

VOLUMEN 18

NÚMERO 1

AÑO 2022



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 18

Número 1

Año 2022

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 18

Número 1

Año 2022

JUNTA EDITORA

Ashley A. Clemente Serrano
Directora y Editora Jefa

Daniela M. Yupanqui Madrigal
Directora y Editora Asociada

EDITORA ASOCIADA DE FORMA Y CONTENIDO
Naomi A. Cintrón Hernández

CUERPO DE REDACTORES
Y REDACTORAS

Ángel L. Pérez Sánchez
Elaine Tornés Blanco
Esteban Glower
Jéssica N. Rodríguez Rodríguez
Mónica Camuy Natal

COLABORADORA
Zasharys Guzmán Ortiz

CONSEJEROS ACADÉMICOS
Prof. Pedro Juan Cabán Vale
Prof. Myrta Morales Cruz

ASISTENTE ADMINISTRATIVO
Jenauny Aybar

BIBLIOTECARIO
José M. Estrada-Bolívar



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*, *Westlaw* y *LexisNexis*. 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:
18 REV. CRIT. UIPR __ (2022).



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 18

Número 1

Año 2022

CONTENIDO

NOTA EDITORIAL	XIII
Por: Junta Editora XVIII	
A TI DERECHO	1
Por: Marangeli Dávila Molina	
EL CANNABIS MEDICINAL Y LA PERSONA CON IMPEDIMENTOS: ENMENDEMOS LA LEY NÚM. 44-1985 A FAVOR DEL RECURSO HUMANO EN PUERTO RICO	3
Por: Elaine Tornés Blanco	
EL DELITO DE ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO EN EL CASO DE PABLO HASÉL: UNA COMPARACIÓN ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN ESPAÑA Y ESTADOS UNIDOS	37
Por: Luis F. Martínez Torres	
ENFRENTANDO LA CORRUPCIÓN: UN ANÁLISIS DEL CÓDIGO ANTICORRUPCIÓN PARA EL NUEVO PUERTO RICO Y LAS CONVICCIONES POR CORRUPCIÓN PÚBLICA.....	67
Por: Mónica Camuy Natal	
ENFRENTANDO LA CRISIS DE PROPIEDAD EN PUERTO RICO: EL USUFRUCTO COMO MEDIO PARA LA REHABILITACIÓN Y PROTECCIÓN DEL INMUEBLE	89
Por: Kristine Drowne	
ENIGMAS, LAGUNAS JURÍDICAS Y AMBIGÜEDADES DE LA NUEVA LEY DE ARMAS DE PUERTO RICO: DESTAPANDO EL VELO DE LA ELIMINACIÓN DE CONVICCIONES, EL HISTORIAL DE VIOLENCIA Y LA INCAPACIDAD MENTAL	111
Por: Ángel L. Pérez Sánchez	
LA FALTA DEL DERECHO A LA CIUDAD PARA LA COMUNIDAD LGBTTQI+ Y SU EFECTO EN EL SUJETO POLÍTICO CUIR PUERTORRIQUEÑO.....	145
Por: Irving S. Rodríguez Acosta	
LA INSTITUCIÓN DEL JURADO, ASPECTOS Y GARANTÍAS PROCESALES DEL SISTEMA PENAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y SU COMPARACIÓN CON EL MODELO COLOMBIANO	185
Por: Nelson C. Cortés Santos	

MR. AND MRS. LOVING.....	203
Por: Elaine Tornés Blanco	
SEPARATE AND UNEQUAL: ALL TERRITORIES ARE NOT CREATED EQUALLY THE CASE OF UNITED STATES V. VAELLO-MADERO	207
Por: Esteban Glower	
PROGRAMAS DE DESVÍO PARA AGRESORES POR LEY NÚM. 54-1989: ¿PREVENCIÓN, REEDUCACIÓN Y REHABILITACIÓN DEL AGRESOR O UN SUBTERFUGIO DEL CUMPLIMIENTO CON LA JUSTICIA.....	229
Por: Jéssica N. Rodríguez Rodríguez	

NOTA EDITORIAL

No hay duda de que estamos viviendo tiempos convulsos, inestables, de inseguridad y de mucha turbulencia. Han sido años pesados que de una manera u otra nos han afectado a todos y todas de manera física y mental. Nos encontramos en una lucha constante por nuestros Derechos Humanos, por el ambiente, por la dignidad y la libertad del ser humano. Unas luchas que, a veces parecen no tener fin, bien no acaba una y ya comienza la otra. No obstante, sin dar tregua seguimos adelante; la lucha es constante porque dentro de todo siempre existe un ápice de esperanza y un sentir de que las cosas mejorarán simplemente porque tienen que hacerlo. Esa esperanza es continua, efectiva y tangible para aquellxs que estudiamos Derecho. Ello, se hace particularmente cierto para aquellxs que, desde el Derecho, deciden escribir. Por eso, es importante que existan espacios en los que se pueda analizar y criticar el derecho desde un punto de vista distinto. Esa distinción es la que nos hizo unirnos a la Revista Clave y querer darle continuidad a este espacio que para nosotras ha sido de tanta importancia durante nuestro paso por la Facultad de Derecho. Luego de dos largos años de pandemia y de inestabilidad económica, nos refugiamos en la esperanza de que todo volvería a la normalidad o al menos nos acercáramos a algo similar a lo que vivíamos antes. El COVID-19, al igual que tantas otras situaciones, nos ha cambiado la vida de manera que aún estamos empezando a entender. Pero, lo que no ha cambiado son las ganas de tantos y tantas que, como nosotras, quieren dejar su huella y aportar su granito de arena para poder decirle a lxs demás que todo estará bien. Por tanto, nos dimos a la tarea de crear un volumen más de esta Revista y trabajamos hasta el cansancio para que este pudiera ver la luz. Así que, luego de un año de arduo trabajo, es un honor presentarles el Volumen XVIII de la Revista de Estudios Críticos del Derecho, conocida como Revista Clave. A continuación, presentamos los escritos que forman parte de este volumen.

En su escrito titulado: *Separate and Unequal: All Territories are not created equally, The Case of United States v. Vaello-Madero*, Esteban Glower nos habla del caso, *United States v. Vaello-Madero*, 141 S. Ct. 1462 (2021). A través de su artículo, Glower hace un importante recuento del estatus colonial de Puerto Rico desde un punto de vista crítico-jurídico al hacer un énfasis en los casos insulares y la cláusula territorial. Todo esto poniendo el caso de Vaello-Madero en el centro y a modo de ejemplo de cómo los Estados Unidos de América ha mantenido a Puerto Rico en un estado de indefinición y coloniaje a la merced de un Congreso implacable.

En *Enfrentando la Corrupción: Un Análisis del Código Anticorrupción para el Nuevo Puerto Rico y las Convicciones por Corrupción Pública*, Mónica Camuy Natal nos presenta un escrito sobre la corrupción pública. En su escrito, Camuy hace un análisis de las respuestas del Gobierno ante el fenómeno de la corrupción por medio del Código Anticorrupción y la Ley de acceso a la información como eslabón de la cadena de acción contra la corrupción. Además, hace una mirada crítica a la falta de acceso a la información y el problemático Sistema de Registro de Convictos por Corrupción Pública.

Elaine Tornes Blanco escribe sobre un tema relativamente novel y hasta cierto punto controversial, el cannabis medicinal. Su escrito, *El cannabis medicinal y la persona con impedimentos: Enmendemos la Ley Núm. 44-1985 a favor del recurso humano en Puerto Rico*, hace enfoque en las personas que consumen cannabis medicinal para tratamiento médico y que, aunque tengan alguna discapacidad mental, física o sensorial no califican como personas con impedimentos bajo el estado de derecho vigente. Su artículo también propone una mejor redacción de la *Ley para prohibir el discrimen contra las personas con impedimentos físicos, mentales o sensoriales*, Ley Núm. 44-1985, para evitar el discrimen al que por legislación quedan expuestas las personas con impedimentos y empleadas que son pacientes de cannabis medicinal en Puerto Rico.

La autora Kristine Drowne presenta su escrito titulado: *Enfrentando la crisis de propiedad en Puerto Rico: El usufructo como medio para la rehabilitación y producción del inmueble*. En su artículo, se enfoca en el derecho de Propiedad en Puerto Rico y la evolución del concepto jurídicamente a través de los años. Drowne expone cómo el mercado de bienes raíces y la crisis financiera han afectado el acceso de la ciudadanía a la propiedad, lo que ha desembocado en una crisis de vivienda que coexiste con un gran número de propiedades en desuso, vacantes y abandonadas. A lo que Drowne propone el usufructo como posible solución a la problemática que afecta el mercado en el país.

Asimismo, nuestro volumen cuenta con el artículo jurídico titulado: *Programas de desvío para agresores por la Ley Núm. 54-1989: ¿Prevención, reeducación y rehabilitación de un agresor o subterfugio del cumplimiento con la justicia?* La redactora de este artículo -Jéssica Rodríguez Rodríguez- expone y visibiliza la problemática que existe en los programas de desvío establecidos en la *Ley para la prevención e intervención con la violencia doméstica* a raíz de la falta de fiscalización por parte de las autoridades pertinentes. La autora hace una reflexión desde el historial socio jurídico y legislativo de la violencia de género, incluyendo los inicios de la legislación para la aprobación de la Ley Núm. 54-1989 y los retos que grupos feministas enfrentaron durante este proceso, y discute el marco jurídico referente a los programas de desvío y cómo la falta de fiscalización de estos ha provocado que personas, en su mayoría mujeres, han perdido su vida en escenarios violentos con sus parejas, quienes fueron participantes de estos programas. Además de exponer la problemá-

tica de la falta de fiscalización de los programas de desvío, la autora pretende crear conciencia acerca de la seriedad del problema de la violencia de género en nuestro país y la importancia de la rehabilitación y reeducación del agresor o agresora y la importancia de proteger la vida de la víctima.

En el artículo *Enigmas, lagunas jurídicas y ambigüedades de la nueva Ley de Armas de Puerto Rico: Destapando el velo de la eliminación de convicciones, el historial de violencia y la incapacidad mental*, el redactor Ángel L. Pérez Sánchez presenta un análisis y propone que se realicen cambios a la nueva Ley de Armas de Puerto Rico, y que estos sean con base a la historia, el sentido común y la data empírica sobre la violencia con armas en nuestro país, aprovechando la conyuntura histórica que trajo consigo el caso de *New York State Rifle & Pistol Association v. Buren*. El autor se enfoca en ciertos criterios o categorías de personas que están prohibidas por ley para tener armas de fuego, los cuales contienen lagunas jurídicas, ambigüedades y contradicciones. En este artículo, el autor propone cambios a esos vacíos en la nueva Ley de Armas para la seguridad pública de Puerto Rico. Estos criterios, que se hacen énfasis en el artículo, son los siguientes: la eliminación de convicciones del expediente de antecedentes penales, el historial de violencia o conducta violenta de una persona y la incapacidad mental.

El licenciado Luis F. Martínez Torres, en su artículo *Delito de enaltecimiento del terrorismo en el caso de Pablo Hasél: una comparación entre la libertad de expresión en España y Estados Unidos* hace un análisis sobre el déficit democrático de la libertad de expresión en España mediante una comparativa y enfoque en las decisiones tomadas por los tribunales españoles y estadounidenses en cuanto a este derecho fundamental. Para esto, el abogado Martínez Torres toma como punto de partida el caso del rapero Pablo Hásel, el cual fue convicto por el delito de enaltecimiento del terrorismo debido a un tuit y una letra de sus canciones que van dirigidas contra el sistema capitalista, el imperialismo, la monarquía española, entre otros.

El artículo *Falta del derecho a la ciudad para la comunidad LGBTTTQI+ y su efecto en el sujeto político cuir puertorriqueño* del autor Irving S. Rodríguez Acosta hace un análisis sobre las consecuencias que trajo la ausencia del reconocimiento de los derechos de la comunidad LGBTTTQUI+ en Estados Unidos ante la crisis epidémica de VIH y su relación referente a los espacios de reivindicación del derecho a la ciudad, y cómo la cultura del *ballroom* abrió paso a una reivindicación del derecho a la ciudad a la comunidad LGBTTTQUI+. Rodríguez Acosta expone que, en Puerto Rico, la reivindicación del derecho a la ciudad por parte de la comunidad LGBTTTQ+ se configuró sin la cultura del *ballroom*, como efecto de la tipificación del homosexual en el Código Penal de 1974 y los efectos del urbanismo durante la época

El autor Nelson Camilo Cortés Santos, en su artículo *La institución del jurado, aspectos y garantías procesales del sistema penal de los Estados Unidos de América y su comparación con el modelo colombiano*, hace un análisis comparativo del

sistema penal estadounidense con el sistema penal colombiano, haciendo énfasis en el jurado, la carga de la prueba y el grado de conocimiento.

En Revista Clave, nos enorgullece publicar, además de artículos jurídicos, todo tipo de escritos siempre que tengan un enfoque jurídico desde la Teoría Crítica del Derecho. En este volumen, contamos con un cuento y un poema. El cuento, *Mr. And Mrs. Loving*, escrito por Elaine Tornos Blanco, nos narra la historia del reconocido e importante caso *Loving v. Virginia*, desde un punto de vista único. Es un cuento que sirve para que niñxs y adultxs entiendan el racismo y sus consecuencias desde otro ángulo. Tornos resalta la lucha en contra del racismo y la importancia de aceptarnos tal y como somos. Además, de la importante misión que tenemos como juristas de luchar por nuestros derechos humanos.

Por su parte, Marangeli Dávila Molina nos presenta un hermoso poema, *A ti Derecho*, en el que resalta lo hermoso del Derecho, lo que es y lo que idealmente debería ser: un foco de luz para alcanzar la justicia.

Antes de culminar esta nota editorial, queremos agradecer expresamente a nuestro consejero académico, el profesor Pedro Cabán Vales, quien nos orientó, ayudó y animó para que este volumen pudiera publicarse. ¡Gracias, profesor! Además, queremos agradecer a cada miembrx redactorx de la revista, quienes tuvieron la ardua tarea de investigar y redactar sus artículos desde la Teoría Crítica del Derecho. También, extendemos nuestra gratitud a la editora Naomi A. Cintrón Hernández, por llevar a cabo la edición de los artículos de este volumen, y a la colaboradora Zasharys Guzmán Ortiz, por ayudarnos en lo que necesitábamos para hacer posible la publicación del Volumen XVIII. Sin ustedes, no fuese posible publicar este volumen. Nuevamente, ¡gracias!

Sin más, les dejamos este nuevo volumen de la Revista Clave, el cual lo trabajamos arduamente durante el año académico 2021-2022, y esperamos que sea enriquecedor para lxs que lo lean y, a su vez, un granito de arena para el derecho puertorriqueño.

Con mucho cariño, orgullo y esperanza,
Ashley y Daniela
junio/2022

A TI DERECHO

POR: MARANGELI DÁVILA MOLINA

POEMA

A ti Derecho,
que emerges de la sociedad,
para la sociedad.

A ti Derecho,
que te construyes entre cimientos de
democracia, estabilidad, regulación,
que cruzas por el pensamientos humano
y te trazas en la tinta de la acción.

Hoy, mi pluma aclama tu movilidad.
A tu imagen contextual.
Tu figura no es sinónimo de acinesia.

La imagen de la historia,
el estrepito de la gente,
quantum de prueba son,
para no mantenerte silente.

A ti Derecho,
Con vigor y alas, te esperan,
la acción,
necesidad,
Reformas Constitucionales,
sopesar la realidad.

La segunda vuelta,
fortalecer protecciones presupuestarias,
ejemplos son.
Tus horizontes de evaluación no cierres.

Tu derecho,
que te construyes por la humanidad,
que enalteces la justicia
y la verdad.

Mira,
analiza,
protecciones al concubinato,
concepción póstuma,
atemperar leyes especiales al Nuevo Código Civil,
enmienda a Cánones de Ética Profesional,
inter alia.

A ti Derecho,
refugio de desprotegidos
cobija de racionalidad.

Sé por tu jurista educación al lego,
sé esperanza del presente
y la realidad del futuro.

A ti Derecho,
te aclamo,
para que seas la aurora,
de los caminantes que a tu
espacio se asoman.

EL CANNABIS MEDICINAL Y LA PERSONA CON IMPEDIMENTOS:
ENMENDAMOS LA LEY NÚM. 44-1985 A FAVOR DEL
RECURSO HUMANO EN PUERTO RICO

POR: ELAINE TORNÉS BLANCO*

RESUMEN

Quienes consumen cannabis medicinal para tratamiento médico, aunque tengan alguna discapacidad mental, física o sensorial no califican como personas con impedimentos bajo el estado de derecho vigente. Este artículo propone, mediante una mejor redacción de la Ley para prohibir el discrimen contra las personas con impedimentos físicos, mentales o sensoriales, Ley Núm. 44-1985, evitar el discrimen al que por legislación quedan expuestas las personas con impedimentos y empleadas que son pacientes de cannabis medicinal en Puerto Rico. Actualmente el cannabis es ilegal bajo la legislación federal y ello influye significativamente en las protecciones laborales que quedan rezagadas para empleados/as registrados/as como pacientes autorizados/as de cannabis medicinal, que tienen algún impedimento y necesitan ejercer sus derechos de utilizar el cannabis continuamente sin poner en riesgo su empleo. La Ley Núm. 15-2021 que enmienda la Ley MEDICINAL, provee protecciones en el empleo para quienes están medicados/as con cannabis medicinal, pero guarda silencio respecto a las personas con impedimentos. Planteamos la necesidad de enmendar la Ley Núm. 44-1985 para que este grupo que consume cannabis por las razones autenticadas por ley para fines de su tratamiento médico, permanezcan en la categoría protegida de personas con impedimentos y reciban las garantías que ello implica en la esfera laboral. Sostenemos que quienes sean empleados/as impedidos/as y pacientes

* Estudiante de tercer año de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, Facultad de Derecho. Miembro de la Asociación de Derecho Laboral 2021-22. Funge como redactora de la Revista de Estudios Críticos del Derecho (CLAVE) y es autora autopublicada con su libro *Aventuras de seres humanos y no humanos*. Realizó sus estudios subgraduados en la Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras, donde completó el grado de bachillerato en Psicología (Magna Cum Laude). Agradece el apoyo de su familia y en especial el de su esposo, Josué A. Rodríguez Cruz. Contacto: elaine.tornes@lex.inter.edu, <https://linktr.ee/etornesblanco>.

autorizados de cannabis medicinal no tienen por qué abandonar la categoría de impedidos/as por el hecho de utilizar cannabis medicinal.

Palabras claves: *cannabis medicinal, marihuana, industria, personas con impedimentos, discrimen, Ley Núm. 44-1985, enmendar, protecciones laborales, tratamiento médico, enfermedades debilitantes, Ley Núm. 15-2021, categoría protegida, ley federal, Controlled Substance Act of 1970, MORE Act.*

ABSTRACT

Those who consume medicinal cannabis for medical treatment, even if they have a mental, physical or sensory disability, do not qualify as persons with disabilities under the current state of law. This article proposes, through a better wording of the Law to prohibit discrimination against people with physical, mental or sensory disabilities, Law No. 44-1985, to avoid the discrimination to which people with disabilities and employees who are employees are exposed by legislation. medical cannabis patients in Puerto Rico. Cannabis is currently illegal under federal law, and this significantly influences lagging job protections for employees registered as authorized medical cannabis patients, who have some impairment and need to exercise their rights to use cannabis continuously without putting your job at risk. Law No. 15-2021, which amends the MEDICINAL Law, provides employment protections for those who are medicated with medical cannabis, but is silent regarding people with disabilities. We propose the need to amend Law No. 44-1985 so that this group that consumes cannabis for the reasons authenticated by law for purposes of their medical treatment, remain in the protected category of people with disabilities and receive the guarantees that this implies in the labor sphere. We maintain that those who are disabled employees and authorized medical cannabis patients do not have to leave the disabled category because they use medical cannabis.

Keywords: *medical cannabis, marijuana, industry, people with disabilities, discrimination, Law No. 44-1985, amend, labor protections, medical treatment, debilitating diseases, Law No. 15-2021, protected category, federal law, Controlled Substance Act of 1970, MORE Act.*

Sumario: I. Introducción II. Marco legislativo del cannabis medicinal III. Marco legislativo del cannabis medicinal Legislación de personas con impedimentos III. Enmienda a la Ley Núm. 44-1985 IV. Conclusión

I. Introducción

Actualmente, nuestro estado de derecho perjudica la dignidad de las personas con impedimentos y empleadas que son pacientes de cannabis medicinal en Puerto Rico, dejándolas expuestas al discrimen y al despido injustificado. La dignidad del ser humano está estrechamente vinculada al trabajo.¹ El derecho a recibir respeto y valor como individuo, en cualquier ámbito de la vida, trasciende nuestras características particulares. Emplear una gran porción de nuestro tiempo en una actividad productiva que, por su naturaleza, es inherente a la dignidad humana, es uno de los grandes triunfos de nuestra vida en sociedad. No obstante, el trabajo remunerado expone de múltiples formas nuestras particularidades en la ejecución y desempeño de las labores. Por ello, puede nuestra dignidad romperse en pedazos si el ordenamiento jurídico ignora nuestras necesidades de salud en el empleo y permite el despido discriminatorio e injustificado por prejuicios ancestrales tales como, el uso no recreacional del cannabis.

Según el último informe de las personas con impedimento en Puerto Rico aptas para trabajar, hay 286,000 personas de dieciséis años o más que tienen algún impedimento.² Estas personas están o eventualmente confluirán en la fuerza laboral.³ Entonces, de 3,285,874 personas reportadas en el Censo⁴ de abril 2020, reluce que los individuos con discapacidades representaron el 8.704% de la población puertorriqueña. Por individuos con discapacidades, nos referimos a las personas que tienen algún impedimento físico o mental que limite de manera sustancial una o más actividades vitales de gran importancia, entre las cuales se destaca trabajar.⁵ Dicho

¹ Virgilio Levaggi, *¿Qué es el trabajo decente?*, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (9 de agosto de 2004), https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang--es/index.htm (la remuneración distingue al empleo del trabajo. El trabajo es el conjunto de actividades humanas, remuneradas o no, que producen bienes o servicios en una economía, o que satisfacen las necesidades de una comunidad o proveen los medios de sustento necesarios para los individuos).

² DEPARTAMENTO DEL TRABAJO Y RECURSOS HUMANOS - NEGOCIADO DE ESTADÍSTICAS DEL TRABAJO, PERSONAS CON IMPEDIMENTO EN PUERTO RICO 1 (2014) https://estadisticas.pr/files/Inventario/publicaciones/DTRH_ENCUESTADEPERSONASCONIMPEDIMENTOENPUERTORICO_2014_0.pdf.

³ *Estadísticas – Departamento de Educación*, DEPARTAMENTO DE EDUCACIÓN, <https://de.pr.gov/educacion-especial/estadistica/> (última visita 18 de febrero de 2022) (nótese que en Educación Especial entre 2019-2020 había 103,318 personas entre las categorías de discapacidad tales como: autismo, sordociego, disturbio emocional, impedimento auditivo, impedimentos múltiples, discapacidad intelectual, otros impedimentos de salud, impedimentos ortopédicos, problemas específicos de aprendizaje, problemas del habla y lenguaje, daño cerebral por trauma e impedimento visual).

⁴ *Población total de Puerto Rico - Censo Decenal 2020*, INSTITUTO DE ESTADÍSTICAS DE PUERTO RICO, <https://censo.estadisticas.pr/node/489> (última visita 18 de febrero de 2022).

⁵ Ejemplos de impedimentos específicos considerados como discapacidades son: la sorde-ra, ceguera, discapacidad intelectual, pérdida parcial o totalmente de las extremidades del

informe reveló que el 2.5% de las personas con impedimentos participa del mercado laboral.⁶

La función de la Unidad Anti-Discrimen del Departamento del Trabajo y Recursos Humanos de Puerto Rico (DTRH)⁷ es ofrecer servicios y orientación en pro del respeto de los derechos civiles en el empleo. En busca de la dignidad y la justicia en el trabajo, y con miras a las leyes protectoras, dicha entidad gestiona las reclamaciones laborales y solicitudes de asesoría para combatir el discrimen en el empleo. Sobre las causales de discrimen en las querellas presentadas en la Unidad Anti-Discrimen del DTRH, podemos ver en el informe anual de 2019 que, de las 406 querellas presentadas, la causal de discrimen por impedimento ocupó el segundo lugar entre las mayores cifras con un total de 152 querellas.⁸ Según dicho informe anual, en el 2020, se reportaron 304 querellas y 126 de estas fueron por la causal de impedimento, ocupando así el primer lugar de discrimen ese año. En el 2021, fueron 81 de un total de 242 querellas las que colocaron nuevamente esta causal de discrimen en segundo lugar respecto a las demás.⁹ Del total de 1,933 querellas reportadas del 2017 al 2021, el 34.04% (658 querellas), fueron radicadas por la causal de discrimen por impedimento. Nótese que esta pronunciada discriminación por impedimento no incluye el uso del cannabis medicinal como mecanismo de discrimen porque, lamentablemente bajo el derecho vigente, quienes consumen cannabis para tratamiento médico, aunque tengan alguna discapacidad mental, física o sensorial, no califican como personas con impedimentos.

Ciertamente, las personas con impedimentos empleadas son parte del grupo trabajador del país. Pese al impedimento que afecta su diario vivir o dificulta su desempeño en aspectos esenciales de la vida como lo es trabajar, las personas con impedimentos forman parte de nuestra fuerza productiva. El rechazo, prejuicio y discrimen que pueden llegar a sufrir las personas con impedimentos físicos o mentales son una realidad difícil de entender para quienes no tienen discapacidad alguna. Esta reali-

cuerpo, problemas de movilidad, autismo, cáncer, parálisis cerebral, diabetes, epilepsia, infección de VIH, SIDA, esclerosis múltiple, distrofia muscular, estado depresivo profundo, trastorno bipolar, estrés postraumático, el trastorno obsesivo-compulsivo y la esquizofrenia.

Véase también respuestas sobre *La Ley para Personas con Discapacidades (ADA, por sus siglas en inglés)*, LA RED NACIONAL DE LA ADA (2013), <https://adata.org/guide/la-ley-para-personas-con-discapacidades-preguntas-y-respuestas>.

⁶ *Id.* nota 2 en la pág. 2.

⁷ *Unidad Anti-Discrimen*, DEPARTAMENTO DEL TRABAJO, [HTTPS://WWW.TRABAJO.PR.GOV/UNIDAD_ANTI_DISCRIMEN.ASP](https://www.trabajo.pr.gov/unidad_anti_discrimen.asp) (última visita 19 de febrero de 2021).

⁸ *Causales de Discrimen en las Querellas Presentadas en la Unidad Anti-Discrimen*, INSTITUTO DE ESTADÍSTICAS DE PUERTO RICO, [HTTPS://ESTADISTICAS.PR/FILES/INVENTARIO/PUBLICACIONES/UNIDAD%20ANTIDISCRIMEN%202020.PDF](https://estadisticas.pr/files/inventario/publicaciones/unidad%20antidiscrimen%202020.pdf) (última visita 19 de febrero de 2021).

⁹ Edad, sexo, represalias, origen nacional, religión, raza y política fueron otras causales de discrimen radicadas en la Unidad Antidiscrimen del Departamento del Trabajo y Recursos Humanos.

dad les exige a las primeras mucho más para poder sentirse parte de la sociedad, no excluidas por las barreras y limitaciones que le aíslan o marginan.

Si algo puede hacer el sistema legal para desarrollar “las capacidades y el potencial de estas personas es garantizar un trato igual en situaciones y actividades que, hasta el momento, resultan desventajosas y discriminatorias para aquellas personas que pudiendo participar y competir, no lo han hecho debido a sus limitaciones”.¹⁰ La Ley Pública 101-336, conocida como *Americans with Disabilities Act*¹¹ (en adelante Ley ADA), prohíbe la discriminación en todas las prácticas laborales. Cónsono a esta, se encuentra la *Ley para prohibir el discrimen contra las personas con impedimentos físicos, mentales o sensoriales*, Ley Núm. 44-1985, que sigue la misma línea, pero enfoca a las personas con impedimentos. La Ley Núm. 44-1985 prohíbe, especialmente en el empleo, el discrimen contra personas con impedimentos físicos, mentales o sensoriales en instituciones que reciban o no fondos del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, en actividades como reclutar, ascender, suspender o despedir; en salario, adiestramiento, beneficios y otros aspectos del empleo.¹²

Por otra parte, la Ley Núm. 42-2017, conocida como la *Ley para manejar el estudio, desarrollo e investigación del cannabis para la innovación, normas aplicables y límites* (Ley MEDICINAL), permite que pacientes puedan tener acceso al cannabis medicinal.¹³ Las enmiendas recientes a esta ley han establecido protecciones en el empleo tanto para pacientes como para patronos en el ámbito laboral.¹⁴ Sin embargo, actualmente la ley federal *Controlled Substance Act*¹⁵ (en adelante CSA), prohíbe el cannabis por considerarlo una droga ilegal.

Consecuentemente y en atención al CSA, la Ley ADA —y su equivalente en Puerto Rico, la Ley Núm. 44-1985— no consideran como personas con impedimento a quienes utilizan drogas ilegales, según definidas en el CSA. Es decir, las personas que con autorización utilizan cannabis medicinal y tengan un impedimento

¹⁰ Exposición de motivos, Ley para prohibir el discrimen contra las personas con impedimentos físicos, mentales o sensoriales, Ley Núm. 44 de 2 de julio de 1985, 1 LPRA § 501 (para propósitos de este capítulo se considerará como impedimento sensorial aquel que afecte sustancialmente, la audición, visión, tacto, olfato y el habla. Se considerará también la obesidad mórbida cuando dicha condición limita sustancialmente a una persona en una o más actividades principales de la vida, personas cuyo peso sobrepasa en un 100% el peso saludable y recomendable por la comunidad médica en general).

¹¹ *Americans with Disabilities Act of 1990*, 42 U.S.C. § 12101 (2009) (traducción suplida).

¹² *El discrimen es ilegal*, DEPARTAMENTO DEL TRABAJO Y RECURSOS HUMANOS DE PUERTO RICO, <https://www.trabajo.pr.gov/docs/Afiches/Antidiscrimen.pdf> (última visita 8 de mayo de 2022).

¹³ Ley para manejar el estudio, desarrollo e investigación del cannabis para la innovación, normas aplicables y límites (Ley Medicinal), Ley Núm. 42-2017, 24 LPRA § 2621a (v) (2017).

¹⁴ *Pacientes de cannabis tendrán protecciones laborales*, MICROJURIS (29 de julio de 2021), <https://aldia.microjuris.com/2021/07/29/pacientes-de-cannabis-tendran-protecciones-laborales/>.

¹⁵ *Controlled Substance Act of 1970*, 21 U.S.C.A. §§ 801-971 (1970) (traducción suplida).

que acarreen como condición de salud, están expuestas al discrimen y quedan desprotegidas de sus derechos en el ámbito laboral por la legislación vigente a nivel federal y estatal. Este desfaz en la legislación, que no va a tono con la realidad civil, amerita nuestra atención.

¿Qué hacer entonces si la persona con impedimento-empleada requiere, por orden de un facultativo médico, hacer uso del cannabis medicinal como único o mejor tratamiento médico para atender su condición de salud y mejorar su calidad de vida? Con los cambios legislativos a partir del 2017, respecto al uso del cannabis para uso medicinal en Puerto Rico, es imperativo analizar si, aún en medio de las nuevas protecciones de empleo para pacientes registrados y autorizados a usar el cannabis medicinal, —las personas con impedimentos-empleadas que figuran también como pacientes registrados y autorizados por ley—, son víctimas de discriminación por parte de empleadores que, a menudo, están sujetos a la legislación federal que al día de hoy considera el cannabis como una droga ilegal. Esto, sin aludir al desierto de cobertura médica inexistente para este y todos los tipos de pacientes autorizados de cannabis medicinal en Puerto Rico.

Alguien que trabaje y esté en la categoría de persona con impedimentos siendo una persona autorizada para usar el cannabis no recreacional, sino por diagnóstico médico, ¿dejará de tener el impedimento ante la ley por tener que consumir cannabis medicinal a partir del 2017, siéndole requerido para su tratamiento médico por parte del personal médico y a pesar de cumplir con los requisitos de paciente registrado/a? Este artículo propone, mediante una mejor redacción de la Ley Núm. 44-1985, evitar el discrimen al que por legislación quedan expuestas las personas con impedimentos y empleadas que son pacientes de cannabis medicinal en Puerto Rico. Presento la problemática de las personas empleadas y registradas como pacientes autorizados/as de cannabis medicinal, que tienen algún impedimento y necesitan ejercer sus derechos de utilizar el cannabis continuamente sin poner en riesgo su empleo.

La Ley Núm. 15-2021,¹⁶ aunque enmienda la Ley MEDICINAL y provee protecciones en el empleo para quienes están medicados/as con cannabis, guarda silencio respecto a las personas con impedimentos. En esencia, este artículo plantea la necesidad de enmendar la Ley Núm. 44-1985 para que este grupo, que consume cannabis por las razones autenticadas por ley para fines de su tratamiento médico, permanezcan en la categoría protegida de personas con impedimentos y reciban las garantías que ello implica en la esfera laboral. Esta enmienda permitirá que también los empleadores aclaren sus políticas institucionales, sin menoscabar el derecho al tratamiento médico y autorizado del cannabis que pueda requerir su recurso humano con impedimentos.

¹⁶ Enmienda a la Ley Medicinal, Ley Núm. 15-2021, P. de la C. 152 de 29 de julio de 2021, 1ra Ses. Ord.

II. Marco legislativo del cannabis medicinal

A simple vista, la legislación de Puerto Rico, respecto al cannabis medicinal, puede parecer de avanzada, pero enfrenta serios retos en su implementación cuando se considera la legislación federal vigente. Abordaré el marco legislativo puertorriqueño y el federal referente al cannabis. Esto nos servirá de base para examinar la posibilidad de enmendar la Ley Núm. 44-1985, en aras de esclarecer su redacción y así defender los derechos de todo paciente de cannabis medicinal registrado y autorizado por ley que padece de algún impedimento y necesita usar el cannabis para tratar su situación de salud, sin riesgo a perder injustificadamente su empleo.

¿Por qué una planta como el cannabis, con un historial de uso medicinal por cientos de años ha sido catalogada como una droga con alto potencial de abuso y hasta más peligrosa que la cocaína o la metanfetamina?¹⁷ Desde sus inicios, “la prohibición del cannabis y su penalización ha ido de la mano del racismo y la xenofobia”, y no necesariamente de estudios empíricos.¹⁸ En el conservador siglo XX y en el contexto de la Ley Seca en Estados Unidos, el empresario, editor de periódicos y político estadounidense, William Randolph Hearst, realizó una campaña particularmente destructiva en torno al cannabis basada en racismo, sensacionalismo y control social de minorías raciales a la cual se unieron muchos otros con miedo blanco.¹⁹

Recordemos que las leyes de Jim Crow fueron las que impusieron la segregación racial entre el final del Período de Reconstrucción en 1877 y 1965.²⁰ Un comisionado de la Oficina federal de Narcóticos, contemporáneo a Randolph, opinó: “[t]here are 100,000 total marijuana smokers in the U.S., and most are Negroes, Hispanics, Filipinos and entertainers. Their Satanic music, jazz and swing result from marijuana use. This marijuana causes white women to seek sexual relations with Negroes,

¹⁷ Robert Solomon, *Racism and its effect on cannabis research - CANNABIS AND CANNABINOID RESEARCH* (2020), DOI: 10.1089/can.2019.0063 (traducción suplida).

¹⁸ Mike Schuster & Robert Bird, *Legal Strategy during Legal Uncertainty: The Case of Cannabis Regulation*, 26 Stan. J.L. Bus. & FIN. 362, 367 (2021) (traducción suplida).

¹⁹ *Id.*

²⁰ Nichelle Womble, *The birth of a monster: An open discussion on anti-blackness segregation to present*, 33 St. Thomas L. Rev. 55, 61 (2020). (citando a Erin Blakemore, *Jim Crow Laws Created ‘Slavery by Another Name,’* NAT’S GEOGRAPHIC (5 de febrero de 2020), <https://www.nationalgeographic.com/history/reference/united-states-history/jimcrow-laws-created-slavery-another-name/>; *A Brief History of Jim Crow*, CONST. RTS. FOUND., <https://www.crf-usa.org/black-history-month/a-brief-history-of-jim-crow> (última visita 28 de diciembre de 2020) (“Jim Crow” was a derisive slang term for a black man. It came to mean any state law passed in the South that established different rules for blacks and whites.”) (traducción suplida).

entertainers and any others.”²¹ Hoy, resultaría más evidente que frente al alza migratoria y la realidad del uso del cannabis en los locales que popularizaron el jazz en New Orleans y que traspasó las fronteras, se hayan lanzado, desde las esferas de poder, misiles en forma de leyes como el Marihuana Tax Act (MTA) de 1937. Pero tal vez en ese entonces nadie sospechaba que el interés de muchos, en especial el de Randolph y su imperio, era que la producción de papel a través de la industria maderera no se viera amenazada por la competencia con el papel de cáñamo, proveniente de la planta de cannabis. De igual forma, nos quedaremos con la incógnita de si las leyes de Jim Crow perpetuadas en nuestra memoria y experiencia colectiva ha sido un factor para la prolongación de la prohibición del cannabis, que ha superado con creces la prohibición durante trece años del alcohol en Estados Unidos.

A. Puerto Rico

Acorde a la Junta Reglamentadora del Cannabis Medicinal,²² el cannabis medicinal es el uso de la planta del Cannabis tipo Sativa, Indica o un híbrido de estas y sus cannabinoides como THC, CBD, entre otros, como una alternativa terapéutica paliativa para ciertas condiciones debilitantes.²³ Incluye todo compuesto, producto, derivado, mezcla o preparación de todas las partes de la planta Cannabis Sativa y Cannabis Indica y cualquier híbrido de estas, de sus semillas, de su flor o de su resina, incluyendo el cannabidiol. No incluye los tallos maduros ni las fibras obtenidas de dichos tallos. Tampoco incluye el cáñamo industrial.²⁴

²¹ Schuster & Bird, *supra* nota 16, en la pág. 367 (*citando a* WILLIAM T. HOSTON, RACE AND THE BLACK MALE SUBCULTURE 104 (2016); Francis J. Mootz III, *Ethical Cannabis Lawyering in California*, 9 ST. MARY’S J. LEGAL MALPRACTICE & ETHICS 2, 13 (2018) (hoy en día podría decirse que la industria farmacológica defiende intereses económicos que no admiten la legalización de la marihuana por la gran inversión en medicamentos que ha hecho y que resultan, a grandes rasgos, muy onerosos para cada individuo, en comparación con la planta de cannabis que puede tratar una misma enfermedad debilitante).

²² *Junta Reglamentadora del Cannabis Medicinal*, DEPARTAMENTO DE SALUD DE PUERTO RICO (8 de marzo de 2022), <https://www.salud.gov.pr/CMS/364#:~:text=El%20Reglamento%209038%20define%20al,los%20requisitos%20establecidos%20en%20la>.

²³ *Id.* (Alzhéimer, anorexia, artritis, autismo, cáncer y el tratamiento de quimioterapia para el cáncer, depresión, desórdenes de ansiedad, según definidos en el DSM V (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, por sus siglas en inglés), desórdenes relacionados al Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH) positivo, enfermedades degenerativas tales como: la Esclerosis Lateral Amiotrófica (ELA), la Esclerosis Múltiple y, Enfermedad Inflamatoria Intestinal, enfermedades incurables y avanzadas que requieran un cuidado paliativo, epilepsia, fibromialgia, glaucoma, hepatitis C, insomnio, lesiones en el cordón espinal, migraña, neuropatías periferales, Parkinson, Síndrome de Estrés postraumático (PTSD, por sus siglas en inglés), Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), trastorno bipolar, cualquier otra condición que cause caquexia, dolor crónico, náuseas severas o espasmos musculares persistente o que el Cuerpo Asesor Médico recomiende y la Junta Reglamentadora del Cannabis Medicinal así lo exprese mediante determinación administrativa).

²⁴ Junta Reglamentadora del Cannabis Medicinal, *supra*.

