principales en dicho proceso de compras, entiéndase, la Secretaria Interina del Departamento de Salud y el Secretario del Departamento de Hacienda; (4) la suma de todas las compras realizadas por el Departamento de Salud, durante el periodo de emergencia, totaliza la cantidad de \$14,511,810, los cuales fueron distribuidos entre los siguientes 6 suplidores: Industrial Fire Products Corp., Quest Diagnostics, Maitland 175, 313 LLC., Castro Business y Jazz Foods, mientras que una sola compra (38 millones de dólares) a un suplidor (Apex General Contractors, LLC.), casi triplica este total. Incluso, el total de todas las compras, resulta menor al pago por adelantado que se desembolsó; (5) quedó en manos de una compañía (sin experiencia alguna en el área de compras y mucho menos en productos y equipo especializados en salud), la compra por la cantidad de 38 millones de dólares, más aún, cuando el Departamento de Compras y Subastas de la Agencia contaba con personal experto y disponible para trabajar durante la emergencia, pero por alguna razón, no fue requerido en ningún momento.²⁴⁷ Datos de la prensa aseguran que las empresas APEX, Castro Business y 313LLC., son donantes del Partido Nuevo Progresista.²⁴⁸ Todo lo anterior presenta la realidad de un gobierno ausente de transparencia, integridad y rendición de cuentas.

IV. EL CAMINO HACIA LA TRANSPARENCIA Y LA RENDICIÓN DE CUENTAS EN PUERTO RICO

Las mejores prácticas de las fuentes consultadas sugieren que la transparencia y la rendición de cuentas no sean la expresión muerta de una letra que cumple un propósito estético en un estado de derecho democrático. Para afrontar el problema de la corrupción, está ya no puede ser atendida mediante los métodos tradicionales que ha utilizado Puerto Rico y que, a todas luces, fracasó en el ejercicio de cumplir el propósito de su intención legislativa. La corrupción debe ser definida en un concepto amplio para enfrentar el problema en toda su magnitud. Es decir, el gobierno debe establecer los límites del fenómeno y distinguir las etapas de la contratación en que la corrupción se conforma.

En primer lugar, el contrato público se debe conformar en un solo estatuto, que atienda toda la normativa sustantiva y procesal de la contratación del gobierno, in-

²⁴⁷ Primer Informe Parcial sobre la R. de la C. 1741, Com. De Salud de la Camara de Representantes de Puerto Rico, 8 de mayo de 2020, 7ma. Ses. Ord., 18va Asam. Leg.

²⁴⁸ METRO PR (<https://www.metro.pr/pr/noticias/2020/04/09/tierra-nadie-la-compra-pruebas-suplidos-la-emergencia-del-covid-19.html>) (última visita 15 de abril de 2020).

cluyendo las normas de interpretación del contrato público. La normativa vigente que regula la contratación pública es excesiva, dispersa, confusa y ambigua. Existen múltiples estatutos, reglamentos, órdenes administrativas y jurisprudencia que regulan el contrato de servicios en la actualidad, y que en algún momento generan algún conflicto legal que podría hasta servir de impunidad por tecnicismo jurídico. Dichas normas sustantivas y procesales no pueden convertirse en un mero “*check list*” legal.

Segundo, dicha normativa única, tiene que incluir los principios generales que rigen la contratación pública, entre ellos: (i) el principio de transparencia; (ii) el principio de publicidad; y (iii) el principio de integridad. Además, debe contener la definición de la causa del contrato público como se recoge en la vasta jurisprudencia anteriormente discutida.

Tercero, la norma tiene que atender las reglas generales que rigen la contratación pública, las excepciones por la vía extraordinaria, incluyendo los procedimientos a seguir cuando se decreten emergencias como las vividas en los últimos años en el territorio de Puerto Rico.

Cuarto, las normas del derecho privado que rigen en el Código Civil son suplementarias a la legislación especial que gobiernen el contrato público.

Quinto, la Legislatura, en el ejercicio de su poder constitucional de investigación, y mediante sus respectivas comisiones, debe crear monitores externos para fiscalizar las etapas previas de la contratación. Es decir, la legislatura debe tener una vista total de todas las etapas del proceso para rebuscar los motivos y las razones empíricas por las que las partes tienen el deseo de contratar. Esto promueve el ejercicio del balance de intereses pues una rama independiente al ejecutivo sirve de monitor externo, sin fuerza vinculante, pero con el acceso pertinente para la rendición de cuentas a los ciudadanos. De esta forma, se observan los actos anteriores, coetáneos y posteriores a la contratación, pudiendo emitir las alarmas correspondientes para prevenir la contratación corrupta. Interceptar el conflicto de interés en las etapas previas del contrato, permite evitar que los contratos con causa ilícita burlen el famoso “*check list*” legal y se ejerciten de forma corrupta.

Sexto, despolitizar las compras del gobierno y rotar los empleados para evitar el conflicto con los intereses sociales y personales de los empleados. Esto a su vez, promueve la contratación de personal capacitado para que el Gobierno cuente con recursos de carrera, formados en estricta ética gubernamental y sana administración pública. Los cargos políticos deben alejarse de la contratación pública en todo momento, para prevenir el conflicto de interés. De esta forma se prevé el despolitizar los compradores.

Séptimo, establecer los pactos de integridad con las empresas que, “se configuran esencialmente como documentos en los que las partes se comprometen a elevar, a través de determinados instrumentos, los estándares de transparencia, integridad y responsabilidad de los intervinientes en el contrato (tanto pertenecientes al sector

público como a la esfera privada) en persecución conjunta del interés público.”²⁴⁹ Estos pactos deben contener las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones que de este derivan.

Octavo, debe incluir una norma para proveer incentivos a los denunciantes —*whistleblower*— si durante el proceso de contratación existen prácticas corruptas, son los compañeros los que pueden denunciar tales acciones. Para esto se requieren sistemas de incentivos, canalización y protección convenientes.²⁵⁰

Noveno, ejercer los controles de fiscalización post otorgamiento del contrato, a través de la oficina del contralor. Esta tarea tiene que ser continua, no aleatoria. El Contralor no puede descansar en el mero cumplimiento de una lista taxativa de cotejo y el contrato escrito.

Décimo, legitimar a determinadas personas, naturales o jurídicas, para interponer recursos y o acciones administrativas cuanto el contrato afecte intereses de un colectivo.²⁵¹ Para ejemplificar, si el fondo para personas con impedimentos del Departamento de Educación fue malversado por la contratación corrupta de su funcionario, cualquier representante de dicho colectivo pueda instar una acción personal contra el funcionario, en su carácter personal, y contra todas las partes responsables de dicha alteración.

Por último, la voluntad de los funcionarios no puede descansar en la jeringonza política. Tiene que existir una vocación íntegra, ética y moral de quienes ostentan dirigir el País.

V. CONCLUSIÓN

Puerto Rico ha sido objeto de corrupción durante los últimos treinta (30) años. No obstante, existe extensa legislación que busca castigar y erradicar la corrupción, pero inútil por carecer de aplicación, es decir, el legislador la construye, pero el ejecutivo no fiscaliza. El Estado se enfrenta a la realidad de que el contrato es la causa principal de la percolación de la corrupción en el Gobierno. El conflicto de interés y el favoritismo político son, en su mayoría, la razón principal de los esquemas para otorgar contratos, teóricamente lícitos, pero corruptos en su expresión. Un contrato público sin causa o con causa ilícita puede ser decretado nulo por un Tribunal competente en la etapa de ejecución. No obstante, interceptar la ilicitud en la etapa de ejecución del contrato es lesivo al mejor interés del pueblo causando grave daño al mejor bienestar social de las personas. Utilizando este esquema, la corrupción se ha institucionalizado en el estado de derecho puertorriqueño. Un centavo que le

²⁴⁹ LA ADMINISTRACIÓN AL DÍA (<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1509776>) (última visita 8 de mayo de 2020).

²⁵⁰ *Id.*

²⁵¹ *Id.*

pertenece al pueblo, es digno de ser protegido, solo por el hecho de pertenecerle al pueblo. Del mismo modo, el juramento legal, ético, social y moral de toda persona que ocupa un cargo en el Gobierno debe cimentar la estructura hacia la integridad y transparencia. No es una función que va a surgir por el mero texto de una ley. El sistema de gobierno tiene que atravesar una transformación hacia uno de principios en los que la buena gobernanza y la administración que se adopte, coordinen entre sí y sean capaces de responder a unos patrones compartidos que sirven a un fin común.

Cuando un funcionario público traiciona la confianza del pueblo mediante la corrupción de sus oficios, constituye la adulteración del sistema democrático y la consolidación de una forma de vida alejada de las usanzas y virtudes propias de las democracias. La legislación no puede continuar siendo un instrumento de monarquía social, económica y política, al favorecer los intereses de los “monarcas dominadores” y al legitimar la estructura interna de un orden jurídico construido sobre dichas premisas. No existe debito emocional más desfalcador que la traición al pobre, quien, confiado en la democracia, designó como custodio de sus intereses a la mejor idea difundida: la idea de un cortés que se obligó a moverlo de su irremediable pobreza, prometiendo descuentos en las comidas, ahorros en la salud y, educación de tercera.

“Frente a un mundo convulsionado y confuso; en momentos en que pareciera adueñarse del alma del hombre, cierto grado de menoscabo por los sentimientos de probidad, de honradez y de dignidad; cuando el avance de la concupiscencia y de la deshonestidad económica, amenaza con quebrar los basamentos del orden social, generando --al par que el deterioro de la fe en los altos valores morales y espirituales-- reacciones agresivas y violentas rebeldías en quiénes se sienten marginados, defraudados y acorralados en una sociedad que no los tutela ni los comprende; cuando la necesidad de pan y de trabajo, aparece como una burla en medio de un desarrollo tecnológico poco menos que asombroso; cuando los reclamos más apremiantes están en la calle y el hombre-masa no encuentra posibilidad cierta de remediar su desgracia, el abogado se enfrenta con el desafío que le llama a ser protagonista decisivo y fecundo en este proceso, del que debemos rescatar intacta la fe en el hombre y en su destino de apasionado perseguidor de la justicia. Cualquiera sea el sector en que gravite; el ejercicio activo de su profesión, la cátedra, la política, el libro, la tribuna o el gobierno, tiene un papel tutelar; papel y cometido, que a ninguna otra disciplina alcanza con más hondura que a la abogacía.”²⁵²

²⁵² A. R. Sívorí, *Papel del abogado en la sociedad actual*, XVI REV. C. ABO. LA PLATA, 19-20 (1974), citado en *In Re: Franco Soto*, 115 D.P.R. 740 (198

¿PUEDE EL PRESIDENTE DE LOS EE. UU.
EXPEDIR SU PROPIO INDULTO?
ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS EXPRESIONES DEL
PRESIDENTE DONALD J. TRUMP EN LAS REDES
SOCIALES SOBRE EL “AUTOINDULTO”.

JOSÉ O. SÁNCHEZ RIVERA¹

Resumen

Como piedra angular de este escrito se encuentra la figura del “autoindulto” presidencial, la cual denominamos como: una ficción jurídica imposible de poner en vigor sin lacerar la democracia y los cimientos de la separación de poderes de un gobierno republicano. Todo ello, debido a que el presidente número cuarenta y cinco de los Estados Unidos, Donald J. Trump, asegura poder autoindultarse, de ser necesario. Nuestro propósito principal más allá de intentar justificar una respuesta en derecho a la interrogante aquí planteada, busca visibilizar la problemática y su efecto perjudicial, que sepultaría la democracia a nivel de EE. UU. y todos sus territorios, en un supuesto en que fuese posible la validación de un autoindulto presidencial. Se exponen y analizan en profundidad varias teorías en favor y otras en oposición con sus respectivas consecuencias. De igual forma se explica cómo este evento percolaría en la sociedad puertorriqueña, lo cual afectaría su democracia directa o indirectamente. Todo señala a que el mencionado autoindulto, además de antipático, crea un desajuste al balance de pesos y contrapesos dentro de un orden constitucional que podría catalogarse como una crisis constitucional. Por todo lo cual, presentamos varias recomendaciones con las que pretendemos erradicar en definitivo la duda de la existencia de una interpretación que viabilice al autoindulto. Nos queda diáfano claro que la interrogante se tiene responder en la negativa; todo ello para salvaguardar la democracia.

¹ Estudiante de tercer año, candidato a graduación en mayo de 2020 de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana y Director en Jefe del Volumen XVI de Revista de Estudios Críticos del Derecho (CLAVE). Correos electrónicos: jose.sanchez@lex.inter.edu; jose.sanchez44@upr.edu.

Abstract

As the central idea of this writing is the figure of the presidential “self-pardon”, which we call: a legal fiction impossible to put into effect without damaging democracy and the foundations of the separation of powers of a republican government. All this, because the forty-fifth president of the United States, Donald J. Trump, claims to be able to self-pardon, if necessary. Our main purpose, beyond trying to justify an answer in law to the question raised here, seeks to make visible the problem and its detrimental effect, which would bury the democracy of the United States and all its territories, in a case where it was possible the validation of a presidential self-pardon. Various theories in favor and others in opposition with their respective consequences are exposed and analyzed in depth in this writing. In the same way, it explains how this event would percolate in Puerto Rican society, which would affect its democracy directly or indirectly. Everything indicates that the aforementioned self-pardon, in addition to being immoral, creates a mismatch in the balance of checks and balances within a constitutional order that could be classified as a constitutional crisis. Therefore, we present several recommendations with which we intend to definitively eradicate the doubt of the existence of an interpretation that makes self-pardon feasible. It is clearly to us that the question must be answered in the negative; all this to safeguard democracy.