Me refiero a la marihuana que, según la *Ley de sustancias controladas de Puerto Rico*, significa todas las partes de la planta *Cannabis sativa* L.²⁵ *Cannabis* es el término para la planta de la marihuana y sus productos psico adictivos, asimismo “la marihuana medicinal también se conoce como cannabis medicinal”.²⁶ Por ende, cannabis se usa intercambiamente con marihuana. Pero el nombre alternativo del cannabis, marihuana, se usó específicamente para avivar miedo en los ciudadanos estadounidenses sobre la planta del *Cannabis* que, de otro modo, suena banal.²⁷ La experiencia de la nación sobre los efectos benignos de la marihuana en la salud pública y las consecuencias destructivas de su prohibición convencieron a muchos de la conveniencia de su legalización.²⁸

Sobre los beneficios del cannabis medicinal, la Junta ha manifestado que ayuda a disminuir el dolor, la inflamación y los problemas relacionados con el control muscular, estimula el apetito, reduce las náuseas, atenúa síntomas de enfermedades crónicas, disminuye malestar del síndrome premenstrual, ayuda a prevenir convulsiones, alivia dolores, es relajante muscular, tiene propiedades antiespasmódicas, es tranquilizante, tratamiento paliativo de efecto analgésico y antiinflamatorio y ayuda contra el insomnio.²⁹ La industria del cannabis medicinal es una de gran crecimiento. En solo cuatro años, desde el comienzo de operaciones del primer dispensario en

²⁵ Ley de sustancias controladas de Puerto Rico, Ley Núm. 4 de 23 de junio de 1971, 24 LPRA § 2102 (16)(1971) (es toda la planta de *Cannabis*, esté en proceso de crecimiento o no; las semillas de la misma; la resina extraída de cualquier parte de dicha planta; y todo compuesto, producto, sal, derivado, mezcla, o preparación de tal planta, de sus semillas o de su resina, pero no incluirá los tallos maduros de dicha planta, ni las fibras obtenidas de dichos tallos, ni el aceite o pasta hecho de las semillas de dicha planta, ni cualquier otro compuesto, producto, sal, derivado, mezcla o preparación de tales tallos maduros, exceptuando la resina extraída de ellos, o de la fibra, aceite, o pasta, ni la semilla esterilizada de dicha planta que sea incapaz de germinar); Véase también Controlled Substance Act of 1970, 21 U.S.C.A. § 802(16)(A) (the term “marihuana” means all parts of the plant *sativa* L., whether growing or not; the seeds thereof; the resin extracted from any part of such plant; and every compound, manufacture, salt, derivative, mixture, or preparation of such plant, its seeds or resin).

²⁶ *Marihuana medicinal*, MAYO CLINIC, <https://www.mayoclinic.org/es-es/healthy-lifestyle/consumer-health/in-depth/medical-marijuana/art-20137855> (última visita 23 de marzo de 2022) (considero que cuando una persona paciente de cannabis medicinal empleada y con incapacidad queda sujeta a medidas disciplinarias, como participar de programas de manejo de adicciones, o de cara al despido, ello es señal de que injustamente ha sido catalogada como persona adicta).

²⁷ Schuster & Bird, *supra* nota 18, en la pág. 367 (citando a Joëlle Anne Moreno, *Half-Baked: The Science and Politics of Legal Pot*, 123 PENN. ST. L. REV. 401, 417-18 (2019) (citando a Alex Halperin, *Marijuana: Is It Time to Stop Using a Word With Racist Roots?*, THE GUARDIAN (29 de enero de 2018), <https://perma.cc/H8MT-94B3>).

²⁸ James B. Slaughter, *Marijuana Prohibition in the United States: History and Analysis of a Failed Policy*, 21 COLUM. J.L. & SOC. PROBS. 417, 473 (1988) (traducción suplida).

²⁹ *Información general*, CANNABIS MEDICINAL - DEPARTAMENTO DE SALUD, http://cannabismedicinal.salud.gov.pr/?page_id=2805 (última visita 25 de febrero de 2022).

el 2016, el programa de cannabis medicinal alcanzó a 77,000 pacientes.³⁰ Según las estadísticas de pacientes al 10 de marzo de 2022, ya suman 119,664.³¹

El uso del cannabis medicinal en Puerto Rico surge por medio de la Orden Ejecutiva del 2015, bajo la administración del exgobernador Alejandro García Padilla.³² Con esta orden, el Departamento de Salud, por conducto de la Secretaria de Salud, cambió la planta de la marihuana de la clasificación I de la *Ley de sustancias controladas de Puerto Rico*, a la clasificación II, que contiene las sustancias con usos médicos aceptados.³³ Según dicha Ley Núm. 4 del 23 de junio de 1971, las sustancias con alto potencial de abuso, cuyo uso medicinal resulta inaceptable en los Estados Unidos por carecer de condiciones que faciliten su uso bajo supervisión médica, son de clasificación I.³⁴ Por otro lado, son más laxos los controles para las sustancias en la clasificación II, por estas contemplar usos médicos reconocidos y resultar factibles bajo supervisión médica, sujeta a restricciones estrictas.³⁵ Un año y medio más tarde, surgió la Orden Ejecutiva Núm. 2016-045, que ordenó a todas las oficinas, departamentos, agencias, corporaciones y dependencias públicas de la Rama Ejecutiva a enmendar sus respectivas reglamentaciones sobre el programa de pruebas de detección de sustancias controladas para excluir la marihuana de la lista de sustancias controladas que la prueba busca identificar.³⁶

³⁰ Natalia Rodríguez Burgos, *Una mirada a la recién instituida industria del cannabis medicinal en Puerto Rico*, 88 REV. JUR. UPR 960, 992 (2019).

³¹ *Junta Reglamentadora del Cannabis Medicinal - Estadísticas de Pacientes Revisado*, DEPARTAMENTO DE SALUD, <https://www.salud.gov.pr/CMS/DOWNLOAD/5956> (última visita 23 de marzo de 2022).

³² Orden Ejecutiva Núm. 2015-010, *Para ordenar a la Secretaria del Departamento de Salud a que, cumplidas las disposiciones generales que requiere la Ley Núm. 4 de 23 de junio de 1971, conocida como la Ley de sustancias controladas de Puerto Rico, autorice el uso medicinal de algunas o todas las sustancias controladas o componentes derivados de la planta de cannabis* (3 de mayo de 2015), <https://basecero.ogp.pr.gov/apex/f?p=161:15>.

³³ Jerry Negrón Marín, *El empleado-paciente de cannabis medicinal en Puerto Rico*, 88 REV. JUR. UPR 920, 926 (2019); Véase la Orden Declarativa Núm. 32-2015 de la Secretaria de Salud (17 de julio de 2015), <https://covid19datos.salud.gov.pr/CMS/DOWNLOAD/3437>.

³⁴ Ley de sustancias controladas de Puerto Rico, Ley Núm. 4 del 23 de junio de 1971, 24 L.P.R.A. § 2202 (1971).

³⁵ *Id.* § 2202 (b)(2)(A)-(C).

³⁶ Véase la Orden Ejecutiva Núm. 2016-045, *Para ordenar a todas las oficinas, departamentos, agencias, corporaciones y dependencias públicas de la Rama Ejecutiva a enmendar sus respectivas reglamentaciones sobre el programa de pruebas de detección de sustancias controladas para excluir la marihuana de la lista de sustancias controladas que la prueba busca identificar* (21 de noviembre de 2016), <https://bvirtualogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyes-referencia/PDF/2/OE-2016-045.pdf> (opinamos que más allá de la exclusión o inclusión de la marihuana del panel o lista de sustancias que se busca identificar con las pruebas para la detección de sustancias, debiera ser la supervisión respecto al desempeño del personal y no la medición de la marihuana, el norte para todo patrono).

El 9 de julio de 2017, apenas dos años después de aquella primera orden ejecutiva y bajo la administración del exgobernador Ricardo Roselló Nevares, se puso en vigor la *Ley para manejar el estudio, desarrollo e investigación del cannabis para la innovación, normas aplicables y límites* (en adelante Ley MEDICINAL).³⁷ Esta ley permite, únicamente, la vaporización del cannabis y, dado que tiene como misión principal evitar el cannabis para uso recreacional, trae consigo las siguientes prohibiciones: “(1) que el cannabis medicinal no sea consumido a través del acto de fumar; (2) que su uso no sea recreacional, y (3) conducir un vehículo de motor bajo los efectos del cannabis medicinal. También, crea un delito menos grave para aquellos médicos que autoricen el uso de cannabis medicinal a personas que no sufran de una condición identificada por medio de reglamentación”.³⁸

Estas iniciativas han permitido que la población de Puerto Rico pueda usar el cannabis medicinal y “algunas o todas las sustancias controladas o componentes derivados de la planta del cannabis, siempre y cuando se cumpla estrictamente con las disposiciones reglamentarias exigidas por ley”.³⁹ Es decir, autorizar el cannabis como un remedio medicinal factible para tratar ciertas enfermedades. Según las estadísticas, de 119,664 pacientes de cannabis medicinal, el 55.34% lo utiliza para desórdenes de ansiedad, 44.91% para condiciones que causen dolor crónico y 24.21% para condiciones que causen espasmos persistentes.⁴⁰

El Art. 5 del Reglamento 9038 de la Junta Reglamentadora del Cannabis Medicinal define al médico autorizado como una persona licenciada en Puerto Rico autorizada a ejercer la profesión de la medicina, que posea una licencia para prescribir y/o administrar drogas conforme las leyes y reglamentaciones estatales y federales, y que además cumpla con los requisitos establecidos en la Ley Núm. 42-2017. A su vez, define como paciente a una persona que recibe una recomendación de un médico autorizado para el cannabis medicinal como tratamiento para su condición, y a la cual se le ha expedido una identificación por la Junta u Oficina luego del proceso de

³⁷ Ley para manejar el estudio, desarrollo e investigación del cannabis para la innovación, normas aplicables y límites (Ley MEDICINAL), Ley Núm. 42-2017, 24 LPRR § 2621 (2017).

³⁸ Natalia Rodríguez Burgos, *Una mirada a la recién instituida industria del cannabis medicinal en Puerto Rico*, 88 REV. JUR. UPR 960, 970-71 (2019) (citando la Ley Medicinal); Véase también María Terrén Arnau, *Uso terapéutico del cannabis para tratar el dolor crónico*, ENFERMERÍA DE LA UNIVERSIDAD JAUME I, 33 (10 de abril de 2020), http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/189560/TFG_2020_TerrenArnau_Maria.pdf?sequence=1&isAllowed=y (“el dispositivo médico de vaporización, en comparación con el tabaquismo, reduce drásticamente las concentraciones de compuestos tóxicos como el monóxido de carbono, amoníaco y carbohidratos poliaromáticos los cuales irritan el tejido respiratorio, y dado que no genera humo, aporta ciertas ventajas para la salud que no se consiguen cuando se fuma”).

³⁹ Negrón Marín, *supra* nota 33, en la pág. 927.

⁴⁰ Junta Reglamentadora del Cannabis Medicinal, *supra* nota 31 (un 21.52% trata su depresión, 13.79% su artritis, un 2.76% maneja su cáncer, entre otras enfermedades).

registro, conforme al marco de la Ley Núm. 42-2017. El Reglamento 9038 también incluye a los pacientes que cumplan con estos requisitos, aunque no sean residentes en Puerto Rico y residan en algún otro estado de Estados Unidos u otra jurisdicción, y que tengan un documento expedido por el estado o país de residencia del paciente no residente.⁴¹

B. Gobierno Federal

Actualmente, la marihuana es ilegal bajo la ley penal federal.⁴² Tanto su cultivo y venta permanece ilegal bajo la ley federal desde el 1937.⁴³ Ese año el Congreso aprobó el *Marihuana Tax Act* (MTA).⁴⁴ Desde entonces se han implementado numerosas medidas legislativas en contra de las drogas. Una de las más abarcadoras ha sido el *Drug-Free Workplace Act* de 1988.⁴⁵ Esta normativa requiere que las personas y organizaciones que reciben subvenciones federales u obtengan contratos federales certifiquen que brindan un lugar de trabajo libre de drogas “notificando a los empleados que la fabricación, distribución, posesión o uso ilegales de una sustancia controlada están prohibidos en el lugar de trabajo del beneficiario o contratista”.⁴⁶ Asimismo, define un lugar de trabajo libre de drogas como “una entidad en la que

⁴¹ DEPARTAMENTO DE SALUD, Reglamento para manejar el estudio, desarrollo e investigación del cannabis para la innovación, normas aplicables y límites, Núm. 9038 (2 de julio de 2018), <https://www.salud.gov.pr/CMS/DOWNLOAD/4866> (en su art. 9 este reglamento indica la vaporización y otras vías autorizadas para consumir productos de cannabis medicinal. A su vez, no todas las protecciones pueden ser absolutas, por lo que el art. 28(B) toca lo correspondiente a las profesiones clasificadas como de alto riesgo, las cuales no podrían admitir el cannabis medicinal si ello interfiere con sus funciones esenciales de trabajo); Véase también la Ley de turismo médico de Puerto Rico, Ley Núm. 196-2010, según enmendada, 23 LPRA § 6981b (se fomentará la incorporación de industrias relacionadas, establecidas y nacientes, como por ejemplo el cannabis medicinal).

⁴² 21 U.S.C.S. § 841 (2022) (making it unlawful “to manufacture, distribute, or dispense... a controlled substance”); *id.* § 802(6) (defining controlled substance to include drugs in “schedule I”); *id.* § 812 (classifying marijuana as a schedule I drug); Véase también a Julie Andersen Hill, *Banks, Marijuana, and Federalism*, 65 CASE W. RES. L. REV. 597, 598 (2015).

⁴³ Brannon P. Denning, *Vertical Federalism, Horizontal Federalism, and Legal Obstacles to State Marijuana Legalization Efforts*, 65 CASE W. RES. 567, 568 (2015) (citando a Julie Andersen Hill, *Banks, Marijuana, and Federalism*, 65 CASE W. RES. L. REV. 597 (2015) (traducción suplida).

⁴⁴ *Marihuana Tax Act of 1937*, Pub. L. No. 75-238, 50 Stat. 551 (1937) (para imponer un impuesto al consumo ocupacional a ciertos traficantes de marihuana, imponer un impuesto de transferencia a ciertas transacciones de marihuana, y salvaguardar los ingresos de estos mediante registro) (traducción suplida).

⁴⁵ *Drug-Free Workplace Act of 1988*, 41 U.S.C. § 8101 (2011).

⁴⁶ 41 USCS § 8102; Véase también Elizabeth Hurwitz, *Out of the Shadows, Into the Light: Preventing Workplace Discrimination Against Medical Marijuana Users*, 46 U.S.F. L. REV. 249, 267 (2011) (traducción suplida).

sus empleados tienen prohibido participar en la fabricación, distribución, dispensación, posesión o uso ilegal de una sustancia controlada”.⁴⁷

Consecuentemente, se restringe federalmente el uso de la marihuana a pacientes autorizados y a industrias. Los resultados de medidas como estas, que prohíben la marihuana con miras a supervisar el uso ilegal de las sustancias controladas, pueden lucir como progreso, pero fracasan.⁴⁸ Aunque el Gobierno de los Estados Unidos ha fracasado en su objetivo de controlar el uso ilegal de las sustancias controladas, incluyendo el cannabis, no por ello detiene la aprobación de leyes que obstaculizan su uso y tráfico.

La ley federal clasifica la marihuana como contrabando en el cual no pueden existir los derechos de propiedad.⁴⁹ A nivel federal, el *Controlled Substance Act* de 1970 (CSA), sigue siendo el recurso más robusto contra el cannabis y continúa en vigencia para controlar la importación, distribución, manufactura, posesión y uso ilegal de las sustancias controladas. El término sustancia controlada se define como droga u otra sustancia, o precursor inmediato, incluidos en la categoría I, II, III, IV, o V de la parte B de este subcapítulo. El término no incluye licores destilados, vino, bebidas de malta, o tabaco, ya que esos términos se definen o usan en el subtítulo E del Código de Rentas Internas de 1986.⁵⁰ El Gobierno estadounidense considera “esencial el control federal de dichas actividades ilegales que tienen un efecto sustancial y en detrimento en la salud y bienestar general del pueblo”.⁵¹

El CSA agrupa las sustancias controladas en cinco categorías, organizadas según su potencial de abuso y efectos nocivos.⁵² Siguiendo varios factores,⁵³ el Congreso incluyó al cannabis en la clasificación I, la más restrictiva, que, a su vez, comprende sustancias con: (1) alto potencial de abuso; (2) sin uso medicinal aceptado, y (3) con ausencia de condiciones aceptadas de seguridad para su uso bajo supervisión médica.⁵⁴ Vemos que la legislación federal ubica la marihuana en el mismo lugar que la heroína.⁵⁵

⁴⁷ 41 U.S.C. § 8101 (a)(5)(B) (traducción suplida).

⁴⁸ Jefferson M. Fish, *Is Our Drug Policy Effective? Are There Alternatives?*, 28 FORDHAM URB. L.J. 3, 34 (2000) (traducción suplida).

⁴⁹ John G. Sprankling, *Owning Marijuana*, 14 DUKE J. CONST. L. & PUB. POL’Y 1, 1 (2019) (traducción suplida).

⁵⁰ Controlled Substance Act of 1970, 21 U.S.C.A. § 802 (6) (1970) (traducción suplida).

⁵¹ *Id.* § 801 (2) (traducción suplida).

⁵² *Id.* § 812 (traducción suplida).

⁵³ *Id.* § 811 (c). (Los factores son: (1) Su potencial real o relativo de abuso; (2) Evidencia científica de su efecto farmacológico, si se conoce; (3) El estado del conocimiento científico actual con respecto a la droga u otra sustancia; (4) Su historia y patrón actual de abuso; (5) El alcance, la duración y la importancia del abuso; (6) Qué riesgo, si lo hay, existe para la salud pública; (7) Su responsabilidad por dependencia psíquica o fisiológica, y (8) Si la sustancia es un precursor inmediato de una sustancia ya controlada bajo este subtítulo) (traducción suplida).

⁵⁴ Negrón Marín, *supra* nota 31, en la pág. 929.

⁵⁵ 21 U.S.C.A. § 812 Schedule I (b)(10) (traducción suplida).

Se expone a una pena criminal quien incurra en el delito del mero tráfico o posesión de cannabis, tipificado en el CSA.⁵⁶ Es decir, la posesión, a sabiendas o intencional, de sustancias controladas es ilegal, así como su posesión con intención de distribución. La primera penalidad conlleva cárcel hasta por un año y/o una multa de \$1,000.⁵⁷ Este derecho de poseer marihuana “puede existir bajo la ley estatal, aunque esté prohibido bajo la ley federal”,⁵⁸ pero siempre en atención a la Cláusula de la Supremacía.⁵⁹

Lo anterior no es una paradoja, porque si bien los estados retienen “una sustancial autoridad soberana bajo nuestro sistema constitucional” y pueden ajustar las medidas federales según sus propios intereses, no pueden menoscabar el rol protagónico que tiene el Gobierno federal.⁶⁰ Una ley federal no reemplazará la definición de posesión de marihuana de la ley estatal en ausencia de preferencia expresa o implícita, pero, aunque el Congreso ha escogido no ocupar el campo de la regulación de sustancias controladas, sino optar porque a través del CSA, tanto el Gobierno federal como el estatal compartan la autoridad⁶¹ en dicha área, ello no significa que los estados puedan alejarse del propósito del CSA, que puntualiza el cannabis como una sustancia controlada ilegal.

Veamos los memorandos del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (en adelante, DOJ por sus siglas en inglés), respecto a la postura federal hacia la marihuana. El memorándum del 2011 establecía que quienes se dedicasen al negocio de cultivar, vender o distribuir marihuana o colaboraran en dichas actividades, estarían en violación del CSA.⁶² No obstante, en el 2013 se produjo otro memorándum con deferencia a aquellos estados donde la marihuana era legal y su uso estuviese reglamentado.⁶³ Prevenir conducir drogado y la exacerbación de otras consecuencias adversas a la salud pública fueron algunos principios señalados por las agencias federales para penalizar a quienes incumplan con las disposiciones del CSA.⁶⁴ Asi-

⁵⁶ *Id.* § 841 (a)(1)(2) (traducción suplida).

⁵⁷ 21 U.S.C.A. § 844(a); Véase también Sprankling, *supra* nota 49, en la pág. 14 (traducción suplida).

⁵⁸ *Id.* en la pág. 4 (traducción suplida).

⁵⁹ CONST. EE. UU. art. VI, § 1. (las constituciones y las leyes de los estados no deben estar en conflicto con las leyes de la Constitución federal; en caso de conflicto, los jueces del estado están limitados legalmente a acatar las leyes federales y la Constitución, por encima de las de cualquiera estado).

⁶⁰ Gregory v. Ashcroft, 501 U.S. 452, 457 (1991) (traducción suplida).

⁶¹ 21 U.S.C.A. § 903 (West 2018) (traducción suplida).

⁶² James M. Cole, *Memorandum for United States Attorneys*, JUSTICE.GOV (29 de junio de 2011), <https://www.justice.gov/sites/default/files/oip/legacy/2014/07/23/dag-guidance-2011-for-medical-marijuana-use.pdf> (traducción suplida).

⁶³ James M. Cole, *Memorandum for United States Attorneys*, JUSTICE.GOV (29 de agosto de 2013), <https://www.justice.gov/iso/opa/resources/3052013829132756857467.pdf> (traducción suplida).

⁶⁴ *Id.* en la pág. 2.

mismo, este memorándum de 2013 resaltó la importancia de que los estados implementaran una legislación sólida y efectiva para reglamentar el uso del cannabis sin descarrilarse de la normativa del CSA.⁶⁵

El DOJ puede enjuiciar a personas involucradas en la industria del cannabis, pero no puede usar sus fondos para perseguir actividades de cannabis medicinal en aquellos estados donde sea legal el cannabis, si ello obstaculiza la implementación de la ley estatal sobre el cannabis medicinal.⁶⁶ Esto significa que el Gobierno federal no puede intervenir en tanto se cumplan las leyes estatales de cannabis medicinal adaptadas a la normativa del CSA, pues la marihuana permanece ilegal bajo la ley federal y no hay protección contra las consecuencias legales impuestas por las agencias federales.⁶⁷ Es imperativo que cada estado cumpla con las prioridades establecidas por las agencias federales para controlar las transacciones de marihuana en aquellos estados donde dicha sustancia es legal.

El *Memorándum Cole* de 2013 fue el primero que en cierta medida zanjó las controversias estatales y federales. Este memorándum por James Cole, Fiscal General Adjunto de Estados Unidos, expone las prioridades o directrices para gestionar la marihuana, a saber: (1) prevenir la distribución de marihuana a menores; (2) prevenir que los ingresos de las ventas de marihuana terminen en manos de empresas criminales, pandillas y carteles; (3) prevenir la desviación de marihuana de los estados donde es legal a los estados donde no lo es; (4) prevenir que se utilice la actividad de marihuana legal estatalmente para encubrir el tráfico de otras drogas ilegales o actividades ilegales; (5) prevenir la violencia y el uso de armas de fuego en el cultivo y distribución de marihuana; (6) prevenir conducir drogado y la exacerbación de otras consecuencias adversas a la salud pública; (7) prevenir el cultivo de marihuana en tierras públicas y los riesgos asociados a esta práctica, y (8) prevenir la posesión o uso de marihuana en propiedad federal.⁶⁸

Estas prioridades son las guías o condiciones que el Gobierno federal exige cumplir a los estados, so pena de censurar o perseguir a quienes las incumplan dentro de los estados que permiten la marihuana. En la medida que los estados impongan leyes efectivas en torno a tales prioridades, correrán menos riesgo de persecución por parte del Gobierno federal y sus intereses. No obstante, el *Memorándum Sessions* en el 2018 borra la aparente flexibilidad en el *Memorándum Cole*, y exige hacer

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *United States v. McIntosh*, 833 F.3d 1163, 1179 (9th Cir. 2016) (traducción suplida).

⁶⁷ *Casey W. Baker, Marijuana's Continuing Illegality and Investors' Securities Fraud Problem: The Doctrines of Unclean Hands and In Pari Delicto*, 12 J. BUS. ENTREPRENEURSHIP & L. 93, 105 (2019) (*citando* a *Marrufo v. United States Border Patrol*, 2016 U.S. Dist. LEXIS 49109, 2, se aclaró que la enmienda Rohrabacher-Farr respecto al *Consolidated and Further Continuing Appropriations Act of 2015*, Pub. L. No. 113-235, 128 Stat. 2130, prohibió al DOJ utilizar fondos para interferir con las leyes estatales que permiten el uso del cannabis medicinal) (traducción suplida).

⁶⁸ *Cole, supra* nota 63, en la pág 1.

cumplir las leyes federales reafirmando que la marihuana es una droga peligrosa y su actividad un crimen serio.⁶⁹ Apunta también que los fiscales federales decidirían qué casos enjuiciar para sopesar todas las consideraciones pertinentes, incluidas las prioridades federales de aplicación de la ley establecidas por el Fiscal General, la gravedad del delito, el efecto disuasorio del enjuiciamiento penal y el impacto acumulativo de delitos particulares en la comunidad.⁷⁰ Esto alertó nuevamente a los estados sobre el involucramiento del Gobierno federal en la legalización estatal del cannabis.

III. Legislación de personas con impedimentos

La política pública que vela por los intereses de las personas con impedimentos no surgió de la noche a la mañana. A partir de 1898, Puerto Rico advino en presencia de las fuerzas norteamericanas de los Estados Unidos, a raíz de la Guerra Hispanoamericana entre Estados Unidos y España. En ese mismo año, el Tratado de París, que dio fin a dicha guerra, conllevó la cesión de Puerto Rico y otros territorios a Estados Unidos. De este modo, el Congreso de los Estados Unidos determinaría los derechos civiles y la condición política de estos habitantes naturales sin el propósito expreso de anexar los territorios como parte de la Unión.⁷¹ Tuvo que transcurrir medio siglo para que la estructura gubernamental puertorriqueña dejara de regirse por las leyes orgánicas norteamericanas conocidas como la Ley Foraker de 1900 y la Ley Jones de 1917 y, tras la Convención Constituyente, se permitiese producir en 1952 una Constitución con el sentir de los habitantes de Puerto Rico.

De la crudeza de la Segunda Guerra Mundial, nacieron, en 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En la primera, el art. 23.1 expresa que “toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”.⁷² En la segunda, el art. 14 manifiesta lo siguiente:

“toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo. Toda persona que trabaje tiene derecho a recibir una

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ Jefferson B. Sessions, III, - *Memorandum for all United States Attorneys*, JUSTICE.GOV (4 de enero de 2018), <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1022196/download> (traducción suplida).

⁷¹ Carlos E. Ramos González, *La Constitución de Puerto Rico y el derecho constitucional puertorriqueño*, 8 CRITERIO JURÍDICO SANTIAGO DE CALI, 108 (2008) https://web.archive.org/web/20180508102326id_/http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/viewFile/308/1135.

⁷² Declaración Universal de Derechos Humanos, ONU, <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights> (última visita 27 de febrero de 2022).

remuneración que, en relación con su capacidad y destreza, le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia”.⁷³

Estas declaraciones inspiraron a la Convención Constituyente de 1951-52 a enaltecer la inviolabilidad de la dignidad humana —y sus componentes de igualdad, libertad y solidaridad— como norte del nuevo ordenamiento jurídico en Puerto Rico. La Carta de Derechos de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico establece la protección del trabajador contra riesgos para su salud o integridad personal en su trabajo o empleo.⁷⁴

La Ley Núm. 238-2004, mejor conocida como la *Carta de Derechos de las Personas con Impedimentos*, define el término “persona con impedimento” como toda persona que tiene un impedimento físico, mental o sensorial que limita sustancialmente una o más actividades esenciales de su vida; tiene un historial o récord médico de impedimento físico, mental o sensorial; o es considerada que tiene un impedimento físico, mental o sensorial.⁷⁵ La *Ley de la oficina del procurador de las personas con impedimentos* garantiza la protección rápida, efectiva y eficiente de los derechos de las personas con impedimentos para que alcancen una integración plena en todos los ámbitos de nuestra sociedad.⁷⁶

La *Ley de Derechos Civiles de 1964* es una medida esencial contra la discriminación en los lugares públicos, que autoriza al Fiscal General a entablar demandas para proteger los derechos constitucionales en las instalaciones públicas y la educación pública, que amplía la Comisión de Derechos Civiles, para prevenir la discriminación en los programas con asistencia federal, y establece una Comisión de Igualdad en el Empleo Oportunidad, entre otros fines.⁷⁷ Esta Ley de Derechos Civiles encuentra en su Título 8 el *Fair Housing Act*, una prohibición a la discriminación en la venta, alquiler y el financiamiento de vivienda, y otras transacciones relacionadas, por razón de raza, color, origen, nacionalidad, religión, edad, sexo, estado familiar, entre otras categorías protegidas.⁷⁸

La *Ley de Seguridad Social* como seguro de retiro, abona a la legislación en pro de la población con impedimentos, porque presenta legislación en beneficio de los

⁷³ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/3768.pdf> (última visita 27 de febrero de 2022).

⁷⁴ CONST. PR art. II, § 16.

⁷⁵ Carta de Derechos de las Personas con Impedimentos, Ley Núm. 238-2004 según enmendada, 1 LPRA § 512 (2004).

⁷⁶ Ley Núm. 2 del 27 de septiembre de 1985, 29 LPRA sec. 161 et seq. según enmendada por la Ley Núm. 298 del 30 de agosto de 1999 y la Ley Núm. 9 del 5 de enero de 2002 que crea la Oficina del Procurador de las Personas con Impedimentos. Derogada y sustituida por la Ley Núm. 158-2015.

⁷⁷ Civil Rights Act of 1964, Pub. L. No. 88-352, 78 Stat. 241 (1964) (traducción suplida).

⁷⁸ Fair Housing Act of 1968, Pub. L. No. 90-284, 82 Stat. 73 (1968) (traducción suplida).

trabajadores incapacitados y pensionados.⁷⁹ Dicha ley contempla el pago de pensiones por incapacidad para trabajadores que advienen incapacitados o que llegan a la edad de retiro, para sus dependientes y para sus descendientes. Una de las enmiendas más importantes a esta ley posibilitó la creación del Medicaid, programa mediante el cual el Gobierno federal asiste a los estados y territorios para pagar los gastos médicos de ciertos grupos de personas con bajos recursos.⁸⁰ Similarmente, esto abrió paso al Medicare como un seguro de salud del Gobierno federal, que beneficia a las personas de sesenta y cinco años o más que reciben seguro social, —a las que están incapacitadas y son menores de sesenta y cinco años—, o a las de cualquier edad con daño permanente del riñón o esclerosis lateral amiotrófica.⁸¹

Similarmente, la *Ley para establecer parámetros de preferencia a los productos manufacturados, ensamblados, envasados o distribuidos por empresas en las cuales trabajen personas con impedimentos físicos o mentales* busca incluir a la población de edad avanzada como parte de los empleados de las empresas que se beneficien de los parámetros adicionales de preferencia establecidos en la Ley Núm. 14-2004, según enmendada, conocida como *Ley para la inversión en la industria puertorriqueña*.⁸² Considero trágica la denegatoria de usar cannabis medicinal por un patrono a la persona empleada que no tenga un óptimo desempeño laboral como consecuencia de su impedimento y edad avanzada, aun estando autorizada a usar cannabis medicinal. De igual modo, discrepo del patrono que se niega a aceptarle el acomodo razonable por estar sujeto a la legislación federal. La pregunta debe ser si el cannabis medicinal es el tratamiento más viable para la salud de la persona empleada y si ello no representa un acomodo oneroso para el patrón. Veremos que esta persona afectada no podría levantar la legislación que le protege como persona con impedimento, porque consumir cannabis medicinal la expulsaría de esta categoría protegida y, además, tampoco se le honraría por ley federal el ser paciente de cannabis medicinal.

La salud es un imperativo para trabajar y desafortunadamente las personas de edad avanzada son más vulnerables por el efecto del envejecimiento. Sumémosle a esto algún impedimento físico, mental o sensorial. Según un estudio del Recinto de Ciencias Médicas de la Universidad de Puerto Rico, la población de sesenta y cinco años es la más propensa a enfermedades del sistema circulatorio, seguido por desórdenes inmunológicos, endocrinos y enfermedades nutricionales y metabólicas, factores relacionados a la salud y servicios, síntomas, señales y otras condiciones,

⁷⁹ Social Security Act of 1935, 42 U.S.C. § 2 (2022) (traducción suplida).

⁸⁰ Social Security Amendments of 1965, 42 U.S.C. § 100 (2022) (traducción suplida).

⁸¹ Medicare, MEDLINEPLUS, <https://medlineplus.gov/spanish/medicare.html> (última visita 22 de marzo de 2022).

⁸² Ley para establecer parámetros de preferencia a los productos manufacturados, ensamblados, envasados o distribuidos por empresas en las cuales trabajen personas con impedimentos físicos o mentales, Ley Núm. 2-2014, 3 LPRA § 930 (2014).

enfermedades del sistema músculo-esquelético y tejido conectivo.⁸³ Adicionalmente, este estudio arrojó que cerca de un tercio de la población de adultos mayores de Puerto Rico padece de diabetes, hipertensión y desórdenes del metabolismo de lípidos, lo que puede tener grandes implicaciones en la salud pública, como el aumento en discapacidades, mayor cantidad de visitas a proveedores de salud y altos costos de salud para una población que depende para su sustento, en gran parte, del Seguro Social.⁸⁴

Consideremos brevemente el efecto de la pandemia en el ámbito laboral. Debido a la expansión mundial del Coronavirus o virus SARS-CoV-2 (COVID-19), la Organización Mundial de la Salud denominó esta enfermedad como pandemia efectivo el 11 de marzo de 2020.⁸⁵ Dada la situación de emergencia que esto provocó y no empece la *Ley para personas con impedimentos de 1990*⁸⁶ que prohíbe a un patrono indagar sobre los impedimentos de sus empleados y exámenes médicos, con limitadas excepciones, la pandemia, por representar una amenaza directa o de riesgo sustancial a la salud y seguridad de los individuos, permitió a modo de excepción a los patronos preguntar a sus empleados si han experimentado o están experimentando síntomas del virus; siempre y cuando esta información se mantenga confidencial.⁸⁷

Los patronos han tenido la potestad de implementar las siguientes medidas: requerirle a sus empleados a no presentarse a los lugares de trabajo, de estos demostrar algún síntoma relacionado al COVID-19 o de haber estado en riesgo de contagio por haber viajado a algún lugar con alta incidencia del virus; adoptar medidas como la toma de la temperatura corporal bajo consentimiento del empleado para determinar si le permiten la permanencia en el trabajo a ese empleado. Además, indagar acerca de viajes, visitas a lugares específicos, o posibles contactos con personas que pudieran representar una amenaza de contagio; a solicitar evidencia médica previo a que un empleado se reincorpore a su lugar de trabajo, luego de que este haya estado ausente como resultado de síntomas asociados al COVID-19.⁸⁸

⁸³ NATALIA PAGÁN GUADALUPE ET AL., PERFIL DE SALUD DE LA POBLACIÓN DE 65 AÑOS O MÁS EN PUERTO RICO EN 2013 (2016), <https://estadisticas.pr/files/BibliotecaVirtual/estadisticas/biblioteca/UPR/InformePerfiledeSaluddelaPoblacinde65omsenPuertoRicoen2013FINAL.pdf>

⁸⁴ *Id.* pág. 49.

⁸⁵ WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020, WORLD HEALTH ORGANIZATION (11 de marzo de 2020), <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> (traducción suplida).

⁸⁶ Americans with Disabilities Act of 1990, 42 U.S.C. § 12101 (2009) (traducción suplida).

⁸⁷ Op. Sec. Dpto. Salud. Núm. 2020-01 del 13 de marzo de 2020, en la pág. 2, *disponible en* https://www.trabajo.pr.gov/docs/Opiniones_de_la_Secretaria/Opini%C3%B3n_Secretaria_2020-01,_COVID-19.pdf. (Opino que todo empleador debe priorizar la seguridad y es razonable evitar el uso de la marihuana si el puesto de trabajo es de alto riesgo y puede afectar la seguridad, según la descripción del puesto establecida antes de la contratación).

⁸⁸ *Id.*

Este nivel de control a disposición del empleador no resulta oneroso hacia el empleado en circunstancias de pandemia, pero ¿lo sería en el contexto del cannabis medicinal? Estimo que tampoco sería oneroso hacia el empleado en virtud del art. 10 de la Ley MEDICINAL, pues el empleado-paciente ha pasado por el filtro del facultativo médico. Solo el personal médico autorizado puede recomendar el uso medicinal del cannabis.⁸⁹ Nótese las advertencias a médicos que expresa el art. 28 del Reglamento 9038, que cometerá delito menos grave y se verá expuesto a multas y sanciones todo médico que no tenga razones suficientes para creer que el paciente sufre de una condición debilitante estipulada en este reglamento.⁹⁰

Es suficiente que la persona empleada o un tercero en su representación notifique al patrono la necesidad de que se le provea un acomodo razonable, sin tener que articular las condiciones de acomodo. Cuando el impedimento sea evidente, el patrono puede preguntar cómo podrá el individuo realizar las funciones principales del puesto. Sin embargo, cuando el impedimento no sea evidente, el empleador puede requerir prueba médica que sustente la solicitud de acomodo razonable. Nótese que el empleador solo se enfocará en evaluar la solicitud a la luz de las habilidades, destrezas y limitaciones de quien solicite y no el nombre de la condición física, mental o sensorial que padezca.⁹¹

Bajo la *Ley para prohibir el discrimen contra las personas con impedimentos físicos, mentales o sensoriales* (en adelante Ley Núm. 44-1985), se prohíbe el discrimen contra las personas con impedimentos físicos, mentales o sensoriales en las instituciones públicas y privadas, reciban o no fondos del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, y se faculta al Procurador de Personas con Impedimentos a implantar esta ley e imponer multas administrativas por violación a la misma.⁹² Una condición física, mental o sensorial se considera un impedimento cuando dicha condición obstaculiza o limita sustancialmente una actividad importante de la vida. De lo anterior surge que, para que un empleado se encuentre cobijado bajo la Ley Núm. 44-1985, este debe verse limitado en su desempeño laboral como consecuencia de su impedimento.⁹³

⁸⁹ Ley para manejar el estudio, desarrollo e investigación del cannabis para la innovación, normas aplicables y límites, Ley Núm. 42-2017, 24 LPRÁ § 2623b (2017).

⁹⁰ *Supra*, nota 7.

⁹¹ Pedro R. Aponte Colón, *Acomodos razonables en el empleo al amparo de la legislación protectora*, REVISTA UNIDAD ANTIDISCRIMEN 6, https://www.trabajo.pr.gov/docs/Unidad_Antidiscrimen/Discrimen_por_razon_de_Impedimentos.pdf (última visita 25 de febrero de 2022).

⁹² Equivalente a la Ley ADA, véase nota 10, *supra*. La Ley ADA surgió en el 1990, cinco años después.

⁹³ Velázquez Rivera v. Hospital Español Auxilio Mutuo de P.R., Inc., KLAN202100127, 2021 PR App. LEXIS 1236, en la pág. *15 (TA PR 13 de mayo de 2021).

A. El derecho al trabajo y Jurisprudencia

Tan esencial es el derecho al trabajo, que cabe mencionar el Convenio sobre Política de Empleo que rige internacionalmente a partir del 1964, cuando se efectuó bajo la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo.⁹⁴ Se trata de un acuerdo para estimular el crecimiento y el desarrollo económico, de elevar el nivel de vida, de satisfacer las necesidades de mano de obra y de resolver el problema del desempleo y del subempleo. Al año siguiente, tuvo lugar el Convenio Internacional sobre la eliminación de todas formas de discrimen en el empleo provisto por la Asamblea de las Naciones Unidas. Fue en el 1969 que esta última expuso bajo el art. 6 de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social que, el desarrollo social exige que se garantice a toda persona el derecho a trabajar y elegir el empleo libremente. Los convenios internacionales son importantes fuentes de derecho.⁹⁵

La Constitución de Estados Unidos no tiene en su texto disposiciones que aludan al trabajo, tal cual entrevé la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, bajo el rezagado art. II, § 20.⁹⁶ Aunque dicho artículo fue excluido en cumplimiento con las condiciones impuestas por el Congreso de los Estados Unidos para aprobar

⁹⁴ *Convenio sobre la política del empleo*, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312267 (última visita 11 de noviembre de 2021) (el artículo 1 expone lo siguiente: 1. Con el objeto de estimular el crecimiento y el desarrollo económicos, de elevar el nivel de vida, de satisfacer las necesidades de mano de obra y de resolver el problema del desempleo y del subempleo, todo Miembro deberá formular y llevar a cabo, como un objetivo de mayor importancia, una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido. 2. La política indicada deberá tender a garantizar: (a) que habrá trabajo para todas las personas disponibles y que busquen trabajo; (b) que dicho trabajo será tan productivo como sea posible; (c) que habrá libertad para escoger empleo y que cada trabajador tendrá todas las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y de utilizar en este empleo esta formación y las facultades que posea, sin que se tengan en cuenta su raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social. 3. La indicada política deberá tener en cuenta el nivel y la etapa de desarrollo económico, así como las relaciones existentes entre los objetivos del empleo y los demás objetivos económicos y sociales, y será aplicada por métodos apropiados a las condiciones y prácticas nacionales).