Palabras claves: indulto, autoindulto, separación de poderes, ramas de gobierno, Donald Trump, constitución viva, ramas de gobierno, política, interpretación constitucional, crisis constitucional, crisis política, interpretación textualista.

INTRODUCCIÓN

“The king can do no wrong” fue la máxima durante la época monárquica inglesa, y como sugiere la frase, presupone la figura del rey como un ser cuasi-divino y perfecto que se colocaba por encima del cumplimiento de la ley.² Por distintas razones que no son tema de este artículo, en la actualidad, este fenómeno de rendir pleitesía al rey como si fuese enviado por los dioses, culminó. Hubo un sinnúmero de luchas de tal magnitud, que al menos un rey terminó decapitado en una plaza pública, para que hoy podamos gozar un puñado de derechos y podamos convivir en una sociedad que podrá tener sus defectos, pero es democrática. Este repudio a la acumulación de poder en una sola persona propició a que los fundadores de la Constitución de los Estados Unidos tomaran las debidas precauciones. Como

² Guy I. Seidman, *The Origins of Accountability: Everything I Know About The Sovereign's Immunity, I Learned from King Henry III*, 49 ST. LOUIS L.J. 393, 396 (2005).

resultado de esas experiencias pasadas implementaron un gobierno republicano con una marcada y útil separación de poderes en tres grandes ramas; Rama Ejecutiva, Rama Legislativa y Rama Judicial.

Por esta y otras razones que no han sido necesariamente esbozadas en este escrito, exhorto al lector a defender su participación ciudadana como parte de su ejercicio de la democracia. Es imperante recalcar que no se puede claudicar tan fácilmente a lo que se ha logrado con tanta *sangre, sudor y lágrimas*. Por ello, debe ser nuestro deber denunciar a quienes pretenden romantizar las figuras de poder hegemónico y a la vez demonizan a quienes tienen ideologías distintas. A nuestro juicio, estas personas hacen creer erróneamente que necesitamos «mano dura» contra las fuerzas disidentes, criminalizan las movilizaciones sociales y todo culmina en la coartación del derecho a la libre expresión, mediante la intimidación. La persecución ideológica es posiblemente uno de los eventos más vergonzosos de la historia, a lo que Puerto Rico no fue la excepción.

Las personas que dirigen un país tienen grandes poderes que a su vez conllevan grandes responsabilidades. En un país en el cual se respeta la democracia, debe estar diáfano que el pueblo es el verdadero soberano. Por tanto, las ramas políticas tienen el deber ministerial de mantener informados a sus constituyentes sobre los asuntos de política pública del país. El acceso a la información siempre debería ser prioridad. Comunicarse con el pueblo, puede ser, o no, una tarea difícil, pero ciertamente tiene que hacerse concienzudamente. El silencio o la falta de explicaciones en la toma de decisiones es el primer síntoma de un gobierno con tendencias corruptas. Sin embargo, creemos que difundir un mensaje altamente antidemocrático y populista como subterfugio para contrarrestar la disidencia, con la única intención de inducir a confusión y manipular la ciudadanía también resultaría nefasto para la democracia. La respuesta a la falta de democracia siempre debe ser más democracia.

No cabe duda de que las expresiones emitidas por un presidente son políticas. En general, en el ámbito político se goza de una inmunidad que cubre la mayoría de sus expresiones.³ Por tanto, no se le puede reclamar a los políticos por promesas de campaña, discursos, debates, entre otros pronunciamientos. El propósito detrás de este privilegio es fomentar la discusión de ideas sin miedo a represalias, como ocurría en el pasado. En teoría, si no cumplen sus promesas, el ciudadano podría castigarles con el voto. No obstante, entendemos que ciertas expresiones podrían crear una gran confusión en la sociedad y además de exacerbar los ánimos podrían suponer conductas al menos sospechosas, resultado de falta de seriedad y un pobre manejo en las comunicaciones oficiales del gobierno.

Con todo esto dicho y en este contexto, el presidente número cuarenta y cinco de la nación de los Estados Unidos, Donald J. Trump, se ha vuelto una figura muy

³ U.S. CONST. art. I, § 6, cl. 1.

polarizante. Por un lado, se convirtió en presidente, lo que presupone un fuerte apoyo de la sociedad estadounidense.⁴ Pero por otro lado, una gran parte de sus expresiones causan cierto grado de animosidad en distintos sectores dentro y fuera de los límites geográficos de la nación estadounidense; especialmente en aquellos grupos desventajados que han sido sistemáticamente atropelladas.⁵ No obstante, hubo un comentario en particular que causó gran desconcierto en la población, en los ámbitos mediáticos y jurídicos e incluso a nivel mundial, que provocó que se reviviera la aún no resuelta discusión sobre la posibilidad o improcedencia de un autoindulto presidencial; controversia que se ha cuestionado por décadas.⁶ Las expresiones vertidas vía *twitter* por el primer mandatario de los Estados Unidos de América fueron las siguientes:

As has been stated by numerous legal scholars, I have the absolute right to PARDON myself, but why would I do that when I have done nothing wrong? In the meantime, the never-ending Witch Hunt, led by 13 very Angry and Conflicted Democrats (& others) continues into the mid-terms!⁷

Con esta expresión, Trump asegura que posee el poder de expedir su propio indulto. Sostiene su argumento alegando que estudiosos del derecho confirman su hipótesis. Está convencido que puede perdonarse a sí mismo de forma absoluta, es decir, de cualquier delito que cometió o que vaya a cometer.⁸

Podríamos suponer que la reacción inmediata de una persona promedio ante el planteamiento de un autoindulto debería ser de escepticismo y negación al mismo tiempo, puesto que, un individuo común no podría perdonarse a sí mismo sus faltas, sin apereibir mayores consecuencias. Por tanto, podrían pensar que es injusto. Mas aún, cuando la intención de autoindultarse proviene de la figura de mayor jerarquía en la rama ejecutiva, de la cual se espera un alto grado de seriedad y compromiso con la nación. Ante este escenario, la pregunta que aún subsiste es, si en efecto el

⁴ Nicki Lisa Cole, *Meet the People Behind Donald Trump's Popularity*, THOUGHTCO. (18 de enero de 2019), <https://www.thoughtco.com/meet-the-people-behind-donald-trumps-popularity-4068073>.

⁵ J.T., A.A., *Las frases más salvajes del presidente Donald Trump*, EL DIARIO.ES (11 de septiembre de 2016, 8:45h), https://www.eldiario.es/rastreador/frases-estupidas-Donald-Trump_6_478112190.html.

⁶ Robert Nida & Rebecca L. Spiro, *The President as His Own Judge and Jury: A Legal Analysis of the Presidential Self-Pardon Power*, 52 OKLA. L. REV. 197, 199 (1999).

⁷ Donald J. Trump, @realDonaldTrump, TWITTER (Jun. 4, 2018, 8:35 AM), <https://twitter.com/realDonaldTrump/status/1003616210922147841>.

⁸ Dan Mangan & Tucker Higgins, *Here's What 12 Experts Say About Whether President Trump can Pardon Himself*, CNBC (5 de Junio de 2018, 4:03PM), <https://www.cnbc.com/2018/06/04/here-is-what-9-experts-say-about-whether-president-trump-can-pardon-himself.html>.

presidente de los EE. UU. tiene la facultad o el poder de indultarse a sí mismo. Al momento de la redacción de este trabajo, dicha controversia no ha llegado ante la consideración de foro judicial alguno. Por tanto, éste escrito, más allá de intentar responder jurídicamente a la inquietud de la comunidad letrada, pretende cuestionar el efecto nocivo que tendría el autoindulto presidencial en la sociedad de los EE. UU. e incluso llegar a provocar una crisis constitucional. Pero sobre todo, visibilizar el conflicto que dicha decisión provocaría sobre Puerto Rico amén de su actual estado colonial.

La Constitución Federal establece el texto del juramento que tiene que pronunciar el Presidente antes de entrar en funciones.⁹ Según la disposición, deberá jurar solemnemente preservar y proteger la Constitución.¹⁰ Del mismo modo, deberá desempeñar el cargo con su máximo esfuerzo posible.¹¹ Por lo tanto, está obligado a respetar la Constitución y la forma de gobierno republicana allí establecida, sin excederse de sus poderes y facultades. Por otro lado, en la misma Constitución está consagrado el poder de indultar, que es exclusivamente una facultad de la rama ejecutiva.¹²

Adelantamos que, a nuestro juicio no es razonable sostener un argumento en favor del autoindulto presidencial con relativo éxito en un sistema de gobierno en el cual el poder radica en el pueblo. Ello puede crear una tensión insostenible entre las ramas de gobierno. El indulto es un poder inherente de la rama ejecutiva por mandato Constitucional, que choca con al menos una de las ramas de gobierno; la rama judicial. Esto se debe a que el indulto es un mecanismo que deja sin efecto cualquier determinación o dictamen de un tribunal válidamente adjudicado.¹³ Tomando en consideración la Constitución y analizando de manera muy específica el tema de la separación de poderes, podría decirse que el presidente que desee autoindultarse, en gran medida cree que la rama ejecutiva ostenta mayor poder que las demás ramas de gobierno. Dicha premisa, además de ser contrario a derecho, nos parece inmoral y antidemocrática.

Entre los argumentos que circunscriben la interrogante motivo de este trabajo, se han desarrollado teorías con un enfoque del derecho positivista y originalista esbozados por algunos juristas que sostienen la posibilidad de un autoindulto presidencial. Sin duda alguna, rechazamos dichas teorías por estar sustentadas en la única idea que al no existir textualmente un límite o regulación en la Constitución, esta no fue la intención de sus redactores, y por tanto, no puede prohibirse el autoindulto. No somos del criterio de que la Constitución debe interpretarse *ad verbum* o de manera textual y rígida, sino que pensamos que debe interpretarse con

⁹ U.S. CONST. art. II, § 1, cl. 8.

¹⁰ *Id.*

¹¹ *Id.*

¹² U.S. CONST. art. II, § 2, cl. 1.

cierto grado de dinamismo ajustándose a los cambios sociales y políticos de las distintas épocas, moldeándose de la mejor manera posible, para que no pierda su valor con el pasar del tiempo.

Por otro lado, profesores constitucionalistas, Representantes del Congreso de los Estados Unidos, entre otros, exponen cándidamente desde una perspectiva crítica la imposibilidad de un autoindulto presidencial. Fundamentalmente exponen que vindicar la posibilidad de dicho indulto sería ir en contra de la Constitución. No hay forma alguna que puedan coexistir el autoindulto presidencial y un gobierno democrático. A nuestro juicio, el autoindulto es una ficción jurídica creada por aquellas personas que, aunque letradas, no hacen parte de su análisis el efecto fatídico que presentaría en la sociedad norteamericana y sus territorios, el autoindulto presidencial. Limitan su análisis al estricto derecho o incluso solo lingüístico, sin considerar la realidad sociopolítica de un autoindulto por parte del presidente. Por todo lo cual, nos suscribimos a la conclusión del sector de estudiosos y estudiosas que aseguran la improcedencia de un autoindulto presidencial. En la misma línea de pensamiento somos del criterio que considera que aquellos indultos que se diligencian a personas que pertenezcan o trabajen muy de cerca con el gabinete del presidente y estén en funciones, son al menos inmorales. Ya que, es muy difícil argüir un total desconocimiento por parte del presidente sobre las funciones ilegales de esas personas. Por todo lo cual, invito a la comunidad jurídica, política y a la ciudadanía en general a repensar la figura del indulto, además que, proponemos algunas sugerencias de enmiendas constitucionales a dicho poder tan irrestricto.

I. TRASFONDO HISTÓRICO SOBRE EL PODER DEL INDULTO EN ESTADOS UNIDOS Y COMO COMPARA CON OTRAS JURISDICCIONES

a. ESTADOS UNIDOS

En el año 403 a.C., en la antigua Atenas, antes de que existieran las monarquías, hubo un sistema de gobierno más o menos democrático donde existía un proceso de clemencia llamado *adeia*, el cual consistía en que los ciudadanos votaban secretamente por la aprobación del indulto.¹⁴ Mas adelante, los romanos desvirtuaron el propósito de la clemencia que era basada en la justicia y lo convirtieron en un asunto político.¹⁵ Tiempo después, la Corona Inglesa adopta el poder del indulto

¹³ PETER M. SHANE, HAROLD H. BRUFF, NEIL J. KINKOPF, *SEPARATION OF POWER LAW: CASE AND MATERIALS* 698 (Carolina Academic Press ed. 2018).

¹⁴ Daniel T. Kobil, *The Quality of Mercy Strained: Wrestling the Pardoning Power from the King*, 69 TEX. L. REV. 569, 583 (1991), (citando a D. MACDOWELL, *THE LAW IN CLASSICAL ATHENS* 258-59 (1978)).

¹⁵ *Id.*, pág. 584.

proveniente de la tradición romana.¹⁶ Aunque el autoindulto no era parte de la ley, se reconocía la imposibilidad de que el rey cometiera un crimen contra la Corona bajo la idea de que éste no puede ser juzgado por sí mismo.¹⁷ Para remediar ese problema, el Parlamento limitó el poder del rey en favor de un gobierno más democrático y le removió la facultad de indultar personas que estuviesen enfrentando un proceso de residenciamiento, con el fin de evitar abusos del poder.¹⁸

Luego que Norte América fuese colonizada por Gran Bretaña, los colonos que se establecieron trajeron consigo su sistema de gobierno.¹⁹ En este sistema, se mantuvo la facultad de indultar bajo el poder ejecutivo debido a la costumbre inglesa en la cual el rey era quien único tenía la potestad de perdonar crímenes.²⁰ En el año 1787, los autores de la Constitución federal adoptaron el residenciamiento como el único límite al poder de indulto,²¹ sin mucha discusión al respecto.²² El residenciamiento o juicio político, proviene del término en inglés *impeachment* utilizado en los EE. UU. para remover de su cargo a ciertos funcionarios de gobierno por un mal desempeño de sus funciones o por ser culpable de cometer delitos.²³ Una definición enfocada en el derecho norteamericano sobre el *impeachment* nos dice que es:

The act (by a legislature) of calling for the removal from office of a public official, accomplished by presenting a written charge of the official's alleged misconduct; esp., the initiation of a proceeding in the U.S. House of Representatives against a federal official, such as the President or a judge. Congress's authority to remove a federal official stem from Article II, Section 4 of the Constitution, which authorizes the removal of an official for "Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors." But the grounds on which an official can be removed do not have to be criminal in nature. They usu. involve some type of abuse of power or breach of the public trust. Articles of impeachment — which can be approved by a simple majority in the House — serve as the charging instrument for the later trial in the Senate. If the President is impeached, the Chief Justice of the Supreme Court presides over the Senate trial. The defendant can be removed from office by the vote of a two-thirds majority of the senators who are present. In the United Kingdom, impeachment is by the House of Commons and trial

¹⁶ *Id.*, pág. 586.

¹⁷ Robert Nida & Rebecca L. Spiro, *The President as His Own Judge and Jury: A Legal Analysis of the Presidential Self-Pardon Power*, 52 OKLA. L. REV. 197, 203 (1999).

¹⁸ *Id.*

¹⁹ *Id.*, pág. 204.

²⁰ *Id.*, pág. 205.

²¹ U.S. Const. art. II, § 2, cl. 1.

²² *Supra*, nota al calce 17.

²³ ANIBAL D'ANGELO RODRIGUEZ, DICCIONARIO POLÍTICO 346 (Claridad S.A. ed., 2004).

by the House of Lords. But no case has arisen there since 1801, and many British scholars consider impeachment obsolete. — Also termed formal impeachment.²⁴

El primer presidente que ejerció su poder de indultar fue George Washington. Lo utilizó sobre los líderes del *Whiskey Rebellion*, acusados en 1795 por cubrir con alquitrán caliente y luego plumas – castigo público que proviene de Europa²⁵ – a los oficiales que intentaban recolectar los impuestos federales.²⁶ El Presidente John Adams también puso en vigor su poder de perdón presidencial para aquellos que formaron parte de la insurrección de Pennsylvania.²⁷ En una situación más controversial, el Presidente Thomas Jefferson indultó a un grupo de personas acusadas por traición, por haber publicado material político contra los federalistas, por entender que estaban resguardados por la Primera Enmienda.²⁸ Algunos sectores lo cuestionaron porque aseguraban que la razón verdadera del indulto fue para liberar aliados políticos.²⁹ Sin embargo, ese no fue el único intento de Jefferson en utilizar el indulto. En otro caso de traición, Jefferson utilizó el indulto como un mecanismo de inmunidad para conseguir testimonios inculpadores por parte de los alegados cómplices, aunque finalmente sus esfuerzos fueron infructuosos ya que las personas no aceptaron la clemencia o perdón ejecutivo.³⁰

John Marshall, en el año 1803, como Juez Presidente de la Corte Suprema, dio un giro fundamental a las funciones de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Marshall resolvió en *Marbury v. Madison*, que serán los miembros de la Corte quienes interpretarán en última instancia lo dispuesto en la Constitución Federal.³¹ Este caso pareciera ser normativo para cimentar las bases de un argumento en contra del autoindulto presidencial, ya que la Corte por medio de la revisión judicial se encargaría de establecer con exactitud los linderos del poder de indulto. Es cierto que los poderes enumerados en el Artículo dos de la Constitución Federal pertenecen a la rama ejecutiva.³² Sin embargo, no es menos cierto que la Corte podría hacer

²⁴ THOMSON REUTERS, BLACK'S LAW DICTIONARY 870 (Bryan A. Garner et. Al. eds., 10th ed. 2014).

²⁵ *Tarring and Feathering*, UNITED STATES HISTORY, <https://www.u-s-history.com/pages/h569.html>.

²⁶ Robert Nida & Rebecca L. Spiro, *The President as His Own Judge and Jury: A Legal Analysis of the Presidential Self-Pardon Power*, 52 OKLA. L. REV. 197, 207 (1999).

²⁷ *Id.*, pág. 208.

²⁸ *Id.*

²⁹ Daniel T. Kobil, *The Quality of Mercy Strained: Wresting the Pardoning Power from the King*, 69 TEX. L. REV. 569 (1991), (citando a Leonard W. Levy, *Jefferson and Civil Liberties* 163 (1963).

³⁰ *Supra*, nota al calce 26.

³¹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

³² U.S. CONST. ART. II. CONST.

una interpretación sobre alguno de esos poderes, siempre y cuando se cuestione, y sea necesario un dictamen. Nos parece que estaría justificada una interpretación judicial restrictiva sobre un poder del ejecutivo cuando se trate de un autoindulto presidencial. No obstante, la Corte Suprema ha resuelto que el Congreso no puede limitar el poder de indulto. Añadió que es un poder ilimitado y se extiende a todo tipo de ofensa o delito conocido por ley; aplica antes y durante el proceso de acusación o incluso luego de ser convicto.³³

En el primer caso donde se revisó el uso del indulto, el Juez Presidente Marshall estableció que es: “an act of grace, proceeding from the power entrusted with the execution of the laws, which exempts the individual, on whom it is bestowed, from the punishment the law inflicts for a crime he has committed”³⁴ Explicó el Tribunal que el indulto es un acto de gracia en el cual se le perdona a un individuo el castigo por el crimen que cometió. En otro caso, la Corte Suprema aclaró que el presidente tiene la facultad de establecer condiciones al indulto, ya que es un poder inherente de la rama ejecutiva.³⁵

Luego de la Guerra Civil en los Estados Unidos, el presidente Lincoln utilizó el indulto como mecanismo de reconciliación para subsanar la división de los estados del sur con los del norte.³⁶ Como parte de la reconstrucción de la nación, el presidente Lincoln tenía que recuperar la confianza que tuviesen las personas en la Constitución y lograr que fueran leales a la nación. Por consiguiente, puso en vigor los poderes de la propia Constitución para lograr su objetivo.³⁷

En el siglo XX hubo muchos indultos sin mayor trascendencia política o mediática según se fue desarrollando el gobierno federal.³⁸ No obstante, esa no fue la situación con el controversial y mundialmente reconocido indulto del Presidente Richard Nixon, concedido por el Presidente Gerald Ford a base del escándalo de *Watergate*.³⁹ El periódico *New York Times* catalogó este indulto como “profoundly unwise, divisive, and unjust act.”⁴⁰ Aunque algunos pudiesen creer que fue un gesto de humanidad para sanar la nación. El artículo del *New York Times* intitulado *THE FAILURE OF MR. FORD*, reseña que: “President Ford speaks of compassion. It is tragic that he had no compassion and concern for the Constitution and the Government of

³³ Ex parte Garland, 71 U.S. 333 (1866).

³⁴ U.S. v. Wilson, 32 U.S. 150, 160 (1833).

³⁵ Ex parte Wells, 59 U.S. 307 (1855).

³⁶ Robert Nida & Rebecca L. Spiro, *The President as His Own Judge and Jury: A Legal Analysis of the Presidential Self-Pardon Power*, 52 OKLA. L. REV. 197, 209 (1999).

³⁷ *Id.*

³⁸ *Id.*, pág. 211.

³⁹ Presidential Proclamation 4311, 39 Fed. Reg. 32,601 (1974).

⁴⁰ *The Failure of Mr. Ford*, THE NEW YORK TIMES, (9 de septiembre de 1974), <https://www.nytimes.com/1974/09/09/archives/the-failure-of-mr-ford.html>.

law that he has sworn to uphold and defend.”⁴¹ Refleja a la perfección la frustración de una nación que fue traicionada por segunda ocasión, primero por el presidente Nixon y luego por el presidente Ford al indultar el ofensor de mayor rango político de los Estados Unidos; aún en la actualidad.

Evidentemente burlaron el sistema constitucional y aunque se cuestionó, aparentemente no fue suficiente para dejar sin efecto ese indulto tan polémico. Fue un lamentable suceso, pues, aunque para los efectos legales, era posible el indulto, creemos que tiene el mismo efecto que un autoindulto presidencial. La única diferencia es que el indultado, deja la posición de presidente. Al indultar a Nixon no se respetó la constitución y peor aún, creo un infortunado precedente. Tanto así que permite a cualquier persona malintencionada que llegue al poder usar el perdón presidencial como válvula de escape. Solo está sujeto a que el vicepresidente de turno acceda a indultarle, lo que usualmente no presentaría un problema mayor, ya que, como regla general el presidente y vicepresidente militan en el mismo partido. Claro, peor sería el escenario en que se acordara de antemano el indulto.

Por otro lado, el Presidente Jimmy Carter culminó el proceso de clemencia del escándalo de *Watergate*, al reducir la sentencia de uno de los responsables.⁴² Él mismo fue quien, además, expidió amnistías para aquellos que decidieron violentar la ley de servicio selectivo durante la Guerra de Vietnam.⁴³ El Presidente Harry Truman, en su tiempo, creó un sistema de amnistía que requería la aprobación de un comité presidencial para otorgarle el indulto a quienes violaron los procesos de reclutamiento de la Segunda Guerra Mundial.⁴⁴

El Presidente Ronald Reagan por su parte, indultó varias personas justo antes de culminar su término como presidente, entre ellos el dueño de los New York Yankees.⁴⁵ Otros que recibieron la gracia presidencial de manera incondicional por parte de Reagan, fueron dos agentes del FBI convictos por irrumpir en hogares de personas que ellos creían estar conectados con grupos revolucionarios.⁴⁶ Justificó el perdón presidencial basado en la premisa que los agentes actuaron sin intención criminal.⁴⁷ Luego, el Presidente George H. W. Bush, quien fue Vicepresidente del Presidente Reagan por dos términos, también realizó un cuestionable indulto al brindar el perdón ejecutivo, en sus últimos meses como presidente, sobre seis

⁴¹ *Id.*

⁴² Robert Nida & Rebecca L. Spiro, *The President as His Own Judge and Jury: A Legal Analysis of the Presidential Self-Pardon Power*, 52 OKLA. L. REV. 197, 211 (1999).

⁴³ Exec. Order No. 11,967, 42 Fed. Reg. 4393 (1977).

⁴⁴ Exec. Order No. 9814, 11 Fed. Reg. 14,645 (1946).

⁴⁵ *Supra*, nota al calce 44, pág. 212.

⁴⁶ PETER M. SHANE, HAROLD H. BRUFF, NEIL J. KINKOPF, *SEPARATION OF POWER LAW: CASE AND MATERIALS* 701 (Carolina Academic Press ed. 2018).

⁴⁷ Exec. Order No. 119767, 3 C.F.R. 91 (1978).

personas que alegadamente fueron parte del escándalo de Irán-Contra, entre ellos el Secretario de Defensa, Caspar Weinberger.⁴⁸

Según nuestra investigación, el planteamiento sobre el autoindulto presidencial fue altamente considerado durante la administración de Nixon y más adelante en la de Bush, sin embargo, en ninguna fue adoptada.⁴⁹ El autoindulto presidencial por si solo es una movida sin mucho éxito político, por tanto, aunque así lo hiciera, destruiría todo su capital político, ya que, como mínimo le costaría una derrota en las próximas elecciones y/o podrían comenzar un proceso de Residenciamiento en su contra. Todo esto sin mencionar el daño político que esa persona le haría al partido en el cual milita. Claro, todo esto se plantea desde el ámbito político-social, al considerar las consecuencias estrictamente legales, pudieran ser inexistentes.

Por su parte el presidente Clinton fue quien comenzó un patrón distinto, otorgó muy pocos indultos, pero entre esos hubo específicamente dieciséis que causaron revuelo por tratarse de nacionalistas puertorriqueños.⁵⁰ Fue duramente criticado porque se alegó que esos indultos se debieron a una estrategia política para que la primera dama, en aquel momento, Hillary Clinton tuviera éxito en su campaña de Senadora de los Estados Unidos por New York.⁵¹ Otros que recibieron el perdón presidencial antes de culminar su término fueron: su hermano, el hijo del Secretario de Educación, el Secretario de Vivienda, Susan McDougal; una vieja amiga de la política y March Rich, que también fue un indulto muy controversial, ya que, fue acusado del fraude más grande en la historia de la nación.⁵² En esta misma línea de diligenciar pocos indultos se encuentra el presidente George W. Bush que en ocho años otorgó 189 indultos.⁵³ De todos, el único perdón controversial fue a I. Lewis Libby, jefe de gabinete del Vicepresidente.⁵⁴ Al cual le conmutó la pena pero le dejó la convicción y la multa que le impusieron; además que tuvo que cumplir dos años en probatoria.⁵⁵

Por su parte, el presidente Barack Obama rompió el esquema de pocos indultos que le precedió. En 2014 el Departamento de Justicia anunció unas iniciativas de clemencia, en las cuales se les dio prioridad a aquellos prisioneros que llevaran al

⁴⁸ Proclamation No. 6518, 57 Fed. Reg. 62,145 (1992).

⁴⁹ *Supra*, nota 44, pág. 201.

⁵⁰ *Supra*, nota 48, pág.704.