⁹⁵ I CHARLES ZENO SANTIAGO & VÍCTOR M. BERMÚDEZ PÉREZ, *TRATADO DE DERECHO DEL TRABAJO* 13 (2003).

⁹⁶ El Art. II, § 20 de la Constitución del ELA versaba sobre los derechos humanos reconocidos, a saber: el derecho de toda persona recibir gratuitamente la instrucción primaria y secundaria; el derecho de toda persona a obtener trabajo; el derecho de toda persona a disfrutar de un nivel de vida adecuado que asegure para sí y para su familia la salud, el bienestar y especialmente la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; el derecho de toda persona a la protección social en el desempleo, la enfermedad, la vejez o la incapacidad física.

la Constitución del ELA, este formaban parte de la idiosincrasia de sus firmantes.⁹⁷ El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha emitido decisiones sugiriendo que existía bajo la Constitución de Puerto Rico un *derecho* al trabajo.⁹⁸ Si bien es cierto que no hay un derecho expreso al trabajo establecido en Puerto Rico, se reconoce constitucionalmente el derecho de todo/a trabajador/a a escoger libremente su ocupación y a renunciar a ella, a recibir igual paga por igual trabajo, a un salario mínimo razonable, a protección contra riesgos para su salud o integridad personal en su trabajo o empleo, y a una jornada ordinaria que no exceda de ocho horas de trabajo.⁹⁹ Solo podrá trabajarse en exceso de este límite diario, mediante compensación extraordinaria, que nunca será menor de una vez y media el tipo de salario ordinario, según se disponga por ley.¹⁰⁰

En *Hernández v. Trans Oceanic Life Ins. Co.*, se recordó que “[t]odos los hombres son iguales ante la ley. No podrá establecerse discrimen alguno por motivo de raza, color, sexo, nacimiento, origen o condición social, ni ideas políticas o religiosas”.¹⁰¹ Asimismo, la Ley Núm. 100-1959¹⁰² contra el discrimen de empleo, prohíbe el discrimen en el ámbito laboral por razón de edad, raza, color, religión, sexo, ideas políticas o religiosas, origen social o nacional y condición social. Similarmente, la Ley Núm. 80-1976, conocida como la *Ley de despido injustificado* aboga a favor del recurso humano y alerta al empleador que toda persona tiene derecho a protección de ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada o familiar.¹⁰³

Son numerosos los motivos para los despidos. Ya sean con o sin justicia, involucren o no impedimentos, siempre tendrán su espacio en la historia del ámbito

⁹⁷ Approving the constitution of the Commonwealth of Puerto Rico which was adopted by the people of Puerto Rico on March 3, 1952, Pub. L. No. 82-447, 66 Stat. 327 (1965) (donde la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, según redactada y aprobada por la Convención Constituyente de Puerto Rico el 6 de febrero de 1952, fue propuesta y ratificada por los electores en el referéndum celebrado el 3 de marzo de 1952. Fue sometida al Presidente y al Congreso de los Estados Unidos de América, quienes la aprobaron, sujeto a que se excluyera la sección 20 del artículo II); Véase la pág. 1 en <https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/PUERTO-RICO-Constitucion.pdf>

⁹⁸ Véase In re Colton Fontán, 154 DPR 466 pág. 495 (2001) (sobre la reinstalación de un abogado tras haber sido desahogado diez años antes por tiempo indefinido); véase también In re Caratini Alvarado, 153 DPR 575, 584 (2001) (donde el estándar probatorio es el de “prueba clara, robusta y convincente” para menoscabar el derecho a ganarse la vida).

⁹⁹ 2-I JOSÉ JULIÁN ÁLVAREZ GONZÁLEZ, DERECHO CONSTITUCIONAL DE PUERTO RICO Y RELACIONES CONSTITUCIONALES CON LOS ESTADOS UNIDOS 934 (2009).

¹⁰⁰ CONST. PR art. II, § 16.

¹⁰¹ *Hernández v. Trans Oceanic Life Ins. Co.*, 151 DPR 754, 773 (2000); CONST. PR art. II, § 1.

¹⁰² Ley contra el discrimen de empleo, Ley Núm. 100 de 30 de junio de 1959, según enmendada, 29 LPRA § 146 (1959).

¹⁰³ Ley sobre despidos injustificados, Ley Núm. 80 del 30 de mayo de 1976, según enmendada, 29 LPRA § 185a (1976); CONST. PR art. II, § 8.

laboral. No obstante, la Ley Núm. 80-1976 enfatiza que los actos dirigidos a inducir o forzar a un empleado a renunciar solamente constituyen un despido cuando la única alternativa razonable que le queda al empleado es la de abandonar el cargo.¹⁰⁴ Que un patrono impida que el empleado con impedimentos y paciente registrado consuma el cannabis medicinal para su tratamiento médico, puede ser un acto que ineludiblemente lleve al empleado a abandonar el cargo.

Dicha Ley Núm. 80-1976 enfatiza que no basta con cualquier molestia o condición antipática en el empleo, sino que debe tratarse de actuaciones patronales arbitrarias, irrazonables y caprichosas, que generen una atmósfera hostil para el empleado, que impidan del todo su estadía sana en el trabajo y que sean originadas por un motivo ajeno al legítimo interés del patrono de salvaguardar el bienestar de la empresa. Cuando se trate de vejámenes o humillaciones, estos deben ser de magnitud sustancial.¹⁰⁵ La mera alegación del empleado de que fue forzado a renunciar no será suficiente para probar o establecer que fue despedido. El empleado deberá demostrar los hechos concretos que establezcan que las gestiones patronales tuvieron la intención de lesionar o perjudicar su condición de empleado.¹⁰⁶

Se entiende por despido, “la ruptura unilateral, que hace el patrono, del contrato individual de trabajo celebrado con uno o varios trabajadores”.¹⁰⁷ Es la rescisión o terminación del contrato de trabajo del empleado cuando un patrono le destituye de su puesto. Despido es “la extinción de la relación laboral por voluntad del empresario”.¹⁰⁸ Amerita mencionar que hay clases de despidos colectivos que son voluntarios o involuntarios; también, la clase de despido individual, justo, injusto, por voluntad de la empresa o por voluntad del trabajador.¹⁰⁹

La clase de despido colectivo es cuando se afecta a la mayoría de los trabajadores de una empresa, y su versión voluntaria indica que, ya sea por motivos económicos o sociales, suceden voluntariamente. Sin embargo, el despido colectivo involuntario es el que ocurre por crisis económica o por causas de fuerza mayor, afectando involuntariamente a las personas. Cuando el despido se impone sobre un solo trabajador o trabajadora, reconocemos el despido individual.¹¹⁰ Toda persona empleada que incurra en alguna causa legal de despido en el ejercicio de sus funciones laborales se enfrenta a un despido justificado. No obstante, el despido injustificado resulta ser caprichoso o arbitrario. La clase de despido por voluntad de la empresa puede ser justo o injusto, incluir la embriaguez habitual, indisciplina o disminución de rendimiento. Similarmente, existe el despido por voluntad del trabajador, en donde la persona

¹⁰⁴ *Id.* § 185e.

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ MANUEL OSORIO, DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES 627 (1984).

¹⁰⁸ I SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, DICCIONARIO PANHISPÁNICO DEL ESPAÑOL JURÍDICO 814 (2017).

¹⁰⁹ VII CARLOS E. MASCAREÑAS, NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA 314 (1955).

¹¹⁰ *Id.* en la pág. 312.

empleada se despide sin necesariamente ocurrir una causa justificada.¹¹¹

Se entenderá por despido, además de la cesantía del empleado, su suspensión indefinida o por un término que exceda de tres meses, excepto en el caso de empleados de industria y negocios estacionales, o la renuncia del empleo motivada por actuaciones del patrono dirigidas a inducirlo o forzarlo a renunciar, tales como imponerle o intentar imponerle condiciones de trabajo más onerosas, reducirle el salario, rebajarlo en categoría o someterlo a vejámenes o humillaciones de hecho o de palabra.¹¹²

Albertson's, Inc. v. Kirkingburg discute la causa de discrimen por impedimento bajo la Ley ADA que llevó un chofer de camión por sus problemas visuales (ambliopía y monocularismo).¹¹³ La Corte Suprema enfatizó que las limitaciones sustanciales son aquellas que impiden realizar las actividades importantes de la vida y, a su vez, indicó que el patrono tiene la potestad de regular los parámetros de cualificación para el empleo.¹¹⁴

En *Rivera Flores v. Cia ABC.*, se presentó la controversia de un empleado que fue discriminado por su patrono, debido a su padecimiento de la espalda y este llevó su caso bajo la Ley ADA, porque el patrono no le proveyó el acomodo razonable pertinente y, además, tomó represalias en su contra.¹¹⁵ El Tribunal Supremo de Puerto Rico recalcó que el artículo 9 de la Ley Núm. 44-1985, atemperado con la Ley ADA, establece la obligación del patrono de “llevar a cabo acomodos razonables en el lugar de trabajo para asegurar que se les permita a las personas con impedimentos cualificadas trabajar efectivamente al máximo de su productividad”.¹¹⁶ Del mismo modo, el Tribunal Supremo puntualizó que una persona con impedimentos puede optar, frente a acciones discriminatorias en su contra, un remedio federal bajo la Ley ADA, pero también tiene un remedio bajo la ley estatal, Ley Núm. 44 de 2 de julio de 1985.¹¹⁷

En cuanto al remedio federal, el Tribunal indicó que un/a querellante tiene que radicar una querrela por discrimen ante la *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) dentro de un término de 180 días a partir del momento en que ocurrió el acto discriminatorio.¹¹⁸ Si el querellante ha iniciado un procedimiento en una

¹¹¹ *Id.*

¹¹² 29 LPRA § 185e (se describe como un despido constructivo o tácito en *Pérez Ginés v. Vigilantes, Inc.*, KLAN202000403, 2021 PR App. LEXIS 514, en la pág. *18 (26 de febrero de 2021)).

¹¹³ *Albertson's, Inc. v. Kirkingburg*, 527 U.S. 555, 565 (1999).

¹¹⁴ *Id.* en la pág. 568.

¹¹⁵ *Rivera Flores v. Cia ABC*, 138 DPR 1, 8 (1995).

¹¹⁶ Ley para prohibir el discrimen contra las personas con impedimentos físicos, mentales o sensoriales, Ley Núm. 44 de 2 de julio de 1985, según enmendada, 1 LPRA § 507(a) (1985).

¹¹⁷ *Rivera Flores*, 138 DPR en la pág. 5.

¹¹⁸ Véase *Instrucciones para llenar el formulario de querrela*, DEPARTAMENTO DEL TRABAJO Y RECURSOS HUMANOS UNIDAD ANTI DISCRIMEN, https://www.trabajo.pr.gov/docs/Secretaria%20Auxiliar%20de%20Asuntos%20Legales/Discrimen/NAL_Instrucciones_para_llenar_formulario_de_Querrela.pdf (última visita 26 de febrero de 2022); véase también el formulario en https://www.trabajo.pr.gov/docs/Secretaria%20Auxiliar%20de%20Asuntos%20Legales/Discrimen/Querrela_de_Discrimen_-_Charge_of_Discrimination.pdf.

agencia estatal o local (como lo es la Unidad Anti-Discrimen), que tiene la autoridad para ofrecerle un remedio, el término se extiende a 300 días.¹¹⁹ En este caso, y a favor del empleado, se decidió que no procedía la desestimación de la demanda, porque aunque este no había agotado el trámite que requiere la Ley ADA, tenía una reclamación bajo el estatuto local, ya que bajo la Ley Núm. 44-1985 se puede presentar la demanda ante un tribunal sin tener que agotar los remedios administrativos.¹²⁰

El Tribunal Supremo indicó en *Ríos v. Cidra Mfg. Operations of P.R., Inc.*, que la demandante no había tenido la oportunidad de presentar prueba médica pericial para sustentar su reclamo sobre la magnitud de su condición de rinitis alérgica y sinusitis crónica ni de las alternativas viables de acomodo; consecuentemente, erraron los tribunales inferiores por acoger la moción de sentencia sumaria y determinar que la empleada no cualificaba como persona con impedimento.¹²¹

C. Ley Núm. 44-1985 para prohibir el discrimen contra las personas con impedimentos físicos, mentales o sensoriales

Nótese que, por reconocer que es en el empleo donde más notorio resulta el discrimen contra las personas con impedimentos, la legislación puertorriqueña advino en su protección media década antes que la Ley ADA de 1990. Ambas leyes aplican a patronos con quince o más empleados/as. La Ley Núm. 44 de 1985, conocida como la *Ley para prohibir el discrimen contra las personas con impedimentos físicos, mentales o sensoriales*, prohíbe el discrimen contra las personas con impedimentos físicos o mentales por parte de las instituciones públicas y privadas que reciben fondos del Estado Libre Asociado de Puerto Rico e impone una multa administrativa de hasta 5,000 dólares a toda persona natural o jurídica que viole las disposiciones de esta ley.¹²²

¹¹⁹ Véase The Public Health and Welfare, 42 USCS § 2000e-5 (e)(1) (a charge under this section shall be filed within one hundred and eighty days after the alleged unlawful employment practice occurred and notice of the charge (including the date, place and circumstances of the alleged unlawful employment practice) shall be served upon the person against whom such charge is made within ten days thereafter, except that in a case of an unlawful employment practice with respect to which the person aggrieved has initially instituted proceedings with a State or local agency with authority to grant or seek relief from such practice or to institute criminal proceedings with respect thereto upon receiving notice thereof, such charge shall be filed by or on behalf of the person aggrieved within *three hundred days* after the alleged unlawful employment practice occurred, or within thirty days after receiving notice that the State or local agency has terminated the proceedings under the State or local law, whichever is earlier, and a copy of such charge shall be filed by the Commission with the State or local agency.)

¹²⁰ *Id.* nota 116.

¹²¹ *Ríos v. Cidra Mfg. Operations of P.R., Inc.*, 145 DPR 746, 751 (1998).

¹²² 1 LPPRA § 509 (instituciones públicas y privadas que reciben fondos del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, pero no de entidades que reciben fondos federales).

Poco después de la aprobación de la Ley ADA, la Asamblea Legislativa de Puerto Rico enmendó la Ley Núm. 44-1985 mediante la aprobación de la Ley Núm. 105 de 20 de diciembre de 1991, con el fin de atemperar nuestra legislación a la Ley ADA. Como parte de esta enmienda, se incorporó el art. 9, estableciendo la obligación del patrono de llevar a cabo acomodos razonables en el lugar del trabajo para asegurar que se les permita a las personas con impedimentos cualificadas trabajar efectivamente al máximo de su productividad.¹²³

La Ley Núm. 44-1985 garantiza la igualdad en circunstancias en las que personas con discapacidad física, mental o sensorial reciben tratos discriminatorios que limitan su oportunidad de participar, desempeñarse y competir adecuadamente en el campo laboral. Para quedar cobijado por la Ley Núm. 44-1985 y que el patrono esté obligado a brindar acomodo razonable, el empleado tendrá que demostrar: (1) que es una persona con impedimento, según lo define la ley, y (2) que está cualificado para llevar a cabo las funciones básicas de ese trabajo, con o sin el acomodo razonable.¹²⁴ Cuando la única o mejor alternativa para que un trabajador con limitaciones de desempeño en el empleo por su impedimento continúe sus labores sea el uso de cannabis medicinal para tratar su condición de salud, ¿se inclina esta ley a favor del patrono o del empleado que nos compete? Veamos.

D. ARTÍCULO 5 (1 LPRA § 505)

El art. 5 de Ley Núm. 44-1985 expresa que, por el mero hecho de algún impedimento, no se permitirán prácticas o métodos discriminatorios en el reclutamiento, compensación, beneficios marginales, facilidades de acomodo razonable y accesibilidad, antigüedad, participación en programas de adiestramiento, promoción y *cualquier otro término, condición o privilegio en el empleo* contra estas personas por parte de las instituciones públicas o privadas.¹²⁵ Salvo un examen de ejecución para optar por el puesto de trabajo, aplicable a todo solicitante, destaca que quedan prohibidos los formularios de solicitud de empleo o servicios donde el o la solicitante tenga que indicar si tiene o ha tenido algún impedimento físico, mental o sensorial.¹²⁶ Quien los emita estará sujeto a la presunción de que discriminó por razón de impedimento y, por ende, tendrá el peso de la prueba para demostrar lo contrario en caso de presentarse una querrela en su contra. Solo se permitirá dicho formulario en caso de aceptación de oferta de empleo.¹²⁷

En su art. 5 dicha ley expresa que “en todos los demás casos en que no se requiera un examen de esta naturaleza, no se le podrá preguntar a la persona candidata si

¹²³ *Ríos*, 145 DPR en la pág. 749; *Id.* § 507a.

¹²⁴ *García v. Darex P.R.*, 148 DPR 364, 385-86 (1999).

¹²⁵ 1 L.P.R.A. § 505 (énfasis suplido).

¹²⁶ *Id.*

¹²⁷ *Id.*

tiene un impedimento, hasta que se le haya ofrecido el puesto y este/a haya aceptado el empleo y solamente para efectos de acomodo razonable”. Asimismo, indica que “sin limitarse a, se considerarán, además, prácticas discriminatorias los siguientes actos: (1) El concertar acuerdos, contratos o subcontratos con un tercero para perpetuar, limitar, segregar o clasificar a un solicitante de empleo o empleado de forma tal que éstos no sean empleados o ascendidos en su empleo; (2) Excluir o negar o de alguna otra forma impedir que una persona cualificada, con o sin impedimento, obtenga beneficios o empleo por su asociación o relación con una persona que tenga un impedimento o se le asocie con una persona que padece un impedimento aun cuando no lo tenga; (3) Negarle empleo a una persona con limitaciones físicas, mentales o sensoriales cualificadas, si esta negativa está basada en la intención de no conceder un acomodo razonable”.¹²⁸

E. ARTÍCULO 1 (1 LPRA § 501)

La Ley Núm. 44-1985 define acomodo razonable bajo el inciso (b) como el ajuste lógico adecuado o razonable que permite o faculta a una persona cualificada para el trabajo, con limitaciones físicas, mentales o sensoriales ejecutar o desempeñar las labores asignadas a una descripción o definición ocupacional.¹²⁹ Incluye ajustes en el área de trabajo, construcción de facilidades físicas, adquisición de equipo especializado, proveer lectores, ayudantes, conductores o intérpretes y *cualquier otra acción* que razonablemente le facilite el ajuste a una persona con limitaciones físicas, mentales o sensoriales en su trabajo y que *no representa un esfuerzo extremadamente oneroso* en términos económicos.¹³⁰ Acomodo razonable significará, además, la adaptación, modificación, medida o ajuste adecuado o apropiado que deben llevar a cabo las instituciones privadas y públicas para permitirle o facultarle a la persona con impedimento cualificada a participar en la sociedad e integrarse a ella en todos los aspectos, inclusive, trabajo, instrucción, educación, transportación, vivienda, recreación y adquisición de bienes y servicios.¹³¹

En su inciso (d), esta ley describe a la persona con impedimentos físicos, mentales o sensoriales como aquella con un impedimento de naturaleza motora, mental

¹²⁸ *Id.*

¹²⁹ § 501(b).

¹³⁰ Véase Aponte Colón, *supra* nota 90, en la pág. 2 (si la realización de un acomodo razonable conlleva una carga onerosa el patrono debe evaluar la existencia de otras alternativas de acomodo de menor impacto. Se considera que un acomodo impone una carga onerosa al patrono cuando ésta resulte en una dificultad o costo significativo en relación con el tamaño, recursos y naturaleza de la empresa. Además, cuando el patrono puede seleccionar entre varias alternativas efectivas de acomodo razonable disponibles, debe considerar la alternativa de preferencia del empleado y seleccionar aquella que mejor se ajuste a los intereses de ambas partes. Nos preguntamos qué tan oneroso sería el acomodo razonable a un paciente de cannabis medicinal que requiera medicarse solamente con gotas).

¹³¹ 1 LPRA § 501(b).

o sensorial, que le obstaculice o limite su inicio o desempeño laboral, de estudios o para el disfrute pleno de la vida y que está cualificada para llevar a cabo las funciones básicas de ese trabajo o área de estudio, con o sin acomodo razonable. Adicionalmente, se entenderá que es una persona con impedimentos bajo la protección de esta ley, toda aquella persona cuyo impedimento le limite sustancialmente su desempeño en una o más actividades principales del diario vivir; que la persona tenga un historial previo de esa condición o se le considere como que tiene dicho impedimento aun cuando no lo tiene.¹³²

Para saber quién es esta persona con limitaciones físicas, mentales o sensoriales cualificadas, nos referimos al inciso (e), que explica que esta es quien, *con o sin acomodo razonable está capacitada para desempeñar las tareas esenciales de una ocupación* en el empleo que mantiene, retiene o solicita, y pueda e interesa participar en todas las actividades de naturaleza económica y cívico-social del quehacer diario.¹³³ Para los propósitos de esta ley, se le dará consideración al juicio del patrono en términos de qué funciones son esenciales. Si un patrono ha preparado una descripción escrita del trabajo antes de anunciar la posición, tal descripción se considerará como evidencia de las funciones esenciales del trabajo.¹³⁴

F. Discrepancia en el Art. 1(f)(3): Discrimen contra personas con impedimentos que son empleadas y pacientes de cannabis medicinal

Ya vimos a quién considera la Ley Núm. 44-1985 como persona con limitaciones físicas, mentales o sensoriales cualificadas. No obstante, el inciso (f) presenta situaciones ante las cuales una persona impedida será excluida de la categoría de persona con impedimentos:

Para los efectos de esta Ley no serán consideradas como personas con impedimentos: (1) Los pedófilos, exhibicionistas o cualquier otro desorden de índole sexual que no sea producto de impedimento físico. (2) Los apostadores compulsivos, cleptómanos y piromaníacos. (3) *Los adictos activos al uso de drogas ilegales, según se definen éstas en la Ley de Sustancias Controladas Federal*. De igual modo quedan excluidos los alcohólicos activos.¹³⁵

Recordemos que el cannabis es hasta el momento ilegal a nivel federal por estar incluido en la clasificación I del CSA, que es la más restrictiva y comprende sustancias con (1) alto potencial de abuso; (2) sin uso medicinal aceptado, y (3) con ausencia de condiciones aceptadas de seguridad para su uso bajo supervisión

¹³² *Id.*

¹³³ § 501(e) (énfasis suplido).

¹³⁴ *Id.*

¹³⁵ 501(f) (énfasis suplido)

médica.¹³⁶ Bajo la CSA, el término “adicto” significa cualquier individuo que habitualmente usa cualquier droga narcótica para poner en peligro la moral, la salud, la seguridad o el bienestar públicos, o que es tan adicto al uso de estupefacientes que ha perdido el poder de autocontrol con referencia a su adicción.¹³⁷

Por otro lado, la *Ley de sustancias controladas de Puerto Rico* ubicó el cannabis en la clasificación II, que equipara a la segunda clasificación del CSA, que es menos restrictiva y tiene un uso médico aceptable. Esto representa una discrepancia marcada porque la *Ley para prohibir el discrimen contra las personas con impedimentos físicos, mentales o sensoriales* (Ley Núm. 44-1985) no armoniza con la *Ley de sustancias controladas de Puerto Rico* (Ley Núm. 4-1971), sino que, por el contrario, conjunto a la Ley ADA, calca el mismo lenguaje del CSA, a los efectos de que una persona que usa cannabis medicinal no podría considerarse como persona impedida.

Evidentemente, la Ley Núm. 44-1985 copia la redacción del CSA y no considera la enmienda a la *Ley de sustancias controladas de Puerto Rico*. Consecuentemente, a partir del 7 de octubre de 2017, que se hizo efectiva la Ley MEDICINAL, ¿una persona recibió las protecciones en el trabajo por estar en la categoría de persona impedida, pero luego del 2017 dejó de recibirlas cuando su tratamiento médico le requirió usar cannabis medicinal? Considero que no puede quedar vulnerable la persona empleada que padece de alguna discapacidad por no armonizar la ley estatal con la federal. En este sentido y contestando a previos interrogantes, la Ley Núm. 44-1985 realmente se inclina a favor del patrono y no del empleado que nos compete, cuando la única o mejor alternativa para que este empleado con impedimento continúe sus labores sea mediante el uso del cannabis medicinal que trata su condición de salud.

IV. Enmienda a la Ley Núm. 44-1985

En el 2021 se presentó una enmienda que establece protecciones en el empleo para pacientes de cannabis medicinal. Esta medida busca que las personas que están acogidas ya de manera legal, cumpliendo con los requisitos que el propio estado estableció, no sean afectadas en sus posibilidades de empleo por el mero hecho de utilizar un medicamento para el cual el propio Gobierno le dio autorización a utilizar.¹³⁸ Los y las pacientes registrados/as y autorizados/as que se identifiquen ante un patrono como autorizados/as de cannabis medicinal, serán considerados/as como una categoría protegida para propósito de las leyes de protección en el empleo y nin-

¹³⁶ Controlled Substance Act of 1970, 21 U.S.C.S. § 812 Schedule I (b)(10) (traducción suplida).

¹³⁷ § 802(1).

¹³⁸ A votación protecciones laborales de pacientes de cannabis, MICROJURIS (29 de abril de 2021), <https://aldia.microjuris.com/2021/04/29/a-votacion-protecciones-laborales-de-pacientes-de-cannabis/>.

gún patrono podrá discriminar contra una persona que sea un/a paciente registrado/a y autorizado/a para utilizar cannabis medicinal, ya sea en el proceso de reclutamiento, contratación, nombramiento, terminación o la imposición de cualquier condición de penalización en el empleo.¹³⁹ De igual forma, ningún patrono será penalizado o se le negará algún contrato, licencia, permiso, certificación, beneficios o fondos bajo las leyes del Estado Libre Asociado de Puerto Rico por la única razón de emplear pacientes registrados/as y autorizados/as a utilizar cannabis medicinal bajo la presente ley.¹⁴⁰ Esta enmienda prohíbe que el paciente registrado ingiera o posea cannabis en su lugar de trabajo durante horas laborales sin autorización por escrito del patrono.¹⁴¹

La enmienda a la Ley Medicinal, Ley Núm. 15-2021, no protege a un paciente registrado y autorizado de cannabis medicinal cuando el patrono logre establecer, por preponderancia de la prueba, cualquiera de las siguientes condiciones: (1) la utilización de cannabis medicinal represente una amenaza real de daño o peligro para las personas o propiedad; (2) la utilización de cannabis medicinal por el o la paciente registrado y autorizado interfiere con su desempeño y funciones esenciales de trabajo; (3) la utilización de cannabis medicinal por el o la paciente registrado y autorizado expone al patrono a la pérdida de alguna licencia, permiso o certificación relacionada con alguna ley, reglamentación, programa o fondo federal, y (4) el o la paciente registrado/a y autorizado/a ingiera o posea cannabis medicinal en su lugar de trabajo y/o durante horas laborales sin autorización por escrito del patrono.¹⁴²

Por no estar la Ley Núm. 44-1985 atemperada a la enmienda a la Ley Medicinal (Ley Núm. 15-2021) e imposibilitar que una persona con impedimentos empleada en Puerto Rico puede usar este mecanismo de protección contra un trato discriminatorio y hasta un eventual despido injustificado por falta de acomodo razonable, concluyo que debe eliminarse el art. 1(F)(3) de dicha ley. De esta manera, la legislación estaría también cónsona con el adelanto en la enmienda a la *Ley de sustancias controladas de Puerto Rico* y no se menoscabaría, por un lenguaje discriminante, los derechos en el trabajo de este grupo tan importante para nuestra sociedad que por motivos médicos y no recreacionales necesita usar el cannabis medicinal.

¹³⁹ Pacientes de cannabis tendrán protecciones laborales, MICROJURIS (29 de julio de 2021), <https://aldia.microjuris.com/2021/07/29/pacientes-de-cannabis-tendran-protecciones-laborales/>.

¹⁴⁰ Enmiendas de ley en protección de pacientes de cannabis medicinal, MICROJURIS (15 de julio de 2021), <https://aldia.microjuris.com/2021/07/15/enmiendas-de-ley-en-proteccion-de-pacientes-de-cannabis-medicinal/>.

¹⁴¹ Ante Fortaleza protecciones laborales por cannabis, MICROJURIS (1 de julio de 2021), <https://aldia.microjuris.com/2021/07/01/ante-fortaleza-protecciones-laborales-por-cannabis/>.

¹⁴² Ley para manejar el estudio, desarrollo e investigación del cannabis para la innovación, normas aplicables y límites (Ley MEDICINAL), Ley Núm. 42-2017, 24 LPRA § 2626e (2017).

V. Conclusión

Puerto Rico no se ha quedado atrás al comenzar a escribir el libro en blanco que representa el uso del cannabis medicinal en la esfera laboral. Las enmiendas a la Ley Núm. 42-2017 o Ley MEDICINAL por parte del P. de la C. 152 de 6 de julio de 2021 es muestra de que busca seguir distinguiéndose por ser un país de legislación de avanzada. Con la legalización del cannabis medicinal no solo se abre paso a una industria antes inexistente, sino a una nueva categoría protegida que viene siendo la persona paciente de cannabis medicinal. A nuestro alrededor hay personas que han sido discriminadas y afectadas en sus trabajos por el uso del cannabis medicinal recetado. Es importante para los patronos ponderar sus actuaciones e intereses sin menoscabar los del personal de trabajo que necesita usar el cannabis como única o mejor alternativa para su condición de salud.

Hemos visto que las enmiendas recientes a la Ley Núm. 42-2017, configuradas en la Ley Núm. 15-2021, adelantan el tema del cannabis en la esfera laboral.¹⁴³ No obstante, en atención a la persona con impedimentos empleada-paciente, queda mucho por recorrer cuando se analiza la Ley Núm. 42-2017 a la luz de la Ley ADA o frente a la Ley Núm. 44-1985 y transpira la disonancia jurídica. Cuando armonice la ley estatal en conjunto con la ley federal respecto al cannabis medicinal, una persona empleada con impedimento, que sea paciente de cannabis, acorde al registro y autorización establecido por ley, podrá conseguir la misma protección en su empleo que alguien sin impedimentos, que sea usuaria del cannabis medicinal. La persona paciente de cannabis medicinal emerge a la superficie como una nueva categoría protegida, adicional a la categoría de persona con impedimentos. Por ende, una persona con tales características debe gozar de doble protección sin que una categoría sea excluyente de la otra. Del mismo modo, ninguna persona empleada con impedimentos y paciente de cannabis medicinal debe tener decidir entre su trabajo o su medicina.

Nuestro sistema legal debe velar por un trato igualitario en la esfera laboral, tanto para quienes padecen condiciones médicas tratables con el uso del cannabis medicinal, como para quienes no lo necesiten. Abogo por que no sea el uso del cannabis medicinal una limitación en las oportunidades de empleo de quien es paciente autorizado y, sobre todo, padece alguna incapacidad. La Ley Núm. 44-1985 en su faz combate el discrimen, pero en sus entrañas, es abiertamente discriminatoria contra las personas impedidas que usan cannabis medicinal.

Entretanto, sigue en constante cambio la legislación en torno al cannabis, pues se siguen abriendo en Puerto Rico, aunque con cautela de no alentar la venta ilícita

¹⁴³ Ley para reglamentar las pruebas para la detección de sustancias controladas en el empleo en el sector público, Ley Núm. 78-1997, según enmendada, 3 LPRA § 2501 (sobre la declaración de política pública en Puerto Rico, “el Gobierno de Puerto Rico tiene el compromiso y el interés apremiante ético, legal, social y económico de erradicar el uso, posesión, distribución y tráfico ilegal de sustancias controladas”).

ta, las compuertas a legalizar la marihuana para uso adulto, tal cual promueve el Proyecto de la Cámara 1191.¹⁴⁴ Este proyecto tendrá que enmendar, entre muchos otros, el art. 7 del Reglamento 9038 que prohíbe el uso recreacional del cannabis medicinal. Del mismo modo, a nivel federal se está descriminalizando el cannabis, aunque persisten ciertas regulaciones e impuestos a la industria.¹⁴⁵ El proyecto *Marijuana Opportunity Reinvestment and Expungement Act*¹⁴⁶ despenaliza la marihuana y específicamente, elimina la marihuana de la lista de sustancias catalogadas bajo el *Controlled Substance Act*; a su vez, elimina las sanciones penales para una persona que fabrica, distribuye o posee marihuana. Tan reciente como el primero de abril de 2022, dicho proyecto fue aprobado por la Cámara de Representantes con 220 votos a favor y 204 en contra. El cuatro de abril dicho proyecto se recibió en el Senado de Estados Unidos y fue remitido a la Comisión de Hacienda.¹⁴⁷ Todo parece indicar que se convertirá en ley. Solo entonces, con la brecha federal y estatal subsanada en materia de sustancias controladas que involucre el cannabis, podríamos contemplar en un futuro, alguna cobertura médica disponible para pacientes de cannabis medicinal.

Sin embargo, volcándonos al presente y mientras seguimos el ritmo actual de las manecillas del reloj, sin aires de clarividentes, tengamos en cuenta que es crucial para los empleadores que mantengan actualizadas las descripciones de puesto de trabajo con el fin de hacerlas corresponder a la realidad de su negocio. Solo así evitarían entrar en posibles controversias sobre acomodo razonable para personas con impedimentos, deterioro vocacional, efectos incapacitantes en el empleo a cau-

¹⁴⁴ Javier Colón Dávila, *Ferrer Santiago anticipa enmiendas al proyecto que regula el uso adulto de la marihuana*, EL NUEVO DÍA (23 de marzo de 2022), <https://www.elnuevodia.com/noticias/legislatura/notas/ferrer-santiago-anticipa-enmiendas-al-proyecto-que-regula-el-uso-adulto-de-la-marihuana/>. (“De convertirse en ley, toda persona que haya sido encontrada culpable por la posesión de no más de 28 gramos de cannabis o su equivalente, que son ocho gramos de tetrahidrocannabinol (THC) en concentrado u 800 miligramos de THC en su modalidad comestible, verá su convicción eliminada del récord penal. Cualquiera que esté preso por ese delito podrá ver su sentencia eliminada por esa violación a la Ley de Sustancias Controladas, que será sustancialmente enmendada al igual que la Ley de Cannabis Medicinal”).

¹⁴⁵ Ballard Spahr, LLP, *U.S. House Votes Again to Federally Decriminalize Cannabis, Regulate Legal Cannabis Businesses*, JDSUPRA.COM (4 de abril de 2022), <https://www.ballardspahr.com/Insights/Alerts-and-Articles/2022/04/House-Votes-Again-to-Federally-Decriminalize-Cannabis-Regulate-Legal-Cannabis-Businesses> (“A bipartisan majority of the House of Representatives voted on April 1, 2022, for the second time to decriminalize cannabis at the federal level, impose certain federal regulations and taxes on legal cannabis businesses, and provide for federal grants and other benefits for individuals previously harmed by cannabis prohibition”).

¹⁴⁶ *Marijuana Opportunity Reinvestment and Expungement Act of 2021*, H.R.3617, 117th Cong. § (2021-2022) (traducción suplida).

¹⁴⁷ *Id.*

sa del cannabis medicinal o simplemente prejuicios arraigados en la matriz social desde que William Randolph Hearst defendió sus intereses económicos a costa de la marginalización de otros y sus culturas. Si hemos descocido la desmitificación del alcohol, para bien o para mal, podemos hacer lo mismo con la desmitificación de la marihuana, en especial porque con ello enterraríamos muchos de los tabúes que, a raíz de esta, nacieron en la era de las leyes Jim Crow y la segregación racial.

EL DELITO DE ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO EN EL CASO DE PABLO HASÉL: UNA COMPARACIÓN ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN ESPAÑA Y ESTADOS UNIDOS

POR: LUIS F. MARTÍNEZ TORRES*

RESUMEN

Este análisis demuestra que las posturas de cada gobierno para enfrentar la expresión subversiva dependen de realidades históricas y de su interés en mantener el poder. Mediante la comparación del enfoque de los tribunales españoles y estadounidenses frente a la expresión subversiva se exponen las razones históricas y sociales que inciden sobre la postura de ambas jurisdicciones sobre esta problemática. El delito de enaltecimiento del terrorismo según aplicado al caso del rapero Pablo Hasél nos permite comprender los riesgos de suprimir la expresión de opiniones políticas del debate de ideas. A pesar de tener sus propias imperfecciones la jurisprudencia estadounidense ofrece posibles soluciones para el déficit democrático de la libertad de expresión en España.

Palabras claves: *expresión subversiva, expresión política, libertad de expresión, Pablo Hasél, enaltecimiento del terrorismo, Tribunal Supremo de España, Tribunal Constitucional de España, Constitución Española, Código Penal Español Convenio europeo de derechos humanos, Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Corte Suprema de los Estados Unidos.*

ABSTRACT

This analysis demonstrates that each government's approach to subversive speech depends on historical realities and its interest in maintaining power. By

*Juris Doctor de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico y autor del artículo *El nuevo carpeteo: la persecución política en contra de la disidencia a través del espacio cibernético en Puerto Rico* en el volumen 16 de esta revista jurídica. El presente artículo fue redactado como trabajo final del Seminario de Libertad de Expresión con Profesor Carlos E. Ramos-González, a quien agradezco por su apoyo y enseñanzas durante el proceso de redacción.

comparing the approach of the Spanish and U.S. courts to subversive speech, the historical and social reasons that influence the position of both jurisdictions on this issue are presented. The crime of glorification of terrorism as applied to the case of the rapper Pablo Hasél allows us to understand the risks of suppressing the expression of political opinions from the debate of ideas. Despite its own imperfections, U.S. jurisprudence offers possible solutions to the democratic deficit of freedom of expression in Spain.

Keywords: *subversive expression, political expression, freedom of expression, Pablo Hasél, glorification of terrorism, Spanish Supreme Court, Spanish Constitutional Court, Spanish Constitution, Spanish Penal Code, European Convention on Human Rights, International Covenant on Civil and Political Rights, Universal Declaration of Human Rights, Charter of Fundamental Rights of the European Union, United States Supreme Court.*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN II. HECHOS POR LOS QUE CONDENAN A PRISIÓN A PABLO HASÉL III. DISCUSIÓN DE LOS FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN EL CASO DE PABLO HASÉL IV. EL ENALTECIMIENTO AL TERRORISMO V. EL ENALTECIMIENTO AL TERRORISMO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS VI. LA CORTE SUPREMA FRENTE A LA EXPRESIÓN SUBVERSIVA VII. CONCLUSIÓN: DEFICIENCIAS DEMOCRÁTICAS DEL DELITO DE ENALTECIMIENTO AL TERRORISMO

I. INTRODUCCIÓN

La expresión política subversiva representa un reto para los Gobiernos a nivel mundial. ¿Qué hacer cuando el ejercicio de un derecho constitucional se emplea para cuestionar la esencia misma del sistema de Gobierno que garantiza que los ciudadanos puedan expresarse? Ante esta disyuntiva, los Gobiernos autoritarios optarán por reprimir y silenciar. Los Gobiernos que sean o aspiren a ser democráticos, deberán sopesar los intereses en conflicto para responder a dicha situación. España, hasta el día de hoy, ha optado por ser represivo. Al proceder de esta manera, han arrestado al rapero Pablo Hasél por enaltecer al terrorismo, injurias a la Corona y a las instituciones del Estado.

La mayoría de sus canciones de Pablo Hasél van dirigidas contra el sistema capitalista, el imperialismo, la monarquía española, las injusticias que se sufren en España y otras partes mundo, y en favor de la libertad de presos políticos.¹ Además

¹ Véase <https://www.youtube.com/user/PabloHaselOficial> para escuchar algunas canciones de Pablo Hasél.

de rapear, milita en organizaciones políticas de ideología comunista.² Indudablemente, su rap es político. En el documental, grabado días antes de ser encarcelado, Hasél relata que, cuando fue arrestado por primera vez en el 2011, la Policía registró su casa y ocupó sus ordenadores y equipos que utilizaba para producir y guardar su música.³ También narró cómo la Policía le mencionó que lo llevaba monitoreando por un tiempo antes de arrestarlo. Según Hasél, la policía lo vigilaba por sus actividades políticas y por su militancia en organizaciones de izquierda.

Las circunstancias de su arresto y las decisiones del Tribunal Supremo de España nos hacen cuestionarnos la figura del enaltecimiento al terrorismo y cómo esta puede utilizarse para silenciar a los disidentes políticos. Comparar las decisiones y normativas españolas con el ordenamiento estadounidense nos permite entender la teoría detrás del derecho a la libertad de expresión en ambas jurisdicciones. Ambos gobiernos han sido influenciados por situaciones históricas y sociales que ayudan a entender el tratamiento que le dan a este problema. que merecen consideración cuando analizamos esta cuestión.

El propósito de este trabajo es demostrar los hechos que llevaron al encarcelamiento de Pablo Hasél. De igual forma, analizar las decisiones de los Tribunales que confirmaron su sentencia y la normativa española e internacional que fundamentaron estas decisiones. Por otro lado, compararé la normativa española con las decisiones de los Tribunales estadounidenses. Por último, señalaremos las deficiencias democráticas del ordenamiento español frente a la figura del enaltecimiento al terrorismo y cuál es el riesgo de sostener esta postura.

II. HECHOS POR LOS QUE CONDENAN A PRISIÓN A PABLO HASÉL

Pablo Hásel fue condenado a prisión el 31 de marzo del 2014 mediante sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España.⁴ El rapero fue acusado por el delito de enaltecimiento al terrorismo por las letras de doce canciones que él y terceros publicaron en *YouTube* entre el año 2009 y el 2011.⁵

El Tribunal Supremo de España transcribió las letras de las canciones por las que acusaron a Pablo Hasél. Algunas de estas se incluyen a continuación:

Luego califican de violento tirarles cócteles molotov; quienes manejan los hilos merecen mil kilos de amonal; ojalá vengan los Grapo y te pongan de rodillas; que alguien le clave un piolet en la cabeza a Gumersindo; brindó

² Nikone Cons, *Hasél: Poeta Proscrito*, YOUTUBE (12 de febrero de 2021), <https://www.youtube.com/watch?v=JYFAV6f1KRA&t=1121s>.

³ *Id.*

⁴ S. de 19 de febrero de 2015, Núm. 106/2015 (España), VLEX, <https://vlex.es/vid/561308174> (última visita junio 2022).

⁵ *Id.*

por la muerte de dueños de ETT's; merece que explote el coche de Maximino.⁶

Como consecuencia, fue condenado a dos años de prisión, con inhabilitación absoluta por un tiempo superior a diez años al de la duración de la pena privativa de libertad; e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Además, se le condenó al pago de las costas procesales. La sentencia fue apelada mediante un recurso de casación, pero el Tribunal Supremo la declaró no ha lugar.⁷ Sin embargo, la condena fue suspendida en virtud del artículo 80 del Código Penal. Este artículo dispone que los jueces o tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de penas privativas de libertad que no sean superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión de nuevos delitos.⁸

El rapero fue condenado nuevamente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 2 de marzo de 2018.⁹ En esta ocasión, fue condenado por unos tuits y por

⁶ *Id.* otras letras de Hasél que el Tribunal cita: “Luego califican de violento tirarles cócteles molotov”; “Y quienes manejan los hilos merecen mil kilos de amonal”; “Pero mientras que de un solo oprimido o explotado, la memoria de los héroes, como Gerardo, recordará a los culpables lo que son ¿Quién merece la libertad, sino aquellos que más lucharon por ella?”; “No nos callarán las rejas, verdades evidentes, Pedro Jesús nos dejás, pero sigues en nuestra mente. Ya basta de absurdas condenas, y de aznares libres, libertad por Gerardo, y pa quien os escribe”; “Brindo por la muerte de dueños de ETT's”; “Pero grito: merece una bomba televisión española”; “Pena de muerte a las infantas patéticas.... a los dueños de los periódicos El Mundo y ABC habría que asfixiarle con la mentira de su papel.... ojalá vuelvan los Grapo y te pongan de rodillas”; “Mi hermano entra en la sede del PP gritando ¡Gora ETA!”; “Los Grapo eran defensa propia ante el imperialismo y el crimen”; “¡Merece que explote el coche de Maximino!”; “Siempre hay algún indigente despierto con quien comentar que se debe matar a Luis Pedro gritándole que España nunca fue bien.”; “No me da pena tu tiro en la nuca pepero.... no me da pena tu tiro en la nuca socialista.... no me da pena tu tiro en la nuca banquero.... no me da pena tu tiro en la nuca millonario”; “Si volvieran los Grapo diría po po po”; “¡Que alguien clave un piolet en la cabeza a Gumersindo!”; “Será un honor que me llamen terrorista”; “Uno se plantea si poner bombas o subir a un escenario”; “Yo uso bien la hoz, como Blanca”; “Como tenía Lliure dejando vivo a Adrián”.

⁷ *Id.*

⁸ CÓDIGO PENAL art. 80 (B.O.E. 1995, 281) (España).

⁹ S. de 7 de mayo de 2020, Núm. 135/2020 (España), VLEX, <https://vlex.es/vid/845007026> (última visita junio 2022). (se incluyen algunas de las letras o tuits que motivaron su arresto: Orgulloso de quienes respondieron a las agresiones de la policía; El pueblo se defiende de su brutalidad y somos violentos terroristas; ¿Matas a un policía? Te buscan hasta debajo de las piedras. ¿Asesina la policía? Ni se investiga; Detenidos en Galiza por “enaltecimiento del terrorismo” es decir, por decir que hay que luchar contra el Estado fascista; Constancia en la lucha; el PC se dejaba la vida denunciando; que suelten a la familia real sin escoltas por nuestras calles; ante el terrorismo de Estado, el barrio organizado; se iba a enterar la policía; es para...; las manifestaciones son necesarias, pero no suficientes; apoyemos a quienes han ido más allá; estudiantes responden a la brutalidad policial en Euskal Herria; PCE (r) 12

la letra de una canción. Esta condena fue por enaltecimiento al terrorismo, injurias a la Corona y calumnias contra las Instituciones del Estado. El recurso de casación contra dicha sentencia fue rechazado por el Tribunal Supremo.¹⁰ Por lo cual, el 28 de enero de 2021, la Audiencia Nacional ordenó el ingreso a prisión de Hasél.¹¹

III. DISCUSIÓN DE LOS FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN EL CASO DE PABLO HASÉL

A. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 106/2015, 19 DE FEBRERO DE 2015

En el recurso de casación presentado por Pablo Hasél contra la primera sentencia dictada en su contra por la Audiencia Nacional, la defensa del rapero planteó los siguientes errores: que se vulneró el derecho a la libertad de expresión, comunicación e información, en contravención al artículo 20 de la Constitución Española, del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, del artículo 19.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, del artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y del artículo 11.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.¹² En específico, la defensa del rapero alegó que se violó la libertad de expresión en la modalidad de la producción y creación artística y que se aplicó indebidamente el artículo 578 del Código Penal Español.¹³

El Tribunal Supremo explicó que la figura del delito de enaltecimiento al terrorismo prohíbe dos conductas distintas: el enaltecimiento o justificación del terrorismo o sus autores y la realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas.¹⁴ Según el Tribunal, el enaltecimiento al terrorismo se configura cuando se elogia, alaba, justifica o se hace aparecer como legítimo algún acto terrorista.¹⁵ El objeto del enaltecimiento puede ser cualquier conducta tipificada en el Código Penal como terrorismo o las personas u organizaciones que hayan participado en dichos actos.¹⁶ El Tribunal añadió que el delito de enaltecimiento no conlleva la provocación directa ni indirecta a cometer delitos.¹⁷

años sin lucha armada; no habrá olvido ni perdón; tienen los años contados; no hay justicia que lo cace; pronto se irá a pique; tomará su palacio; sus herederos picarán piedra rezuman violencia, a veces ni siquiera solapada).

¹⁰ *Id.*

¹¹ *Id.*

¹² *Supra*, nota 4.

¹³ *Id.*

¹⁴ *Id.*

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.*

¹⁷ *Id.*

Para precisar cuál es el bien jurídico protegido por delito de enaltecimiento al terrorismo, el Tribunal analizó la exposición de motivos de la ley que lo tipificó. Esta dispone que no se persigue prohibir el elogio de ideas o doctrinas aún cuando estas cuestionen el marco constitucional ni tampoco se pretende prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad.¹⁸ La exposición de motivos sostiene que lo que se persigue es la exaltación de métodos terroristas, ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, y de las conductas perversas de quienes calumnian y humillan a las víctimas.¹⁹

El Tribunal calificó el enaltecimiento al terrorismo como discurso de odio según lo dispuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH).²⁰ Según estas decisiones, el enaltecimiento del terrorismo no está protegido por la libertad de expresión porque el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de la comunidad que lo sufre, se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en la aterrorización colectiva como medio de conseguir esas finalidades.²¹ Por ello, el legislador estima que no merece protección constitucional.

El Tribunal sostuvo que no se penaliza el hecho de opinar en contra del marco constitucional, pues en España no existe la democracia militante, pero que, como el terrorismo se trata de la más brutal negación de los derechos humanos, es aceptable penalizar el discurso que lo enaltece.²² En palabras del Tribunal Supremo:

No se criminaliza el sentimiento del odio, que como tal en tanto permanezca oculto en el interior del ser humano que fuera de la respuesta penal porque los pensamientos no delinquen, sino que lo que se criminaliza son hechos externos que ensalzan tal odio y que constituyen hechos, tipificados como tales en el Cpenal en el art. 578.²³

B. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 135/2020, 7 DE MAYO DE 2020

Para fundamentar la sentencia el Tribunal Supremo, estableció que el ejercicio de la libertad de expresión no es un derecho absoluto y que está condicionado por otros derechos de rango constitucional.²⁴ El Tribunal dispuso que el legislador, al tipificar el delito, lo que persigue es impedir que se cree un clima favorable para

¹⁸ *Id.* (citando a L.O.P.J. Mayo. 22, 2000 (No. 7) (España).

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Id.* (citando a Sürek v. Turquía [GC], no. 26682/95, Eur. Ct. H.R. 1999-I.

y S. de 7 de noviembre de 2007, Núm. 235/2007, disponible en: <https://vlex.es/vid/2000-607-2-34093504>

²¹ *Id.*

²² *Id.*

²³ *Id.*

²⁴ *Supra*, nota 9.

la reproducción de actos terroristas, a pesar de que dicho riesgo pueda ser remoto, dado que estos actos atentan contra los pilares del Estado de Derecho.²⁵ Según el Tribunal, la tipificación de este delito tiene su razón de ser en perseguir la exaltación de métodos radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional y en prohibir la humillación de las víctimas y sus familiares.

Reiteradamente, el Tribunal aludió a la cantidad de mensajes publicados y a la cantidad de seguidores que tenía la cuenta del rapero. Los tuits y la canción de Hasél fueron caracterizados como alabanza e incitación a la reiteración de atentados terroristas, lo que genera un elevado riesgo de que alguno de los seguidores del rapero lo vuelva a repetir.²⁶ Para el Tribunal, meramente compartir el ideal del uso de la lucha armada de los grupos mencionados por el rapero, y expresarlo al público, equivale a alabar y, por tanto, es legítimo penalizar las publicaciones del rapero.

La sentencia califica el enaltecimiento al terrorismo como discurso de odio a la luz de lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de España.²⁷ Estas decisiones han establecido que el discurso de odio en la vertiente de la justificación de acciones terroristas no merece la cobertura de derechos fundamentales como la libertad de expresión, dado que el terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y busca generar un terror colectivo como medio para lograr sus objetivos.²⁸

Según el Tribunal, la penalización de las expresiones de Hasél se justifica porque el rapero generó un riesgo abstracto al incitar a la violencia y fomentar el terrorismo.²⁹ En este caso, vemos que el Tribunal Supremo añadió el elemento de incitación al delito de enaltecimiento al terrorismo, a diferencia de lo que dispuso en la sentencia anterior. El riesgo abstracto se produce conforme a los siguientes factores: (a) la literalidad de las manifestaciones vertidas; (b) la persona del autor; (c) la cantidad de personas a quienes dirige las expresiones; (d) las circunstancias concretas señaladas, y (e) que con las expresiones el rapero persigue desencadenar un sentimiento de hostilidad, promover el odio y la intolerancia e incitar el uso de la violencia contra un representante del Estado y contra los cuerpos policiales.³⁰

El Tribunal hace énfasis en que Hasél tenía 54,000 seguidores en su cuenta de *Twitter* y que estos eran afines a la ideología del rapero. Por lo que cualquiera de ellos podía seguir el ejemplo de los grupos y personas catalogados como terroristas a quienes el rapero apoyaba. Por todo esto, el Tribunal consideró que el riesgo era

²⁵ *Id.*

²⁶ *Id.*

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.*

³⁰ *Id.*

evidente.³¹ Ante esto, el Tribunal concluyó que no se violó el derecho a la libertad de expresión y confirmó la sentencia.

C. DISIDENCIA

En la sentencia del Tribunal Supremo del 2020, hubo un voto particular del Juez Miguel Colmenero Menéndez de Luarca y la Jueza Ana María García. Estos disintieron de la decisión emitida por la mayoría de los jueces del Tribunal Supremo. En esencia, sostuvieron que ni los mensajes de *Twitter* y la letra de la canción configuran el delito de enaltecimiento al terrorismo.

Para sostener su conclusión sobre el delito del enaltecimiento al terrorismo -artículo 578 del Código Penal- se concentraron en la modalidad imputada al rapero, que es la justificación de hechos constitutivos de terrorismo o enaltecimiento de quienes participaron en dichos actos. El voto particular cita una sentencia del Tribunal Supremo español que dispone que la prohibición de esta conducta no trata de criminalizar las opiniones discrepantes, sino que persigue combatir actuaciones dirigidas a promover públicamente a quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y daño en la paz de la comunidad, atentando contra el sistema democrático.³²

Añadieron que lo que proscribe el artículo 578 es el discurso del odio. Definen el discurso del odio como: “[A]qué desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular”.³³ Según los jueces disidentes, el discurso de odio delimita el derecho fundamental a la libertad de expresión y legitima la intervención del Estado mediante la penalización, ya que constituye una lesión a bienes jurídicos esenciales y al funcionamiento mismo del sistema democrático.³⁴ Además, señalaron que el Tribunal Supremo español había resuelto que el artículo 578 del Código Penal es una injerencia legítima a la libertad de expresión cuando prohíbe que, mediante el discurso de odio, se aliente aunque sea indirectamente, a que se produzca un riesgo para los derechos de terceros o para el sistema de libertades en general.³⁵

La disidencia, al analizar las publicaciones de *Twitter* y las letras de la canción, critica la apreciación de la mayoría de los jueces del Tribunal, quienes caracterizan las expresiones del rapero como una alabanza de los medios violentos utilizados por los miembros de organizaciones terroristas e incitar a la reiteración de dichos actos. En cambio, la disidencia sostiene que las expresiones del rapero son una demostra-

³¹ *Id.*

³² *Id.* (citando a S. de 5 de junio de 2009, Núm. 676/2009)

³³ *Id.*

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.* (citando a S. de 25 de mayo de 2017, Núm. 378/2017)

ción de coincidencia de objetivos políticos, o camaradería nacida de vínculos ideológicos o mera crítica social.³⁶ Los jueces sostienen que esto no implica necesariamente coincidencia de medios para lograr los objetivos políticos.³⁷ De igual forma, la disidencia sostiene que el rapero critica la actuación policial. Por tanto, concluyeron que ninguna de las expresiones contienen alabanzas de las acciones terroristas y que tampoco constituyen una invitación a que otras personas las reproduzcan.³⁸

En fin, la disidencia se basa en que las expresiones del rapero son una crítica al Estado, a la monarquía, al sistema de justicia y a las fuerzas policiales. Discrepan con la mayoría pues estos últimos le imputan a Hasél incitar a la violencia terrorista y poner en peligro la vida y seguridad de los miembros de la monarquía y de los policías. Según la disidencia, el rapero lo que hace es denunciar las injusticias del sistema judicial y los excesos policiales. Por tanto, sostienen que las expresiones del rapero están amparadas por el derecho fundamental a la libertad de expresión por más groseras que parezcan.

IV. EL ENALTECIMIENTO AL TERRORISMO

A. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 578

El inciso 1 del artículo 578 define el enaltecimiento como sigue:

El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57.³⁹

De una lectura del artículo 578 se desprende que este penaliza dos conductas distintas, a saber: (1) el enaltecimiento o la justificación pública de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en la ejecución de actos terroristas, y (2) el descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares.

Según la exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2000 de 22 de diciembre, el enaltecimiento al terrorismo constituye, no solo un refuerzo y apoyo a actuaciones

³⁶ *Id.* Voto particular.

³⁷ *Id.* Voto particular.

³⁸ *Id.* Voto particular.

³⁹ CÓDIGO PENAL art. 578 (B.O.E. 1995, 281) (España).

terroristas, a la sostenibilidad y perdurabilidad del terrorismo, sino que, además, es una manifestación notoria de como por vías diversas se genera el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas.⁴⁰ De igual forma, la exposición de motivos dispone que el artículo 578 no persigue prohibir el elogio, la defensa de ideas o cuestionar el marco constitucional ni la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, la exposición de motivos establece que el fin del artículo 578 es perseguir la exaltación de métodos que son radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional y de las conductas de quienes humillan a las víctimas e incrementan el horror de los familiares.⁴¹

Como señala Alberto Alonso Rimo, los Tribunales españoles se han limitado a sugerir ideas vagas –como la existencia de un interés social y público superior o la tutela de la perplejidad e indignación de la sociedad– al intentar concretar cuáles son los bienes jurídicos protegidos por el artículo 578 del Código Penal de España.⁴² Según este autor, la restricción a la libertad de expresión no se justifica en un balance de intereses aún frente a los peligros que el delito del enaltecimiento intenta prohibir.⁴³ Además, Alonso Rimo considera que si no se configura la incitación, y lo que existe es la mera expresión del pensamiento por lo que se estarían castigando meras adhesiones ideológicas e interfiriendo con el ya limitado derecho a la libertad de expresión.⁴⁴ No obstante, el autor concede que el enaltecimiento con el elemento de incitación es una conducta que puede generar apoyo al terrorismo. Sin embargo, considera que el instrumento más represivo con el que cuenta el Estado –el Derecho Penal– no debe abarcar el castigo de todas las conductas socialmente dañosas, sino que debe limitarse a combatir aquellas que de forma más intolerable ataquen los bienes jurídicos más importantes.⁴⁵

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2000 dispone que no se persigue prohibir el elogio de ideas que cuestionen el marco constitucional ni prohibir opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad.⁴⁶ Al mismo tiempo afirma que lo que se persigue prohibir la exaltación de métodos que, según el legislador, son radicalmente ilegítimos y de prohibir expresiones que humillen a las víctimas de los delitos del terrorismo. Por tanto, no cabe duda de que la medida le-

⁴⁰ Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo. (BOE 2000, 307) (España).

⁴¹ *Id.*

⁴² Alberto Alonso Rimo, *Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales*, 13 REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA 13, 45 (2010).

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Id.* en la pág. 45.

⁴⁵ *Id.* en la pág. 48.

⁴⁶ *Supra*, nota 40.

gislativa constituye una prohibición de contenido. En específico, del enaltecimiento del terrorismo como método de lucha política y las expresiones que humillen a las víctimas de estos actos.

Al analizar lo anterior, no podemos obviar la historia de los atentados terroristas que han ocurrido en España. Desde la transición a un modelo democrático, han existido organizaciones denominadas terroristas por el Estado. Estas han sido de diversas ideologías, como nacionalistas, de extrema izquierda, de extrema derecha y yihadistas.⁴⁷ Según datos de la Fundación Víctimas del Terrorismo, han sido víctimas de atentados de la ETA y de GRAPO –organizaciones que Pablo Hasél menciona en sus canciones y tuits– 988 personas del 1968 hasta el 2010.⁴⁸ Ciertamente, el Gobierno tiene un interés apremiante en velar por la seguridad y combatir el crimen. Sin embargo, en el 2010 fue el último año en que se reportó un atentado de estos dos grupos. Por lo cual, es necesario cuestionar si en la actualidad existe un interés apremiante que justifique la prohibición de la expresión de dichas ideas.

B. EL DELITO DE ENALTECIMIENTO AL TERRORISMO EN LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

El Tribunal Supremo de España enumeró los elementos del delito del enaltecimiento del terrorismo en el 2007; estos son los siguientes: (1) la existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica; (2) el objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos: los delitos de terrorismo de los arts. 571 a 577 o cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales actos, y (3) la acción de enaltecer o justificar debe realizarse por cualquier medio de expresión pública.⁴⁹

La redacción del artículo no incluye la incitación como uno de los elementos del delito. De ser así, la aplicación del delito penalizaría la mera expresión de una opinión. No obstante, el Tribunal Constitucional de España añadió otros elementos que los Tribunales deben observar para que no se vulnere el derecho a la libertad de expresión cuando se aplica el artículo 578. Los analizaremos a continuación.

⁴⁷ *El terrorismo en España*, LA MONCLOA.GOB, [HTTPS://WWW.LAMONCLOA.GOB.ES/SERVICIOSDE-PRENSA/NOTASPrensa/DOCUMENTS/TERRORISMO_EN_ESPAÑA_RESUMEN.PDF](https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosde-prensa/notasprensa/documents/terrorismo_en_españa_resumen.pdf) (última visita junio 2022).

⁴⁸ FUNDACIÓN VÍCTIMAS DEL TERRORISMO, <https://fundacionvt.org/victimas-mortales-de-eta/>; <https://fundacionvt.org/victimas-mortales-de-los-grapo/> (última visita junio 2022).

⁴⁹ S. de 26 de febrero de 2007, Núm. 149/2007, VLEX, <https://vlex.es/vid/terrotistas-escritos-periodisticos-571-578-27820410> (última visita junio 2022).

C. EL IMPACTO DE LA STC 112/2016 SOBRE EL ARTÍCULO 578 DEL CÓDIGO PENAL

En la STC 112/2016, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el conflicto que puede generar la interpretación y aplicación del delito de enaltecimiento del terrorismo con el derecho a la libertad de expresión.⁵⁰ En primer lugar, el Tribunal se basó en la STC 235/2007 de 7 de noviembre. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional se analizó la constitucionalidad de la negación y difusión de ideas que justifiquen el genocidio. En dicho caso, el Tribunal concluyó que era legítimo el castigo de la negación y difusión de ideas que justifiquen el genocidio porque dichos delitos ponen en riesgo la misma esencia de la sociedad. De manera que se permite, como excepción, el castigo de estas conductas sin violación al derecho a la libertad de expresión cuando la justificación opere como incitación indirecta la comisión de estos actos.⁵¹

En segundo lugar, el Tribunal basó su decisión en directrices del Consejo de Europa y de la Unión Europea. A esos efectos, el artículo 5.1 del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo define la provocación pública para cometer delitos terroristas como: [L]a difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición del público de mensajes con la intención de incitar a cometer delitos terroristas, cuando ese comportamiento, ya preconice directamente o no la comisión de delitos terroristas, cree peligro de que se puedan cometer uno o varios delitos.⁵²

Por su parte, el artículo 5.2 de este Convenio le impone a los Estados parte la obligación de adoptar las medidas necesarias para tipificar como delito la provocación pública para cometer delitos terroristas.⁵³ Por otro lado, la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008 dispone que se entenderá por provocación a la comisión de un delito de terrorismo lo siguiente:

[L]a distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos.⁵⁴

Por último, el Tribunal basó su conclusión en las sentencias del TEDH que han resuelto que se justifica la limitación al derecho de la libertad de expresión por incitación o apología del terrorismo “cuando pueda inferirse que dichas conductas

⁵⁰ S. de 20 de junio de 2016, Núm. 112/2016, B.O.E. Núm. 181, 52581.

⁵¹ *Id.* (citando a S. de 7 de noviembre de 2007, Núm. 235/2007)

⁵² *Id.* (citando a Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo, 16 de mayo de 2005).

⁵³ *Id.* art. 5.2.

⁵⁴ *Id.* (citando a Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008).

supongan un riesgo para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito”.⁵⁵ Según el TEDH, esto puede configurarse, ya sea mediante el apoyo moral a la actividad, el enaltecimiento de la propia actividad o como apoyo moral a la ideología mediante el enaltecimiento de sus autores.⁵⁶

En virtud de lo anterior, el Tribunal Constitucional concluyó que el artículo 578 supone una legítima injerencia al derecho de la libertad de expresión en la medida en que las expresiones puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio que propicie o aliente, “aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades”.⁵⁷

Como menciona el Profesor Göran Rollnert Liern, a raíz de la sentencia STC 112/2016, el Tribunal Supremo ha incorporado la definición del delito de provocación pública al terrorismo del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo y la Decisión Marco 2008/919/JAI de la Unión Europea para superar el escrutinio constitucional necesario para restringir el derecho a la libertad de expresión.⁵⁸ Como resultado, la conducta típica del enaltecimiento del terrorismo requiere una incitación indirecta a la comisión de un delito de terrorismo que haga que surja una situación de riesgo de que tal delito se produzca.⁵⁹

D. IMPACTO DE LA STC 35/2020 EN EL ARTÍCULO 578 DEL CÓDIGO PENAL

Otra sentencia del Tribunal Constitucional que impactó el delito de enaltecimiento al terrorismo es la STC 35/2020. Mediante dicha decisión se revocó la condena del rapero César Strawberry por enaltecimiento del terrorismo, por entender que no se analizó si la conducta del artista había sido un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, ya que no se valoraron de antemano los siguientes elementos: la intención comunicativa del rapero en relación con la autoría, contexto y circunstancias de los mensajes expresados.⁶⁰ Para el Tribunal Constitucional esta omisión por sí sola fue suficiente para considerar que se vulneró el derecho a la libertad de expresión de Strawberry.

Como menciona el Profesor Göran Rollnert Liern, en el caso de Strawberry, el Tribunal aplicó lo resuelto por la STC 177/2015, que establece que la labor que

⁵⁵ *Supra*, nota 50.

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ Göran Rollnert Liern, *El enaltecimiento del terrorismo: desde el caso de Juana Chaos a César Strawberry. La recepción de la doctrina constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 109 REVISTA DE DERECHO POLÍTICO UNED 191, 194 (2020).

⁵⁹ *Id.* en la pág. 214.

⁶⁰ *Id.* (citando a S. de 25 de febrero de 2020, Núm. 35/2020)

debe realizar el Tribunal de Instancia consiste en valorar, previo a la aplicación del tipo penal y atendiendo las circunstancias particulares del caso, si la conducta que se enjuicia constituye un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión.⁶¹ Conforme a esta decisión, lo que requiere el Tribunal Constitucional es que se realice un balance de intereses previo a la aplicación del delito a unos hechos concretos para determinar si lo expresado constituye una manifestación legítima del derecho a la libertad de expresión o, si por el contrario, es legítima la injerencia del Estado en ese caso particular.

Al así hacerlo, el Tribunal destaca la importancia del derecho a la libertad de expresión en un sistema democrático. Para el Tribunal, la formación de la opinión pública libre y la circulación de ideas que garantiza el pluralismo democrático deben tomarse en consideración para delimitar el ámbito que debe reservarse al ejercicio de los derechos fundamentales frente a la intervención penal del Estado.⁶² En el caso de Strawberry, fue determinante que los tuits del acusado eran susceptibles de ser interpretados como producto de la crítica en el terreno político y social a personas que ostentaban la condición de personajes públicos.⁶³

Rollnert Liern concluye que el resultado de la STC 112/2016 sobre la aplicación del delito de enaltecimiento al terrorismo es la exigencia a los Tribunales de un análisis riguroso y contextualizado sobre la intención del autor, la presencia de incitación indirecta al terrorismo y la generación de un riesgo de que se ejecuten los actos terroristas.⁶⁴ Este autor considera que lo significativo de la STC 35/2020 es que declara inconstitucional sancionar penalmente discursos políticos extremos atendiendo solamente su texto, si no se justifica su idoneidad para incitar al terrorismo en un contexto determinado.⁶⁵

E. LA DIRECTIVA 2017/541 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 15 DE MARZO DE 2017

Como mencionamos anteriormente, la Directiva 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 sustituye la Decisión Marco 2008/919/JAI de la Unión Europea, en la que se fundamentó la STC 112/2016 para incorporar el elemento de incitación al delito de enaltecimiento al terrorismo. La Directiva enfatiza el impacto del terrorismo sobre los derechos humanos y de las libertades

⁶¹ Rollnert, *supra* nota 56, en la pág. 215.

⁶² S. de 25 de febrero de 2020, Núm. 35/2020, VLEX, <https://vlex.es/vid/vulneracion-derecho-libertad-expresion-842474365> (última visita junio 2022).

⁶³ *Id.*

⁶⁴ Rollnert, *supra* nota 56, en la pág. 223.

⁶⁵ *Id.*

fundamentales. Además, menciona cómo el terrorismo atenta contra la democracia y el Estado de Derecho.⁶⁶

Por estas razones, el artículo 5 de la Directiva dispone que los Estados miembros deben tipificar como delito la incitación o provocación a cometer delitos de terrorismo.⁶⁷ El inciso 10 de la Directiva aclara que estas conductas deben tipificarse como delito cuando conlleven el riesgo de que puedan cometerse actos de terrorismo.⁶⁸ Por ello, ordena que se examinen las circunstancias específicas de cada caso, en específico: el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto. Además, deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional.⁶⁹ Por último, el inciso 40 establece que la expresión de opiniones radicales, polémicas o controvertidas sobre cuestiones políticas delicadas queda fuera del ámbito de la definición de provocación pública a la comisión de delitos de terrorismo.⁷⁰

V. EL ENALTECIMIENTO AL TERRORISMO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante Convenio), que obliga a España por ser miembro del Consejo de Europa, dispone que:

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulga-

⁶⁶ Diario Oficial de la Unión Europea, *Directiva 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo (2017)*, BOE, <https://www.boe.es/doue/2017/088/L00006-00021.pdf> (última visita junio 2022).

⁶⁷ *Id.* art 5.

⁶⁸ *Id.* inciso 10.

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Id.* inciso 40.

ción de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.⁷¹

Como vemos, el segundo párrafo impone unos límites sobre el derecho a libertad de expresión al proveer ciertas circunstancias que justifican la injerencia de los Estados sobre el derecho de los individuos. Estas circunstancias constituyen lo que conocemos como el poder de razón de estado o los *owers owers*. Este artículo ha sido interpretado por casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que discutiremos a continuación.

A. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 10 EN JURISPRUDENCIA DEL TEDH

En *Sürek v. Turquía*, el dueño de un periódico fue declarado culpable por publicar unas cartas, escritas por un tercero, de diseminar propaganda en contra de la indivisibilidad del Estado y de provocar enemistad y odio entre la gente en violación a lo dispuesto en la Ley de Prevención del Terrorismo por las cortes de Turquía. El acusado acudió ante el TEDH y alegó que dicha acción del Estado violó su derecho a la libertad de expresión.⁷²

El TEDH dispuso que una interferencia con el derecho a la libertad de expresión viola el artículo 10 del Convenio a menos que: (1) esté prescrita por ley; (2) cumpla con alguno de los objetivos legítimos del segundo párrafo del artículo 10; y (3) sea necesaria en una sociedad democrática para lograr dichos objetivos.⁷³

En este caso, el Tribunal determinó que se cumplió el primer requisito, ya que la interferencia estuvo basada en la Ley de Prevención del Terrorismo de Turquía.⁷⁴ Para determinar si la convicción perseguía algún objetivo legítimo del segundo párrafo del artículo 10 del Convenio, el Tribunal consideró lo siguiente: lo sensitivo que era la situación en el este de Turquía con los conflictos en Kurdistán sobre los que las cartas se expresaban y la necesidad de que las autoridades estuviesen alerta sobre actos que pudiesen causar violencia adicional.⁷⁵ A dichos efectos, el Tribunal concluyó que las medidas tomadas en contra del acusado adelantaban intereses legítimos del Estado, como lo son la protección de la seguridad nacional y de la integridad nacional, y la prevención del desorden y el crimen.⁷⁶ El TEDH brindó gran peso

⁷¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *artículo 10 Convenio Europeo de Derechos Humanos*, ECHR.COE.INT, https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf (última visita junio 2022).

⁷² *Sürek v. Turquía* [GC], no. 26682/95, Eur. Ct. H.R. 1999-I.

⁷³ *Id.* § 44.

⁷⁴ *Id.* § 45.

⁷⁵ *Id.* § 49.

⁷⁶ *Id.*

al hecho de que los movimientos separatistas a favor de quien se habían publicado las cartas utilizaban la violencia como método de lucha.

Sobre el último requisito –que fuera necesario en una sociedad democrática– el TEDH dispuso que para cumplir con esto debía ser una necesidad social urgente y se tenían que analizar las expresiones en el contexto en que fueron hechas.⁷⁷ Además, debía determinar si la interferencia con el derecho a la libertad de expresión era proporcional con los objetivos legítimos perseguidos por el Estado y si las razones que este último utilizó para justificarse fueron relevantes y suficientes.⁷⁸

El TEDH concluyó que la interferencia con el derecho a la libertad de expresión del acusado fue legítima, porque respondía a una necesidad social urgente del Gobierno de Turquía, como lo son mantener la integridad nacional y proteger la seguridad. Para llegar a esta conclusión, el TEDH consideró el hecho de que la función de la prensa de impartir información y el derecho de las personas a informarse son esenciales para la formación de ideas y opiniones en una sociedad.⁷⁹ De igual forma, el TEDH dispuso que el margen de crítica permitido es más amplio cuando se trata de críticas contra el Gobierno.⁸⁰ No obstante, expresó que cuando las expresiones incitan a la violencia el Gobierno tiene mayor autoridad para interferir con la libertad de expresión.⁸¹

Por tal razón, el TEDH concluyó que de las cartas se desprendía una intención clara de apelar a la revancha violenta contra el Estado.⁸² A la luz de estas circunstancias, el TEDH concluyó que las cartas eran capaces de incitar a la violencia, dado que el mensaje que estas contenían era que el uso de la violencia era necesario como medida de defensa propia.⁸³ Finalmente, calificó el contenido de la carta como discurso de odio y sostuvo la penalidad impuesta al dueño del periódico.

De lo anterior podemos concluir que el TEDH otorga protección a la discusión de asuntos públicos y a la crítica contra el Gobierno. El TEDH considera que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de la democracia y que es una de las condiciones básicas para el progreso de la sociedad.⁸⁴ Sin embargo, el TEDH considera legítima la interferencia con el derecho a la libertad de expresión cuando existen circunstancias apremiantes que lo justifican, como las siguientes: la incitación a la violencia y el contexto en que fueron emitidas las expresiones.

⁷⁷ *Id.* § 58.

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ *Id.* § 59.

⁸⁰ *Id.* § 61.

⁸¹ *Id.*

⁸² *Id.* § 62.

⁸³ *Id.*

⁸⁴ *Id.* § 57.

Por otro lado, en *Leroy v. France*, un caricaturista y el director de un periódico fueron acusados por apología al terrorismo por publicar una caricatura dos días después del ataque a las Torres Gemelas con una frase que leía “Todos lo hemos soñado... Hamas lo hizo”.⁸⁵ El TEDH analizó los siguientes factores para determinar si la interferencia con el derecho a la libertad de expresión de los acusados cumplía con el requisito de ser necesaria en una sociedad democrática: (1) el lenguaje utilizado; (2) el contexto en que fue publicado; (3) las circunstancias relacionadas con las dificultades asociadas con la lucha contra el terrorismo;⁸⁶ y (4) la pena impuesta por el Estado.⁸⁷

En este caso, la naturaleza de la caricatura era provocativa y de exageración, fue publicada dos días después de que ocurrió el ataque, en una zona que había experimentado ataques terroristas y la única penalidad impuesta fue una multa moderada. Como resultado, el TEDH resolvió que no se violó el derecho a la libertad de expresión del caricaturista. Según el TEDH, la multa era proporcional al impacto que tuvo la publicación, dado el contexto en que se publicó. Una vez más vemos cómo el TEDH analiza las circunstancias particulares de cada caso para determinar si se justifica la intervención con el derecho fundamental a la libertad de expresión.

VI. LA CORTE SUPREMA FRENTE A LA EXPRESIÓN SUBVERSIVA

A. EL PELIGRO CLARO E INMINENTE

En Estados Unidos -tanto a nivel federal como estatal- no existe un delito similar al de enaltecimiento al terrorismo. Conforme a la doctrina del peligro claro e inminente expresiones similares a las prohibidas por el artículo 578 del Código Penal español se penalizarían solamente cuando cumplan con los siguientes requisitos establecidos en *Brandenburg v. Ohio*: (1) la expresión va dirigida a incitar o producir un acto ilegal inminente, y (2) es probable que ocurra dicha incitación o acción.⁸⁸

La decisión de *Brandenburg* plasmó el principio constitucional de que abogar por el uso de violencia está protegido por la Primera Enmienda de la Constitución, y que el Estado solamente puede interferir con este derecho en circunstancias excepcionales. Cuando se trata de una expresión que aboga por el uso de la violencia, esta solamente puede penalizarle cuando sea probable que ocurra un acto violento. De manera que, como la Corte Suprema expresó en *Noto v. U.S.*, meramente abogar por la necesidad de emplear la violencia no equivale a preparar un grupo para tomar

⁸⁵ *Leroy v. France*. [GC], no. 36109/03, Eur. Ct. H.R. 2008-V.

⁸⁶ *Id.* § 38.

⁸⁷ *Id.* § 47.

⁸⁸ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447 (1969) (traducción suplida).

acciones ilegales.⁸⁹ Abogar por utilizar métodos ilegales, aún cuando se trate de métodos ilegales para derrocar el Gobierno, no puede proibirse por el Estado. Por ello, un estatuto que no distinga entre abogar e incitar se inmiscuye de manera impermisible en las libertades protegidas por la Primera y Decimocuarta Enmienda.⁹⁰

La Corte Suprema de EE. UU. ha aplicado la doctrina de *Brandenburg* en varios casos posteriores. Por ejemplo, en *Hess v. Indiana*, la Corte revocó una convicción de un manifestante en contra de la guerra que gritó: “[W]e’ll fucking take the streets again”.⁹¹ Según la Corte, la expresión no era uno de esos casos excepcionales donde el Estado puede inmiscuirse en el derecho a la libertad de expresión, dado que en el peor de los casos fue una incitación a producir un acto ilegal en un momento futuro e indeterminado.⁹² Lo que ciertamente no cumple con los requisitos establecidos en *Brandenburg*.

Posteriormente, en *N.A.A.C.P. v. Clairborne Hardware Co.*, la Corte Suprema resolvió que la expresión de un miembro de la N.A.A.C.P. a los efectos que “si los cogemos entrando a una de esas tiendas racistas, les romperemos el cuello”, no trascendió los límites de la expresión protegida establecidos en *Brandenburg*.⁹³ La Corte dispuso que si hubiesen ocurrido actos violentos luego de que el oficial de la NAACP hiciera esa expresión este pudiese tener responsabilidad extracontractual, pero, como no lo hubo, no se cumplieron los requisitos de *Brandenburg*.