⁵¹ *Id.*

⁵² Harold J. Krent, *Condition the President's Conditional Pardon Power*, 89 CALIF. L. REV. 1665, 1666 (2001)

⁵³ PETER M. SHANE, HAROLD H. BRUFF, NEIL J. KINKOPF, *SEPARATION OF POWER LAW: CASE AND MATERIALS* 704 (Carolina Academic Press ed. 2018).

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.*

menos una década en la cárcel y fueron convictos por el mismo delito.⁵⁶ El perfil del convicto que cualificaba es aquel que no fuese violento, no estuviese involucrado con la mafia, ganga o algún cartel de crimen organizado y sin un historial significativo criminal.⁵⁷ En su mayoría fueron personas convictas por delitos de drogas no violentos.⁵⁸ Al final de su término Obama excedió el récord de cada presidente desde Truman hasta Bush combinados, al otorgar 1,927 clemencias ejecutivas, conmutó 1,715 sentencias de las que 504 eran sentencias de cadena perpetua y 212 indultos.⁵⁹

En último, el actual presidente de los Estados Unidos, Donald J. Trump. Al momento de la redacción del escrito ha indultado siete personas, entre ellas, el antes mencionado I. Lewis Libby que Bush le había conmutado la pena de cárcel.⁶⁰ Según Trump, no conoce a Libby pero le ha llegado información que se le ha tratado injustamente por años.⁶¹ Por otro lado, concedió un indulto inusual, pues fue uno póstumo ya que John “Jack” Arthur Johnson murió en 1946.⁶² Tema aparte, los indultos que ha considerado son: Cohen y Manafort; personas muy cercanas a su equipo de trabajo. No obstante, la insensatez llega a su máximo nivel cuando consideró perdonarse a sí mismo. Tema que será cuestionado a cabalidad más adelante.

b. PUERTO RICO

En Puerto Rico, al igual que en los EE. UU. y muchos otros países, hay una Constitución, pero, aquí se considera de factura más ancha porque entre otras consideraciones tiene la carta de derechos integrada en el texto original. La Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, dispone sobre el indulto lo siguiente:

Los deberes, funciones y atribuciones del Gobernador serán: ... Suspender la ejecución de sentencias en casos criminales, conceder indultos, conmutar penas y condonar total o parcialmente multas y confiscaciones por delitos

⁵⁶ PETER M. SHANE, HAROLD H. BRUFF, NEIL J. KINKOPF, *SEPARATION OF POWER LAW: CASE AND MATERIALS* 708 (Carolina Academic Press ed. 2018)

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Pardons Granted by President Donald Trump*, THE UNITED STATES: DEPARTMENT OF JUSTICE, <https://www.justice.gov/pardon/pardons-granted-president-donald-trump>.

⁶¹ MICHELLE MARK, *Can Trump pardon Cohen or Manafort? Here's who he's given clemency to so far*, BUSINESS INSIDER (12 de diciembre de 2018, 2:03PM), <https://www.businessinsider.com/who-has-trump-pardoned-so-far-arpao-johnson-scooter-libby-2018-5#jack-johnson-4>.

⁶² *Id.*

cometidos en violación de las leyes de Puerto Rico. Esta facultad no se extiende a procesos de residencia.⁶³

Es evidente la similitud con la cláusula de la Constitución Federal, sin embargo, es más específica al momento de identificar en qué consiste la clemencia ejecutiva del Gobernador de Puerto Rico.

En cuanto a los indultos a funcionarios, se ha dicho por medio de una Opinión del Secretario de Justicia que:

el efecto de un indulto es más bien el eliminar la inhabilitación para ocupar cargos públicos y no la de crear un derecho en favor del indultado y correlativamente un deber de parte de la autoridad nominadora de reponer en su antiguo cargo al indultado, máxime si éste, por su naturaleza, conlleva ciertas relaciones con el público que hacen deseable para su ejercicio el que se posea una moral intachable.⁶⁴

La intención de la Asamblea Legislativa no es que las personas que hayan sido convictas por delitos graves regresen a sus cargos, primero deben pasar por un proceso de rehabilitación.⁶⁵ “Un indulto, de por sí no tiene el efecto de restituir a las personas a un cargo anterior que ocupaban y cual se perdió por motivo de una convicción.”⁶⁶ Según la Opinión del Secretario de Justicia podemos descifrar que el manejo sobre este tema va mayormente dirigido a brindar segundas oportunidades a las personas. Se cree genuinamente en la rehabilitación y corrección de los que fueron convictos.

Ese poder de indulto concedido al Gobernador de Puerto Rico, siempre estará sujeto a la relación política-constitucional que mantiene el Estado Libre Asociado de Puerto Rico con los Estados Unidos. El Gobernador no puede conceder un indulto a un convicto por violación a leyes federales, esa facultad es exclusiva del presidente de los Estados Unidos.⁶⁷ Además existe una limitación geográfica, pues el Gobernador no puede ejercitar la facultad de indulto por una sentencia dictada por un tribunal de otra jurisdicción.⁶⁸

Puerto Rico, al no ser un país soberano no tiene el derecho a una verdadera autodeterminación, en cualquier momento podríamos entrar en una contradicción jurídica con los EE. UU. por alguna diferencia de política pública en la cual se vean afectados los poderes establecidos en la Constitución del ELA. Aunque pareciese un

⁶³ CONST. ELA art. 4, § 4.

⁶⁴ Op. Sec. Just. Núm. 7 de 1997, (*citando a* Op. Sec. Just. Núm. 52 de 1958, pág. 273).

⁶⁵ *Id.* (*citando a* Op. Sec. Just. Num. 29 de 1989).

⁶⁶ *Id.* (*citando a* A.L.R. 3d 1191).

⁶⁷ Op. Sec. Just. Num. 33 de 1960.

⁶⁸ *Id.*

escenario improbable para algunos, no lo encontramos del todo descabellado por el patrón de despreocupación en el manejo de los asuntos de política económica que ha tenido el gobierno de los EE. UU. con Puerto Rico.⁶⁹ Además de la poca deferencia que le puedan tener al Gobierno de Puerto Rico, cuando legislaron PROMESA.⁷⁰ Puesto que, en dicha ley se usurpan algunas de las facultades de aquellos funcionarios que fueron electos por el pueblo. El poder que se le concedió a la Junta de Control Fiscal es incluso mayor que el que tenían el presidente de los EE. UU. y el Congreso bajo las leyes Foraker y Jones.⁷¹

Además de la limitación colonial y territorial que pudiese tener el indulto, entendemos que no existe otra restricción al poder de indulto del Gobernador, por ello se maneja de forma análoga a los Estados Unidos. No se ha considerado al momento, si el Gobernador tiene la facultad o no de expedir su propio indulto, pero al igual que el autoindulto presidencial creemos que es imposible de poner en vigor sin antes trastocar el sistema de pesos y contrapesos de la Constitución.

c. ARGENTINA

En Argentina se adoptó como parte de la Constitución Nacional una cláusula de limitación al indulto similar a la de EE. UU. con el mismo propósito de impedir que el Poder Ejecutivo frustrara o entorpeciera un proceso de juicio político o residenciamiento contra el acusado.⁷² Sin embargo, a diferencia de los EE. UU., en Argentina, tienen de manera categórica y patente que el Poder Ejecutivo no puede indultarse a sí mismo, pues conlleva la imposibilidad y nulidad absoluta del indulto.⁷³ GUILLERMO J. FIERRO, refiriéndose al autoindulto del presidente nos dice que: “ello no sólo sería manifiestamente inmoral, sino que contrariaría los principios básicos de nuestra Constitución Nacional sobre los cuales se edifica el ordenamiento jurídico argentino.”⁷⁴

Por otro lado, es importante aclarar que el indulto no tiene una aplicación homogénea en todo Argentina ya que existen Constituciones Provinciales que establecen límites específicos al momento de indultar. Por ejemplo, las provincias de

⁶⁹ José A. Delgado, *A casi 18 meses del huracán María solo llega un 19% de la ayuda*, ENDI (21 de febrero de 2019, 5:00AM), <https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/acasi-18mesesdelhuracanmariasolollegaun19delaayuda-2478026/>.

⁷⁰ PUERTO RICO OVERSIGHT MANAGEMENT AND ECONOMIC STABILITY ACT, 48 U.S.C. § 2121 (2016)

⁷¹ ANÍBAL ACEVEDO VILÁ, *SEPARACIÓN DE PODERES EN PUERTO RICO: ENTRE LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA* 21 (Ediciones Sítum ed., 2018).

⁷² GUILLERMO J. FIERRO, *AMNISTÍA, INDULTO Y CONMUTACIÓN DE PENAS* 184 (Jose Luis Depalma ed., 1999).

⁷³ *Id.*, (citando a Chiappini, *Problemas de derecho penal*, pág. 24).

⁷⁴ *Id.*

Jujuy y Santa Cruz no fijan límites. Sin embargo, las provincias de Chubut, Santa Fe, Formosa y Mendoza no permiten el indulto hacia empleados o funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.⁷⁵ Además, hay otras provincias con limitaciones aún más rigurosas en donde excluyen ciertos delitos ya sean electorales, contra la humanidad, o aquellos que intenten un alzamiento o subversión.⁷⁶

Nos parece muy acertado que se haya considerado en la Constitución Nacional el tema del autoindulto por parte del Ejecutivo. Puesto que al estar diáfano ese límite ante aquellos funcionarios públicos que intenten manchar el sistema de justicia, reduce aún más la posibilidad que una persona llegue al poder y coquetea con la idea de perdonarse así mismo los crímenes. Pero lo más importante es que no hay espacio para interpretaciones por juristas muy creativos que logren ser convincentes y con sus teorías, ocasionen un cambio en el curso de la historia de un país como lo pudiese ser en Estados Unidos si decidieran validar un autoindulto presidencial.

d. ESPAÑA

La Constitución Española que está vigente desde 1978 contiene unas prerrogativas del Rey, en la cual se establece que le corresponde “[e]jercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales.”⁷⁷ Para darle estructura a dicho poder se creó una ley que establece el marco regulador de los indultos en España. La ley de 18 de junio de 1870, de Reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto.⁷⁸ En la exposición de motivos está plasmado el deseo de anteponer una sana administración de la justicia por encima de un lamentable abuso de la prerrogativa constitucional. Al parecer la ambigua facultad de apenas de una oración de una línea en la Constitución Española permitió que se eximiera a muchas personas sin poder tener un algún tipo de control. No obstante, aunque ahora existe un marco regulador con mayor rigor, ello no detiene a los altos funcionarios de conceder grandes cantidades de indultos.⁷⁹

La ley no contempla límite alguno del uso del indulto por algún funcionario del gobierno o de algún foro de poder. No existe. El indulto según como está en la ley no discrimina entre convictos. El artículo uno reza de la siguiente manera: “[l]os

⁷⁵ *Id.*, pág. 185.

⁷⁶ *Id.*, págs. 186-87.

⁷⁷ Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, art. 62.

⁷⁸ España. Ley 175/1870, de 24 de junio de 1870.

⁷⁹ Á de Cózar, *468 indultos en 11 meses de Rajoy*, EL PAÍS (2 de diciembre de 2012), https://elpais.com/politica/2012/12/01/actualidad/1354397663_879441.html; Aitor Bengoa, *La concesión de indultos cae un 84% pese a que crecen las peticiones*, EL PAÍS (18 de julio de 2015), https://elpais.com/politica/2015/07/17/actualidad/1437153240_650862.html.

reos de toda clase de delitos podrán ser indultados, con arreglo a las disposiciones de esta Ley, de toda o parte de la pena en que por aquéllos hubiesen incurrido”.⁸⁰ Las únicas excepciones que vislumbra la ley son: los que no han sido condenados por sentencia firme, los que no estuvieren a disposición del tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena y los reincidentes.⁸¹ Por todo lo cual, no está claro cómo sería el manejo de una persona en una posición de poder que pretenda indultarse a sí misma. Lo que si conocemos es que se efectúan de manera parecida al proceso de los Estados Unidos porque es el Ejecutivo quien concede los indultos.⁸²

II. EL PODER DEL INDULTO Y SUS EFECTOS

El indulto es un poder inherente del presidente que supone un potencial de invalidar, primero, el producto legítimo del ejercicio Congressional que crea un marco regulador a través de legislación, y segundo, algún dictamen que hiciese un magistrado en la aplicación de aquella ley completamente válida, a un determinado caso o controversia en cumplimiento de su mandato constitucional.⁸³

Para la doctora en derecho Ruth Ortega-Vélez, el indulto:

[e]s un acto de clemencia ejecutiva, una gracia. El ejercicio de ese poder dimana de la ley fundamental del Estado, y puede ejercitarse concediendo el indulto en forma total y absoluta, o en forma condicionada, no teniendo otra limitación el ejecutivo para imponer condiciones que la de que estas no vayan contra la ley, la moral o sean imposibles de cumplir.⁸⁴

De acuerdo con esta definición, la rama ejecutiva no debe expedir indultos a sí mismo porque iría en contra de la limitación que tienen las condiciones que podría imponer. A pesar de que las condiciones son a discreción del que expide el indulto, sería contradictorio poder diligenciar un indulto que va en contra de la Constitución (refiriéndonos al autoindulto presidencial), pero no uno que contenga una condición contraria a la Constitución. Pues reiteramos que nuestra postura es que el autoindulto por parte del alto Foro Ejecutivo va en contra de la Constitución y el modelo republicano de gobierno. En busca de mayor claridad, encontramos un sinnúmero de sinónimos que parecerían significar lo mismo dentro del acto de gracia del ejecutivo. Sin embargo, al escoger entre uno u otro podríamos encontrarnos

⁸⁰ España. Ley 175/1870, de 24 de junio de 1870, Cap. 1, art. 1.

⁸¹ *Id.*, Cap. 1, art. 2.

⁸² *Id.*, Cap. 3.

⁸³ PETER M. SHANE, HAROLD H. BRUFF, NEIL J. KINKOPF, *SEPARATION OF POWER LAW: CASE AND MATERIALS* 698 (Carolina Academic Press ed. 2018).

⁸⁴ RUTH E. ORTEGA-VÉLEZ, *DICCIONARIO JURÍDICO DERECHO PUERTORRIQUEÑO* 342 (Chrisely ed., 2nd. Ed. 2008).

ante distintos tipos de perdón. La clemencia por su parte fue la clasificación más abarcadora porque incluye el indulto, la conmutación de sentencia, remisión o exoneración de penas. Aunque, con el pasar del tiempo todo se ha consolidado como sinónimo de indulto.⁸⁵

Hay varios puntos de vista encontrados en cuanto al efecto de la clemencia ejecutiva. Algunos estudiosos del derecho creen que el acto de clemencia al eliminar la pena del delito, de igual forma borra la existencia de una culpa moral que viene acompañada con la comisión del delito.⁸⁶ Otros entienden que, aunque la clemencia subsana el efecto de la convicción, no borra la culpa del indultado.⁸⁷ Bajo la última teoría las personas tienen derecho al perdón, pero no al olvido. Tampoco hay espacio bajo dicha teoría a que se indulten personas inocentes, quíerese decir que fueran sentenciadas erróneamente, porque aunque se perdonen, estarían supuestos a cargar con la vergüenza moral del delito que no cometieron.⁸⁸

Una de las funciones positivas del indulto es la mitigación de las deficiencias que tenga el sistema de justicia.⁸⁹ Existieron situaciones en el pasado que el estado de derecho pudo haber perpetuado la injusticia y tuvo víctimas del propio sistema. Esto pudo haber sido por la criminalización inflexible de las conductas sin entrar en consideración de las situaciones particulares de los individuos. Por lo tanto, se utilizó la clemencia ejecutiva para intentar buscar la equidad en casos donde la aplicación inelástica del derecho positivo atropellaba aún más las víctimas.⁹⁰ Por ejemplo: casos de legítima defensa, homicidio accidental o por demencia.⁹¹ En ese momento histórico hubo circunstancias extraordinarias que no se tomaban en consideración al momento de aplicar la ley. Por esto, la Rama Ejecutiva, en busca de la armonía social y la simpatía del pueblo, utilizó el indulto como mecanismo para restaurar la confianza de la sociedad en el sistema de justicia.⁹² Pero, ¿por qué entonces el estado buscó acusar las personas de un delito al cual se consideraba injusto su aplicación? Independientemente cuál sea la razón que tenga el ejecutivo para perdonar las ofensas de los particulares, habría que reflexionar sobre la efectividad del sistema

⁸⁵ NATIONAL CENTER FOR STATE COURTS, CLEMENCY: LEGAL AUTHORITY, PROCEDURE, AND STRUCTURE xiii (Samuel P. Stafford II ed., 1977).

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ *Id.* (citando a *Baldi v. Gilchrist*, 204 App. Div. 425, 198 N.Y.S. 493 (1st Dept. 1923); *Stone v. Oklahoma Real Estate Commission*, 369 P. 2d 642, Okla. (1962). (“But there may be a confession of guilt implied in the acceptance of pardon”, *See Burdick v United States*, 236 U.S. 79, 91 (1915)).

⁸⁹ *Id.*, pág. xiv.

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ NATIONAL CENTER FOR STATE COURTS, CLEMENCY: LEGAL AUTHORITY, PROCEDURE, AND STRUCTURE xv (Samuel P. Stafford II ed., 1977).

⁹² *Id.*

judicial y considerar una posible reestructuración con un enfoque que vaya acorde con la sociedad actual.

Históricamente, como hemos mencionado que la visión del concepto del indulto es contemplado como un acto de gracia que tiene el presidente y/o gobernante para con el convicto, y que pudiese ser rechazado por el receptor. No obstante, esta visión se modificó en *Biddle v. Perovich*, ya que la Corte confirmó el poder del presidente para modificar o conmutar una sentencia de muerte, a una de prisión por el resto de su vida, en contra de la voluntad del prisionero.⁹³ Resuelve que el indulto no depende de que el individuo consienta o no.⁹⁴ Es parte de un esquema constitucional.⁹⁵ Quien único tiene la autoridad de autorizarlo es el presidente, por lo tanto es quien hace el juicio valorativo del impacto social que pudiese tener dicho indulto.

A través del tiempo, el indulto ha pasado de ser un mecanismo utilizado para combatir las injusticias, a ser un recurso con un poder casi ilimitado, que bajo una administración dudosa, pudiese ser utilizado sin medida, incluso, viéndose sumergida en las tinieblas de la corrupción y el autoritarismo. A nuestro juicio el indulto es una herramienta muy útil y reparadora que dejó de ser utilizado concienzudamente para ser utilizado como arma de batallas políticas. Aunque los indultos son ordenes ejecutivas, documentos públicos por su naturaleza, rara vez se crea discusión pública. Los indultos que pasan por el escrutinio público son el resultado del ejercicio de la libertad de prensa, ya que los medios de comunicación son quienes exigen detalles sobre los mismos. Gracias a ello, reciben relevancia en la estrada pública. Nos parece que el indulto tal y como se ve en la actualidad tiene una gran carga negativa. La sociedad en general critica la expedición de indultos sin una discusión robusta al respecto, o sea, aquellos que se expiden en los últimos meses del término sin pasar por el crisol público. Puesto que todo lo que se hace en silencio, carga con un estigma negativo en cuanto a la administración de los bienes público. En Puerto Rico, al igual que sucede en otras jurisdicciones, existen artículos periodísticos de los principales rotativos del país en los cuales se compara la cantidad de indultos de los gobernadores a través de la historia y se critica con mayor vehemencia los que tengan la mayor cantidad.⁹⁶ Entendemos que resultaría aún peor si se tratase del autoindulto presidencial; debería ser criticado con mayor rigor. “A self-pardon, like any other pardon, might imply to public that a crime has been committed, a concession the president might not wish to make if he has any doubts about the validity of his reprieve.”⁹⁷

⁹³ *Biddle v. Perovich*, 274 U.S. 480, 488 (1927).

⁹⁴ *Id.*, pág. 486

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ GLORIA RUIZ KUILAN Y CYNTHIA LÓPEZ CABAN, *García Padilla concede 17 indultos*, ENDI (viernes, 20 de diciembre de 2018, 4:05 PM), <https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/garciapadillaconcede17indultos-2276912/>.

⁹⁷ CHARLES L. BLACK, JR., PHILIP BOBBITT, *IMPEACHMENT: A HANDBOOK*, NEW EDITION 134 (Yale University Press, New Haven & London eds., 2018)

Como hemos expuesto, con el pasar del tiempo se les han perdonado faltas a diferentes personas por diversas razones. Algunos estudiosos del derecho piensan que ciertos indultos se concedieron correctamente por fundamentos de gran peso que perseguían alguna justicia social.⁹⁸ Ejemplo de ello fue el indulto del presidente Lincoln, cuando utilizó el indulto como mecanismo para subsanar las heridas de una nación dividida luego de la Guerra Civil.⁹⁹ En cambio, hubo otros que persiguen fines políticos. Un indulto muy antipático fue el que concedió el presidente Gerald Ford al presidente Nixon, luego del escándalo de *Watergate*.¹⁰⁰

El indulto tiene efectos positivos o negativos, depende la idiosincrasia de la persona que lo expida. Si la persona que ostenta el poder tiene fuertes convicciones de justicia, lo utilizará para reivindicar problemas de un sistema imperfecto. Sin embargo, existe otro tipo de persona como el presidente Donal J Trump, que asegura poder usar el indulto para sus propios intereses. Eso es un ejemplo claro de una pésima utilización de un poder tan sensitivo como lo es el indulto. Es como mínimo temeraria la persona que vacile con perdonarse a sí misma, a nuestro juicio demuestra la poca calidad con la que gobierna un país.

III. INTERPRETACIONES JURÍDICAS SOBRE EL PLANTEAMIENTO DE UN AUTOINDULTO PRESIDENCIAL

*“Una Constitución no establece, ni debe establecer, normas para la hora que pasa, sino principios para un futuro que se expande”.*¹⁰¹

Existen cuatro teorías o argumentos básicos que afirman la posibilidad jurídica del autoindulto presidencial: la textual, la histórica, la estructural y la del precedente.¹⁰² Todas invocan el rescindimiento como remedio para el abuso de poder, ya que se trata del único mecanismo constitucional establecido para limitar el poder del indulto que fue conferido al presidente. Bajo la teoría literal o textual, el argumento del derecho positivo ante esta situación fue el esperado. La cláusula en la cual está dispuesto el indulto reza de la siguiente forma: “Power to grant Reprieves and

⁹⁸ KATHLEEN DEAN MOORE, *PARDONS JUSTICE, MERCY AND THE PUBLIC INTEREST* 122 (Oxford University Press ed., 1989).

⁹⁹ Robert Nida & Rebecca L. Spiro, *The President as His Own Judge and Jury: A Legal Analysis of the Presidential Self-Pardon Power*, 52 OKLA. L. REV. 197,209 (1999).

¹⁰⁰ Proclamation No. 4311, 39 Fed. Reg. 32,601 (Aug. 9, 1974).

¹⁰¹ *Empresas Puertorriqueñas de Desarrollo, Inc. V. Hermandad Independiente de Empleados Telefónicos*, 150 DPR 924, 956 (2000), (citando a B.M. Cardozo, *La naturaleza de la función judicial*, Buenos Aires, Eds. Arayú, 1955, pág. 64).

¹⁰² Robert Nida & Rebecca L. Spiro, *The President as His Own Judge and Jury: A Legal Analysis of the Presidential Self-Pardon Power*, 52 OKLA. L. REV. 197 (1999).

Pardons for Offenses against the United States, except in Cases of Impeachment.”¹⁰³ Básicamente arguyen que la Constitución no restringe la facultad del presidente para perdonarse a sí mismo, por lo tanto, estaría permitido. Además, establecen que los redactores de la Constitución pudieron haber dispuesto, además del mecanismo del residenciamiento, un límite adicional para evitar el autoindulto, pero en cambio, decidieron no incluirlo.¹⁰⁴

En una línea de pensamiento similar a la teoría textualista se encuentra el argumento sobre la intención original de los creadores de la Carta Magna. Según este planteamiento, visto desde la perspectiva originalista, cuando los redactores de la Constitución estuvieron en medio del proceso de discusión en la convención constituyente no sostuvieron un debate vigoroso sobre esta temática.¹⁰⁵ La mayoría incluso se negó cuando se propusieron varias limitaciones al indulto, como por ejemplo, que se necesitara la aprobación del Senado para que un indulto fuese válido.¹⁰⁶ En cambio, sostuvieron el mismo esquema de Inglaterra, donde el Rey tenía un poder cuasi absoluto, únicamente limitado por el residenciamiento. Dicho esquema es el que en la actualidad continúa vigente, sin ninguna enmienda, incluso luego de los escándalos en el siglo XX antes mencionados.¹⁰⁷

Por otro lado, existe un argumento más técnico o estructural. Sus defensores esbozan que de acuerdo con la estructura y construcción de la Constitución, no es posible el abuso del poder por parte del presidente.¹⁰⁸ Se refieren al sistema de pesos y contrapesos que típicamente se conocen por crear un balance entre las ramas de gobierno. En este caso el freno para el abuso de poder por parte del presidente es el procedimiento de residenciamiento. La Corte Suprema fue muy enfática cuando decidió que el Congreso no tiene poder para regular el indulto, al igual que no puede ser revisada o condicionado por la Legislatura.¹⁰⁹ Por consiguiente, los creadores de esta teoría sostienen que el autoindulto presidencial técnicamente es posible, aunque, activaría su *némesis* constitucional, el residenciamiento.¹¹⁰

En el sistema jurídico de los EE. UU. al igual que en muchas partes del mundo, el comportamiento y la interacción entre las personas se puede regular por medio de la creación de leyes. En adición, por herencia del derecho común «*common law*», el Tribunal podría crear normas mediante jurisprudencia. De este sistema casuístico

¹⁰³ U.S. CONST. ART. II, § 2.

¹⁰⁴ *Supra*, nota 104, pág. 217.

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ *Id.*, pág. 218.

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ Robert Nida & Rebecca L. Spiro, *The President as His Own Judge and Jury: A Legal Analysis of the Presidential Self-Pardon Power*, 52 OKLA. L. REV. 218 (1999).

¹¹⁰ *Id.*

norteamericano surge la última teoría, que gira en torno a los precedentes judiciales. La Corte Suprema nunca ha tenido ante su consideración la posibilidad del autoindulto presidencial, por lo cual, no se ha creado un precedente al respecto. Sin embargo, la teoría establece que hay jurisprudencia relacionada al tema del indulto que sugiere la posibilidad del autoindulto, fundamentada en que no está prohibido por la Constitución.¹¹¹

Lo interesante de este último planteamiento es que presenta dos obstáculos. Primero, que la persona que cuestione el autoindulto presidencial debe contar con legitimación activa para incoar el pleito; segundo, una vez se demuestre que hay suficiente legitimación activa, la Corte, hará su análisis y podría inhibirse de resolver la controversia en sus méritos por tratarse de una cuestión política.¹¹² La Corte Suprema no es una tercera rama política y no está supuesta a ser árbitro o mediador entre las demás ramas de gobierno, que por su naturaleza están diseñadas para responder a intereses políticos. No obstante, si decidiera entrar en los méritos de la controversia, según esta teoría, el presidente que desee indultarse podría alegar que la intervención de la Corte Suprema sería una intromisión innecesaria y violentaría la separación de poderes entre las ramas.¹¹³ Ello así, pues, si el indulto se diligenció correctamente, sería una orden ejecutiva legítimamente válida y solo restaría ponerla en vigor como cualquier otra.