Por otro lado, la Corte expuso que una persona que aboga por una causa debe tener libertad para estimular a su audiencia con apelaciones espontáneas y emocionales a la unidad y la acción sobre una causa común, cuando dicha apelación no incite a la comisión de actos ilegales debe considerarse como expresión protegida.⁹⁴ De esta forma, se logra que la discusión de asuntos públicos sea desinhibida, robusta y abierta.⁹⁵

En este sentido, ha prevalecido la visión esbozada en el 1919 en la opinión disidente del Juez Holmes en *Abrams v. U.S* cuando expresó que debemos estar eternamente vigilantes contra intentos a suprimir la manifestación de opiniones que detestamos a menos que sea una amenaza tan inminente que justifique la intervención inmediata para salvar el país.⁹⁶ Además, no solo hay que analizar el contenido de la expresión, sino también las circunstancias y el contexto en que se realiza. Si del contexto surge que es probable que ocurra la violencia, la expresión se puede regular. De lo contrario, la expresión será protegida.

⁸⁹ *Id.* (citando a *Noto v. U.S.*, 367 U.S. 290, 297-298 (1961)).

⁹⁰ *Id.* en la pág. 448 .

⁹¹ *Hess v. Indiana*, 414 U.S. 105, 107 (1973).

⁹² *Id.* en la pág. 108.

⁹³ *N.A.A.C.P. v. Clairborne Hardware Co.*, 458 U.S. 886, 928 (1982) (traducción suplida).

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ *Abrams v. U.S.*, 250 U.S. 616, 630 (1919).

B. PALABRAS DE RIÑA

A diferencia de España y otros países europeos, en Estados Unidos el discurso de odio solamente está prohibido cuando cumple con los requisitos de *Brandenburg* o cuando constituya palabras de riña. En *Chaplinsky v. State of New Hampshire*, la Corte Suprema definió las palabras de riña como aquellas que por su mera expresión lesionan o tienden a incitar una ruptura inmediata de la paz.⁹⁷ Según la Corte, las palabras de riña no son parte esencial de la exposición de ideas y tienen tan poco valor social en la búsqueda de la verdad que, cualquier beneficio que pueda obtenerse de ellas, es menor al interés social en mantener el orden y la moralidad.⁹⁸ El estándar para determinar qué constituye palabras de odio, según la Corte, es si una persona de inteligencia común entendería que son palabras que probablemente causarían una pelea.⁹⁹ Como resultado, la condena contra una persona que llamó a un guardia “maldito chantajista” y “maldito facista” fue sostenida por la Corte Suprema, porque el estatuto cuya constitucionalidad se cuestionó solamente penalizaba aquel lenguaje que incitara al receptor a una ruptura inmediata de la paz.¹⁰⁰

Por otro lado, *Texas v. Johnson* trata sobre una convicción por quemar la bandera de Estados Unidos durante una protesta.¹⁰¹ Como menciona Farber, la quema de la bandera es un acto inherentemente ideológico y el caso fue resuelto bajo la doctrina de palabras de riña.¹⁰² Los hechos de este caso se asemejan al caso de Pablo Hasél, pues ambos fueron acusados por actos políticos e ideológicos. En este caso, el manifestante fue acusado de profanar un objeto venerado según tipificado por un estatuto estatal. Texas alegó que prohibir el acto de quemar la bandera adelantaba dos intereses gubernamentales: preservar la bandera como símbolo de unidad nacional y prevenir las rupturas de la paz.¹⁰³ La Corte Suprema resolvió que no hubo ruptura de la paz ni la amenaza de que ocurriera. Texas tampoco logró demostrar que una ruptura de la paz era una respuesta probable a la quema de la bandera.¹⁰⁴ En conclusión, la Corte se negó a reconocer que una audiencia que se ofende necesariamente vaya a alterar la paz y que, por tanto, el Estado no puede prohibir la expresión por ese motivo. Al hacer esta determinación, la Corte dispuso que los hechos no cumplían con la doctrina de *Brandenburg* ni con la de *Chaplinsky*.¹⁰⁵

⁹⁷ *Chaplinsky v. State of New Hampshire*, 315 U.S. 568, 572 (1942) (traducción suplida).

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ *Id.* en la pág. 573.

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989) (traducción suplida).

¹⁰² DANIEL A. FARBER, *THE FIRST AMENDMENT* 116 (2020) (traducción suplida).

¹⁰³ *Texas*, 491 U.S. en la pág. 400.

¹⁰⁴ *Id.* en la pág. 408.

¹⁰⁵ *Id.* en la pág. 409.

C. PROTECCIÓN DE LA AUDIENCIA O DEL RECEPTOR

En *Cohen v. California*, una persona fue acusada de alterar la paz maliciosa e intencionadamente por entrar a una corte con un abrigo que tenía la frase “Fuck the draft” en protesta de la guerra contra Vietnam y el proceso de selección al servicio militar obligatorio.¹⁰⁶ La Corte Suprema descartó que el Estado tuviera poder para penalizar a Cohen por el contenido del mensaje de su abrigo, porque no había evidencia de que este incitara a la desobediencia ni obstruyera el reclutamiento de soldados.¹⁰⁷ La Corte dispuso que no se podía penalizar la conducta de Cohen bajo la doctrina de las palabras de riña, porque el mensaje no fue dirigido a ninguna persona en particular.¹⁰⁸ De igual forma, se descartó el argumento del Estado de que la expresión de Cohen afectaba a las personas que lo vieron. Según la Corte, estas personas no eran una audiencia captiva, que estuvieron expuesta a dicho mensaje de manera involuntaria.¹⁰⁹

La Corte reconoció que el Estado tiene el poder de prohibir la intrusión a la intimidad en el hogar de ideas que de ordinario no podrían ser prohibidas en el diálogo público.¹¹⁰ Para que el Estado pueda tomar este tipo de acción, es necesario que se demuestre que existen intereses de privacidad sustanciales que han sido invadidos de manera intolerable.¹¹¹ De lo contrario, esta autoridad permitiría que la mayoría silenciara a los disidentes simplemente como una cuestión de predilecciones personales.¹¹² La Corte dispuso que quienes no quisieran estar sujetos al mensaje de Cohen tenían la opción de no mirar.¹¹³

En *Erznoznik v. City of Jacksonville*, la Corte Suprema dispuso que el Gobierno puede proteger la intimidad de los individuos mediante la regulación de tiempo, lugar y manera de todo tipo de expresión sin tomar en consideración su contenido.¹¹⁴ Sin embargo, cuando el Gobierno censura algún contenido y selectivamente protege al público de cierto tipo de expresión dependiendo de lo que considere ofensivo, la Primera Enmienda limita su poder.¹¹⁵ Este tipo de restricción solamente será sostenido por la Corte cuando el que expresa el mensaje invade la intimidad del hogar o

¹⁰⁶ *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 16 (1971) (traducción suplida).

¹⁰⁷ *Id.* en la pág. 18.

¹⁰⁸ *Id.* en la pág. 20.

¹⁰⁹ *Id.* en la pág. 21.

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ *Id.*

¹¹² *Id.*

¹¹³ *Id.* en la pág. 22.

¹¹⁴ *Erznoznik v. City of Jacksonville*, 422 U.S. 205, 209 (1975) (traducción suplida).

¹¹⁵ *Id.*

el nivel de captividad hace que sea impráctico que el receptor involuntario evite la exposición a dicha expresión.¹¹⁶

El caso de *R.A.V. v. City of St. Paul* trata sobre un joven que fue acusado de violar una ordenanza de discurso de odio que prohibía exhibir un símbolo que la persona supiera o tuviera razones para saber que despertaba ira, alarma o resentimiento en otros por motivos de raza, color, credo, religión o género.¹¹⁷ El acusado, junto a otras personas, armaron una cruz y la quemaron dentro del patio de la casa de una familia negra.¹¹⁸ El acusado alegó que el estatuto era sustancialmente amplio y que constituía una prohibición de contenido y, por tanto, era inconstitucional. El Tribunal Supremo de Minnesota limitó el alcance a las palabras de riñas, y lo declaró válido.¹¹⁹ A pesar de esta interpretación del Tribunal estatal, la Corte Suprema determinó que el estatuto era inconstitucional, porque la ordenanza solamente aplicaba a palabras de riña basadas en raza, color, creencias, religión o género.¹²⁰

La Corte manifestó que no es cierto que las palabras de riña tienen un contenido expresivo mínimo o que su contenido carece de valor y no merece protección constitucional. Sin embargo, aunque pueden ser expresivas, no son parte esencial de la exposición de ideas.¹²¹ Además, la Corte refutó el argumento de Minnesota de que solo una ordenanza que prohibiera este contenido específico podía comunicarle a las minorías que la mayoría no condonaba el odio contra ellas porque la Primera Enmienda no permite que las preferencias de la mayoría se manifiesten mediante la censura de la expresión.¹²²

Por último, Minnesota alegó que, aún cuando la ordenanza constituía una regulación de contenido, el discrimen contra dicho contenido se justificaba, porque era un mecanismo adaptado para lograr un interés estatal apremiante.¹²³ Específicamente, el interés en proteger los derechos humanos básicos de los miembros de grupos históricamente discriminados, incluyendo el derecho de los miembros de dichos grupos a vivir en paz donde deseen.¹²⁴ La Corte aceptó que estos eran intereses legítimos del Estado, pero dispuso que cuando se censura algún contenido el mecanismo empleado tiene que ser necesario para lograr el interés estatal.¹²⁵ Según la Corte, otros mecanismos menos restrictivos hubiesen logrado lo mismo.

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 pág. (1992) (traducción suplida).

¹¹⁸ *Id.* en la pág. 379.

¹¹⁹ *Id.* en la pág. 380.

¹²⁰ *Id.* en la pág. 391.

¹²¹ *Id.* en la pág. 385.

¹²² *Id.* en la pág. 392.

¹²³ *Id.* en la pág. 395.

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ *Id.*

De igual forma, en *Boos v. Barry*, la Corte Suprema dispuso que un estatuto que prohíbe ciertas expresiones bajo el pretexto de proteger la dignidad de los receptores o por el impacto directo de la expresión sobre la audiencia, constituye una regulación de contenido.¹²⁶ Por tal razón, debe ser sometido a un escrutinio estricto y solo será válido si el Estado demuestra que es necesario para lograr un objetivo gubernamental apremiante y el método empleado debe ser estrechamente diseñado para lograrlo.¹²⁷

Aquí vemos una similitud en cuanto al interés del Estado en España en prohibir el enaltecimiento al terrorismo por la historia del terrorismo en el país y lo que significa el racismo para la sociedad estadounidense. Sin embargo, el tratamiento que ambas jurisdicciones le dan al problema es totalmente distinto. En Estados Unidos, al concebir la libertad de expresión como un derecho individual de la más alta jerarquía, aún cuando el ejercicio de este afecte los derechos humanos de grupos que históricamente han sido victimizados por la mayoría, solamente se podrá limitar y penalizar el ejercicio de la expresión en casos muy limitados. Por tal razón, aún cuando la Corte reconoce las razones históricas y sociales para prohibir ciertos discursos, esto no será permitido si el método empleado no cumple con un escrutinio estricto. Lo anterior implica que grupos que han sido objeto de violencia no tendrán protección de estatutos que limiten la libertad de expresión. Lo que presenta sus propios problemas y es un asunto que los Estados deben regular. No obstante, en España, el ejercicio de la libertad de expresión siempre estará limitado por los derechos consagrados en la Constitución de grupos e individuos a quienes se les protege por razones históricas, por ser víctimas de atentados terroristas y porque el terrorismo se concibe como la más grave vulneración de los derechos humanos y del sistema democrático.

D. LA DISCUSIÓN DE PÚBLICOS

La discusión de asuntos públicos es de esos temas que goza de mayor protección constitucional en Estados Unidos. Se entiende que una expresión trata sobre asuntos públicos cuando toca temas políticos, sociales o de interés para la comunidad o es un tema de interés general para la sociedad.¹²⁸ Esta categoría de la expresión fue discutida en *Snyder v. Phelps*.¹²⁹ En este caso, una congregación de una iglesia sostenía que Dios castigaba a los Estados Unidos por su tolerancia de la homosexualidad en las fuerzas armadas. Los miembros de la iglesia se dedicaban a piquetear funerales.¹³⁰

¹²⁶ *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312, 321 (1988) (traducción suplida).

¹²⁷ *Id.*

¹²⁸ *Id.* en la pág. 453.

¹²⁹ *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011) (traducción suplida).

¹³⁰ *Id.*

El día del funeral de un soldado, Phelps y seis miembros de la congregación pique-tearon en un terreno público que estaba a 1,000 pies del lugar donde se llevó a cabo el evento. Los manifestantes tenían mensajes como los siguientes: “Dios odia a los EE.UU./Gracias a Dios por el 9/11”; “América está condenado”; “Gracias a Dios por los soldados muertos”, entre otros.¹³¹ Los manifestantes cumplieron con las órdenes de la Policía en todo momento. No gritaron o insultaron verbalmente a nadie. El padre del soldado fallecido testificó que no podía ver los carteles, pero que se enteró de lo que decían a través de las noticias.¹³² Por esto, el padre demandó a los manifestantes por difamación, la publicidad dada a su vida privada, imposición intencional de angustia emocional y conspiración civil.

Para resolver el asunto de la imposición intencional de angustia emocional, la Corte Suprema centró su análisis en determinar si las expresiones de los manifestantes eran sobre asuntos públicos o privados.¹³³ La Corte reiteró que el debate de asuntos públicos debe ser desinhibido, robusto y abierto, porque la expresión sobre asuntos públicos es la esencia del Gobierno.¹³⁴ Conforme a estos principios, la expresión sobre asuntos públicos ocupa la jerarquía más alta de los valores de la Primera Enmienda y merece protección especial.¹³⁵ En cambio, cuando se trata de asuntos puramente privados, las protecciones de la Primera Enmienda ofrece menos protección, porque no están en juego los valores mencionados anteriormente.

Según la Corte, el hecho de que una expresión sea inapropiada o controversial es irrelevante para determinar si trata un asunto público.¹³⁶ La Corte debe examinar el contenido, forma, contexto de la expresión, y todas las circunstancias de la expresión, incluyendo lo que se dijo, dónde se dijo y cómo se dijo.¹³⁷ Por lo anterior, la Corte concluyó que los mensajes en los carteles de los manifestantes eran de carácter público, ya que demostraban la posición de los manifestantes sobre dichos asuntos. La Corte reiteró que no se puede prohibir un mensaje por más que se considere ofensivo o desagradable.¹³⁸

E. AMENAZAS VERDADERAS

Otra doctrina que permite la intromisión del Estado con el derecho a la libertad de expresión en los Estados Unidos es la de las amenazas verdaderas. Esta doctrina se discute en el caso de *Watts v. U.S.*, donde un hombre fue arrestado por violar

¹³¹ *Id.* en la pág. 448 (traducción suplida).

¹³² *Id.*

¹³³ *Id.* en la pág. 451.

¹³⁴ *Id.* en la pág. 452.

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ *Id.* en la pág. 454.

¹³⁸ *Id.* en la pág. 458 (*citando a Texas v. Johnson* 491 U.S. 397 (1989)).

un estatuto que prohibía amenazar con quitarle la vida o causarle daño corporal al Presidente a sabiendas y a propósito, porque durante un debate político dijo sobre la guerra lo siguiente: “[N]o voy a ir. Si me hacen cargar un rifle a la primera persona que quiero apuntarle es a Lindon B. Johnson”.¹³⁹ La Corte estatal dispuso que el estatuto era constitucional de su faz, ya que el Congreso tiene un alto interés en proteger la seguridad del Presidente. No obstante, la Corte Suprema revocó el dictamen y resolvió que para que prospere una convicción bajo dicho estatuto el Gobierno tiene que probar que fue una amenaza verdadera.¹⁴⁰ Para la Corte, la expresión hecha por el acusado fue hipérbole política.¹⁴¹ La Corte resaltó la protección especial que tiene el debate de asuntos públicos aún cuando incluya ataques vehementes y desagradables contra el Gobierno y funcionarios públicos.¹⁴²

Una amenaza verdadera, según definido por la Corte Suprema en *Virginia v. Black*, son: “[A]quellas declaraciones en las que se pretende comunicar una expresión seria sobre la intención de cometer un acto de violencia ilegal contra un individuo o grupo de individuos en particular”.¹⁴³ Para que se constituya una amenaza verdadera no es necesario que quien se exprese tenga la intención de llevar a cabo la amenaza, ya que la prohibición busca proteger a las personas del miedo a la violencia y de la interrupción que este genera, además de proteger a las personas de la posibilidad de que se produzca la violencia.¹⁴⁴ Por lo cual, la intimidación es un tipo de amenaza verdadera, donde una persona dirige una amenaza a otra persona o grupo de personas con la intención de hacer que la víctima tenga miedo de daño corporal o de muerte.¹⁴⁵

En el 2018, en *Commonwealth v. Knox*, el Tribunal Supremo de Pennsylvania confirmó la sentencia en contra de un rapero por amenazas terroristas e intimidación de testigos en una canción de rap.¹⁴⁶ En esencia, el Tribunal concluyó que las líricas de la canción “Fuck the Police” constituyeron amenazas reales contra dos agentes de la policía y, por tanto, no era expresión protegida por la Primera Enmienda. El Tribunal Supremo de Pennsylvania resumió dos principios de *Virginia v. Black*: primero, que la Constitución permite que los Estados criminalicen expresiones amenazantes que tengan la intención específica de aterrorizar o intimidar; y segundo, que, al evaluar si la persona actuó con intención de aterrorizar o intimidar, se deben evaluar las circunstancias particulares del caso como se hizo en *Watts*.¹⁴⁷ Estas circunstancias

¹³⁹ *Watts v. U.S.*, 394 U.S. 705, 706 (1969) (traducción suplida).

¹⁴⁰ *Id.* en la pág. 708.

¹⁴¹ *Id.*

¹⁴² *Id.*

¹⁴³ *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 359 (2003) (traducción suplida).

¹⁴⁴ *Id.* en la pág. 360.

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ *Commonwealth v. Knox*, 190 A.3d 1146, pág. (2018).

¹⁴⁷ *Id.* en la pág. 1158.

son las siguientes: el contenido y naturaleza de la expresión, el lugar y la reacción del receptor.¹⁴⁸ Además, consideró los siguientes factores: si la amenaza fue condicional, si fue comunicada directamente a la víctima y si la víctima tenía razón para creer que el comunicador era propenso a ejecutar violencia.¹⁴⁹ La Corte Suprema de los EE. UU. denegó el recurso de *cerciorari* presentado por Knox.

Para el Tribunal Supremo estatal fue importante que la canción se publicó en una página de *Facebook*, en respuesta al arresto del rapero por posesión de sustancias controladas y armas. En la canción Knox, se dirigió a los policías que lo arrestaron por nombre y expresó que conocía sus horarios de trabajo. El Tribunal consideró el hecho de que los policías comenzaron a temer por su seguridad y la de sus familias al punto que tuvieron que mudarse de sus hogares. Por otro lado, el Tribunal dispuso que, a pesar de que la canción no fue comunicada directamente a las víctimas, al publicarla a *YouTube*, la intención del acusado era que los policías la escucharan. En cuanto a si las víctimas tenían razón para creer que el rapero era capaz de emplear violencia contra ellos, el Tribunal concluyó que sí, debido a que estos lo habían arrestado y este poseía un arma de fuego en el momento de su arresto.

Si comparamos esta la decisión de *Knox*, los fundamentos de *Watts* y de *Black* con la del caso de Pablo Hasél, vemos cómo en España el estándar es mucho menor cuando se trata de insultos y amenazas a funcionarios públicos o a la monarquía. Mientras en Estados Unidos tiene que constituirse una amenaza real, en España la hiberbole política puede ser penalizada. En Estados Unidos, la visión individualista del derecho a la libertad de expresión cobija expresiones desagradables y ofensivas aún cuando sean en contra del Presidente mientras no se constituya una amenaza real. Por el contrario, en España, la dignidad de los funcionarios del Estado no puede vulnerarse al ejercerse la libertad de expresión.

VI. CONCLUSIÓN: DEFICIENCIAS DEMOCRÁTICAS DEL DELITO DE ENALTECIMIENTO AL TERRORISMO

A través de este trabajo, hemos visto las deficiencias constitucionales que tiene el artículo 578 del Código Penal de España. Debido a su redacción ambigua y la interpretación que los tribunales le han dado, lo que prohíbe el tipo delictivo del enaltecimiento del terrorismo es la expresión de opiniones relacionadas al terrorismo. A pesar de que el Tribunal Constitucional ha añadido el elemento de la incitación a la comisión de actos de terrorismo, este peligro aún existe, como vemos con el caso de Pablo Hasél.

¹⁴⁸ *Id.* (citando a *Watts v. U.S.*, 394 U.S. 705, 707 (1969)).

¹⁴⁹ *Id.* en la pág. 1159.

¹⁵⁰ *Schenck v. U.S.*, 249 U.S. 47 (1919).

Es necesario definir claramente lo que se prohíbe legislativamente. De no ser así, se estaría penalizando lo que se penalizaba en los Estados Unidos durante la época en que se resolvió *Schenck v. U.S.*¹⁵⁰ Para ese entonces, la doctrina permitía que el Estado interfiriera con el derecho a la libertad de expresión si las palabras eran utilizadas en unas circunstancias y eran de tal naturaleza que crearían un peligro claro y presente que el Congreso podía prohibirlas. Conforme a esta doctrina, Estados Unidos se amparó en situaciones de emergencias nacionales y conflictos internacionales para encarcelar y reprimir indiscriminadamente el ejercicio de la libertad de expresión de disidentes y activistas políticos.

Por esta razón, el 6 de marzo de 2020, Unidas Podemos presentó una propuesta de ley para derogar ciertos delitos de opinión del Código Penal de España.¹⁵¹ En la exposición de motivos, reconocen que el principal problema de esta disposición penal es la ambigüedad de la definición.¹⁵² Además, critican esta disposición penal, dado que proviene de la dictadura franquista.¹⁵³ Otros hechos más importantes recogidos en la exposición de motivos es que hasta el 2011 –año en que ETA anunció el cese de sus actividades armadas– tres personas fueron condenadas por este delito mientras que en los daños anteriores a la propuesta hubo cerca de 70 condenas por enaltecimiento al terrorismo.¹⁵⁴

Sobre el requisito de la incitación indirecta, la propuesta dispone que, en un contexto donde ETA y GRAPO no están activas, este delito no tiene ningún sentido, salvo para reprimir la libertad de expresión.¹⁵⁵ Por último, reconocen que el Código Penal ya cuenta con otras disposiciones para prohibir los daños que el artículo 578 busca prohibir. Estos son los siguientes: el artículo 18, que prohíbe la apología del delito;¹⁵⁶ el artículo 170.2, que castiga a los que reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de organizaciones terroristas;¹⁵⁷ y el artículo 579, que prohíbe la incitación y provocación a la comisión de delitos de terrorismo.¹⁵⁸ Por todo lo anterior, proponen la derogación inmediata del delito de enaltecimiento al terrorismo.

En España, el derecho a la libertad de expresión tiene una concepción distinta que en los Estados Unidos. De la disposición constitucional que lo regula, notamos que en España expresamente se imponen límites al ejercicio de este derecho, mien-

¹⁵¹ Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para la protección de la libertad de expresión. (Boletín Oficial de las Cortes Generales 2020, 69-1) (España).

¹⁵² *Id.*

¹⁵³ *Id.*

¹⁵⁴ *Id.*

¹⁵⁵ *Id.*

¹⁵⁶ CÓDIGO PENAL art. 18 (B.O.E. 1995, 281) (España).

¹⁵⁷ *Id.* art. 170.2.

¹⁵⁸ *Id.* art. 579.

tras que en Estados Unidos el derecho se redacta de manera negativa para el Estado, es decir, expresamente se imponen unos límites que el Gobierno no puede cruzar. A pesar de esto, ambas jurisdicciones reconocen la importancia de la discusión y expresión de los ciudadanos sobre asuntos públicos y políticos. La expresión política subversiva se presenta como un reto para el Estado, debido a que es expresión política sobre asuntos públicos, algo que el Gobierno democrático debe proteger, pero, a la misma vez, esta reta, cuestiona o hasta aboga por el Gobierno establecido.

En Estados Unidos, durante un tiempo la postura del Congreso era muy represiva sobre el derecho a la libertad de expresión. El meramente abogar, sin que fuera razonable pensar que la expresión podría causar algún daño real al Gobierno, estuvo prohibido. El Gobierno se amparaba en situaciones de emergencias internacionales, como guerras o conflictos –primordialmente la Guerra Fría– para restringir el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, eventualmente prevaleció la doctrina de *Brandenburg*, que dispone que para que se pueda restringir este tipo de expresión esta debe ir dirigida a incitar o producir un acto ilegal inminente y que debe ser probable que ocurra dicha acción. Para propósitos históricos es necesario reconocer que aunque la Corte Suprema derogó la doctrina que penalizaba abogar, las agencias de orden público continuaron persiguiendo personas durante décadas por su ideología política tanto en los Estados Unidos como en Puerto Rico.

Como menciona la propuesta de ley para derogar el delito de enaltecimiento al terrorismo, se ha mantenido la misma postura desde los tiempos de la dictadura franquista.¹⁵⁹ Esta época estuvo marcada por desapariciones, fusilamientos y arrestos a personas de ideologías de izquierda o que de cualquier manera se opusieran al gobierno de Franco. Además de esto, otras consideraciones nos llevan a cuestionar la aplicación de la figura del enaltecimiento al terrorismo al caso de Pablo Hasél.

En primer lugar, en el caso de Hasél, no se realizó la valoración previa para determinar si la conducta enjuiciada constituía un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión como se hizo en el caso de *Strawberry*.¹⁶⁰ El Tribunal Supremo no explica por qué procedió de esta manera. La sentencia se limita a señalar que las expresiones de Hasél no son susceptibles de ser interpretadas como crítica en el terreno político y social y que, por tanto, no se trata del ejercicio de la libertad de expresión.¹⁶¹ La manera tajante en la que dispusieron de esta cuestión fue desacertada, dado que Hasél se caracteriza por el rap político y de crítica social. De igual forma, todos los tuits y las canciones citadas mencionan asuntos públicos y políticos. Sus letras pueden ser ofensivas y groseras, pero deben valorar el hecho de que es un rapero y este es un género de música caracterizado y distinguido por estos atributos.

¹⁵⁹ *Supra*, nota 151.

¹⁶⁰ *Supra*, nota 62.

¹⁶¹ *Supra*, nota 4.

Por otro lado, contrario a lo que dispone la Directiva 2017/541, no se examinaron las circunstancias específicas del caso, como el autor, destinatarios ni el contexto en que se realizó la expresión. Tampoco obró conforme lo que ordena el inciso 40, que mantiene las opiniones políticas radicales y controvertidas fuera del ámbito de aplicación de la Directiva.¹⁶² De haberse aplicado esto, la decisión del Tribunal Supremo fuera distinta. Las expresiones de Hasél son inherentemente políticas y están influenciadas por su ideología comunista y de lucha de clases. Para muchos sus opiniones pueden ser ofensivas, pero son solo eso, opiniones.

Existen otras disposiciones del Código Penal que tipifican la incitación y provocación al terrorismo. Contrario al artículo 578, estas definen claramente lo que se prohíbe. El enaltecimiento al terrorismo, al ser un delito de riesgo abstracto, el hecho de que desde el 2010 ni ETA ni GRAPO cometen atentados, la pena según aplicada a Hasél no se ajusta a los hechos. Diferente hubiera sido si en los momentos en que Hasél publicó sus expresiones estas organizaciones estuvieran activas, pero en las circunstancias particulares del caso, el riesgo no era real. El Tribunal Supremo se amparó en razones que, si bien existieron en algún momento, al tiempo de los hechos del caso no debieron ser suficientes para sostener la condena.

Como es de esperarse, si aplicamos las doctrinas del Derecho estadounidense que examinamos en este trabajo, las expresiones de Hasél tampoco podrían ser penalizadas. En primer lugar, los requisitos de *Brandenburg* no se cumplen, porque las expresiones de Hasél se realizan en el contexto artístico o en redes sociales y no van dirigidos a incitar, como mucho se podría argüir que aboga por el uso de la defensa, pero esto tampoco sería suficiente. Por tanto, tampoco existiría probabilidad de que ocurra la acción terrorista. La doctrina de las palabras de riña no sería aplicable, porque estas se aplican en situaciones individuales en las que incitan a una ruptura inmediata de la paz. Es muy difícil argüir que una canción o un *tweet* contra el Estado o sus instituciones pueda tener este efecto.

La doctrina que más podría emplearse para penalizar las expresiones de Hasél es la de amenazas reales, según fue aplicada por el Tribunal Supremo de Pennsylvania en *Knox*. Sin embargo, los elementos fácticos de ese caso fueron distintos a los de Hasél. Primero, con sus letras, Hasél no amenaza a nadie en específico con causarle daño. Sí menciona los nombres de algunos funcionarios, pero estos son funcionarios de alto rango del Gobierno o de la monarquía, lo que es muy distinto a un Policía estatal, dado que es razonable pensar que a los primeros los conoce toda la población y a los segundos no. Al esto ser así, no se constituiría un miedo de que se lleve a cabo un acto de violencia, precisamente, porque en ningún momento Hasél habló de llevar a cabo un acto en particular. Además, en los mensajes y canciones de Hasél,

¹⁶² Diario Oficial de la Unión Europea, *Directiva 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo (2017)- inciso 40*, BOE, <https://www.boe.es/doue/2017/088/L00006-00021.pdf> (última visita junio 2022).

están ausentes otros elementos de *Knox*, como el arresto anterior, la posesión de armas y la mención de nombres de quienes lo arrestaron.

Las circunstancias en las que ocurrió el arresto de Pablo Hasél levantan sospechas sobre el motivo de su arresto. Si unimos esto a las deficiencias de la disposición que tipifica el enaltecimiento al terrorismo, a la jurisprudencia que lo interpreta y a la aplicación particular que le dio el Tribunal Supremo al caso de Pablo Hasél, vemos que este delito se puede aplicar de manera arbitraria por el Estado y puede utilizarse como mecanismo para silenciar la disidencia. El acercamiento de los tribunales estadounidenses no es perfecto, pero en lo que respecta a la expresión política ofrece unas garantías necesarias, dado que este es un tema que suele causar controversias fácilmente. El meramente rapear sobre la necesidad o deseabilidad de la utilización de la lucha armada no puede ser motivo para privar a alguien de su libertad. El artículo 578 del Código Penal de España debe ser derogado como propone la propuesta de ley, ya que permite o posibilita que se encarcele a disidentes políticos por sus opiniones. Nadie debe ser privado de su libertad por expresarse y mucho menos por rapear.

ENFRENTANDO LA CORRUPCIÓN: UN ANÁLISIS DEL CÓDIGO ANTICORRUPCIÓN PARA EL NUEVO PUERTO RICO Y LAS CONVICCIONES POR CORRUPCIÓN PÚBLICA

POR: MÓNICA CAMUY NATAL

RESUMEN

Análisis de las respuestas del Gobierno ante el fenómeno de la corrupción por medio del Código anticorrupción y la Ley de de acceso a la información como eslabón de la cadena de acción contra la corrupción. Daremos una mirada a las convicciones locales y federales de Puerto Rico y el problema del Registro de Convictos por Corrupción Pública. Asimismo, analizo como la ausencia de data indispensable atrasa la lucha contra la corrupción y a su vez crea desinformación y desesperación de parte de la ciudadanía.

Palabras clave: *Corrupción pública, Registro, local, federal, acceso*

ABSTRACT

Analysis of the Government's responses to the phenomenon of corruption through the Anti-Corruption Code and the Law on Access to Information as a link in the chain of action against corruption. We will take a look at the local and federal convictions in Puerto Rico and the problem of the Registry of Convicts of Public Corruption. Likewise, I analyze how the absence of essential data delays the fight against corruption and in turn creates disinformation and despair on the part of the citizenry.

Keywords: *Public corruption, Registry, local, federal, Access*

Sumario: I- INTRODUCCIÓN II- EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN III- CORRUPCIÓN EN PUERTO RICO: CONVICCIONES FEDERALES IV- ¿CÓDIGO...ANTICORRUPCIÓN? V- HIS-

* Mónica es una estudiante de Derecho cursando su tercer año en la facultad, tiene 24 años y es naturalmente del pueblo de Arecibo. Posee un bachillerato en Ciencias Políticas de la Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras. Actualmente se desempeña como paralegal contratista en una corporación de servicios profesionales.

TORIA DEL REGISTRO DE CONVICCIONES POR CORRUPCIÓN PÚBLICA VI- LAS CARAS DE LA CORRUPCIÓN VII- RENDICIÓN DE CUENTAS Y CORRUPCIÓN: ANALIZANDO LA INFORMACIÓN DISPONIBLE EN PUERTO RICO PARA FISCALIZAR A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS VIII- CONCLUSIÓN

I- INTRODUCCIÓN

En la actualidad, Puerto Rico se posiciona entre los estados/territorios de Estados Unidos con mayores convicciones por corrupción pública per cápita (por cada 100,000 habitantes), obteniendo específicamente el segundo lugar.¹ Anualmente, figuras importantes en la política y en el servicio público del país son investigadas y acusadas, tanto en el foro local como en el foro federal, de delitos constitutivos de corrupción pública. En Puerto Rico, la mayoría de estas investigaciones corresponden a actos delictivos en el proceso de compra y contratación del Gobierno, que en el mundo, representa el área con mayor riesgo de corrupción.² Los *kickbacks*,³ la omisión de celebrar subastas públicas para favorecer a un amigo/familiar y el desvío de fondos públicos, son de las modalidades más comunes dentro del fenómeno de la corrupción. Por su naturaleza, la mayoría de los delitos constitutivos de corrupción pública se realizan entre más de un funcionario público, funcionario electo o entre un funcionario público o electo y uno o más ciudadanos privados. Por ende, cuando hablamos de corrupción pública, pueden estar implicados ciudadanos privados que entraron en esquemas corruptos con algún funcionario público o funcionario electo por el país.

A medida que pasa el tiempo, el descontento de la población puertorriqueña crece respecto al Gobierno y sus instrumentalidades, por la crisis económica y fiscal por la que atraviesa el país y por la frecuencia de los actos corruptos de funcionarios de alto rango de la isla. Mientras más de la mitad del país vive bajo índice de pobreza, según el más reciente censo,⁴ anualmente un número alarmante de funcionarios públicos son convictos por modalidades de corrupción pública. Mientras el pueblo atraviesa una dura austeridad, millones de dólares se pierden en corrupción pública ya se estima que entre un 10 a 25% del presupuesto de contrataciones globales se

¹ United States Department of Justice, Report to Congress on the Activities and Operations of the Public Integrity Section for 2020 27 (2020) (traducción suplida).

² Open Contracting ; “Good practices in ensuring compliance with article nine of the United Nations Convention against Corruption” UNODC. 2013.

³ Es una forma de soborno negociado en el que se paga una comisión al que acepta el soborno a cambio de los servicios prestados.

⁴ Véase, <https://censo.estadisticas.pr/sites/default/files/Decenal/Cambio%20en%20población%20total%20Censos%20Decenales%202010%20y%202020.pdf>

pueden disparar como resultado de la corrupción.⁵ Entre el año 1993 y el año 2000, la corrupción le costó a la isla unos \$3,339 millones, que, para ponerlo en perspectiva, fueron más de \$471 millones por año.⁶

Como respuesta a la corrupción, varias legislaciones han sido promulgadas, en periodos cortos de tiempo, para establecer normas contra la corrupción y la inaccesibilidad de la información necesaria para la fiscalización del Gobierno por parte de la sociedad. Es de conocimiento común que Puerto Rico es una jurisdicción sobrelegislada, de tal modo que existen estatutos innecesarios y/o contradictorios. Esto sucede cuando se promulgan leyes por cumplir con una expectativa de la sociedad y no se promulgan como resultado de un proceso feroz de análisis e investigación de la corrupción como fenómeno mundial. De un análisis eficaz, se desprende la necesidad, no de crear más leyes, sino de promulgar mejores estatutos que, de manera eficiente, cumplan con su propósito de prevenir y disminuir la corrupción pública. No tenemos una ley que eficientemente prevenga la corrupción y que ayude a la sociedad a tener un mejor panorama acerca del manejo de este fenómeno. Unido a esto, indispensablemente, deben acompañarse estas legislaciones con otras que permitan el acceso a la información, de manera que la población conozca cómo se están trabajando los temas de interés y puedan obtener la información necesaria para impugnar y fiscalizar al Gobierno cuando medien circunstancias que así lo ameriten.

Es menester analizar una legislación fundamental como lo es el *Código Anticorrupción para el Nuevo Puerto Rico*, Ley Núm. 2-2018. En su exposición de motivos, se reconoce el fallo de las pasadas legislaciones en atender el asunto de la corrupción de manera eficaz. Asimismo, establece como fines primordiales la cero tolerancia hacia la corrupción, la necesidad de establecer mecanismos de prevención y la necesidad de encausar efectivamente a los autores de estos delitos.⁷ Interessantemente, esta legislación carece de mecanismos que adelanten estas causas, se queda corta cuando analizamos su intención primordial. Como veremos más adelante, algunos aspectos no se han llevado a cabo en el tiempo que lleva vigente y otros aspectos resultan inútiles ante la fuerte ola de corrupción que amenaza al país diariamente. Una de las partes más importantes de este estatuto es la creación de un registro público de convicciones por corrupción pública que, luego de veinticuatro años, finalmente fue creado en el año 2021.⁸ El problema es que el registro no es un espejismo de la realidad del fenómeno de la corrupción en el país. El registro carece

⁵ Stephen Knack, Nataliya Biletska & Kanishka Kacker, “Deterring Kickbacks and Encouraging Entry in Public Procurement Markets : Evidence from Firm Surveys in 88 Developing Countries.” World Bank, Policy Research Working Paper; No. 8078.

⁶ ANTONIO QUIÑONES CALDERÓN, CORRUPCIÓN E IMPUNIDAD EN PUERTO RICO (2014).

⁷ Exposición de motivos, Código anticorrupción para el nuevo Puerto Rico, Ley Núm. 2-2018, 3 LPRA § 1881 (2018).

⁸ 3 L.P.R.A. § 1886

de información indispensable, no refleja todas las convicciones por corrupción pública y no permite la fiscalización adecuada por parte de la ciudadanía.

Para atajar la corrupción pública es imprescindible establecer, a su vez, mecanismos amistosos de fiscalización donde el acceso a la información pública juegue un rol indispensable. Siendo este último un derecho de rango constitucional, debemos analizar el efecto práctico que las legislaciones que regulan este derecho tienen y ver su efecto en la prevención y detección de la corrupción en etapas tempranas. Como veremos, la data puede brindarnos información indispensable a la hora de establecer un plan para erradicar un mal social como este. Al realizar un análisis completo de los mecanismos de prevención necesarios, tenemos que observar la normas vigentes y arrojar luz en los mecanismos débiles que dan paso a la corrupción pública.

II. EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN

La corrupción es el mal uso de los poderes públicos, cargo o autoridad para el beneficio privado mediante el soborno, la extorsión, *kickbacks*, el tráfico de influencias, el nepotismo, el fraude y otras modalidades de conductas que atentan contra el bien común y hacen atractivo y muy rentable, poner el interés privado por encima del público.⁹ La mayoría de estos delitos se remontan sobre un esquema cuyo fin principal es el desvío silencioso del dinero público. La corrupción también puede ejecutarse mediante el aprovechamiento de la autoridad para beneficio personal, sea de manera monetaria o mediante la adquisición de un mero poder.¹⁰ El diccionario legal *Black's Law* define la corrupción como una ilegalidad; una intención viciosa y fraudulenta de evadir las prohibiciones de la ley; el acto de un funcionario o persona fiduciaria que ilícitamente utiliza su posición o carácter para procurar.¹¹ La Real Academia Española, por su parte, define a la corrupción como una práctica consistente en la utilización indebida o ilícita de las funciones de aquellas en provecho de sus gestores.¹² El informe de la Comisión de Derechos Civiles en el 2015 la define de la siguiente manera:

[E]n su vertiente colectiva, es la falta institucional de prácticas valorativas y de carácter de corrección en cada acto, actividad y transacción de una organización en particular. De la misma forma, en su vertiente individual, es la ausencia de una estructura valorativa colectiva e inter-

⁹ *Gobernanza y gestión de los asuntos públicos: Glosario de términos*, CENTRO DE GOBERNANZA PÚBLICA Y CORPORATIVA 9 (2015), <http://centrodegobernanza.com/pdf/Glosario.pdf>

¹⁰ *Nexos: Glosario de la Corrupcion*, Mexicanos Contra La Corrupcion y la Impunidad (2018).

¹¹ *Public Corruption*, BLACK'S LAW DICTIONARY (2nd ed. 1910) (traducción suplida).

¹² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es>> (última visita en 2022).

na de creencias, actitudes y normas éticas sobre el comportamiento de una o varias personas. Una definición más amplia del término establece también que la corrupción es el abuso, la distorsión y la disfunción en la interpretación y aplicación de la ley, la cual alberga una actividad premeditada, ilegal y antiética, con un alcance amplio que violenta las normas y los esquemas éticos y de legalidad, extendiendo su radio a dimensiones personales, institucionales, privadas, gubernamentales, administrativas y políticas.¹³

En un contexto de restricciones presupuestarias y crisis económica, donde la corrupción presenta su rostro más dañino, pues la mala utilización de los recursos obliga a recortes en las políticas públicas más características del Estado social -educación, sanidad, servicios sociales, etc.—y agrava las desigualdades sociales.¹⁴ En Puerto Rico, las modalidades más comunes de la corrupción son las concesiones de contratos en contra de las normas jurídicas que las regulan, los *kickbacks* y los empleados fantasmas, según las recientes acusaciones hechas hacia funcionarios públicos.¹⁵ En el caso de los contratos, es una modalidad con múltiples variantes. La más común es la concesión de contratos sin el debido proceso de licitaciones y subastas, que buscan principalmente la concesión de contratos a familiares y amigos, en contra de la norma general de prohibición de nepotismo. En otros casos, un funcionario otorga un contrato, también sin los requerimientos de la ley, pero esta vez a una entidad del cual ese mismo funcionario forma parte, lucrándose así personalmente. Otra variante, y que es un delito en el ámbito público por sí solo, son los *kickbacks*, esta modalidad tiene su génesis cuando un funcionario otorga un contrato, o ya se le ha otorgado un contrato a otra persona o entidad, y conviene con dicha persona o entidad para recibir una cantidad determinada de dinero del monto de ese contrato.¹⁶

En el caso de los empleados fantasmas, son *empleados* que figuran en la nómina, aunque en realidad no hay tal empleado trabajando para la agencia; y esta última, sin embargo, le paga al *fantasma*, que, en algunos casos, se trata de personas completamente ficticias y en otros, de personas reales que simplemente no trabajan verdaderamente en el Gobierno o tiene un puesto distinto en el Gobierno y por ley no pueden figurar como empleados en otra rama del Gobierno.¹⁷ Para operar exi-

¹³ VÍCTOR GARCÍA SAN INOCENCIO, *DERECHOS HUMANOS Y CORRUPCIÓN* pág. 19 (2015).

¹⁴ José María Gimeno Feliu, *Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y de transparencia*, 9 R.I.T.I. 1, pág.2 (2019).

¹⁵ Véase, United States Department of Justice, Report to Congress on the Activities and Operations of the Public Integrity Section for 2020 27 (2020) (traducción suplida).

¹⁶ El traducido al español literalmente significaría pateado para atrás, es decir, concesión a cambio de una porción.

¹⁷ Ghirardotti, M. y Milner, J. Pagos a empleados fantasma, *Kreston CSM*, 2013. pp. 36-37.

tosamente un esquema de empleado fantasma, deben ocurrir cuatro circunstancias: (a) incorporar al *fantasma* en la nómina de pagos; (b) mantener actualizados los registros sobre horarios y salarios del fantasma; (c) que la empresa gire un cheque o deposite el respectivo pago, y (d) que el pago sea direccionado hacia el perpetrador o un colaborador.¹⁸

El efecto en la sociedad que tienen estas modalidades de corrupción es el defalco de las agencias públicas en términos de sus fondos, que son desviados hacia bolsillos privados donde, en la mayoría de los casos, esos fondos nunca son recuperados ni siquiera por restituciones luego de una convicción. Aún más lamentable, en Puerto Rico, no existen estadísticas de esta índole ni de actos de corrupción en la isla, más allá de estudios de percepción, ni de los fondos que se pierden al año en corrupción y cuáles de estos son debidamente restituidos. Para levantar la data y finalmente tener estadísticas confiables acerca de este fenómeno, debemos tener a la mano toda la información necesaria, y como veremos más adelante, esa es una tarea muy complicada en Puerto Rico, debido a la adolescencia del debido acceso a la información y la desorganización del Gobierno con su propia data empírica.

III- CORRUPCIÓN EN PUERTO RICO: CONVICCIONES FEDERALES

A nivel federal, en Puerto Rico, 375 funcionarios federales, funcionarios locales y ciudadanos privados fueron convictos de alguna modalidad de corrupción pública. Los ciudadanos privados que se incluyen en esta estadística son aquellos que son convictos por un esquema ejecutado junto a un funcionario público o funcionario electo. A pesar de ser ciudadanos privados y no funcionarios públicos, son coautores en un esquema de corrupción pública si, junto con algún funcionario público, se apropiaron de fondos estatales o federales. Con esta estadística, entre los estados, territorios y Washington D.C., Puerto Rico ocupa el décimo lugar con más personas convictas por corrupción pública a nivel federal.¹⁹ De hecho, Puerto Rico tuvo la segunda tasa más alta de corrupción por cada 100,000 habitantes (1.01), solo superado por Washington D.C. (4.52). Un dato más alarmante aún es que, entre el 2018 y el 2019, en Puerto Rico, hubo cincuenta y tres convicciones federales, mientras que Washington D.C. obtuvo treinta y dos. Por ende, en esos últimos dos años, Puerto Rico superó a la capital estadounidense, notoria por su problema de corrupción. Cabe destacar que estas cifras responden únicamente a las convicciones, es decir, a

¹⁸ *Empleados “fantasma” o el fraude de las nóminas*, CONFIRMA SISTEMAS (26 de enero de 2016), <https://www.confirmasistemas.es/es/contenidos/canal-estrategia/empleados-fantasma-o-el-fraude-de-las-nominas#:~:text=%E2%80%9CEmpleado%20fantasma%E2%80%9D%20se%20refiere%20a,personas%20reales%20cuya%20identidad%20est%C3%A1>.

¹⁹ UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, REPORT TO CONGRESS ON THE ACTIVITIES AND OPERATIONS OF THE PUBLIC INTEGRITY SECTION FOR 2020 27 (2020) (traducción suplida).

las sentencias por el delito de corrupción pública advenidas finales y firmes dentro de esos periodos de tiempo. Se excluyen de estas cifras las personas que fueron acusadas de corrupción pública sin haber sido convictas o personas acusadas cuyos juicios aún no culminan.²⁰

Cabe resaltar, que las mencionadas convicciones fueron productos de investigaciones del Federal Bureau of Investigation (FBI). Por nuestra relación como territorio no incorporado de Estados Unidos, el Departamento de Justicia y el FBI tienen jurisdicción en delitos de corrupción recogidos en el Título 18 del US Code.²¹ Tales delitos son la extorsión,²² el fraude o malversación,²³ el conflicto de interés,²⁴ tener interés económico en el proceso en el que evalúa o interviene,²⁵ y en leyes *Anti-kickbacks*²⁶ y, también, la malversación por parte de oficiales gubernamentales.²⁷ La División de San Juan del FBI ha estado en funcionamiento continuo desde noviembre de 1939. El FBI ha realizado investigaciones en Puerto Rico a lo largo de su historia; ya existía allí una oficina de campo desde la Primera Guerra Mundial, y fue abierta nuevamente a fines de la década de 1930. Sin embargo, con el inicio de la Segunda Guerra Mundial en Europa, la Oficina se dio cuenta que necesitaba una oficina permanente en Puerto Rico.²⁸ Dicha oficina continúa estando más presente que nunca en la isla. Las agencias locales están en constante comunicación con las agencias federales mencionadas y, específicamente, trabajan en algunas ocasiones mano a mano con el FBI. Como umbral para el enjuiciamiento de la corrupción pública local y estatal, el Gobierno federal debe demostrar que tiene jurisdicción estableciendo que un actor es un *agente* de una de las siguientes entidades: (a) una organización; (b) un gobierno tribal estatal, local o indígena, o (c) una agencia de este. Como agente, el actor también debe estar autorizado para actuar en nombre de la persona o la entidad.²⁹ El Congreso hizo una distinción clara y categórica entre agente de una *agencia* y un agente de un *gobierno estatal*.

El Departamento de Justicia federal, en la sección de Integridad Pública, somete anualmente un informe que desmenuza todas las convicciones que se han llevado a cabo federalmente en todos los estados y territorios de la nación.³⁰ El reporte establece las fechas de sentencias, la sentencia a cumplir por el hallado culpable y subca-

²⁰ *Id.*

²¹ Crimes and Criminal Procedure Act of 1970, 18 U.S.C. § 201 (2020) (traducción suplida).

²² *Id.* § 1951(b)(2).

²³ *Id.* § 666(a)(1)(A).

²⁴ *Id.* § 295.

²⁵ *Id.* § 208(a).

²⁶ Social Security Act, 42 U.S.C. § 1320a-7b (2010).

²⁷ 18 U.S.C. § 654.

²⁸ FBI.gov, <https://www.fbi.gov/history/field-office-histories/sanjuan>

²⁹ 18 U.S.C. § 666 (a)(1).

³⁰ *Supra*, nota 19.

tegorías de cada tipo de delito. Por ejemplo, en el área de la corrupción, el informe brinda datos de cuántas convicciones se hicieron por cada modalidad de corrupción. Actualmente, en la página web del Departamento de Justicia, el público puede observar y hasta descargar reportes desde hasta cuatro décadas atrás hasta el presente. Adicional, la página web del FBI constantemente informa sobre los arrestos por cada modalidad del delito para informar a la comunidad, y a su vez fomentar la cooperación disponiendo de toda la información necesaria de manera accesible para que la comunidad se sienta cómoda delatando a autores de estos delitos. Distinto es el caso de la esfera local, como veremos más adelante, donde la data de convicciones por corrupción pública no había sido publicada hasta comienzos del 2021.

En general, el FBI ahora clasifica la corrupción pública en cuarto lugar en su lista de prioridades (detrás de ataques terroristas, protección contra operaciones de inteligencia extranjera y espionaje, y protección contra delitos tecnológicos) colocando a la corrupción pública en primer lugar en su lista de funciones de investigación criminal (por encima de los derechos civiles delitos violentos importantes). Además, el FBI ha trasladado aproximadamente a 200 agentes de las actividades relacionadas con las drogas al sector de la corrupción pública.³¹ Como podemos ver, la data sobre la corrupción pública está debidamente publicada y organizada, de manera tal, que cualquier ciudadano puede analizarla y fiscalizar los trabajos de las entidades gubernamentales pertinentes. Cabe destacar además, que las leyes federales son mucho más liberales en términos de los extremos a los que pueden llegar los agentes en el curso de las investigaciones de esta índole.

Es menester también señalar las ventajas que tiene el FBI, como agencia de los Estados Unidos, pudiendo realizar una investigación más profunda y, por ende, tener mayor posibilidad de arrestos *vis a vis* la esfera local. Esas libertades son el resultado tanto del texto de la Constitución de Estados Unidos y de leyes federales. A diferencia de la Constitución de Estados Unidos, la sección 10 del art. II de nuestra Constitución dispone que “no se interceptará la comunicación telefónica”.³² El derecho de una persona a que no se le intercepten sus comunicaciones telefónicas es parte esencial del derecho a la intimidad, lo cual es un ejemplo de la llamada *factura más ancha* que ancla nuestra Constitución y que constituye un ámbito exento de impedir o limitar la intervención de terceros —sean particulares o poderes públicos.³³ A pesar de esta prohibición, cuando para un delito se invoca la jurisdicción federal, el FBI podrá utilizar mecanismos aunque estos estén prohibidos bajo las norma estatales.

³¹ Anthony A. Joseph, *Public Corruption: The Government's Expansive View in Pursuit of Local and State Officials*, 38 CUMB L. REV. 567, 568 (2008) (traducción suplida).

³² CONST. PR art. II, § 10.

³³ Véase, *Castro Cotto v. Tiendas Pitusa, Inc.*, 159 D.P.R. 650 (2003).

IV. ¿CÓDIGO...ANTICORRUPCIÓN?

Trasladándonos a la esfera local, es imprescindible el análisis de legislaciones recientes promulgadas con el fin de luchar contra la corrupción. Para entender los problemas que tiene nuestro Gobierno a la hora de lidiar con la corrupción, antes de ver la data local existente sobre este fenómeno, tenemos que analizar un estatuto indispensable en el análisis de la corrupción: nuestro *Código Anticorrupción*.³⁴ Este estatuto fue la respuesta del Gobierno ante la ineficiencia de legislaciones anteriores, que tenían como objetivo disminuir la corrupción, pero no fueron eficaces. El gobernador renunciante, Ricardo Roselló Nevares, firmo la medida en el 2018, siendo la segunda firma a un proyecto de ley de su termino. Fue promulgada con una seria afirmación de que su propósito era recoger en un mismo ordenamiento la política pública del Gobierno en contra de la corrupción, que se encontraba dispersa en múltiples leyes especiales. Los legisladores sostuvieron que la medida ayudaría a evitar lagunas y facilitaría el acceso y el entendimiento de las normas aplicables.³⁵

Sin lugar a dudas, el estatuto añade a nuestras normas jurídicas protecciones contra represalias y garantías a los *whistleblowers*,³⁶ especialmente en el ámbito laboral cuando un empleado presta declaraciones sobre un funcionario y su conducta ilícita. La legislación provee para que el *whistleblower* que fue sancionado por declarar, tenga una acción civil de daños y perjuicios contra el protagonista de la represalia. La prohibición de represalia que declara el artículo 4.2 tiene tres vertientes: a) Ninguna persona podrá tomar represalias contra otra persona por el hecho de que esta provea información, coopere o funja como testigo; (b) porque este ofrezca o intente ofrecer verbalmente o por escrito cualquier testimonio, expresión o información sobre alegados actos impropios o ilegales en el uso de propiedad y fondos públicos o actos constitutivos de corrupción ante cualquier funcionario o ente; (c) o porque la persona que declare intente ejercer su derecho de asesorarse legalmente, ofrecer declaraciones ante cualquier ente o rehusarse a acatar mandatos que al realizarse infringirían la ley.³⁷

Por otro lado, *el Código de ética para contratistas, suplidores, y solicitantes de incentivos económicos del Gobierno de Puerto Rico*,³⁸ del mencionado código, fue una buena iniciativa, excepto que verdaderamente no consolidó en un solo documento las normas que los contratistas con el Gobierno deben seguir para evitar

³⁴ Código Anticorrupción para el Nuevo Puerto Rico, Ley Núm. 2-2018, según enmendada, 3 LPRA § 1884a (2018).

³⁵ Exposición de motivos, Código anticorrupción para el nuevo Puerto Rico, Ley Núm. 2 de 4 de enero de 2018, 2018 LPR 2.

³⁶ Persona que delata sobre un delito o conducta ilícita a las autoridades correspondientes.

³⁷ 3 LPRA § 1884a (2018) (énfasis suplido).

³⁸ 3 L.P.R.A. § 1883

la conducta ilícita y la corrupción en el otorgamiento de contratos. Siguen vigentes leyes que regulan aspectos del mismo tema, como lo son la Ley Núm. 8-2017,³⁹ conocida como la *Ley para la administración y transformación de los recursos humanos en el Gobierno de Puerto Rico*; la Ley Núm. 237-2004,⁴⁰ conocida como la *Ley para establecer parámetros uniformes en los procesos de contratación de servicios profesionales y consultivos para las agencias y entidades gubernamentales del ELA*; y la Orden Ejecutiva 2021-029. Sin mencionar, que cada Departamento y cada rama del Gobierno, incluyendo la Rama Judicial, tiene sus reglamentos sobre la contratación y los servicios profesionales, que varían entre sí. Todas regulan un mismo ámbito, pero cada una añade o deja fuera normas y contienen sus propias excepciones.

El problema es que no se consolidó nada y tenemos múltiples estatutos que regulan las licitaciones y subastas, por ejemplo. Es importante destacar que estas normas anticorrupción se dividen entre Ramas del Gobierno que, de manera separada, regulan la contratación en cuanto a servicios profesionales versus la contratación como empleados. Esto no solo crea una confusión interagencial, sino que también es casi imposible que un ciudadano lego pueda fiscalizar o monitorear lo que sucede en el Gobierno sobre las contrataciones. Debemos recordar que, para un lego, las leyes y las normas en general no son tan fáciles de entender y cuando tenemos sobre una docena de leyes regulando lo mismo, aunque con ciertas normas distintas, le impedimos el real acceso a la información a la ciudadanía y, a la vez, creamos un estado de excepción repleto de lagunas estatutarias.

Dos títulos de esta ley muy pertinentes a esta discusión son la creación del Grupo Interagencial Anticorrupción y el Registro de Personas Convictas por Corrupción Pública. ¿Cuáles han sido sus hazañas y logros? La información disponible es prácticamente inexistente. Si comparamos la jurisdicción federal con la local, no cabe duda de que una de las prioridades más grandes que tiene el Departamento de Justicia federal y el FBI es atajar la corrupción pública por medio de fondos asignados para el fortalecimiento de las divisiones pertinentes y la investigación continua, tanto para acusar a los delincuentes como para prevenir el acto. Un destacado problema que tenemos en la jurisdicción local es fácilmente percibido en el *Código Anticorrupción*. Esta ley no confiere ningún tipo de urgencia, ni ordena ninguna agencia o instrumentalidad del Gobierno a establecer un plan que abarque todas las áreas pertinentes, de manera que desde su promulgación no ha causado ningún cambio de la forma en que se atiende el fenómeno de la corrupción. No hay ninguna sección o artículo de esta ley que establezca un plan para prevenir la corrupción más allá de la prohibición de represalias por declaraciones. No provee para la creación de

³⁹ Ley para la administración y transformación de los recursos humanos en el Gobierno de Puerto Rico, Ley Núm. 8-2017, según enmendada, 3 LPR § 1469 (2017).

⁴⁰ 3 LPR § 8611 et. seq.

estadísticas sobre las acusaciones y/o convicciones de esta índole. Es un Código Anticorrupción bueno para un país cuyo problema principal no es la corrupción. Para un país como Puerto Rico esta es una ley débil, que en cuatro años no ha generado el sentido de urgencia necesario por parte del Gobierno sobre este fenómeno. Una ley que se queda corta ante el problema interminable que abunda en la isla.

Por otro lado, se dispuso en este estatuto la creación del Registro de Personas Convictas por Corrupción y se explica que, inevitablemente, habrá ciudadanos privados en esta lista, ya que la mayoría de los delitos que constituyen corrupción pública son crímenes organizados donde, como mencionamos anteriormente, los autores son ciudadanos que no son funcionarios ni políticos. Se dispone que el registro contendrá el nombre completo del convicto y los detalles de su sentencia.

Sobre la responsabilidad de este registro a manos del Secretario de Justicia, el artículo 6 de esta ley dispone lo siguiente:

El secretario del Departamento de Justicia de Puerto Rico será el custodio de la información contenida en el Registro de Personas Convictas por Corrupción y tendrá la responsabilidad de conservar y mantener actualizada la información contenida en el Registro de Personas Convictas por Corrupción. Además, el Departamento deberá procurar que la información del registro esté disponible electrónicamente para ser examinada por las agencias gubernamentales y por el público. Mientras ello no se logre, el Departamento divulgará la información a las personas designadas en todas las agencias y municipios del Gobierno de Puerto Rico.⁴¹

La ley nos enumera los delitos que serán catalogados como delitos de corrupción pública, para propósitos de ser añadidos en este registro. En primer lugar, los artículos 3.7 y 4.4 de este Código que son violar las obligaciones y responsabilidades éticas establecidas en el ahora derogado *Código de Ética para contratistas, suplidores, y solicitantes de incentivos económicos del Gobierno*, mencionado anteriormente, y toda persona que suministrare información verbalmente o por escrito, u ofreciere cualquier testimonio sobre actos impropios o ilegales que por su naturaleza constituyen actos de corrupción y lo haga falsamente o de manera difamatoria.⁴² Segundo, los artículos 250 al 266 de la Ley Núm. 146-2012, conocida como *Código Penal de Puerto Rico* o delitos análogos en leyes. Estos artículos proscriben: el enriquecimiento ilícito y el injustificado,⁴³ el aprovechamiento ilícito de trabajos o servicios públicos,⁴⁴ la negociación incompatible con el ejercicio del cargo público,⁴⁵

⁴¹ 3 L.P.R.A. § 1886d.

⁴² 3 L.P.R.A. § 1886(a).

⁴³ Cód. Pen. PR art. 250-51, 33 L.P.R.A. § 5341-42 (2012).

⁴⁴ *Id.* § 5343.

la intervención indebida en las operaciones gubernamentales,⁴⁶ la usurpación de cargo público,⁴⁷ la retención y la alteración/mutilación de propiedad,⁴⁸ certificaciones falsas,⁴⁹ soborno,⁵⁰ oferta de soborno,⁵¹ influencia indebida,⁵² incumplimiento y/o negligencia en el cumplimiento del deber,⁵³ malversación de fondos públicos,⁵⁴ posesión y uso ilegal de información, recibos y comprobantes de pago de contribuciones⁵⁵ y, por último, compra y venta ilegal de bienes en pago de contribuciones.⁵⁶ Nótese que todos estos delitos son delitos contra la función pública, en ningún lugar se establece que el registro contendrá autores de delitos de apropiación ilegal u otros delitos privados.

Finalmente, establece que se incluirán los delitos enumerados en la sección 6.8 de la Ley Núm. 8-2017, y cuando el delito se haya cometido en el ejercicio de una función pública o cuando hayan estado envueltos fondos o bienes públicos.⁵⁷ Interesantemente, el artículo 6.8 nos hace una salvedad para aclarar que el registro que se dispone en este estatuto operará como sucesor y continuación del registro dispuesto en la Ley Núm. 119-1997.⁵⁸ Cualquier referencia al registro de la Ley Núm. 119-1997, debe entenderse enmendada para referirse al presente registro. No se puede hacer una continuación de algo que nunca existió por negligencia y poca priorización sobre este tema. A continuación veremos el largo trayecto del intento fallido de crear un registro de convicciones por corrupción pública. Más de dos décadas pasaron donde el país no podía saber a ciencia cierta quienes habían sido convictos por este delito. Esto es inaceptable y no ha sido un tumulto masivo ya que, lamentablemente, las personas están acostumbradas al carecimiento de estadísticas en el país, como también fuentes del Gobierno que contengan data confiable.

⁴⁵ *Id.* § 5344.

⁴⁶ *Id.* § 5345.

⁴⁷ *Id.* § 5346.

⁴⁸ *Id.* §§ 5347-48.

⁴⁹ *Id.* § 5349.

⁵⁰ *Id.* § 5350.

⁵¹ *Id.* § 5351.

⁵² *Id.* § 5352.

⁵³ *Id.* §§ 5353-54.

⁵⁴ *Id.* § 5355.

⁵⁵ *Id.* § 5356.

⁵⁶ *Id.* § 5357.

⁵⁷ 3 L.P.R.A. § 1886(a).

⁵⁸ Código Anticorrupción para el Nuevo Puerto Rico, Ley Núm. 2-2018, según enmendada, 3 LPRA § 1886g (2018).

V. HISTORIA DEL REGISTRO DE CONVICCIONES POR CORRUPCIÓN PÚBLICA

En el 1997 se creó la Ley Núm. 119, mejor conocida como *La ley para crear un registro de convicciones por corrupción pública local adscrito al Departamento de Justicia*.⁵⁹ Inicialmente, el Registro estaba adscrito a la Policía de Puerto Rico, sin embargo, mediante la aprobación de la Ley Núm. 141-2016, el Registro fue transferido al Departamento de Justicia.⁶⁰ Dicho registro nunca se realizó y posteriormente dicha ley fue derogada. Dos décadas más tarde, en el 2018, el nuevo *Código Anticorrupción* dispuso para la creación del mismo registro y tampoco se creó. Más adelante en el 2020, el Departamento de Justicia en su informe de logros de 2019-2020 celebraba la creación de un registro como el antes mencionado y hasta anunciaban que habían recibido más de 12,000 solicitudes de acceso al registro, sin embargo, no había rastro de ese registro.⁶¹ A principios del 2021 la organización sin fines de lucro, Sembrando Sentido,⁶² con la asistencia legal de la Clínica para el Acceso a la Información de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana, emplazó al Departamento de Justicia y su Secretario para que hiciera público el registro.⁶³

Ante este emplazamiento, algunas semanas más tarde, el Departamento de Justicia publicó en marzo de 2021 un registro que solo contenía diecinueve perfiles de convicciones por corrupción pública y aseguró, antes cuestionamientos de la prensa, que conocían de aproximadamente ochenta otros perfiles que todavía “no habían podido” añadir al registro y argumentaban que el registro continuaba en proceso. El registro se supone que dataría del 2000 hasta el 2020, pero la primera convicción en dicho documento databa para el 2006. Dicho registro comenzó con tan solo diecinueve perfiles que se desglosaban de la siguiente manera: de 2000 a 2005 no había ninguna convicción, de 2006 a 2010 habían seis, de 2011 a 2015 habían dos y de 2016 al 2020 contaban con dieciséis. De estas personas solo ocho recibieron el castigo de reclusión como parte de su sentencia, el resto recibió probatoria y ninguno de los implicados eran funcionarios públicos electos o jefes de agencia.⁶⁴ Cabe destacar que el registro era una mera tabla, sin organización por fecha u orden alfabético.

⁵⁹ Véase Arts. 2, 6, Ley Núm. 119-1997, 3 LPRA §§ 1521-1527 (2019) (derogada por Ley Núm. 2-2018).

⁶⁰ Véase Arts. 1, 3, Ley Núm. 141-2016, 3 LPRA §§ 1521-1527 (2019) (derogada por Ley Núm. 2-2018).

⁶¹ Departamento de Justicia, (2020).

⁶² Sembrando Sentido es una organización sin fines de lucro que se dedica a fomentar y exigir la transparencia gubernamental. Así mismo, fiscalizan todas las agencias e instrumentalidades del Gobierno para analizar sus prácticas de compra, contratación pública y sus métodos de acceso a la información.

⁶³ Demanda presentada el 21 de marzo de 2021, Civil Núm., SJ2021CV01312.

⁶⁴ Análisis extraído de la tabla de registro de convicciones por corrupción publicadas el marzo de 2021 por el Departamento de Justicia.

Vergonzoso por demás, luego de veinticuatro años, el Gobierno no tenía un número a ciencia cierta de las personas que habían sido convictas por corrupción en un país donde casi todos los días se reportan investigaciones de esa índole. El emplazamiento de una demanda fue el motivo para que el Departamento, cuyo fin es buscar la justicia, decidiera actuar y poner en marcha un registro para que tanto el Departamento como la ciudadanía tuviera acceso a esa información, se tuvieran registrados todos los convictos por esa naturaleza y se adelantaran los propósitos de las leyes antes mencionadas. Según se desprende de la contestación a las comunicaciones previo a la demandada, el Departamento de Justicia sostuvo que si había un registro pero que solo era compartido de manera interagencial y no era público.⁶⁵

Ante aquella desastrosa tabla, la organización Sembrando Sentido advirtió a la prensa que el hecho de que el Departamento de Justicia no tuviera un registro y, a su vez, no tengan identificadas esas convicciones, podría incidir en las certificaciones negativas por este tipo de convicción. Es decir, que si el Departamento de Justicia no tiene estas convicciones registradas, una persona podría solicitar un certificado de convicciones previas y puede resultar negativo, aunque haya sido convicto de corrupción localmente. Así mismo, en nuestro ordenamiento jurídico, como antes mencionado, se prohíbe la contratación o el establecimiento de negocios, por parte del Gobierno con individuos o funcionarios que hayan sido convictos por corrupción pública. Adicional, estos convictos no podrán correr por un puesto electivo en las elecciones.⁶⁶ Sin embargo, si no hay un récord confiable, ¿realmente estaremos cumpliendo con esas normas? Algunos meses más tarde, el Departamento de Justicia publicó vía web un registro de personas convictas por corrupción, conteniendo más de 3,000 perfiles, pero ahora el problema era otro.⁶⁷

La desorganización mostrada por parte del Departamento de Justicia cobra mayor relevancia cuando analizamos el artículo 6.6:

Las personas convictas estarán sujetas al Registro aquí dispuesto por el mismo término que se dispone en la Sección 6.8 de la Ley 8-2017, según enmendada, conocida como “Ley para la Administración y Transformación de los Recursos Humanos en el Gobierno de Puerto Rico”, y hasta tanto sean habilitadas de conformidad a dicha Sección. Una vez el Director de la Oficina de Administración y Transformación de los Recursos Humanos del Gobierno de Puerto Rico corrobore que la persona convicta ha sido habilitada y así se le acredite al Secretario del Departamento de Justicia, éste último tendrá la obligación de eliminar

⁶⁵ Véase, demanda SEMBRANDO SENTIDO, INC. Recurrente v. DEPARTAMENTO DE JUSTICIA Recurrída Civil Núm., SJ2021CV01312.

⁶⁶ Cod. Elect. PR art. 12.19, 16 L.P.R.A. § 4819 (2020).

⁶⁷ *Registro de personas convictas por corrupción*, DEPARTAMENTO DE JUSTICIA, <https://rpcc.pr.gov/>, (última visita abril 2022).

del Registro de Personas Convictas por Corrupción toda la información concerniente a la convicción particular. Será responsabilidad de las agencias y municipios del Gobierno de Puerto Rico verificar, a través del Departamento de Justicia, si las personas convictas por corrupción han sido habilitadas, y en consecuencia eliminadas del Registro de Personas Convictas por Corrupción, previo al ingreso del aspirante o reingreso del habilitado al servicio público.⁶⁸

El Estado le brinda la oportunidad a todo convicto por alguna modalidad de corrupción, no solo a que se reinserte en la sociedad, pero también se reinserte en el servicio público. Para ello, la Ley Num. 8-2017, mejor conocida como la *Ley para la administración y transformación de los recursos humanos en el Gobierno de Puerto Rico*,⁶⁹ tiene unos índices que regulan cuando el convicto, depende del delito cometido, puede reinsertarse en el servicio público y ser contratado, lo cual llaman la *habilitación*.⁷⁰ Para algunos delitos el tiempo que debe transcurrir antes de que el convicto pueda solicitar esa habilitación es de veinte años, y para otros es de ocho años. La sección 6.6 del *Código Anticorrupción*, establece que las instrumentalidades del Gobierno deberán referirse al Departamento de Justicia para cotejar que las personas hayan sido verdaderamente habilitadas y una vez habilitadas, deben ser eliminadas del registro.⁷¹ El problema con esto es que si se van a basar en el registro para determinar quién puede trabajar o contratar con el Gobierno, no van a tener la información completa. El enfoque que se le ha brindado al registro ha sido pésimo y no refleja la realidad. Otro problema es que estas personas que fueron convictas están teniendo una segunda o tercera oportunidad en un Gobierno lacerado donde, a mi juicio, no deben existir segundas oportunidades, especialmente en un país donde la gente desconfía tanto de sus gobernantes y funcionarios.

VI. LAS CARAS DE LA CORRUPCIÓN

Al entrar al registro de convictos por corrupción pública, lo primero que una persona sensata puede notar, según las imágenes y la información de los perfiles, es que la mayoría de las personas allí expuestas son personas que no ostentaban ningún puesto en el Gobierno. En su mayoría son hombres adultos de entre treinta y cinco a cincuenta y cinco años registrados por el delito de apropiación ilegal agravada bajo el antiguo Código Penal de Puerto Rico del 2004, que proscribía el delito de

⁶⁸ 3 L.P.R.A. § 1886e.

⁶⁹ Ley para la administración y transformación de los recursos humanos en el Gobierno de Puerto Rico, Ley Núm. 8-2017, según enmendada, 3 L.P.R.A. §1472 (2017).

⁷⁰ 3 L.P.R.A. § 1472h

⁷¹ 3 L.P.R.A. § 1886e

apropiación ilegal descrito en el artículo 193, si se apropiaba de propiedad o fondos públicos, o de bienes, cuyo valor era de 1,000 dólares o más. Si el valor del bien apropiado ilegalmente era menor de 1,000 dólares, pero mayor de 500 dólares, incurría en delito grave de cuarto grado.⁷²

Este es el típico delito por el cual acusan ciudadanos por apropiarse de fondos que no les correspondían. Por solo una cuantía de 1,000 dólares apropiados, se cumplen los requisitos para la pena de delito de apropiación ilegal agravada. A pesar de que robar es robar, y apropiarse ilegalmente de fondos públicos ascendentes a 1,000 dólares es igualmente inaceptable, es aún más inaceptable que el registro se componga casi totalmente de este tipo de delitos y que omita decenas de convictos de cuello blanco y funcionarios políticos electos que han cometido actos, y han sido convictos, por cuantías de cinco y seis cifras. Hay que recordar que el delito de apropiación ilegal no es necesariamente de naturaleza pública, por eso el cuestionamiento aquí se basa en la inconsistencia de muchos perfiles que habitan en el registro actualmente que no parecen cumplir con los delitos constitutivos de corrupción pública y, claro, el Departamento de Justicia ha continuado silente sobre estos reclamos tras varios intentos de comunicación referente a este tópico.

Sabemos que ciudadanos privados pueden ser coautores de esquemas de corrupción junto con algún funcionario de alguna instrumentalidad del Gobierno. Sabemos también, que la apropiación de fondos públicos como, por ejemplo, recibir la ayuda del Programa de Asistencia Nutricional (PAN) sin verdaderamente cualificar, trabajar *por debajo de la mesa* mientras se recibe dinero del seguro social por razón de incapacidad y otros tipos de fraude para la apropiación de fondos públicos que no les corresponden, no es un tema ajeno al conocimiento público. Los casos más recientes, por ejemplo, comenzaron con la ayuda del *Pandemic Unemployment Assistance* (PUA) durante la pandemia, donde ciudadanos privados cobraban a base de falsa información brindada, o peor, los casos donde robaban la identidad de beneficiarios de buena fe de dicho programa de asistencia. Sin embargo, el caso más común de ciudadanos privados involucrados en esquemas de corrupción son los que se realizan a través de personas jurídicas o mediante ciudadanos con algún interés propietario en alguna compañía. Históricamente, han sido ciudadanos de clase media-alta y clase alta que, mediante esquemas de fraude en la contratación pública, benefician a familiares y a compañías de fondos públicos en cantidades exorbitantes.

El registro no solo está incompleto, presenta a los mayores autores de la corrupción pública que arruinan al país anualmente, como si fueran los ciudadanos regulares. Los que en algún momento de necesidad o mal discernimiento se apropiaron de fondos públicos que no les pertenecían. Incluso, los que cometieron delitos constitutivos de corrupción privada y no pública. Esto solo crea el efecto de que una parte

⁷² CÓD. PEN. PR art. 193, 33 LPRA § 4733 (derogado 2012).

de la sociedad se torne contra la otra y se omita culpar a los verdaderos responsables del desastre económico del país. Las carencias de este registro crean falsa concepción y un prejuicio en contra de personas que, aunque erraron, no son los corruptos habituales que rondan el mundo de la corrupción pública. No son los culpables del desastre económico y fiscal de la isla, y, ciertamente, no son los mayores autores de la corrupción pública del país. El diseño de este registro y su información errónea, con o sin propósitos ulteriores, desvía la atención de los responsables de la corrupción pública y condena la pobreza sistémica mientras ignoran el robo habitual de una parte alta de la sociedad.

VII. RENDICIÓN DE CUENTAS Y CORRUPCIÓN: ANALIZANDO LA INFORMACIÓN DISPONIBLE EN PUERTO RICO PARA FISCALIZAR A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

El derecho a conocer e inspeccionar documentos públicos fue inicialmente reconocido hace más de un siglo por el artículo 47 de la *Ley de evidencia* de 9 de marzo de 1905, que establece que todo ciudadano tenía el derecho a inspeccionar y sacar copia de cualquier documento público de Puerto Rico, salvo que una ley expresara lo contrario.⁷³ Más adelante, en *Soto v. Secretario de Justicia*, el Tribunal Supremo aclaró que el derecho de acceso y a recopilar información, al igual que otros derechos de orden constitucional, no puede ser absoluto y, por ende, la legislatura puede crear leyes para sustraer del escrutinio público determinados documentos e informes.⁷⁴ En *Ortiz v. Directora Administrativa de los Tribunales*, el Tribunal aclaró las instancias donde el Gobierno puede reclamar el secretismo de información pública:

(a) Una ley (o un reglamento) así específicamente lo declara; (b) La comunicación está protegida; (b) por alguno de los privilegios evidenciarios que pueden invocar los ciudadanos; (c) revelar la información puede lesionar derechos fundamentales de terceros; (d) se trate de la identidad de un confidente conforme a la Regla 32 de Evidencia (Casos penales).⁷⁵

El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha implementado el escrutinio estricto cuando el Gobierno invoca una ley o un reglamento como fundamento para negar al ciudadano el acceso a información pública, la regulación debe satisfacer un escrutinio judicial estricto. En concreto, deben cumplirse los siguientes requisitos: (i) que el ejercicio regulatorio esté dentro del poder constitucional del Gobierno;

⁷³ El Artículo 47 de la Ley de Evidencia de 1905 pasó a ser el Artículo 409 del Código de Enjuiciamiento Civil de 1933, 32 L.P.R.A. § 1781, el cual continúa vigente actualmente.

⁷⁴ *Soto v. Secretario de Justicia*, 112 DPR 477 (1982).

⁷⁵ *Ortiz v. Directora Administrativa de los Tribunales*, 152 DPR 161, 177 (2000).

(ii) que este propulse un interés gubernamental apremiante; (iii) que tal interés no esté directamente relacionado con la supresión de la libertad de expresión, y (iv) que la restricción a la libertad de expresión no sea mayor de lo necesario para propulsar dicho interés.⁷⁶ Como hemos visto, la regla general es que la información en posesión del Estado es pública y debe estar accesible a la ciudadanía en general. Así mismo, documentos relacionados a fondos públicos deben también estar accesibles, dado a que es el dinero producto de los impuestos y aportaciones de cada ciudadano.

La Ley Núm. 141-2019, conocida como la *Ley de transparencia y procedimiento expedito para el acceso a la información pública*, establece que la información y documentación que produce el Gobierno en sus estudios, transacciones y en el ejercicio de la autoridad, de manera directa o delegada, son patrimonio y memoria del pueblo de Puerto Rico, se presume pública y debe estar accesible tanto para la ciudadanía como para la prensa. Más adelante expresa también que la entidad gubernamental tiene el deber de divulgar en su página electrónica oficial, “de forma periódica, proactiva y actualizada”, la información sobre su funcionamiento, la ejecución y control de las funciones delegadas, así como toda documentación pública que sea realizada por la entidad de forma rutinaria.⁷⁷

Toby Mendel, director del *Center for Law and Democracy* de la UNESCO, realizó una investigación donde evaluó la antes mencionada Ley Núm. 141-2019 y la Ley Núm. 122-2019⁷⁸ contra otras leyes de acceso a la información promulgadas en 128 países del mundo.⁷⁹ A las mencionadas leyes se les otorgó una puntuación de setenta y tres de 150 posibles puntos. Esta baja puntuación responde a las ambigüedades que recaen sobre estos estatutos que, en la práctica, continúan limitando el acceso a la información en vez de expandir el acceso. Los indicadores de la comparativa fueron los siguientes: derecho de acceso, alcance, procedimientos de solicitudes, excepciones y denegaciones, apelaciones, sanciones y protecciones y, finalmente, medidas de promoción. La peor puntuación para una categoría fue en las excepciones y denegaciones con siete puntos obtenido de un máximo de treinta, seguido por apelaciones que obtuvo una puntuación de nueve de un máximo de treinta. Finalmente, la tercera peor puntuación fue en la categoría de medidas de promoción con un cinco de dieciséis puntos máximos. Estas cifras sitúan el marco legal de Puerto Rico para el derecho a la información en el lugar número ochenta y

⁷⁶ *Supra*, nota 72 en las págs. 493, 494.

⁷⁷ Ley de transparencia y procedimiento expedito para el acceso a la información pública, Ley Núm. 141-2019, 3 LPRA § 9911 (2019).

⁷⁸ Ley de datos abiertos del Gobierno de Puerto Rico, Ley Núm. 122-2019, 3 LPRA § 9891 (2019).