Entre los casos que se fraguó la teoría del precedente sobresale lo resuelto por la Corte Suprema en *Ex parte Garland*, que estableció que el poder del presidente en cuanto al indulto es ilimitado, exceptuado solamente por el residenciamiento. “Congress can neither limit the effect of his pardon, nor exclude from its exercise any class of offenders.”¹¹⁴ Ante tal precedente, los proponentes de la teoría mencionan que las palabras “any class” incluye el autoindulto presidencial. El remedio para un abuso de poder no puede ser la intervención de los tribunales; debe ser la propia Constitución. En *Ex parte Grossman*, por voz del Juez Taft, la Corte Suprema reconoció que aún en casos excepcionales de abuso de poder, el remedio es el residenciamiento y no la reducción de los poderes generales del Presidente.¹¹⁵ En *Schick v. Reed*, la Corte reafirmó que no existe límite al poder del indulto salvo los que estén en la propia Constitución.¹¹⁶ Básicamente, bajo esta última teoría en favor de la posibilidad de un autoindulto presidencial, reconocen el gran problema que

¹¹¹ *Id*, p. 220.

¹¹² Alberto R. Gonzales, *Commentary: Presidential Powers, Immunities and Pardons*, 96 WASH. U. L. REV. 905 (2019).

¹¹³ Robert Nida & Rebecca L. Spiro, *The President as His Own Judge and Jury: A Legal Analysis of the Presidential Self-Pardon Power*, 52 OKLA. L. REV. 197, 220 (1999).

¹¹⁴ *Ex parte Garland*, 71 U.S. 333, 380 (1866).

¹¹⁵ *Ex Parte Grossman*, 267 U.S. 87, 121 (1925).

¹¹⁶ *Schick v. Reed*, 419 U.S. 256 (1974).

puede representar, pero aun así creen que el único remedio es el rescindimiento.

No obstante, los que favorecen el autoindulto no vislumbraron la posibilidad de un abuso de poder por una facultad de la rama ejecutiva que no pueda ser revisable por ninguna otra rama de gobierno y cause serios problemas al orden social. El indulto en sí mismo es ese poder. A modo de ejemplo, un presidente podría ejercer su facultad de indultar, y tomar la decisión de perdonar a todas las personas que se encuentra recluidas en la cárcel, lo cual en estricto derecho pudiera ser posible. Como es de esperarse el Congreso ejercería su mandato constitucional y, despojarían al presidente de su aposento mediante un fallo de culpabilidad por ejercer mal sus funciones constitucionales en un proceso de rescindimiento. Acto seguido, esa persona sería separada de su cargo político. Pero, ¿los indultos quedan sin efecto? ¿La Corte Suprema Federal interpretará algo distinto en cuanto al indulto? ¿Se pondrán en vigor esos indultos? ¿Se limitará un poder absoluto de la rama ejecutiva? ¿Qué pasaría con la separación de poderes?

En una postura diametralmente opuesta, coexisten varias teorías, cada una fundamentada, que nos proveen varias personas peritas en el tema. Es importante aclarar que además de explicar la imposibilidad jurídica del autoindulto presidencial, exponen el efecto que tendría validar este tipo de indulto. No queda en el vacío hipotético de una explicación académica, sino que establecen la realidad fáctica que supondría una situación como lo es el autoindulto presidencial. Puesto que, como pudimos notar, todos los argumentos en favor hacen un análisis incompleto. Ya que no incluyeron el efecto que tendría poner en vigor un autoindulto presidencial.

PHILIP BOBBITT tiene tres conclusiones legales que desarrolla en base a lo establecido en la cláusula constitucional. Primero, que el poder que emana de la cláusula es ilimitado en cuanto a crímenes federales.¹¹⁷ No obstante, no se extienden a acciones civiles federales, crímenes legislados por los estados, o el constitucionalmente prohibido por el rescindimiento.¹¹⁸ Segundo, que el indulto no se puede extender a un acto futuro, porque no se podría perdonar una ofensa que no existe, pues no se ha cometido.¹¹⁹ Aunque, como vimos anteriormente, al Presidente Nixon se le concedió un indulto prospectivo sin siquiera ser acusado formalmente.¹²⁰ Y tercero, un indulto no puede evitar o impedir el proceso de rescindimiento porque no es un proceso criminal.¹²¹

Bobbitt considera el tema del autoindulto en el capítulo de problemas particulares de su libro y dice lo siguiente: “Not only is self-pardon ethically ridiculous, it is

¹¹⁷ CHARLES L. BLACK, JR., PHILIP BOBBITT, *IMPEACHMENT: A HANDBOOK*, NEW EDITION 134 (Yale University Press, New Haven & London eds., 2018).

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ *Id.*

¹²⁰ *Supra*, nota 41.

¹²¹ *Id.*

legally absurd as a construction of the Constitution”.¹²² Concurrimos con su conclusión. El primer fundamento que utiliza es uno textualista. Dice que la cláusula utiliza la palabra *grant*, que en español significa conceder u otorgar, para referirse al poder que ejerce el presidente.¹²³ O sea, el otorgante siempre será el que otorga y no es posible que sea la misma persona que recibe el acto de gracia.¹²⁴ Resultaría en un contrasentido lingüístico decir que el que otorga también recibe.

Utiliza otro fundamento que responde a la intención original del poder de indulto. Como mencionamos anteriormente el concepto de indulto, originalmente proviene de las monarquías inglesas. Según esa época histórica el indulto era utilizado como un acto de clemencia, un acto cristiano, un acto de perdón, que no era posible recibirlo por sí mismo.¹²⁵ Responde a un propósito religioso en el cual no era posible que las personas reconozcan sus defectos por ellas mismas y resulta necesario que un juzgador externo perdone sus acciones.

También hace referencia a un planteamiento interesante que hace el académico constitucionalista Akhil Amar para explicar el efecto que tendría un autoindulto.¹²⁶ Estamos convencidos que esa teoría también debería ser de aplicación a los indultos que hacen al gabinete del presidente; además, que debió de aplicársele, en su momento, al presidente Ford. Veremos el porqué a continuación. Explica que si el presidente se autoindulta por cuestiones ilícitas, esa acción por si sola debería considerarse un crimen, por lo que luego ese mismo presidente que se perdona así mismo tendría que diligenciar un segundo indulto para proteger el primer indulto por ser ilegal y luego tendría que tramitar un tercer indulto para protegerse de la acusación que le harían por emitir el segundo indulto, y así sucesivamente hasta el infinito.¹²⁷ Claramente demuestra que el autoindulto es una ficción jurídica desarrollada por la ambigüedad y parquedad de la Constitución, pero imposible de poner en vigor.

Reitera el principio constitucional de que nadie puede ser el juez de su propio caso, que se captura a través del latinismo *nemo judex in causa sua*.¹²⁸ Los opositores a este principio arguyen que el presidente no se estaría poniendo la toga de magistrado porque no estaría adjudicando inocencia o culpabilidad, solo estaría aplicando un poder reservado al primer ejecutivo, todo ello porque los jueces no tienen autoridad para indultar.¹²⁹ Bajo ese análisis, no se está considerando la totalidad

¹²² *Id.*, pág. 135.

¹²³ *Id.*

¹²⁴ CHARLES L. BLACK, JR., PHILIP BOBBITT, *IMPEACHMENT: A HANDBOOK*, NEW EDITION 134 (Yale University Press, New Haven & London eds., 2018).

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ *Id.*

¹²⁷ *Id.*

¹²⁸ *Id.*

¹²⁹ Alberto R. Gonzales, *Commentary: Presidential Powers, Immunities and Pardons*, 96 WASH. U. L. REV. 905 (2019).

de las circunstancias. No se trata de hacer un análisis binario que oscile entre un valor y el otro. Es irrelevante si hace funciones del presidente o de un magistrado al momento de otorgar el indulto, lo importante es el resultado. Como hemos reiterado, el presidente que se autoindulte estaría burlando el sistema constitucional pues sería el juez y presidente al mismo tiempo. De entrada, no permite que una persona juzgue sus actos. Estaría fusionando al menos dos ramas de gobierno en una sola persona. Lo que comúnmente se conoce como autocracia y no tiene cabida dentro de un sistema de gobierno republicano.

Bobbitt advierte que no se puede descartar a la ligera el hecho que darle el poder de autoindultarse al presidente, le concede una licencia para cometer cualquier crimen con plena impunidad.¹³⁰ Claro, estaría entonces sujeto al residenciamiento. Pero no podemos olvidar que el presidente es el comandante en jefe de las fuerzas armadas y pudiese utilizar incorrectamente su poder. Un ejemplo poco convencional pero no imposible dentro del mundo de las especulaciones es que utilice su poder para intimidar o apresar a miembros del Congreso de los Estados Unidos y así lograr evadir el proceso de residenciamiento.¹³¹

Los profesores en derecho, JED SHUGERMAN y ETHAN J. LEIB, además de contemplar los anteriores fundamentos, aseguran que la respuesta al abuso de poder que representa el autoindulto presidencial se encuentra en el olvidado artículo dos, sección tres de la Constitución.¹³² Son instrucciones directas para el presidente y en su última línea reza de la siguiente forma: “shall take Care that the Laws be faithfully executed.”¹³³ Las palabras *faithfully executed* eran utilizadas en documentos legales por los abogados del siglo dieciocho para obligar a otros a cumplir con sus deberes.¹³⁴ Esas palabras imponen al presidente la obligación de cumplir sus deberes en el mejor interés de las personas.¹³⁵ Dicha obligación hace que anteponga los intereses del pueblo por delante de los suyos propios, que en este supuesto particular sería el autoindulto. Quiérase decir, que, si el presidente intenta perdonarse así mismo estaría transgrediendo esta obligación que juró cumplir en el momento que pronuncio su juramento como presidente de los Estados Unidos; lo

¹³⁰ CHARLES L. BLACK, JR., PHILIP BOBBITT, *IMPEACHMENT: A HANDBOOK*, NEW EDITION 135 (Yale University Press, New Haven & London eds., 2018)

¹³¹ *Id.*

¹³² JED SHUGERMAN, ETHAN J. LEIB, *This overlooked part of the Constitution could stop Trump from abusing his pardon power*, THE WASHINGTON POST (14 de marzo de 2018), https://www.washingtonpost.com/opinions/this-overlooked-part-of-the-constitution-could-stop-trump-from-abusing-his-pardon-power/2018/03/14/265b045a-26dd-11e8-874b-d517e912f125_story.html?utm_term=.e22d6e947414

¹³³ U.S. CONST. art. II, § 3.

¹³⁴ *Supra*, nota 133.

¹³⁵ *Id.*

que resulta en una doble infracción.¹³⁶ A lo que los opositores responden que de ser así, entonces se estaría quebrantando la confianza de las personas, en cada uno de los indultos.¹³⁷ Sin embargo, es evidente la diferencia desproporcionada entre un indulto común y uno presidencial, que a su vez es propio. Resulta absurdo intentar compararlos. No obstante, una vez superada la comparación y posicionándolos *vis a vis* para efectos del razonamiento, aun así, resulta forzoso concluir que se le da un espaldarazo a la confianza de las personas. Pues, el indulto común está contemplado en la Constitución, más no así el autoindulto presidencial. Para el primero tiene la potestad, mas no así para el segundo. Extralimita sus facultades.

Por otro lado, la Casa Blanca no se beneficia en nada si intenta librarse de alguna investigación que haya en su contra, si se indulta a un testigo potencial.¹³⁸ Puesto que ese testigo indultado, no tiene disponible la inmunidad que nace de la quinta enmienda de la Constitución, ya que no será acusado.¹³⁹ Por lo tanto, tiene la obligación de testificar ante el Congreso, si es citado. Por último, si se descubriese que dicho indulto tuvo como propósito proteger al presidente, es razón suficiente para comenzar un proceso de residenciamiento.¹⁴⁰

La representante de la Cámara de los Estados Unidos, Elizabeth Holtzman, tiene la contestación a nuestra pregunta de manera diáfana y clara. Dice al respecto que: “President Trump’s formulation of his pardon power is incorrect. It does not, for example, extend to crimes under state law—nor, in my opinion, to a self-pardon”.¹⁴¹ Así de categórica debería ser la respuesta de toda persona que crea, profetice y simpatice con la democracia. Holtzman, adquirió prominencia a nivel nacional cuando se convirtió en una integrante activa de la Comisión de Asuntos Judiciales durante el residenciamiento de Richard M. Nixon.¹⁴² Pero no termina ahí su crítica. Nos insinúa en su libro que, aunque no lo ha hecho, de acuerdo con sus expresiones, el presidente no ha descartado abusar del poder de indulto al estilo *Watergate*.¹⁴³ O sea, perdonar todas las personas que pudiesen estar involucradas en cualquier conducta de traición a la nación en la que relacione al presidente con un escándalo suficientemente grande como para activar el residenciamiento. Para

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ Alberto R. Gonzales, *Commentary: Presidential Powers, Immunities and Pardons*, 96 WASH. U. L. REV. 905 (2019).

¹³⁸ CHARLES L. BLACK, JR., PHILIP BOBBITT, *IMPEACHMENT: A HANDBOOK*, NEW EDITION 136 (Yale University Press, New Haven & London eds., 2018).

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ ELIZABETH HOLTZMAN, *THE CASE FOR IMPEACHING TRUMP* 67 (Rosetta Books LLC. Ed., 2019)

¹⁴² HOLTZMAN, ELIZABETH, *HISTORY, ART & ARCHIVES: UNITED STATES HOUSE OF REPRESENTATIVES*, <https://history.house.gov/People/Detail/15213>.

¹⁴³ *Supra*, nota 142.

sostener su punto solo tuvo que citar textualmente varios *tweets* del presidente Trump, sin necesidad de crear teorías de conspiración, para probar la intención del presidente.

Entre ellos cita: “Mike Flynn should ask for immunity in that this is a witch hunt (excuse for big election loss), by media & Dems, of historic proportion!”¹⁴⁴ Añade que se ha reportado mediáticamente que el ex abogado de Trump, John Dowd, ha discutido la posibilidad de indultar a Flynn y a Manafort con sus respectivos abogados.¹⁴⁵ Pero, más sospechoso aún es que luego de esa evidente inclinación del presidente hacia el perdón, Flynn y Manafort se hayan declarado culpables.¹⁴⁶ Holtzman asegura que ofrecer indultos, como oferta para que no cooperen con el Fiscal Especial Independiente, Mueller, es por si solo una ofensa digna del rescindimiento.¹⁴⁷ Añade que el hecho, por si solo, de haberlo sugerido -aunque no tuviese éxito- por sus redes sociales, es causa suficiente para separar al presidente de su cargo.¹⁴⁸ Aunque no estamos totalmente de acuerdo con su postura, reconocemos que esa conducta no deseable, tiene potencial para culminar en rescindimiento. Por supuesto que, si vemos esos hechos en conjunto con la totalidad de las circunstancias, podría estar justificado el rescindimiento como resultado de un patrón de deficiencias imperdonables en el manejo de una nación.

Hay un sector de personas que no tienen una contestación segura. Su respuesta a la interrogante sobre si Trump puede indultarse así mismo es: nadie realmente lo sabe, y probablemente nunca se tenga una respuesta certera a dicha pregunta hipotética.¹⁴⁹ Basan su conclusión en que ningún presidente en la historia lo ha intentado, y a su vez ninguna Corte lo ha determinado.¹⁵⁰ Este sector critica los analistas y académicos que intentan construir sus conclusiones alrededor de lo que creen que debe ser y no de lo que realmente es lo que sucederá. Aseguran que no existe una respuesta lógica y alegan que los analistas solo crean argumentos en favor y en contra porque es lo que se espera de los expertos; tener una respuesta siempre.¹⁵¹ A nuestro juicio estos criterios intermedios solo favorecen un tirano en potencia, pues dejan las puertas abiertas para la posibilidad de un autoindulto. En situaciones que estén envueltos derechos civiles o abuso de poder, somos del criterio que rechaza la posibilidad

¹⁴⁴ Donald J. Trump, @realDonaldTrump, TWITTER (Mar. 31, 2017, 8:04 AM), <https://twitter.com/realdonaldtrump/status/847766558520856578?lang=en>.

¹⁴⁵ *Supra*, nota 142.

¹⁴⁶ *Id.*, pág. 68.

¹⁴⁷ *Id.*

¹⁴⁸ *Id.*

¹⁴⁹ ALAN DERSHOWITZ, *THE CASE AGAINST THE DEMOCRATIC HOUSE IMPEACHING TRUMP* 139 (Hot Books ed., 2019).

¹⁵⁰ *Id.*

¹⁵¹ *Id.*

de esas acciones. Nunca debería contemplarse la posibilidad de una medida que provoque injusticias y lacere la democracia.

Pese a todos los argumentos en favor del autoindulto presidencial, sus proponentes han reconocido que, aunque permitido, se trata de un craso abuso de poder. Algunos incluso expresan el remedio necesario para dicho abuso de poder. Otros, solo exponen el planteamiento de su posibilidad sin envolver los efectos que necesariamente conllevaría un autoindulto presidencial. ALBERTO R. GONZALES, a pesar de concluir que es posible el autoindulto presidencial, reconoce el gran peligro de ponerlo en vigor. Antes de formalizar su conclusión expresa: “While the President may have the power to self-pardon, this almost certainly a circumstance where it would be wiser no to test the limits of executive power.”¹⁵²

Hay que recordar que no se trata de un problema matemático con una sola respuesta objetiva. Nos encontramos ante un poder hegemónico capaz de socavar el sistema político democrático. Un abuso de poder de tal magnitud podría descalabrar el sistema republicano, en donde se reconoce que la soberanía y la autoridad pertenece al pueblo. No debe haber duda alguna que ejercer dicho poder de autoindulto crearía un desbalance entre las ramas de gobierno, en donde, por supuesto, la rama ejecutiva dominaría, implosionando las instituciones de gobierno.

IV. CONSECUENCIAS DE LAS EXPRESIONES DEL PRESIDENTE TRUMP: ¿CRISIS CONSTITUCIONAL O CRISIS POLÍTICA?

En la introducción del libro *TO END A PRESIDENCY: THE POWER OF IMPEACHMENT*, los constitucionalistas LAURANCE TRIBE y JOSHUA MATZ esbozan una preocupación genuina en la cual reflejan que un gran sector de personas desea que se aplique el mecanismo de residenciamiento, sin siquiera conocer las consecuencias que acarrearía. Mencionan que:

Never before has an American leader so quickly faced such credible, widespread calls for his removal. By early 2018, the list alleged “high Crimes and Misdemeanors” included abuse of the pardon power, obstruction of justice, assaults on the free press, promotion of violence against racial and religious minorities, receipt of unlawful emoluments, deliberate refusal to protect the nation from cyberattack, and corrupt dealings relating to Russia.¹⁵³

Independientemente de la controversia sobre el autoindulto, existe una controversia en la etapa anterior o posterior a la consecuencia lógica del

¹⁵² Alberto R. Gonzales, *Commentary: Presidential Powers, Immunities and Pardons*, 96 WASH. U. L. REV. 905 (2019).

¹⁵³ LAURANCE TRIBE AND JOSHUA MATZ, *TO END A PRESIDENCY: THE POWER OF IMPEACHMENT* xi (Ed. Basic Books, 2018).

residenciamiento como remedio para el abuso de poder, y es que se debe evaluar si en efecto el presidente puede o no ser acusado mientras está en funciones; cosa que no es materia de este escrito. Al día del escrito, continua vigente la política pública que impide acusar a un presidente que ocupa su cargo. No obstante, aunque no se pudiese acusar, se residenciaría para luego acusar. El orden de factores no afecta el resultado. Luego de esas consideraciones, se incorpora la mítica pregunta de la posibilidad o no del autoindulto presidencial. A lo que el presidente Trump responde, como ya mencionamos, tener pleno poder para perdonarse.

De entrada, nos parece lógico pensar que, bajo el sistema de pesos y contrapesos plasmados en la Constitución Estadounidense, no está vislumbrado entre los poderes del presidente, el poder de indultarse así mismo. Todo ello porque el autoindulto, por su naturaleza, va en contra de lo que específicamente busca limitar la Constitución, la acumulación de poder. Es tanto así, que implementaron el residenciamiento para rescatar la democracia de las garras de la tiranía.

La doctrina de la separación de poderes se adoptó por la Convención de 1787 no con el fin de fomentar la eficiencia, pero sí para impedir que se ejercitara un poder arbitrario. El propósito no fue evitar fricciones, pero, mediante la fricción inevitable incidental a la distribución de los poderes gubernamentales entre tres ramas, salvar al pueblo de la autocracia.¹⁵⁴

Sería contraproducente validar el autoindulto presidencial, si por otro lado la Constitución permite un mecanismo –Residenciamiento– que, aunque trastoca la separación de poderes, logra separar al presidente de su cargo por conductas desviadas de una sana administración.

A través de la historia ha quedado demostrado que la rama ejecutiva no ha sido totalmente efectiva al investigarse criminalmente a sí misma. El gobierno en busca de transparencia ha tenido que tomar medidas especiales y como resultado de fricciones pasadas han creado oficinas independientes para realizar la función fiscalizadora de forma más eficiente. Por ejemplo, la posición de fiscal especial independiente se creó para que se pudiese investigar casos en los cuales se necesitara mayor autonomía y no hubiese una influencia indebida.¹⁵⁵ No obstante, por muy íntegro que pareciese el proceso de seleccionar un fiscal independiente, no se puede

¹⁵⁴ RAÚL SERRANO GEYLS, DERECHO CONSTITUCIONAL DE ESTADOS UNIDOS Y PUERTO RICO VOL. I 572 (Programa de Educación Jurídica Continua Universidad Interamericana de Puerto Rico Facultad de derecho ed., 2007) (*citando a Brandeis, J., disintiendo en Myers v. United States*, 272 U.S. 52, 293).

¹⁵⁵ CRISTINA F PEREDA, ¿Qué poderes y funciones tiene el fiscal especial que investiga a Donald Trump?, EL PAÍS, (19 de Mayo de 2017, 1:23), https://elpais.com/internacional/2017/05/18/estados_unidos/1495130718_546693.html.

perder de perspectiva que el presidente podría despedirlo a través del Departamento de Justicia y a todos los que sean necesarios para culminar con una investigación en su contra.¹⁵⁶ Lo que coloca en desventaja la rectitud frente al abuso, ya que no hay quien vigile al que está llamado a hacer cumplir la ley. MONTESQUIEU establece que la premisa fundamental de la división de poderes es que “todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él” y que para evitar los abusos es preciso que, “por la disposición de las cosas, el poder frene el poder.”¹⁵⁷ Por muy independiente que se haga parecer la oficina del fiscal especial, es una ramificación del tronco principal.

En la búsqueda de un análisis completo, resulta pertinente hacerse las siguientes preguntas. ¿Las expresiones del presidente Trump crean una crisis constitucional o una crisis política? ¿Un autoindulto presidencial crea una crisis? ¿Cómo se mide la urgencia de una crisis? ¿Qué es una crisis constitucional? Estas fueron algunas de las preguntas que se planteó MICHAEL DORF. Aunque diferimos muy respetuosamente de su conclusión, en la cual cándidamente cree que un autoindulto presidencial no crea una crisis constitucional¹⁵⁸, entendemos meritorio hacer el ejercicio entero para determinar que se considera una crisis constitucional y que no. Dorf, cita a LEVINSON y BALKIN que establecen tres circunstancias en las cuales hay un disloque en el ordenamiento constitucional y por consiguiente crea una crisis constitucional. Adicional a esto, Dorf, sugiere una cuarta circunstancia. La primera se da cuando los líderes políticos creen que para cumplir alguna exigencia es necesario violar la Constitución.¹⁵⁹ Segunda situación se da cuando se quiere cumplir lo más fidedigno posible la Constitución, pero repercute en un desastre.¹⁶⁰ Esta modalidad surge por la imperfección de la propia Constitución. La tercera situación se da cuando los políticos creen que sus contrincantes están tomando medidas peligrosas o incluso ilegales que ponen en peligro los cimientos de un gobierno republicano que por lo general produce medidas extraordinarias y arriesgadas para combatir esa disidencia que va más allá de la política ordinaria.¹⁶¹ El ejemplo perfecto fue el proceso post Guerra Civil de los Estados Unidos.¹⁶² Como cuarta, Dorf añade el desafío a las normas no escritas pero necesarias para el balance constitucional.

Con el marco regulador establecido pasamos a depurar las acciones políticas que provoquen una crisis constitucional de las que no. Tenemos muy clara la conclusión. Ello porque nos parece indudable que al menos cumple con las primeras

¹⁵⁶ *Id.*

¹⁵⁷ *Supra*, nota 162, pág. 574 (citando a MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes* Vol. XI, 1748).

¹⁵⁸ Michael Dorf, *Would a Trump Self-Pardon Precipitate a Constitutional Crisis*, 43 CORNELL LAW FORUM 24 (Faculty ed., 2017).

¹⁵⁹ *Id.*

¹⁶⁰ *Id.*

¹⁶¹ *Id.*

¹⁶² *Id.*

dos modalidades, pues, si se interpreta que el autoindulto es inaceptable, el deseo de ir por encima de esa interpretación para cumplir algún capricho político, crearía un desajuste constitucional. Pero de igual forma si se interpretase que no hay límite alguno para el indulto, tanto así que pueda otorgárselo el propio presidente, estaríamos en la segunda modalidad, pues seguir a cabalidad el cumplimiento de la Constitución con ese aparente descuido por parte de los redactores, provocaría un fracaso constitucional y sería la antesala a la tiranía.

Dorf, descansa su conclusión de que Trump no generaría una crisis constitucional al indultarse a sí mismo, pues explica que las cortes harían lo propio para reivindicar la justicia.¹⁶³ Sin embargo, como explicamos con anterioridad, al tratarse de una decisión que influye directamente un poder inherente del presidente y por la naturaleza de la controversia, podrían retirarse y decidir que no van a resolver semejante cuestión por tratarse de una controversia política. Además que, posiblemente reconozcan sus limitaciones y concienzudamente decidan proteger la institución para mitigar el daño, ya que, si decidieran que el autoindulto es inconstitucional, quizás no cuenten con la fuerza requerida para obligar al presidente. Dorf dice: “Trump’s norm breaking will not destroy American democracy overnight”.¹⁶⁴ Con tono de poca urgencia, transmite la falsa idea que un autoindulto presidencial no causaría la devastación de la democracia. A lo que respondemos, todo lo contrario. Aniquilaría por completo el sistema democrático, pues no importa lo que haga el presidente, podría ser perdonado; eso nos parece ser suficiente para catalogarse como crisis constitucional.