⁷⁹ TOBY MENDEL, PUERTO RICO: ANÁLISIS DE LAS LEYES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y DATOS ABIERTOS (2020).

siete entre los 128 países cuyas leyes nacionales se han evaluado en el RTI Rating, es decir, en el tercio inferior de todos los países.⁸⁰

Ambas leyes contienen excepciones sumergidas en una vaguedad donde la interpretación de la agencia y la discreción para otorgar el acceso prevalecerán sobre la intención postulada en la exposición de motivos de estos estatutos. Por ejemplo, la *Ley de datos abiertos*, contiene doce excepciones, entre las cuales se encuentran las siguientes: toda información y/o documentación que sea clasificada como de seguridad nacional y la que prohíbe el acceso a información que si fuera divulgada podría invadir la privacidad de un tercero.⁸¹ ¿Cuáles son los documentos de seguridad nacional? ¿Cómo se determinan cuáles violan la privacidad de un tercero? Todas estas excepciones son tan ambiguas, que obligan al público a instar acción para que los tribunales tengan que interpretar estas disposiciones, lo cual le quita méritos a la razón por la cual se promulgaron estas leyes, que fue el acceso expedito de la información.

Así mismo, el estudio critica disposiciones contempladas en artículos de estas leyes, donde el ánimo de permitir el acceso a la información es puro texto:

La Ley de Transparencia sí dispone, en el Artículo 12, que en caso de conflicto entre sus disposiciones y cualquier otra legislación, prevalecerán las reglas que resulten más favorables al solicitante de la información. [E]ste es un enunciado raro, que no se encuentra en muchas otras leyes. Si bien parece de carácter positivo, en realidad deja la pregunta de cuáles reglas prevalecerán mayormente a la discreción de los oficiales, por lo menos en primera instancia (ya que ellos estarán encargados de decidir qué reglas son las más favorables).⁸²

El problema entrelazado entre la corrupción y la falta de mecanismos para fiscalizar correctamente las hazañas del Gobierno, como ya vimos, es la carencia de información disponible, pero también las dificultades que existen en el país para acceder a la poca información que el Gobierno genera. La sociedad no puede fiscalizar debidamente, porque no existe data confiable para poder hacerlo, pero también se encuentra limitada de obtenerla del Gobierno a pesar del derecho constitucional que garantiza acceso a la información pública. Las diversas excepciones que se han legislado a través de los años provocan una percepción borrosa de nuestro derecho constitucional y le otorgan una exagerada discreción a los altos funcionarios del Gobierno, que desemboca en la negación del acceso a información pública e indispensable.

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ 3 L.P.R.A. § 9894.

⁸² MENDEL, *supra*, nota 79.

VIII. CONCLUSIÓN

La corrupción pública en Puerto Rico es un fenómeno que cobra mayor fuerza a medida que pasa el tiempo. Para poder luchar contra esta tenemos que entender que es la corrupción y cómo se manifiesta. También, necesitamos estar claros sobre cuán grande es nuestro problema de corrupción, y para ello, necesitamos contar con data confiable que nos arroje luz sobre la magnitud del problema. Como vimos, localmente no contamos con data que nos provea un marco general de las acusaciones y convicciones que se llevan a cabo en Puerto Rico, como tampoco hay data que nos demuestre lo que el Gobierno y todas sus instrumentalidades están haciendo al respecto. El Gobierno intenta derrotar un monstruo sin las debidas armas.

En la jurisdicción federal, la cantidad de convicciones en Puerto Rico es realmente alarmante y lo sabemos porque existe la debida data que nos arroje luz sobre las acusaciones y convicciones de esta índole. No cabe duda de que la eficiencia del Departamento de Justicia federal y del FBI son en gran medida producto de las liberalidades reguladoras de sus prácticas, sin embargo, han podido establecer una prioridad clara y precisa en atacar la corrupción y han tenido éxito en la comunicación y cohesión de las agencias gubernamentales. En Puerto Rico, no tenemos que eliminar derechos para tener resultados similares a los de la esfera federal, tenemos que priorizar la lucha contra la corrupción en la lista de quehaceres de las agencias gubernamentales y las tres ramas del Gobierno en general.

Para analizar cuál ha sido y será el enfoque del Gobierno a la hora de atacar la problemática, fue menester analizar el *Código Anticorrupción* y señalar varias de sus deficiencias. Sus intenciones solo se encuentran plasmadas en la exposición de motivos, mas no en la práctica. Carece de una metodología para hacer de nuestro país uno anticorrupto, no establece un plan ni recoge, verdaderamente, en uno todas las regulaciones del Gobierno en torno a este tema. Igualmente, su registro de convicciones por corrupción estuvo veintitrés años sin hacerse, a pesar de que leyes pasadas proveían para su creación. Una vez publicado el registro, era muy pobre y continúa siendo uno con muchas deficiencias serias. Es por esto que el Código Anticorrupción necesita cambios significativos que recoja mecanismos efectivos para la lucha contra la corrupción, entre estos: una mejor elaboración del registro de convictos, una recopilación y armonización vasta de todas las normas para los contratistas en la contratación pública, la creación un sistema integral de data sobre la corrupción con fácil acceso para la ciudadanía y sobre todo, mecanismos de prevención basados en análisis de corrupción global.

Por otra parte, la sociedad está inhabilitada de acceder a data sobre corrupción pública, porque no existe y la que existe se encuentra tan protegida como la mayoría de la información gubernamental, custodiada detrás de barreras donde el derecho

al acceso de la información pública no parece tener vigencia. Todo esto hace que aumente la desconfianza que tienen los ciudadanos en su Gobierno y que no haya una debida fiscalización, especialmente sobre el tema de la corrupción. Se ha creado un estado de excepción y un país sin data, donde el propio Gobierno desconoce la intensidad de los problemas que afectan a la sociedad continuamente.

ENFRENTANDO LA CRISIS DE PROPIEDAD EN PUERTO RICO: EL USUFRUCTO COMO MEDIO PARA LA REHABILITACIÓN Y PRODUCCIÓN DEL INMUEBLE

POR: KRISTINE DROWNE*

RESUMEN

El artículo ofrece un breve recuento histórico de cómo ha evolucionado jurídicamente el concepto de propiedad como derecho en Puerto Rico, partiendo inicialmente del derecho común que emana de Estados Unidos, como el de nuestra constitución. En el pasado, el Estado Libre Asociado se vio interpelado a garantizar este derecho porque el Plan Manos a La Obra promovía mayor justicia social. Es por ello que el gobierno promulgó legislación que indició en el mercado de bienes raíces. ejemplos de este tipo de legislación fueron medidas que hicieron la propiedad más asequible, como la regulación de los precios de alquiler.

La investigación expone cómo el mercado de bienes raíces y la crisis financiera han afectado el acceso de la ciudadanía a la propiedad, lo que ha desembocado en una crisis de vivienda que coexiste con un gran número de propiedades en desuso, vacantes y abandonadas. La investigación intenta dar con una posible solución a la crisis de propiedad por medio de una utilización innovadora de la figura jurídica ya existente el usufructo. Esta figura altamente regulada por el Código Civil se puede emplear por medio de contratos que, a cambio de un

* Kristine Drowne nació en San Juan Puerto Rico, en septiembre de 1994. Cursó un bachillerato en artes con concentración en Información y Periodismo de la Universidad de Puerto Rico, de donde se graduó en 2016 con la distinción Magna Cum Laude. En el 2020 completó un Juris Doctor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. Posteriormente, comenzó a dedicarse con más seriedad a su carrera literaria, y en 2021 EDP University publicó el poemario *Salada*, su primer libro. Actualmente, cursa un máster en Medios, Comunicación y Cultura en la Universidad Autónoma de Barcelona. Sus ámbitos de investigación son: el derecho, la cultura, las políticas culturales y las imbricaciones entre la literatura y el periodismo. Publica con regularidad columnas de opinión y reseñas literarias en varios medios como *El Nuevo Día*, *Claridad*, *El Post Antillano* y *Puerto Rico Te Quiero*, *Con Sabor a Coco*. En enero del 2022 la *Revista Cruce* publicó su primer artículo académico titulado: *La Resistencia Cultural como atractivo turístico en el caso de Puerto Rico*.

precio módico de alquiler, responsabilizan al usufructuario a hacer mejoras y conservar la propiedad.

Palabras claves: *derechos reales, desarrollo económico, hipotecario, propiedad, usufructo*

ABSTRACT

The article offers a brief historical account of how the concept of property as a right has legally evolved in Puerto Rico, initially starting from the common law that emanates from the United States, such as that of our constitution. In the past, the Commonwealth was challenged to guarantee this right because the Plan Manos a la Obra promoted greater social justice. That is why the government enacted legislation that affected the real estate market. Examples of this type of legislation were measures that made property more affordable, such as the regulation of rental prices.

The research exposes how the real estate market and the financial crisis have affected citizens' access to property, which has led to a housing crisis that coexists with a large number of disused, vacant and abandoned properties. The research tries to find a possible solution to the property crisis through an innovative use of the already existing legal concept of usufruct. This figure highly regulated by the Civil Code can be used through contracts that, in exchange for a modest rental price, make the usufructuary responsible for making improvements and conserving the property.

Keywords: *property law, economic development, mortgage, property, usufruct*

Sumario: INTRODUCCIÓN DESARROLLO HISTÓRICO DEL CONCEPTO DE VIVIENDA EN PUERTO RICO LA PROPIEDAD COMO ENTE DE DESARROLLO ECONÓMICO PANORAMA ACTUAL DE LA CRISIS DE PROPIEDAD EL USUFRUCTO EN PUERTO RICO LEYES ESPECIALES LA REHABILITACIÓN ANÁLISIS Y CONCLUSIÓN

INTRODUCCIÓN

Puerto Rico lleva más de una década, desde el 2006, en una recesión económica sin precedentes.¹ Se han impulsado medidas legislativas para combatir la crisis, sin embargo, la mayoría han sido o han desembocado en más austeridad. Muy pocas

¹ Jennifer Hinojosa & Edwin Meléndez, *The Housing Crisis in Puerto Rico and the Impact of Hurricane Maria*, Centro RB2018-04 (2018), https://centropr.hunter.cuny.edu/sites/default/files/data_briefs/HousingPuertoRico.pdf

se han concentrado en el desarrollo de un plan económico para frenar el efecto que ha tenido la debacle económica. Fue en el 2008, con la crisis bancaria, que colapsó el mercado hipotecario y, por consecuencia, el de vivienda, tanto en Estados Unidos como en Puerto Rico. Los legisladores han intentado, sin éxito, crear legislación para revitalizar el panorama económico; como, por ejemplo, la llamada quiebra criolla.² No obstante, tales intentos han sido infructuosos.

Los juristas, que coinciden y son muchas veces legisladores en Puerto Rico, deben enfocarse en buscarle un uso innovador a figuras jurídicas y leyes existentes, en vez de promulgar y/o apoyar legislación que crea nuevas figuras con el fin de encontrar soluciones a problemas complejos. En nuestro ordenamiento existen figuras como el usufructo; que se han empleado poco, (se utilizó casi únicamente en su modalidad de usufructo viudal),³ pero pueden ser clave para atajar problemas existentes, como lo son el desarrollo económico y la crisis de propiedad y vivienda.

Mi propuesta con el presente trabajo es que se utilice la figura del usufructo como una herramienta para la rehabilitación y ocupación de un sinnúmero de propiedades que se encuentran vacantes, en desuso y declaradas estorbo público; su mayoría situadas en el área metropolitana, específicamente en los cascos urbanos. Por medio de usufructos o contratos de usufructos, a la propiedad se le asigna un uso, poniéndola a producir. Una de las muchas opciones es que, por medio del usufructo, ciudadanos puedan poseer viviendas o establecimientos de negocios a un precio más asequible, que, de otra manera, no hubiesen podido adquirir, ya fuera por el precio de alquiler o la inversión que se requeriría para la rehabilitación del espacio.

Primero, nos adentraremos en el marco jurídico de la propiedad y la vivienda en Puerto Rico. Luego en el panorama de la crisis de propiedad actual y, por último, cómo la propiedad se traduce a capital o desarrollo económico. Definiremos el usufructo según el Código Civil y propondremos cómo, por medio de la regulación vigente, se puede hacer más accesible la propiedad y rehabilitar en el proceso. También discutiremos la legislación preexistente sobre rehabilitación y cómo el usufructo podría estimular la economía.

² *Supremo federal falla contra la quiebra criolla (documento)*, NOTICEL (13 de junio de 2016), <https://www.noticel.com/ahora/20160613/supremo-federal-falla-contra-la-quiebra-criolla-documento/>.

³ Cód. Civ. PR art. 761, 31 LPRA § 2411 (1930) (esta disposición fue derogada con el Código Civil del 2020 y no se instituyó en él una similar. Hoy día, el usufructo viudal no forma parte de nuestro ordenamiento jurídico).

DESARROLLO HISTÓRICO DEL CONCEPTO DE VIVIENDA EN PUERTO RICO

Para fines de esta investigación utilizaremos como punto de partida el año 1952, que fue cuando se estableció el Estado Libre Asociado, para proceder con el análisis del derecho a la propiedad y el concepto de vivienda. En el 1952 se adoptó nuestra Constitución. Los artículos que hicieron alguna alusión al concepto de propiedad o de vivienda fueron el Artículo II, sección 7, que estableció el derecho fundamental al disfrute de la propiedad⁴ y el Artículo II, sección 9, que establece que “[n]o se tomará o perjudicará la propiedad privada para uso público a no ser mediante el pago de una justa compensación y de acuerdo con la forma provista por ley”.⁵

En el trabajo, *La Propiedad en Puerto Rico: Apuntes para el análisis de su contingencia y desarrollo en el Siglo XX*⁶ por la profesora de la Escuela de Derecho, Érika Fontáñez, en base a los dos artículos antes mencionados, destaca que no se hicieron pronunciamientos sobre la función social de la propiedad en la Constitución. Por lo cual, argumenta que la teoría política de Locke fue la que quedó plasmada en el documento donde nació nuestra nación, que proviene a su vez de la Constitución estadounidense.

Vemos como, si se leen esos dos artículos constitucionales por sí solos, parece ser que el derecho a la propiedad cede ante al derecho individual de la persona. Es por ello, que se especifica que hay un derecho al disfrute, y que, además, de estar ese derecho reñido con el interés social público, el Estado tiene que remunerar al individuo.

No es hasta el caso *ELA v. Rosso*,⁷ que el Tribunal Supremo argumentó que el país adoptó el pensamiento moderno, en el cual el fin debe de ser la utilidad social de la propiedad pública y privada.⁸ Que en primera instancia debe servir al interés y al bien común. En esa misma opinión, se establece la función y, en mi opinión, lo que debe ser el derecho a la propiedad:

[E]s actuar como un agente catalizador que ayude al capital al desarrollo y sirva al individuo y a las necesidades comunales sin perder su identidad como tierra o despojarse de su valor inherente. En la concepción social del valor de la tierra lo que el individuo posee no es la tierra misma sino el privilegio de dedicar esa tierra a su mejor uso según lo

⁴ CONST. PR art. II, § 3 (similar al Artículo V de la Declaración de Derechos de los Estados Unidos).

⁵ CONST. PR art. II, § 9.

⁶ Érika Fontáñez Torres, *La Propiedad en Puerto Rico: Apuntes para el análisis de su contingencia y desarrollo en el Siglo XX*, 13 FORO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO, pág. 72 (2006-2008).

⁷ *ELA v. Rosso*, 95 DPR 501, 534-535 (1967).

⁸ *Id.*

determine la sociedad. Este concepto social de la tierra aleja la idea que la tierra es un producto de comercio que se presta a la especulación y a la explotación para el beneficio privado, sujeto a las fluctuaciones caprichosas del capital.⁹

En esta opinión y con lo que se dispuso en el caso de *Rivera v. R. Cobián China & Co., Inc.*,¹⁰ que lo precede, se establece que la propiedad tiene una función social y que no es sagrada como anteriormente se pensaba. Por lo cual, a tenor con la doctrina del Tribunal Supremo, el privilegio individual queda subordinado al del interés social.¹¹

El gran desafío de esta nueva visión de lo que supone ser la propiedad, es que ya se había impregnado la idea social y política de que luego de obtener el título de propiedad, los propietarios pueden usar y disponer de ella como quieran, sin las ataduras sociales o políticas del Gobierno.¹² Se respaldó la idea de que el Gobierno debe mantener un rol minimalista; y quien tiene propiedad está menos sujeto a la coerción que el resto.¹³ Se puede inferir que, de acuerdo con esta idea, quien tiene propiedad es más libre, mientras que quienes no, tienen menos libertad o no son del todo libres.¹⁴

Sin embargo, desde *ELA v. Rosso*,¹⁵ el antiguo concepto de propiedad, como estuvo pensado en ambas constituciones, se encontró reñido con la nueva visión que promueve el que la propiedad responda y esté ligada a fines sociales. Lo conlleva hacer la pregunta de ¿cómo justificamos que no todos y solo algunos estén mejor?¹⁶ de Jeremy Waldron.¹⁷

Bajo el panorama actual del endeudamiento del Gobierno de Puerto Rico, muchos derechos adquiridos han sido eliminados o se han visto en jaque por la economía y la constante problemática del proteccionismo (que brinda más garantías y protecciones al ciudadano, lo que desemboca en menos especulación del mercado) versus, lo que supone el desarrollo económico. En Puerto Rico, para bien o para mal, nos regimos y tenemos una fuerte influencia estadounidense por la historia

⁹ *Id.* en las págs. 524-525.

¹⁰ *Rivera v. R. Cobián China & Co., Inc.*, 69 DPR 672, 678 (1949).

¹¹ *Id.*

¹² JEREMY WALDRON, *THE RIGHT TO PRIVATE PROPERTY*, 260 (1990).

¹³ Nota al calce Érika Fontánez Torres, *La Propiedad en Puerto Rico: Apuntes para el análisis de su contingencia y desarrollo en el Siglo XX*, 13 FORO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO 72, pág. 102

¹⁴ *Id.*

¹⁵ *Rosso*, 95 DPR en las págs. 534-535.

¹⁶ *Supra*, nota 13. (citando a WALDRON, *supra* nota 4*)

¹⁷ *Id.*

política colonial. Es por ello que “[e]l ordenamiento jurídico de Puerto Rico es “mixto” o híbrido. Con ello se significa aquél que es básicamente civilista, que ha estado bajo presión por el *common law* anglo-americano y que, en parte, ha sido sobrepuesto. . . .”¹⁸ Un caso donde se ve claramente esa mezcla es *Matos-Rivera v. Flav-O-Rich*.¹⁹ Así que, en medida en que el concepto de propiedad cambie en el imperio, consecuentemente cambia aquí. Somos un reflejo de lo que sucede en Estados Unidos y ellos tienen su propia crisis de vivienda, donde el capital queda en manos de unos pocos y por consecuencia el acceso a la propiedad se delimita a estos, que a su vez son los que pueden soportar las fluctuaciones del mercado.

Esta es una de las razones por la cual el Gobierno aún no ha podido conciliar el salvaguardar el derecho a la propiedad y que el mercado responda a tal interés social.

LA PROPIEDAD COMO ENTE DE DESARROLLO ECONÓMICO

Según David Velasco en el *Análisis económico de los derechos de la propiedad*,²⁰ el derecho de propiedad juega un papel fundamental en propuestas y reformas de desarrollo económico.²¹ También, el autor señala que los derechos básicos de propiedad consisten en la facultad de usar y explotar un bien; y al mismo tiempo, el impedirles a otros el uso y explotación de ese mismo bien.

Existe una correlación directa entre el poder adquisitivo y la asequibilidad a la propiedad. La propiedad en Puerto Rico, al igual que en otros países, representa un elemento fundamental en el desarrollo económico. Andrew Jiménez Cancel en su texto *La participación del derecho de propiedad en el desarrollo económico de Puerto Rico*,²² reflexiona que, “[u]n elemento fundamental que ha estado presente en distintos modelos económicos ha sido el derecho de propiedad privada”.²³ Este derecho permite que los ciudadanos busquen “prosperidad económica tanto para su beneficio particular como para el beneficio colectivo de su comunidad”.²⁴

En el pasado, considerando la importancia de la propiedad privada en el desarrollo económico, la Asamblea Legislativa creó leyes con enfoque social para tratar de nivelar la desigualdad económica y social entre sus ciudadanos, producto del

¹⁸ Pedro F. Silva-Ruiz, *Un régimen legal de cláusulas contractuales abusivas para Puerto Rico*,

4-5 ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO NOTARIAL 479, 480 (2015-2016).

¹⁹ *Matos-Rivera v. Flav-O-Rich*, 876 F. Supp. 373 (D. P. R. 1995).

²⁰ David Velasco Pérez Velasco, *Análisis económico de los derechos de la propiedad*, tomo REVISTA DERECHO Y ECONOMÍA pág. inicial (2011).

²¹ *Id.* en la pág. 2.

²² Andrew Jiménez Cancel, *La participación del derecho de propiedad en el desarrollo económico de Puerto Rico*, 42 REV. D.P. 1 (2003).

²³ *Id.* en la pág. 2.

²⁴ *Id.*

daño que causó la Gran Depresión y la Segunda Guerra Mundial. La mayoría de esta legislación social se desarrolló por medio del Plan Manos a la Obra,²⁵ impulsado durante la década del 1940 y 1950. Ejemplos de estas legislaciones fueron el del usufructo de la tierra por medio de la *Reforma agraria*²⁶ y la *Ley de alquileres razonables*.²⁷

PANORAMA ACTUAL DE LA CRISIS DE PROPIEDAD

En el caso de Puerto Rico, la necesidad y el acceso a la vivienda era y sigue siendo hoy, uno de los problemas más álgidos.²⁸ Fontánez reflexiona que “[a]un cuando el porcentaje de titularidad privada de viviendas ha aumentado, el aumento en el número de familias que necesitan vivienda y los niveles de desigualdad y pobreza que enfrentan se señalan como los factores más determinantes de esta crisis”.²⁹ Noel A. Matos Rivera en el artículo de revista jurídica, *Vivienda, propiedad y justicia*³⁰ reflexionó que la legislación actual “[r]econoce que la vivienda, por tener un valor eminentemente social, merece protecciones adicionales a las que de ordinario acompañan. . . .”³¹ A su vez, la legislatura ha adoptado piezas legislativas que buscan menoscabar los efectos de un mercado, que algunos aún creen que ‘se regula solo’. Sabiendo que no se regula solo, ni de manera uniforme, el Gobierno debe proteger a sus ciudadanos y darle unas garantías mínimas. Un ejemplo de una legislación que se adoptó para proteger al ciudadano y garantizar su derecho a la propiedad fue la *Ley de alquileres razonables*.³² Esta se promulgó para atender las prácticas de precios abusivos y especulativos por parte de los arrendadores. Otra ley, mucho más moderna, que se adoptó en vías de aportar a minimizar el problema de vivienda y propiedades en desuso, fue la Ley Núm. 13-2016,³³ (Ley de municipios autónomos

²⁵ RUBÉN NAZARIO VELASCO, PAN, CASA Y LIBERTAD: DE LA REFORMA AGRARIA A LA ESPECULACIÓN INMOBILIARIA, EN LUIS MUÑOZ MARÍN, PERFILES DE SU GOBERNACIÓN 146-65 (2003).

²⁶ Ley de tierras de Puerto Rico, Ley Núm. 26 de 12 de abril de 1941, según enmendada, 28 LPRA § 241 (1941).

²⁷ Ley de alquileres razonables, Ley Núm. 464 de 25 de abril de 1946, según enmendada, 17 LPRA § 181 (1946) (derogada 1995).

²⁸ Érika Fontánez Torres, *La propiedad en Puerto Rico: Apuntes para el análisis de su contingencia y desarrollo en el Siglo XX*, 13 FORO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO 79, 97 (2006-2008).

²⁹ *Id.*

³⁰ Noel A. Matos Rivera, *Vivienda, propiedad y justicia*, 86 REV. JUR. UPR 969 (2017).

³¹ *Id.* en la pág. 976.

³² 17 LPRA § 181 (derogada 1995).

³³ Ley Núm. 13 de 3 de marzo de 2016, “Para enmendar el inciso (c) del Artículo 2.005 de la Ley Núm. 81 de 1991, Ley de Municipios Autónomos del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1991”.

del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, 1991), hoy día derogada por el nuevo Código Municipal.³⁴ Según su exposición de motivos, en Puerto Rico se estimó que, entre los años 2005 y 2007, 204,264 unidades de vivienda se encontraban desocupadas.³⁵ Fue esta cifra la que promovió que el Gobierno creara legislación para el uso y mantenimiento de las propiedades abandonadas y deshabitadas. Es por ello, que, ante la necesidad de vivienda en la isla, la Asamblea Legislativa creó algunos mecanismos para, primeramente, proteger y garantizarle al ciudadano el acceso a vivienda y segundo, el de ocupar y poner a producir la abrumante cantidad de propiedades en desuso. Estas legislaciones, a su vez, querían evitar males sociales que emanan de la desocupación masiva de propiedades; como lo son: la propagación de plagas, actividades delictivas que atentan y ponen en riesgo la salud, bienestar y seguridad de los ciudadanos.³⁶

Otra legislación dirigida a estos mismos fines fue el de concederle a los municipios autónomos del país el poder de declarar estorbo público aquellas propiedades en abandono, yermos baldíos y terrenos que se encontraran en su territorio.³⁷ Una vez emitida la resolución de estorbo público sobre un solar, el propietario está obligado a limpiarlo y llevar a cabo las obras necesarias para eliminar tal condición.³⁸ Aun con todas las protecciones adoptadas, parecen ser inadecuadas o insuficientes porque siguen en aumento las cifras de propiedades abandonadas, vacantes, en deterioro e identificadas como estorbos públicos. A esta discusión hay que añadirle que, además del complejo panorama económico, la migración masiva de puertorriqueños ha contribuido a que estas cifras se disparen exponencialmente; especialmente luego del huracán María.

El estudio *The Housing Crisis in Puerto Rico and the Impact of Hurricane Mar[í]a*,³⁹ llevado a cabo por Hunter University, estableció que el mercado de bienes raíces se encuentra en una profunda crisis que ha desembocado en que haya un

³⁴ Cód. MUN. PR art 1.001, 21 LPRA § 7001 (2020).

³⁵ Ley Núm. 13 de 3 de marzo de 2016, “Para enmendar el inciso (c) del Artículo 2.005 de la Ley Núm. 81 de 1991, Ley de Municipios Autónomos del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1991”.

³⁶ *Id.* en Exposición de motivos: “Ante esta alarmante cifra de propiedades deshabitadas y la necesidad actual de vivienda en la Isla, es necesario promover el uso y mantenimiento de las propiedades abandonadas para así evitar la propagación de plagas y actividades delictivas que atenten contra o pongan en riesgo la salud, bienestar y seguridad de los vecinos del lugar. Es de conocimiento general, que la salud y seguridad de todos los ciudadanos ocupa un sitio de gran importancia y prioridad para el Gobierno del Estado Libre Asociado de Puerto Rico”.

³⁷ Cód. MUN. PR art 1.001, 21 LPRA § 7001 (2020).

³⁸ *Id.*

³⁹ Jennifer Hinojosa & Edwin Meléndez, *The Housing Crisis in Puerto Rico and the Impact of Hurricane Mar[í]a*, CENTRO RB2018-04 (2018), https://centropr.hunter.cuny.edu/sites/default/files/data_briefs/HousingPuertoRico.pdf.

número de propiedades vacantes. Dicho estudio también señaló que la crisis y el mercado de vivienda empeoró luego del huracán María.⁴⁰ Sostienen con los datos del CENSO de Estados Unidos del 2016 que un dieciocho por ciento de las viviendas en Puerto Rico se mantienen vacantes y que un cincuenta y siete por ciento de estas se encuentran en este estado porque se ejecutó la hipoteca o están abandonadas;⁴¹ lo que supone un impedimento para la recuperación económica.⁴²

A su vez, el estudio identificó que existe un patrón de que las propiedades vacantes en el mercado, en venta o con opción a arrendamiento, están tomando más tiempo en ser ocupadas.⁴³ Existe una tendencia de que mientras sube el número de casas vacantes, el valor del mercado disminuye. De estos datos se podría inferir que, aunque bajó el valor de la propiedad, el poder adquisitivo de las personas también ha disminuido, lo que ha desembocado en que se queden sin ser ocupadas y sin producir.

El estudio reveló que los municipios donde se encontraban más propiedades vacantes son los que componen el área metropolitana. Esta área es donde usualmente el mercado es menos asequible, pues ahí se concentran los precios más altos. Los por cientos de propiedades vacantes por municipio en dicha área fueron los siguientes: San Juan con un catorce por ciento, Carolina con un cuatro por ciento Bayamón con un tres por ciento y, por último, Caguas y Guaynabo con un dos por ciento⁴⁴

El planificador de profesión David Carrasquillo, quien laboró desde el 2014 hasta el 2018, en la Oficina de Planificación y Ordenación Territorial, investigó y preparó inventarios sobre los estorbos públicos, los usufructos municipales, las propiedades en desuso en la capital (residenciales, comerciales e industriales), y propiedades para venta y renta en posesión del municipio de San Juan. Según una investigación llevada a cabo en esa misma oficina, las propiedades en desuso sumaron 595; estos números componen únicamente propiedades privadas.⁴⁵ Según los datos de la Ofici-

Los autores establecieron que (“Puerto Rico’s housing market is in a deep and prolonged crisis. At least 18 percent of Puerto Rico’s housing stock is vacant as a result of the island’s prolonged economic recession, which commenced in 2006.”).

⁴⁰ *Id.* en la pág. 2 (se señaló que “The effects of the 2006–2016 economic crisis and the impact of Hurricane Mar[í]a (2017) further depreciated Puerto Rico’s housing market leading many families to either leave Puerto Rico, stay within their damaged homes, or move with other families within the island”).

⁴¹ *Id.* en la pág. 4.

⁴² *Id.* en la pág. 2 (“[t]he excess supply of vacant homes in Puerto Rico is a clear impediment to economic recovery”).

⁴³ *Id.* en la pág. 5.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ Carrasquillo-Medrano, David J., *Inventario de Propiedades en Desuso*; Oficina de Planificación y Ordenación Territorial; Municipio Autónomo de San Juan (2015).

na de Estorbos Públicos adscrita a la Oficina de Permisos, hasta el 2018, la cantidad de estorbos públicos en San Juan fue noventa y uno (91).⁴⁶ La cifra de usufructos municipales fue de cuarenta (40).⁴⁷ La cifra final de propiedades en la ciudad capital, que no tienen destino ni uso, y que se encuentran a la exposición del paso del tiempo y del deterioro es de 683.⁴⁸

Los autores de la investigación sobre la situación de vivienda luego del huracán María, sostuvieron que el panorama actual podría proveer una gran oportunidad para que se expanda el mercado de alquileres y vivienda asequible que, a su vez, cumpla con todos los reglamentos y códigos de construcción.⁴⁹ A modo de sugerencia, establecieron que de ocuparse o poner a producir las propiedades vacantes, se cerraría la brecha entre la asequibilidad al mercado y la demanda; lo que desembocará en precios más estables.⁵⁰ Los autores también señalaron que los actuales propietarios o inquilinos no quisieran relocalizarse en busca de otra propiedad, y prefieren quedarse y rehabilitar la que ya poseen y disfrutan.⁵¹

Sin embargo, aunque el Gobierno ha sido exhortado por distintos sectores para que se tomen medidas más agresivas e intervengan en los precios y en el mercado; las que ya han sido tomadas no se han puesto en práctica. Son, hasta cierto punto, letra muerta. Por lo cual, deben aprovechar esta apertura para hacer un plan comprensivo de desarrollo económico, que tome en consideración lo que constituiría un uso público válido de la propiedad y los beneficios económicos que puedan proyectarse desde este cambio. A su vez, deben dejar a un lado proyecciones inciertas y especulativas sobre el desarrollo económico en base a la propiedad.

⁴⁶ Carrasquillo-Medrano, David J., *Inventario de Estorbos Públicos*; Oficina de Planificación y Ordenación Territorial; Municipio Autónomo de San Juan (2016).

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Supra*, nota 45.

Las versiones impresas de las investigaciones llevadas a cabo por el planificador David Carrasquillo, se pueden encontrar en la oficina planificación y ordenación territorial en Río Piedras. Aunque hubo esfuerzos para hacer una página web y publicar dichos datos, no se aprobaron las publicaciones de ellos. Información suministrada por el Sr. David Carrasquillo.

⁴⁹ Hinojosa & Meléndez, *supra* nota *, en la pág. 2 (“[p]rovide an opportunity to the expansion of affordable rental units that are built to code and resilient, and potential new homeowner-ship opportunities as well”).

⁵⁰ *Id.* en la pág. 16 (“[a] massive purchase of vacant housing units for social purposes would be a first step toward closing the gap between availability and the demand for units and lead to more stable housing prices while removing units that might not be built up to code”).

⁵¹ *Id.* (“[h]ome owners or renters may not want to relocate and would prefer to stay where the property is located and rehabilitate the damaged property”).

EL USUFRUCTO EN PUERTO RICO

La figura jurídica del usufructo tuvo cambios significativos en su lenguaje en el nuevo Código Civil⁵² del año 2020. Se hará el siguiente análisis en base a cómo es definido y los derechos que emanan de él. Sin embargo, haremos referencia al antiguo Código,⁵³ dado a que en lo que concierne al uso y disfrute, en mi opinión, explica algunas instancias en más detalle.

El usufructo es definido como “[e]l derecho real de uso, goce y disfrute temporal de una cosa ajena conforme con su naturaleza y su destino”.⁵⁴ A su vez, puede constituirse sobre cualquier derecho que, no sea personalísimo o intransmisible.⁵⁵ En el Código Civil pasado, la definición era mucho más completa, establecía que era “[e]l derecho de disfrutar de una cosa cuya propiedad es ajena, percibiendo todos los productos, utilidades y ventajas que aquella produzca, con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa”.⁵⁶

¿Cómo se establece el usufructo? Este nace por consecuencia de hechos o circunstancias previstos en la ley, por negocio jurídico unilateral o bilateral y por usucapación.⁵⁷ En el anterior Código, las primeras dos disposiciones son iguales, pero la última era por prescripción en vez de por usucapación.⁵⁸ Las modalidades en las que puede constituirse un usufructo son:

- (a) a título oneroso o a título gratuito;
- (b) a título universal, que recae sobre todos los bienes de un patrimonio, o a título singular, que recae sobre uno o más bienes determinados;
- (c) en todos los frutos o en parte de ellos;
- (d) en favor de una persona o de varias; y en este último caso, simultánea o sucesivamente;
- (e) a plazo inicial o a plazo final; o
- (f) puramente o bajo condición.⁵⁹

De no establecerse plazo o término, se entenderá que es de por vida, a menos de que se trate de una persona jurídica; en este caso no podrá excederse de treinta años.⁶⁰

⁵² Cód. Civ. PR art. 1, 31 LPRA § 5311 (2020).

⁵³ 31 LPRA § 1 (1930).

⁵⁴ 31 LPRA § 8381 (2020).

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ 31 LPRA § 1501 (1930).

⁵⁷ 31 LPRA § 8382 (2020).

⁵⁸ 31 LPRA § 1502 (1930).

⁵⁹ 31 LPRA § 8384 (2020).

⁶⁰ *Id.* art. 881, § 8385 (2020).

El usufructuario, aunque no goza de los mismos poderes casi plenarios de quien ostenta título de propiedad; como norma general tiene ciertas obligaciones, deberes y derechos. Como regla principal, el usufructuario tiene la obligación de cuidar la cosa dada en usufructo como un administrador prudente,⁶¹ independiente del plazo o tipo de usufructo. El antiguo Código hacía diferencia entre los usufructos sobre cosas muebles e inmuebles; en el actual, no se hace tal distinción.⁶² Sin embargo, una distinción importante que hace el nuevo Código es entre usufructos de cosas consumibles⁶³ y las deteriorables.⁶⁴ En cuanto a las últimas, que es como se clasifica la propiedad, dispone que si el usufructo comprende cosas que, sin consumirse por el primer uso, se deterioran gradualmente con él, el usufructuario tiene derecho a servirse de ellas y queda obligado a restituirlas cuando termine el usufructo en el estado en que se encuentren.⁶⁵

Este artículo es importante, porque las propiedades se deterioran estén en uso o desuso. Usualmente se deterioran más cuando se encuentran vacantes. Por lo cual, según dispone el mismo artículo más adelante, el usufructuario queda obligado a indemnizar al propietario si se deterioran por el mal uso, entiéndase, dolo o culpa.⁶⁶ A su vez, el Código protege al usufructuario, porque dispone que “[s]e presume que el grado de deterioro en el que se halla la cosa al tiempo de restituirla [,] corresponde al desgaste natural experimentado en el tiempo transcurrido desde la constitución del usufructo”.⁶⁷

Un atractivo del usufructo, para quien posee el título de propiedad, es que el usufructuario está obligado a cuidar la cosa y hacer las reparaciones ordinarias.⁶⁸ Las reparaciones ordinarias son las que se llevan a cabo por el deterioro natural y desperfectos por el uso, (de acuerdo a su destino) que, a su vez, son necesarias para su conservación. En caso de una propiedad, algunos ejemplos de reparaciones ordinarias pueden ser: pintura, plomería, daño de enseres u otros electrodomésticos que se encuentran en los predios. Por lo cual, el propietario tiene garantía de que se conserve en buen estado la cosa usufructuada y todo lo que se encuentre en ella. En caso de no ser conservadas, el propietario podrá hacerle las mejoras y cobrárselas al usufructuario.⁶⁹

En cuanto a las mejoras ordinarias y las extraordinarias, el Código vigente adoptó casi al pie de la letra las disposiciones del antiguo Código. Si el usufructuario

⁶¹ Cód. Civ. PR art. 898, 31 LPRA § 8421 (2020).

⁶² *Id.* art. 891, § 8408.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.* art. 900, § 8423.

⁶⁹ *Id.*

tuviera que llevar a cabo mejoras extraordinarias, como lo son las útiles y las de recreo para hacer que el usufructo le sea más conveniente, las puede hacer mientras no cambie su forma o sustancia.⁷⁰ Este tipo de mejoras se registrará por las reglas establecidas en la posesión de buena fe.⁷¹ En cuanto a la compensación a recibir por estas, el Código dispone que podrá compensar los desperfectos de los bienes con las mejoras que haya llevado a cabo.⁷²

Lo único que el propietario sí tiene que costear son las reparaciones extraordinarias.⁷³ Por estas razones, el dueño tiene derecho a exigir al usufructuario el interés legal de la cantidad invertida en ellas mientras dure el usufructo. Si el dueño en propiedad no hace las reparaciones cuando son indispensables para la subsistencia de la cosa, el usufructuario puede hacerlas y, al terminar el usufructo, puede exigirle al propietario el aumento en valor, en este caso del inmueble por tales mejoras o la restitución del dinero utilizado en los gastos que incurrió.⁷⁴ Si el propietario se niega a satisfacer su importe, el usufructuario tiene el derecho de retener la cosa e imputar frutos a la satisfacción del crédito.⁷⁵ Un caso reciente que ejemplifica una disputa por reparaciones extraordinarias es *Meléndez Ortiz v. Meléndez*,⁷⁶ estas fueron mejoras que tuvieron que llevarse a cabo por el paso de un huracán. Aunque este caso es uno resuelto por el Tribunal de Apelaciones de Puerto Rico y sabemos que tiene carácter persuasivo y no vinculante, entendemos que de presentarse una controversia similar ante el Tribunal Supremo se resolvería de igual manera, pues su fundamento yace en las disposiciones de usufructo estipuladas en el Código Civil. Aclaro, que al ser un caso del 2016 se rigió de acuerdo las disposiciones de usufructo del Código Civil del 1930, estas son casi exactas a las del nuevo Código, por lo cual deduzco que el resultado de una disputa similar, bajo el actual Código Civil se resolvería de igual forma. .

Un cambio que hubo en el nuevo Código es que guarda silencio en cuanto a si el usufructuario, de hacer mejoras que sean removibles, puede llevárselas al terminar el usufructo. En el antiguo Código podía hacerlo, siempre y cuando no fueran en detrimento de los bienes.⁷⁷

El propietario tiene varias ventajas si decide poner su propiedad en usufructo; pues puede descansar en que es el usufructuario quien tiene la responsabilidad de

⁷⁰ *Id.* art. 893, § 8410.

⁷¹ *Id.*

⁷² *Id.* art. 894, § 8411.