Lastimosamente el presidente Trump está lacerando las instituciones con sus comunicados a través de las redes sociales y otros medios de comunicación. Todas esas expresiones dejan un precedente desgraciado para los próximos incumbentes, *ergo*, no se puede borrar de la historia, ni sus palabras, ni sus acciones. Entre tantos comentarios por parte del presidente Trump retando la autoridad de las otras ramas de gobierno, se encuentra el que motivó este escrito. Donde básicamente presupone su rama, específicamente su persona, por encima de la aplicación de la ley.

Pareciese adoptar inarticuladamente, la famosa, pero muy lamentable frase de Nixon que manifestó en una entrevista con David Frost luego de varios años de haber sido indultado. Nixon dijo: “Well, when the President does it, that means that it is not illegal.”¹⁶⁵ Lo que además de presentar un conflicto innecesario entre las

¹⁶³ Michael Dorf, *Would a Trump Self-Pardon Precipitate a Constitutional Crisis*, 43 CORNELL LAW FORUM 27 (Faculty ed., 2017).

¹⁶⁴ *Id.*

¹⁶⁵ HELEN DEWAR, *President Isn’t Above the Law, Nixon Insists*, THE WASHINGTON POST (15 de junio de 1977), https://www.washingtonpost.com/archive/politics/1977/06/05/president-isnt-above-the-law-nixon-insists/71923838-492f-49d7-921f-0add6743501e/?noredirect=on&utm_term=.94abd743a26f.

ramas de gobierno, como tanto hemos reiterado, pretende justificar la impunidad de sus actos. Ese tipo de expresión es sin duda una que solo puede provenir de un sector muy reducido de personas privilegiadas que creen ser merecedoras del poder, y posiblemente nunca se han cuestionado porqué lograron obtener dicho poder. Aunque se diga que fueron cuestiones políticas lo que motivó las acciones de Nixon, no cabe la menor duda que no se puede traicionar la nación y a la vez desear rescatarla. Es ideológicamente contradictorio.

Personas expertas en el tema del residenciamiento han dejado libre las riendas de la imaginación y lo que antes hubieran sido comentarios alarmistas, hoy son motivo de discusión y hasta se han considerado con algún grado de probabilidad. Como ejemplo, Tribe nos dice: “Some warn that Trump is moving us inexorably toward tyranny and global war”¹⁶⁶ No cabe la menor duda, que llegase a suceder o no, el temor está latente entre los ciudadanos. Ya no se trata de posibilidades, sino de probabilidades. No es cualquier peligro imaginable, sino que cada vez pareciese estar acercándose a la realidad. Pasan de ser teorías de conspiración a hechos fácticos.

El deseo eufórico en masas del residenciamiento sin un análisis sosegado presenta otro problema adicional. ¿Acaso la nación estadounidense está lista para despojar a un presidente de sus funciones? ¿El residenciamiento es el mecanismo más efectivo? ¿Los estadounidenses conocen las consecuencias del residenciamiento? El residenciamiento es un mecanismo que está presente en la Constitución Federal pero no deja de ser un golpe de estado mediante procesos parlamentarios. No se trata de tomar una decisión movida por la pasión sin conocer sus consecuencias. “Unlike a verdict in the Roman Coliseum, ending a presidency can’t be reduced to a flash-frozen judgment in which Congress votes yea or nay on particular “high Crimes” and the Americans all get on with their lives”.¹⁶⁷ Como lo confirma la historia, la nación americana no conoce esas consecuencias porque nunca han culminado un proceso de residenciamiento presidencial con resultado de culpabilidad. Podrían abrir una caja de pandora que jamás podrán volver a cerrar. “Impeachment is not just another form of political combat; it’s an emergency measure meant to save the democratic foundation on which all other politics unfold.”¹⁶⁸ No conocen el límite del residenciamiento y tampoco conocen como las personas que militen en el partido del presidente que se rescinde, reaccionen. ¿Podría suponer una segunda guerra civil en los Estados Unidos? No hay una respuesta inequívoca, pero habría que considerarlo al momento de tomar una decisión tan significativa como lo es el residenciamiento; a tal magnitud que tiene la firmeza de cambiar el rumbo de la historia en los Estados Unidos para bien o para mal.

¹⁶⁶ LAURENCE TRIBE AND JOSHUA MATZ, *TO END A PRESIDENCY: THE POWER OF IMPEACHMENT* xi (Ed. Basic Books).

¹⁶⁷ *Id.*, pág. xv.

¹⁶⁸ *Id.*, pág. xii.

Por otro lado, este poder afecta directamente a Puerto Rico por su relación política de codependencia con los Estados Unidos. Si el presidente Trump decide autoindultarse crearía un desorden democrático sin precedente que minaría nuestro sistema político, ya que, nuestro esquema es una emulación del de los Estados Unidos, y podría traducirse en la posibilidad de que el Gobernador de Puerto Rico ostente el mismo poder de autoindultarse. Lo que a su vez redundaría en una vulneración de los derechos humanos y civiles de los puertorriqueños, porque tendría el mismo resultado de la acumulación de poder en una persona.

Sin embargo, nos preocupa un escenario en que el presidente pretenda autoindultarse por un crimen en contra de Puerto Rico. En tal caso, por no tener representación en el Congreso; ¿Los puertorriqueños tienen algún remedio? ¿Si logra el autoindulto en la esfera federal, podría ser acusado por el Gobierno de Puerto Rico? ¿O quedaría impune sin pasar por el crisol del sistema judicial de Puerto Rico? La contestación a estas interrogantes depende de la situación política y el momento histórico que se encuentre Puerto Rico respecto a los EE. UU, puesto que, variaría el resultado.

De acuerdo con nuestra realidad actual, podría ser un paso más en el intento de reducir la autonomía que tenemos como país, con la ya aprobada Ley PROMESA y la Junta de Supervisión Fiscal. Ya que, según el exgobernador Aníbal Acevedo Vilá “la ley federal PROMESA y la JSAF [Junta de Supervisión y Administración Financiera] que esta crea, además de ser una clara imposición colonial y antidemocrática, impone un ente supraconstitucional que no cumple con los principios básicos de separación de poderes que exige la constitución de los Estados Unidos del Estado Libre Asociado.”¹⁶⁹ “La JSAF tiene simultáneamente poderes ejecutivos y legislativos, algo claramente violatorio al esquema de pesos y contrapesos en el modelo de separación de poderes.”¹⁷⁰ Si en el pasado nuestros gobernantes han estado incapacitados de tomar algunas decisiones, en el presente, por razón de la Junta de Control Fiscal amplificado con un escenario en que el presidente Trump se autoindulte; presupone un alto grado de control desde el exterior de la isla. Ese escenario, aunque especulativo, es preocupante. Todo, porque no contamos con una fuerza militar ni política que les haga frente a las fuerzas militares de los Estados Unidos, en caso de que rechacemos su decisión de autoindultarse. No hay forma alguna en la que un autoindulto por parte de Trump beneficie en algo al pueblo de Puerto Rico, ni a sus instituciones políticas.

¹⁶⁹ ANÍBAL ACEVEDO VILÁ, SEPARACIÓN DE PODERES EN PUERTO RICO: ENTRE LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA 9 (Ediciones Situm ed., 2018).

¹⁷⁰ *Id.*, págs. 9-10.

V. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

Nos parece razonable determinar que un autoindulto presidencial tiene suficiente grado de inmoralidad y muy poco de legalidad, lo que nos mueve a concluir que no debe estar permitido bajo el actual estado de derecho; independientemente de que tenga el remedio constitucional del rescindimiento. Reconocer la validez del autoindulto presidencial sería el principio del fin de un gobierno republicano con tres ramas de gobierno, creado bajo un sistema de pesos y contrapesos. Este tipo de indulto causaría una concentración insostenible de poder en la rama ejecutiva, que provocaría un desbalance significativo en las demás ramas de gobierno. Además que, socavaría las bases de la democracia y laceraría los cimientos de la Constitución de los Estados Unidos de América. Validar un autoindulto presidencial equivaldría a volver a la Edad Media, donde el Rey tenía poderes políticos ilimitados con un sistema de gobierno de monarquía absoluta. Evidentemente es un paso atrás, y uno muy abrupto, para volver al totalitarismo y la autocracia.

Tampoco se puede menospreciar el elemento subjetivo. Hemos reiterado que el autoindulto presidencial está revestido de inmoralidad, ya que, el concepto está construido sobre la idea que el presidente no está sujeto a cometer error, por el mero hecho de ser el presidente y, por lo tanto, puede ser su propio juez. La mera insinuación de la existencia de ese poder en las manos del presidente, como en este caso ha hecho el presidente Trump; a nuestro juicio levanta unas sospechas fundadas de irregularidad en la forma de gobernar. Nos parece que la administración que decida indultarse a sí misma, conoce o debe conocer el efecto nocivo que provocaría en la sociedad intrínseca y extrínseca; específicamente en Puerto Rico, por su estatus colonial. Si actualmente el presidente cree tener poderes sobre Puerto Rico, no debe haber duda de que, si se convalida el autoindulto, creará que sus poderes sobre la colonia serán prácticamente ilimitados; lo cual resulta, como mínimo, preocupante.

El único escenario posible en el cual se pudiera argumentar la posibilidad de un autoindulto presidencial sería uno, que la única opción que tenga el presidente sea romper la ley para vindicar la justicia social. Quiérase decir, tiene que ser una razón de fuerza mayor. Se trata de un estado de excepción en que se sacrifique una cosa -el cumplimiento de la ley- por un bienestar social mayor. Sin embargo, aún no estamos del todo convencidos de ello porque de acuerdo con la idiosincrasia del presidente, podría manipular o aparentar que se encuentra en desventaja respecto a las leyes, y lo use como subterfugio para autoindultarse por una razón que realmente no se considere una crisis social y justifique el autoindulto sin resolver ningún problema humanitario. Como indica el Honorable Juez Asociado del Tribunal Supremo de Puerto Rico, LUIS F. ESTRELLA MARTÍNEZ, “según la ideología de quien ocupe las posiciones de poder en la operación del Derecho, se dará mayor énfasis a unos

principios sobre otros.”¹⁷¹ Lo cual nos hace reafirmar nuestra postura de que en realidad no pueda ponerse en vigor adecuadamente un autoindulto presidencial con el fin de sanar la nación y evitar la injusticia. De lo que no debe haber duda es que, en la posición contraria, en la cual se pretenda autoindultar y se vulneren derechos humanos e individuales, su aplicación debe estar imposibilitada en cualquier escenario imaginado.

Por todo lo cual, una posible solución ante la problemática antes expuesta, sería una enmienda a la Constitución que limite el poder de la rama ejecutiva para autoindultarse. Aunque es una sugerencia onerosa, por la realidad que representa una enmienda constitucional, nos parece ínfima en comparación con lo que provocaría el autoindulto presidencial. O de otra manera, si la controversia llegase a la Corte Suprema de los Estados Unidos y ésta no se inhibe, debería declarar inconstitucional el autoindulto presidencial o cualquier otra modalidad que acaree el mismo efecto, si en efecto crea una crisis constitucional. Aunque reconocemos que el poder de indultar le pertenece exclusivamente a la Rama Ejecutiva, específicamente al presidente, por prerrogativa constitucional, también se puede hacer una enmienda para que la Rama Legislativa certifique algunos indultos, luego que el presidente los recomiende; por ejemplo, los de empleados públicos o personas con altos cargos de poder dentro del gabinete de gobierno. Ya que, el indulto por definición es un mecanismo que deja sin efecto el dictamen de un tribunal, soslayando el poder judicial. Lo mínimo que se puede hacer es crear un freno a ese contrapeso.

Resulta evidente las consecuencias terribles que presenta el autoindulto presidencial ya sea en el ámbito político o jurídico. Además, de aquel impacto que genere en el ciudadano de a pie. Estamos convencidos que los más afectados son los ciudadanos, pues sentirían un retroceso enorme a las luchas sociales que por años se han tenido para ganar un puñado de derechos. El sistema, ya tiene sus defectos, pero la validación del autoindulto presidencial se traduciría en la desaparición del sistema. Sería innecesario, pues quien está supuesto a ejecutar las normas, no las respeta. Y más aún, se va por encima de ellas. Pretendería burlar el sistema constitucional que por tanto se ha luchado y construido.

Otro gran problema que presenta el autoindulto presidencial es su efecto en los territorios no incorporados. Puerto Rico, en particular, se vería directamente afectado por la relación política-constitucional que tiene con EE. UU., pues está en la parte inferior de la rueda de poder. Quiérase decir, se tiene que poner en vigor, todo lo que se decida a nivel federal. Por lo que el efecto negativo en la sociedad puertorriqueña seguramente sería el doble de la que se pueda percibir en los Estados Unidos, por tratarse de un territorio no incorporado sin autodeterminación.

De igual forma consideramos sumamente antipático y cuestionable los indultos de personas cercanas o dentro del gabinete del presidente. Esto pareciera sugerir

¹⁷¹ LUIS F. ESTRELLA MARTÍNEZ, ACCESO A LA JUSTICIA: DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL 11(2017).

que se utiliza el poder del indulto como un mecanismo de inmunidad para que el presidente no se vea envuelto en un escándalo mayor. Además, propicia la impunidad de las acciones que pueda intentar perdonarse el primer mandatario del país. A nuestro juicio, es la misma cosa con distinto nombre, o sea, es una especie de autoindulto de segunda mano. Por tanto, sugerimos que la enmienda Constitucional contenga límites claros y específicos para evitar el abuso de poder y quede contestada en definitiva la mítica interrogante aquí presentada, o sea, que el presidente de los Estados Unidos no pueda autoindultarse, para así evitar una futura crisis democrática y/o constitucional.