⁷³ *Id.* art. 902, § 8425.

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *Melendez Ortiz v. Melendez* (2016) 2016 WL 8452823 (Núm. Caso: B AC2007-0068 KLAN201600700)

⁷⁷ Cód. Civ. PR art. 416, 31 LPRR § 1527 (1930).

todo lo que suceda en la propiedad; ya sea un negocio, vivienda o para cualquier otro propósito al que esté destinada. A su vez, también es responsable de la conservación de la misma, y es quien se encarga de recibir los frutos. Todas estas ventajas son, de alguna manera, garantía de que su bien inmueble estará en buenas manos, y que como propietario prefiera dejarlo en manos de otra persona, a la alternativa de dejar la propiedad vacante, en desuso y sin producir.

Mientras que el usufructuario disfruta de un bien del cual no tiene título de propiedad, pero lo usa y disfruta plenamente, como si fuera suyo, por el periodo que establezca con el dueño. Puede hacerle los cambios que crea pertinentes y las mejoras para sacarle mejor provecho, siempre y cuando no cambie el destino de la cosa. A su vez, tiene garantía en el mismo Código que, de hacer mejoras extraordinarias, puede pedir el pago de ellas al propietario o un interés legal cuando se extinga el usufructo. Otro beneficio es que le pertenecen los frutos civiles, industriales y pendientes, durante el transcurso del usufructo.⁷⁸ También, disfruta de las accesiones, de las servidumbres existentes y los beneficios inherentes a la cosa usufructuada.⁷⁹

Otro atractivo para el usufructuario es que, al ser poseedor de este derecho, puede arrendárselo a un tercero.⁸⁰ Esta disposición arroja luz sobre cómo el usufructo puede utilizarse en distintos escenarios. En un primer escenario, se puede pactar el uso y disfrute del inmueble por medio de las modalidades antes mencionadas, de forma gratuita o mediando remuneración. La segunda es que, habiendo un usufructo de por medio, el usufructuario arrienda su derecho a un tercero. En ambos escenarios, lo usual es que medie un contrato de usufructo, que contenga el pago de un canon por el derecho al uso y disfrute de la propiedad.

¿Qué pasa si el propietario cambia de parecer en cuanto al usufructuario, el uso que este le da a la propiedad o si está insatisfecho con el usufructo? El propietario puede extinguir el usufructo por las siguientes causas: por el cumplimiento del plazo o de la condición resolutoria; la consolidación del usufructuario y propietario en una misma persona; la pérdida total de la cosa objeto del usufructo; incumplimiento de condiciones impuestas o pactadas libremente; por el mal uso o abuso de la cosa usufructuada.⁸¹ Además, el usufructo puede extinguirse en las siguientes instancias: por la muerte del usufructuario; la renuncia del usufructuario; resolución del derecho del constituyente; extinción de los usufructos ordenados por la ley; expropiación de la cosa usufructuada; y por usucapión.⁸²

En las instancias en que el propietario quiera cesar el usufructo por mal uso o abuso de la cosa, en el Código se exponen los procedimientos a seguir. Se conside-

⁷⁸ Cód. Civ. PR arts. 884-885, 31 LPRA §§ 8401-8402 (2020).

⁷⁹ *Id.* art. 890, § 8407.

⁸⁰ *Id.* art. 896, § 8413.

⁸¹ *Id.* art. 910, § 8441.

⁸² *Id.*

ran daños de abuso y mal uso, permitir que se desprece o que de alguna manera se pongan en peligro los derechos del propietario.⁸³ En tal caso, el propietario puede extinguir el derecho o imponer condiciones adicionales para su continuación. En caso de menoscabo del usufructo, surge cuando el usufructuario enajena de cualquier manera la cosa dada, sin el consentimiento del propietario. A su vez, queda como responsable del menoscabo.⁸⁴ En caso de que haya destrucción o pérdida de la cosa, el derecho seguirá vigente para la parte restante.⁸⁵

LEYES ESPECIALES

Si las partes quisieran tener más garantías que las que brinda el Código Civil, tanto el propietario como el usufructuario podrán inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad. Pues, el artículo cuatro, inciso dos, de la *Ley hipotecaria* de 2015⁸⁶ dispone que se inscribirán: “[l]os títulos que constituyan reconozcan, trasmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, hipoteca, servidumbres y otros derechos reales”.⁸⁷ En caso de que se inscriba el usufructo y luego se dé por terminado, ya sea por resolución de contrato o por alguna otra causa expuesta en ley; el propietario puede cancelar el gravamen de usufructo presentando un documento fehaciente que acredite la conclusión de dicho usufructo.⁸⁸

Las leyes que regulan el usufructo de manera más específica en Puerto Rico son: *Ley de tierras* de 1941,⁸⁹ *Ley de usufructos municipales y parques de recreación pasiva* de 1980,⁹⁰ y el nuevo Código Municipal.⁹¹

La *Ley de tierras* promulgó el que se pusieran a producir tierras fértiles para el desarrollo de la industria agrícola. En ese momento histórico, había muchos puertorriqueños que no tenían ningún derecho sobre las tierras que labraban y habitaban, ya que eran considerados agregados en finca ajena. Esta ley intentó cambiar este panorama, haciendo una mejor distribución de tierras. Tuvo como fin el que las familias enteras consideradas agregados, fueran considerados usufructuarios; y posteriormente la ley habilitó el procedimiento a seguir para que obtuvieran

⁸³ *Id.* art. 917, § 8448.

⁸⁴ *Id.* art. 899, § 8422.

⁸⁵ *Id.* art. 911, § 8442.

⁸⁶ Ley del Registro de la Propiedad Inmobiliaria del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Ley Núm. 210-2015, 30 LPRÁ § 6011(2) (2015).

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ 30 LPRÁ § 6337.

⁸⁹ Ley de tierras de Puerto Rico, Ley Núm. 26 de 12 de abril de 1941, según enmendada, 28 LPRÁ § 241 (1946).

⁹⁰ Ley de usufructos municipales y parques de recreación pasiva, Ley Núm. 142 de 14 de junio de 1980, 21 LPRÁ § 1093 (1980).

⁹¹ Cód. Mun. PR art. 1.001, 21 LPRÁ § 7001 (2020).

derecho sobre el suelo y con el transcurso de los años pudieran obtener el título de propiedad.⁹²

Como se mencionó anteriormente, el usufructo en Puerto Rico se ha utilizado mayormente en su modalidad de usufructo viudal y bajo la *Reforma agraria*, adjunta a la *Ley de tierras* y parte del Plan Manos a la Obra. La idea era tener un mecanismo para que los agregados se pudieran proteger de los dueños en título de propiedad de las fincas. Sin embargo, esta ley especial restringió el usufructo mucho más de lo que se disponía en el Código Civil. Un ejemplo de ello fue que el usufructuario no podía arrendar ni vender a un tercero su usufructo,⁹³ el caso *Sucrs. Ramos Muñoz v. Apollo Hardware*,⁹⁴ ilustra la disputa entre la sucesión de quien ostentaba el derecho usufructuario de la tierra, las edificaciones y mejoras hechas en ella, contra la corporación a quien el usufructuario le había arrendado, en contra de la ley especial de donde emana su derecho.

En el caso de la *Ley de usufructos municipales y parques de recreación pasiva* de 1980,⁹⁵ le dio la potestad a los municipios autónomos para identificar dentro de sus límites geográficos aquellos solares que estén baldíos, o que no son utilizados por el titular; ya sea el titular el propio Gobierno o una persona natural. Luego de identificarlos, el municipio los adquiere por medio de usufructo gratuito que dura cinco años y es prorrogable cinco más. El objetivo de esta ley es que esos nuevos terrenos o propiedades se empleen para satisfacer las necesidades de la comunidad por medio de la recreación pasiva.

El año pasado la Asamblea Legislativa creó un nuevo Código, que enmendó y derogó muchas leyes en las cuales se regulaban las potestades sobre la administración y los poderes de los municipios autónomos. A esta legislación se le dio nombre de Código Municipal de Puerto Rico,⁹⁶ que, según su exposición de motivos, intenta integrar, organizar y actualizar las leyes que disponen sobre la organización, administración y funcionamiento de los municipios y añadir nuevos modelos procesales para la consecución de mayor autonomía.⁹⁷

⁹² (al día de hoy, no existen cifras oficiales del Gobierno de Puerto Rico de cuántas personas se beneficiaron del usufructo producto de la reforma agraria, solo se encuentra información parcial).

⁹³ 28 LPRA § 553 (“[e]l usufructuario no podrá, bajo pena de nulidad absoluta, vender, transferir, permutar, alquilar, ceder, asignar, arrendar ni en modo alguno enajenar o gravar en todo o en parte, el derecho de usufructo que se le conceda, ni la parcela de terreno sobre la cual se le conceda dicho derecho, ni las edificaciones, accesiones o mejoras existentes, o que en el futuro levante o introduzca en la misma, ni ningún derecho, título o privilegio derivado del contrato de usufructo”).

⁹⁴ **Sucrs. Ramos Muñoz v. Apollo Hardware**, 110 DPR 855, 856 (1981).

⁹⁵ 21 LPRA § 1093a.

⁹⁶ 21 LPRA § 7001.

⁹⁷ *Id.*

En este nuevo Código se regula de manera rigurosa el poder municipal para declarar estorbos públicos, los procesos que se deben llevar a cabo para esta declaración, qué se hará con los terrenos, propiedades y viviendas en desuso, vacantes, y en estado de deterioro.

En primer lugar, este Código le dio autoridad a los municipios autónomos a ocupar propiedad privada. En su artículo 2.018⁹⁸ expone que el Gobierno Municipal puede ocupar propiedad privada cuando:

cuando sea favorable al interés público, que las estructuras o solares abandonados, yermos o baldíos en las comunidades, que estén en estado de abandono, constituyendo o no estorbos públicos, sean objeto de expropiación por el municipio donde ubiquen, con el propósito de transferir su titularidad a personas, corporaciones con o sin fines de lucro, desarrolladores, contratistas y cualesquiera otros que tengan un legítimo interés en mantener esas propiedades en condiciones.⁹⁹

En este artículo vemos cómo claramente el Estado reconoce que el interés público solapa el interés individual de quien posee título de propiedad, y más cuando esa propiedad se encuentra en desuso y abandonada. Por lo cual, además de poder ocuparla, puede a su vez, transferir su titularidad a aquellas personas naturales o jurídicas que tengan un legítimo interés en mantener las propiedades en las condiciones que se requieren para su habitación y producción.

En caso de querer establecer una propiedad como una de utilidad pública, el alcalde tendrá que explicar por qué puede ser útil, necesaria y conveniente para la gobernanza. Solo así podrá solicitarle a la legislatura municipal, mediante una ordenanza, que se declare como tal. A su vez, luego de ser aprobada la ordenanza y exponiéndose en ella el uso para el cual se destina el lugar, se expropia. La expropiación no podrá ser objeto de revisión del Tribunal.¹⁰⁰

¿Cuáles son los criterios para declarar un espacio como estorbo público? Recae sobre el municipio llevar a cabo estudios para identificar las propiedades que puedan ser declaradas como tal.¹⁰¹ El término estorbo público se define dentro del Código como:

Cualquier estructura abandonada o solar abandonado, yermo o baldío que es inadecuada para ser habitada o utilizada por seres humanos, por estar en condiciones de ruina, falta de reparación, defectos de construcción, o que es perjudicial a la salud o seguridad del público. Dichas condiciones pueden incluir, pero sin limitarse a, las siguientes: defectos

⁹⁸ 21 LPRA § 7183.

⁹⁹ *Id.* § 7183 (a)(2)(v).

¹⁰⁰ *Id.* § 7183 (a)(4).

¹⁰¹ *Id.* § 7632.

en la estructura que aumentan los riesgos de incendios o accidentes; falta de adecuada ventilación o facilidades sanitarias; falta de energía eléctrica o agua potable; y falta de limpieza.¹⁰²

Podemos observar que la definición de lo que es un estorbo público es bastante amplia, pero se concentra en aquellas estructuras o solares que necesiten reparaciones en la construcción, no tengan servicios esenciales como lo son el agua y la luz y puedan representar un riesgo a la salud, por estar faltas de limpieza. Estas estructuras son las que, según este mismo Código, de ser mantenidas por una persona o entidad, se les pasará la titularidad en detrimento de quien la haya poseído y la ha dejado en tal estado. Además, en este nuevo Código el Gobierno estableció una nueva política pública de vivienda, en la cual estimula a los municipios a promover, mediante sus poderes, que las viviendas dentro de sus límites territoriales sean adecuadas y seguras para sus habitantes. A su vez, la Asamblea Legislativa les dio el poder de remediar las viviendas que no se encuentren en dicho estado y eliminar, mediante demolición, aquellas que se han convertido en estorbos públicos.¹⁰³ Como parte de esta política pública, se establece que habrá un Plan de Ordenación Territorial, que requerirá un Plan de Área “para ordenar el uso del suelo de áreas que requieran atención especial y programar los proyectos de rehabilitación en el centro urbano”.¹⁰⁴

También, la Legislatura le concedió a los municipios el poder de crear, adquirir, vender y realizar toda actividad comercial relacionada a la operación y venta de empresas y franquicias comerciales, tanto al sector público, como privado y poder hacerlo por medio de usufructos.¹⁰⁵ A su vez, hace hincapié en que las franquicias y/o empresas municipales podrán establecerse en facilidades o estructuras gubernamentales, así como en facilidades privadas mediante arrendamiento, subarrendamiento, cesión, usufructo, uso y otras modalidades de posesión de propiedad. Por lo tanto, la Legislatura al incluir el usufructo como una de las maneras en que el mismo municipio pueda establecer físicamente sus actividades comerciales de venta y franquicias, comunica que, el Gobierno considera el usufructo como una opción viable a emplearse para habilitar, rehabilitar y poner a producir dichos terrenos.

Otro artículo en el cual se menciona el usufructo es el 2.02.¹⁰⁶ En él se esclarece que el Gobierno podrá transferir gratuitamente por donación, o por compra voluntaria, a un municipio el título de propiedad, usufructo o uso de cualquier terreno o facilidad que este tenga en su posesión.¹⁰⁷ Esta última potestad también se le dio al mu-

¹⁰² *Id.* § 8351.

¹⁰³ *Id.* §7651.

¹⁰⁴ *Id.* § 7860.

¹⁰⁵ *Id.* § 7015(t).

¹⁰⁶ *Id.* § 7185.

¹⁰⁷ *Id.*

nicipio a la inversa, pues el municipio autónomo podrá cederle, de igual manera y en las mismas modalidades, cualquier propiedad o terreno al Gobierno central.¹⁰⁸ A su vez, el Código potestó a la Asamblea Legislativa de poder transferir a un municipio título de propiedad, usufructo o uso de cualquier terreno o facilidad del Gobierno.

En el artículo 2.025¹⁰⁹ señala que el Gobierno Municipal podrá vender solares que tenga en su posesión por medio de usufructos, sin necesidad de subasta pública. A su vez, cuando el alcalde identifique que existe una causa justificada para la revocación de un usufructo, podrá hacerlo comunicándose con el usufructuario. Luego, tendrán que presentarse a una vista administrativa y discutir el estado de la propiedad.¹¹⁰

La única instancia en que el usufructo o usufructuario tiene más responsabilidad en este Código es cuando se trata de contribuciones sobre la propiedad. Se dispone que las propiedades cedidas en usufructo estarán sujetas a las leyes de contribuciones sobre la propiedad y serán los usufructuarios los obligados al pago de tales contribuciones.¹¹¹ Sin embargo, le otorga más poder al usufructuario al disponer que, cuando los usufructos sean por un término mayor de cinco años, “los usufructuarios se considerarán como dueños de la propiedad para todos los efectos de las leyes y ordenanzas de exención de contribución”.¹¹²

LA REHABILITACIÓN

Este término se define como el de “volver a habilitar o de restituir a un inmueble las condiciones de uso que ha perdido”.¹¹³ Hay varios tipos de rehabilitación, pero nos concentraremos en la urbana. Este tipo de rehabilitación recae sobre el patrimonio urbanizado y edificado de las ciudades. La rehabilitación urbana va dirigida a devolver las condiciones de uso y utilidad a los inmuebles o espacios urbanos que la han perdido.¹¹⁴ Se lleva a cabo la rehabilitación en los espacios urbanos porque además de haber sido deteriorados por el transcurso del tiempo, se encuentran carentes de las dotaciones públicas necesarias y han perdido su funcionalidad original. Este estado de deterioro a su vez conlleva implicaciones económicas y sociales.¹¹⁵

¹⁰⁸ *Id.* § 7192.

¹⁰⁹ *Id.* § 7190.

¹¹⁰ *Id.* § 7191.

¹¹¹ *Id.* § 8049(b).

¹¹² *Id.*

¹¹³ María Jesús García, *Desarrollo Urbano Sostenible Versus Crecimiento Descontrolado: Una Vuelta a la Rehabilitación Urbana*, 33 REVISTA ARAGONESA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 217, 219 (2008).

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ *Id.* en la pág. 227.

La finalidad de la rehabilitación es mantener a la población existente, evitando su desalojo, y al mismo tiempo revitalizar económica y funcionalmente estos espacios, implantando en ellos actividades y servicios, usos públicos, comerciales, entre otros.¹¹⁶ La rehabilitación integrada es la rehabilitación de espacios urbanos, que aspira a la consecución de una pluralidad de fines sociales y comunitarios. Esto mejora la recuperación de zonas urbanas, propicia actividades económicas y sociales, y aumenta las condiciones de vida de sus residentes.¹¹⁷

En Puerto Rico existen actualmente dos legislaciones para la rehabilitación de propiedades y ambas se enfocan en áreas urbanas. La primera es la *Ley especial para la rehabilitación de Río Piedras* de 1995,¹¹⁸ que tiene como fin el que se rehabilite lo que fue un importante sector comercial en el área metropolitana. La ley pretende atender los reclamos de los vecinos del lugar; y para que se restablezcan comercios y entidades de Gobierno que brindan servicios esenciales. El objetivo es que se lleve a cabo por medio de la restauración y conservación de las propiedades y edificaciones existentes deterioradas y en desuso.

La otra legislación que pretendió promover la rehabilitación, fue la *Ley de rehabilitación de centros urbanos* del 2002, hoy ya derogada.¹¹⁹ En su exposición de motivos expresa que es alarmante el estado de deterioro físico y ambiental de los centros urbanos. Como consecuencia de este deterioro, se ha sufrido un acelerado proceso de despoblación que afecta la actividad económica. Lo que, a su vez, ha desencadenado en un alto nivel de inseguridad ciudadana. Esta ley pretende otorgarle al sector privado incentivos, que le permitan invertir en los centros urbanos, haciéndolos más rentables.

ANÁLISIS Y CONCLUSIÓN

Si consideramos la limitación geográfica de nuestro país, la planificación, en especial la urbana, debe dirigirse a que una mayor cantidad de personas puedan disfrutar del suelo. Para Javier Maira, “el suelo en nuestra cultura latina es de usufructo, tiene que rendir y punto”.¹²⁰ Sin embargo, cada vez más personas se ven desplazadas a otros municipios por los altos costos de vida y poca accesibilidad a la propiedad en el área metropolitana. Mientras tanto, persiste un aumento en el

¹¹⁶ *Id.* en la pág. 219.

¹¹⁷ *Id.* en la pág. 227.

¹¹⁸ Ley especial para la rehabilitación de Río Piedras, Artículo 1. — Título de Ley, Ley Núm. 75-1995, 23 LPRA § 7001 (1995).

¹¹⁹ Ley de rehabilitación de centros urbanos, Ley Núm. 212-2002, 21 LPRA § 1095 (2002). (Ley derogada).

¹²⁰ Maira, J., & Becker, A, *Ciudades Posibles*, 10 REV. AUS 34-37, 36 (2017). Disponible en: <http://revistas.uach.cl/pdf/aus/n10/art09.pdf> y <https://doi.org/10.4206/aus.2011.n10-09>

deterioro de la infraestructura y las edificaciones de vivienda y negocios a nivel local.

Poner las propiedades existentes a producir debe ser el objetivo de todos los propietarios, ya sean personas naturales o jurídicas, independientemente que estén bajo la posesión del Gobierno o bancos. A los propietarios se les está afectando su inversión por el deterioro y por no conseguir a quién se pueda vender o arrendar. Las personas naturales y jurídicas están en busca de invertir en inmuebles que sean rentables a largo plazo. Tal como mencionó el estudio de Hunter University, las personas no tendrían problemas en usar su inversión para rehabilitarla y más si se encuentran en áreas codiciadas y a bajo costo. Debería ser política pública del Gobierno el incentivar que se rehabiliten, ocupen y exploten las propiedades existentes por medio del usufructo.

Es deber del Estado conservar y rehabilitar la infraestructura para mantener las áreas urbanas habitadas, embellecidas y seguras. El Estado debe utilizar sus recursos para identificar las propiedades que se encuentran en desuso o sin ser explotadas económicamente, con el fin de que otros que tienen el interés, la necesidad y cuentan con los medios económicos, las conserven, rehabiliten y las pongan a producir. Los esfuerzos deben concentrarse en destinarle usos a propiedades existentes que se encuentran vacantes. Se debe evitar el impulso y apoyo a construcciones nuevas de manera desenfrenada y sin ningún tipo de planificación económica y espacial. El Estado debería apoyar, educar e incentivar a los ciudadanos para que utilicen la figura jurídica del usufructo. Si esta se emplea, puede lograr hacer más accesible la propiedad en las áreas urbanas, y estabilizar el mercado de bienes raíces.

Estudios señalan que las propiedades que no son vividas ni utilizadas tienen un grado mayor de deterioro, lo cual es preocupante para sus dueños; si estos no la habitan o si no tienen cómo asegurar su mantenimiento. Por consecuencia, a los propietarios les interesa buscar maneras para evitar el deterioro de esta, ya sea habitándola, rentándola o poniéndola a producir. El contrato en usufructo puede ser una buena opción, porque le brinda al propietario ventajas y garantías sobre el bien. El Código Civil se ha encargado de regular de manera muy precisa el usufructo, pues a mi parecer, en él se encuentran las respuestas de casi cualquier posible controversia.

¿Por qué utilizar el usufructo en vez de otra figura? La figura del usufructo está altamente reglamentada por el Código Civil, lo que supone una mayor seguridad para el dueño del bien. Sin embargo, el Código no es una camisa de fuerza. Si el propietario no quisiera acudir a las disposiciones del Código o quisiera ajustar unos puntos para que le sean más específicos y convenientes; puede hacerlo por medio de un contrato de usufructo, atendiendo y plasmando sus intereses e inquietudes en cláusulas específicas. Al ser el usufructo una figura codificada, ofrece garantías y guías tanto para el propietario como para el usufructuario.

Las figuras jurídicas que tradicionalmente se emplean con respecto a la propiedad, son la de compra y venta; y arriendo de bienes inmuebles. Ambas nacen de un

contrato. El defecto de estas figuras es que, dentro de la economía actual, la persona interesada en adquirir una propiedad tendría que hacer una doble inversión. Primero, la de adquirir la posesión del bien, ya sea por arriendo o compraventa; y luego se ve obligado a invertir en la rehabilitación y los arreglos necesarios para destinarla al fin que le fuera conveniente. Esta doble inversión desalienta a los individuos, porque la rehabilitación suele ser costosa y el precio del inmueble también. Por lo cual, se ven persuadidos a comprar una propiedad totalmente funcional, aunque esta no tenga la mejor localización ni se encuentre en el área metropolitana.

Sin embargo, por medio de un contrato de usufructo las partes podrían acordar el pago mínimo por el derecho al uso y disfrute, lo que es un atractivo para el individuo, a cambio de que este se comprometa a conservar y ponerla a producir; siendo el usufructuario quien corra con estos gastos.

El usufructo, de utilizarse de manera efectiva, podría disminuir el número de propiedades vacantes y en desuso. Además, puede aumentar la asequibilidad de bienes inmuebles en las áreas urbanas. Lo que desembocaría en un efecto en cadena, que aseguraría cascos urbanos seguros, habitados, llenos de vida comercial y con establecimientos que den servicios esenciales a sus ciudadanos. Ya el Estado, por medio del Código Municipal y leyes especiales, ha impulsado la figura como uno de los medios para menoscabar la crisis de propiedad. De interesarle, podría redactar legislación especial más específica, para educar a la población y promover la figura jurídica del usufructo en los cascos urbanos como política pública del país. Esta última alternativa podría ser la acción afirmativa que solucione la crisis de propiedad.

ENIGMAS, LAGUNAS JURÍDICAS Y AMBIGÜEDADES DE LA NUEVA LEY DE ARMAS DE PUERTO RICO: DESTAPANDO EL VELO DE LA ELIMINACIÓN DE CONVICCIONES, EL HISTORIAL DE VIOLENCIA Y LA INCAPACIDAD MENTAL

POR: *ÁNGEL L. PÉREZ SÁNCHEZ**

RESUMEN**

Durante el mes de noviembre de 2021, se presentaron ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos las argumentaciones orales en el caso de New York State Rifle & Pistol Association v. Buren,¹ en el que se presenta la controversia de si la Segunda Enmienda de la Constitución de Estados Unidos permite al Gobierno la restricción de portar armas en lugares públicos.² Si el Tribunal decide ampliar el derecho a portar armas y determina que este se extiende más allá de la defensa del hogar, esto pudiera facilitar el acceso que tienen los ciudadanos sobre las armas de fuego en otras jurisdicciones de Estados Unidos, incluyendo Puerto Rico; a no ser que el Tribunal emita una decisión limitada a los hechos del caso.

El propósito de este artículo es aprovechar la coyuntura histórica que trae consigo el caso de New York State Rifle & Pistol Association v. Buren, para analizar y proponer cambios a la nueva Ley de armas de Puerto Rico,³ que sean consistentes con la historia, el sentido común y la data empírica sobre la violencia con armas en Puerto Rico. Por medio de esta discusión, se podrá promover un estado de derecho que respalde los principios constitucionales basados en la

* Ángel L. Pérez Sánchez estudió Antropología en la Universidad de Puerto Rico Recinto de Río Piedras. Cursa su cuarto año como estudiante de Derecho del programa nocturno de la Facultad de Derecho de la U.I.P.R. y es presidente del Capítulo estudiantil de la Hispanic National Bar Association de la Facultad.

** Este artículo está dedicado a las víctimas y sobrevivientes de delitos y de violencia de género, quienes gozan también del derecho fundamental a la vida, dignidad, seguridad, bienestar y justicia.

¹ New York State Rifle & Pistol Assn., v. Bruen, 804 F.3d 242, 258 (2nd Cir. 2015).

² CONST. EE. UU. enm. II. Véase al respecto Supreme Court of the United States, *Oral Arguments, New York State Rifle & Pistol Assn., v. Bruen* SUPREMECOURT.GOV (3 de noviembre de 2021), https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/audio/2021/20-843.

³ Ley de armas de Puerto Rico, Ley Núm. 168-2019, 25 LPRA §§ 462a-462n (2019), <https://bvirtualogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyesreferencia/PDF/168-2019.pdf> (última visita 15 de noviembre de 2021).

democracia y la paz social sin exponer a la ciudadanía a espacios públicos peligrosos.⁴ En este escrito, discutimos algunos de los criterios o categorías de personas que están prohibidas por ley para tener armas de fuego. Estas categorías están plasmadas de lagunas jurídicas, ambigüedades y contradicciones, por lo que proponemos que la Ley Núm. 168-2019 sea enmendada para que se atiendan los riesgos que estos vacíos conllevan para la seguridad pública de Puerto Rico. Los tres criterios que a nuestro juicio reflejan la urgencia de revisar el estatuto son: la eliminación de convicciones, el historial de violencia de una persona y la incapacidad mental.

Palabras claves: *Ley de Armas de Puerto Rico 2020; derecho constitucional; eliminación de antecedentes penales; historial de violencia; incapacidad mental*

ABSTRACT

During the month of November 2021, the oral arguments in the case of New York State Rifle & Pistol Association v. Buren, in which the controversy of whether the Second Amendment of the United States Constitution allows the Government to restrict the carrying of arms in public places is presented. If the Court decides to expand the right to bear arms and determines that it extends beyond the defense of the home, this could facilitate the access that citizens have to firearms in other jurisdictions of the United States, including Puerto Rico; unless the Tribunal issues a decision limited to the facts of the case.

The purpose of this article is to take advantage of the historical situation that the case of New York State Rifle & Pistol Association v. Buren, to analyze and propose changes to the new Puerto Rico Gun Law that are consistent with history, common sense, and empirical data on gun violence in Puerto Rico. Through this discussion, it will be possible to promote a rule of law that supports constitutional principles based on democracy and social peace without exposing citizens to dangerous public spaces. In this writing, we discuss some of the criteria or categories of people who are prohibited by law from having firearms. These categories are embodied in legal gaps, ambiguities, and contradictions, so we propose that Law No. 168-2019 be amended to address the risks that these gaps entail for public safety in Puerto Rico. The three criteria that our judgment reflects the urgency of revising the statute are: removal of convictions, a person's history of violence, and mental incapacity.

Keywords: *Puerto Rico Gun Law 2020; constitutional right; expungement of criminal records; history of violence; mental disability*

⁴ Hannah Shearer, et al., *Amicus Brief of Giffords Law Center to Prevent Gun Violence As Amicus Curiae In Support Of Respondents*, SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/20/20-843/193296/20210921170024843_20-843%20bsac%20Giffords%20Final.pdf (última visita 10 de abril de 2022).

Sumario: I. INTRODUCCIÓN II. REALIDAD PUERTORRIQUEÑA: BREVE HISTORIA Y TRADICIÓN SOBRE LA REGULACIÓN DE ARMAS EN PUERTO RICO III. AMBIGÜEDADES, LAGUNAS Y CONTRADICCIONES DE LA LEY DE ARMAS DE PUERTO RICO A. ELIMINACIÓN DE LAS CONVICIONES PENALES Y LA CONCESIÓN DE ARMAS B. HISTORIAL DE VIOLENCIA C. INCAPACIDAD MENTAL IV. DERECHO A POSEER ARMAS DE FUEGO BAJO LA CONSTITUCIÓN DE PUERTO RICO Y ESTADOS UNIDOS V. ANÁLISIS VI. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Hay juristas, entre ellos la Sociedad para la Asistencia Legal (SAL), que señalan que la Ley de armas de Puerto Rico (en adelante, Ley Núm. 168-2019 o nueva Ley de armas) es una de las leyes más punitivas en cuanto al uso y portación de armas, refiriéndose a las penas y al modo de cumplirla desde una perspectiva de derecho penal internacional.⁵ Pero, ¿qué hay de la administración de la Ley de armas de Puerto Rico? La regulación administrativa de la ley de armas de Puerto Rico recae mayormente en el Comisionado de la Policía de Puerto Rico, en cuanto a la concesión de licencias de armas de la ciudadanía se refiere.⁶ En lo atinente a la administración de la *Ley de armas*, a finales del año 2019, se aprobó la Ley Núm. 168-2019,⁷ sin que el Senado de Puerto Rico celebrara vistas públicas.⁸ A manera de excepción, la Comisión de Seguridad Pública de la Cámara de Representantes celebró cinco días de vistas públicas, en las cuales asistieron el Departamento de Seguridad Pública, el Departamento de Justicia de Puerto Rico, la Oficina de Administración de los Tribunales, el Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico, entre otras instituciones, para expresar su oposición sobre el proyecto que luego se convertiría en ley, por este constituir un riesgo para la seguridad pública.⁹

⁵ Maricarmen Rivera Sánchez, *Contundente rechazo a la nueva Ley de armas*, EL VOCERO (15 de febrero de 2018), https://www.elvocero.com/gobierno/contundente-rechazo-a-la-nueva-ley-de-armas/article_b6da371c-11e3-11e8-8390-47556b432b72.html.

⁶ La concesión de licencias para la caza deportiva recae sobre el Departamento de Recursos Naturales y Ambientales. Véase Cruz-Kerkado v. Puerto Rico, 2018 WL 1684329 (5 de abril de 2018).

⁷ Maricarmen Rivera Sánchez, *Firmada la nueva Ley de Armas*, EL VOCERO (12 de diciembre de 2019), https://www.elvocero.com/gobierno/firmada-la-nueva-ley-de-armas/article_21db0ef2-1c81-11ea-a478-dfe4c33a76df.html.

⁸ ACLU Puerto Rico, *Informe de Actividad Legislativa: Análisis de Derechos Civiles y Constitucionales en la Legislatura de Puerto Rico Durante 2017-2020*, 30-33 (2020), <https://drive.google.com/file/d/1wZQxEMY00M2EUdYZbdS-N-DtzA6Bb4R/edit>.

⁹ Nydia Bauzá, *Justicia y Policía se oponen a flexibilizar ley de armas*, PRIMERA HORA (16 de enero de 2019), <https://www.primerahora.com/noticias/gobierno-politica/notas/justicia-y-policia-se-oponen-a-flexibilizar-ley-de-armas/>. Véase al respecto la ponencia del Departamento de Seguridad Pública y Departamento de Justicia de Puerto Rico (entre otros), sobre el P del S.1050, Com. de Seguridad Pública, Cámara de Representantes, 5ta Ses. Ord., 18va Asam. Leg., 25 de junio de 2019, en las páginas 70-94.

A pesar de las objeciones presentadas y aunque esta ley derogó la *Ley de armas* anterior¹⁰ (en adelante, Ley Núm. 404-2000), prevaleció la voluntad arbitraria de la Asamblea Legislativa, y la Ley Núm. 168-2019 flexibilizó los requisitos para obtener una licencia de armas, mientras que mantuvo la severidad de las penas sobre los delitos con armas ilegales.¹¹ Así las cosas, la Ley Núm. 168-2019 pasó a ser una ley más permisiva, especialmente en comparación con la Ley Núm. 404-2000, ya que la nueva ley de armas permite que la mayoría de los ciudadanos puedan cumplir con los requisitos de licenciamiento.¹²

A manera de ejemplo, cuando hablamos que una ley de armas se considera permisiva, nos referimos a que la agencia reguladora debe demostrar que el solicitante es un miembro de uno de los grupos o categorías prohibidas por ley para tener armas como criterio para denegarle una licencia de armas. Así, en el método permisivo de regulación de armas, se establece una presunción de que el solicitante cumple con los requisitos para obtener una licencia de armas y le corresponde a la autoridad reguladora demostrar que tiene un fundamento en ley para denegar una solicitud de licencia de armas (emisión obligatoria o *shall issue law*). Por otro lado, la Ley Núm. 404-2000 respondía a un método de reglamentación más restrictiva o de emisión discrecional (*may issue law*). Bajo el sistema de emisión discrecional, una persona que interesaba adquirir una licencia de armas (además de no ser persona prohibida para adquirir armas de fuego), debía proveer evidencia de buen carácter por medio de declaraciones juradas de tres testigos, atestiguar que no era propenso a cometer actos de violencia y se exigía que la persona solicitante demostrara una razón válida por la que necesitaba portar un arma de fuego.¹³ En otras palabras, en el método de emisión discrecional, el peso de la prueba recae sobre la parte solicitante y no sobre la agencia reguladora.

Adicionalmente, la Ley Núm. 404-2000 dividía la licencia de armas en permisos o categorías separadas. Específicamente, la licencia de armas contaba con tres permisos separados para autorizar la posesión de armas, el deporte del tiro al blanco y la portación. Los permisos de posesión y tiro al blanco se solicitaban en la Policía; y el permiso de portación debía solicitarse mediante solicitud *ex parte* al Tribunal de Primera Instancia. Con la aprobación de la Ley Núm. 168-2019, las personas a las

¹⁰ Ley de armas de Puerto Rico, Ley Núm. 404-2000, 25 LPRA § 455 (derogada 2019).

¹¹ *Nueva Ley de Armas de Puerto Rico 2020*, MICROJURIS.COM (11 de diciembre de 2019), <https://aldia.microjuris.com/2019/12/11/firmada-la-nueva-ley-de-armas-de-puerto-rico-de-2020/>.

¹² Las leyes de armas que hacen más accesible la concesión de armas se les conoce en el idioma inglés como “shall issue laws”; mientras que a las leyes más restrictivas se les conoce como “may issue laws”. Véase *Guns in Public, Concealed Carry*, GIFFORDS LAW CENTER TO PREVENT GUN VIOLENCE, <https://giffords.org/lawcenter/gun-laws/policy-areas/guns-in-public/concealed-carry/> (última visita 15 de noviembre de 2021).

¹³ 25 LPRA § § 456a, 456d (derogada).

que se les expida una licencia al amparo de la referida ley tienen derecho a poseer y portar un arma con un solo carné de licencia expedida por la División de Reglamento de Armas y Expedición de Licencias, conocida también como el Registro de Armas y la Oficina de Licencia de Armas.¹⁴

De esta forma, la Ley Núm. 168-2019 eliminó el trámite de vista judicial requerido por la Ley Núm. 404-2000,¹⁵ en el que toda persona que interesaba solicitar un permiso de portación, además de cumplir con los requisitos exigidos por ley, debía justificar la necesidad de portar armas (demostrare temer por su seguridad), obtener un comprobante de rentas internas por la cantidad de doscientos cincuenta dólares (\$250) a favor del Superintendente de la Policía y llevar consigo tres testigos al Tribunal de Primera Instancia para que estos testificaran que cumplía con los requisitos de reputación. Adicionalmente, la persona peticionaria debía enfrentarse a un fiscal y a un juez para que se determinara si la persona reunía los requisitos para que se le concediera una licencia de portación. Si el Tribunal concedía la licencia, entonces autorizaba a la Policía a expedir una licencia de armas que incluyera un permiso o categoría de portar armas en el carné. Así pues, los cambios que trajo la Ley Núm. 168-2019 representan un impacto significativo en la larga tradición de política pública puertorriqueña de regular las armas de fuego en lugares públicos y estas modificaciones han tenido poca discusión desde la aprobación del estatuto.

A pesar de que la Ley Núm. 168-2019 continúa regulando las categorías prohibidas de personas no aptas para portar armas de fuego, como lo serían las personas que han sido convictas por los delitos enumerados en la propia ley,¹⁶ las personas incapacitadas mentalmente,¹⁷ entre otros supuestos, la Ley Núm. 168-2019 está plasmada de ambigüedades, lagunas jurídicas y contradicciones.¹⁸ Bajo esas circunstancias, este escrito tiene como objetivo reseñar algunas lagunas, ambigüedades, contradicciones y cambios significativos que trajo consigo la nueva *Ley de armas de Puerto Rico* y señalar los riesgos que estos cambios acarrearán para la seguridad pública. En particular, frente al contexto histórico de violencia que vive Puerto Rico y la política pública actual del Gobierno, que declara un estado de emergencia ante el aumento de casos de violencia de género en Puerto Rico. Al tener en cuenta esta problemática, este escrito pretende provocar acción legislativa, para que la nueva *Ley de armas de Puerto Rico* se atempere a la política pública de Puerto Rico contra la violencia

¹⁴ La Ley 168-2019 utiliza el término “Oficina de Licencia de Armas”. En Maldonado Rosado Ex Parte, KLRA201601086, 2017 PR App. WL 1325457 (TA PR 28 de febrero 2017), el Tribunal de Apelaciones se refiere a la Oficina de Licencia de Armas como la División de Reglamentos de Armas y Expedición de Licencias.

¹⁵ *Id.* 25 LPRA § 456d (derogada).

¹⁶ 25 LPRA § 462h (2019).

¹⁷ *Id.* 25 LPRA §§ 462a, 462h, 462l, 462n (2019).

¹⁸ Véase Muñoz, Torres v. Superintendente Policía, 125 DPR 603, 606 (1990). (reconociendo que existe una “laguna” en relación a la eliminación legal de convicciones).

de género y armonice, a su vez, con la larga tradición puertorriqueña de regular las armas de fuego.

En virtud de lo anterior, considero que le corresponde a la Asamblea Legislativa realizar un esfuerzo práctico y concienzudo para aclarar estas lagunas y ambigüedades. Los asuntos de seguridad pública no deben ser dejados a la merced e interpretación de las agencias administrativas y de los tribunales. Es menester recordar que los tribunales y las agencias administrativas están autorizados a interpretar las leyes cuando estas no son claras; el objetivo es el de suplir una laguna; y la justicia así lo requiere (entre otras instancias).¹⁹

A modo de ejemplo, una laguna jurídica y contradicción importante que contiene la Ley Núm. 168-2019, se encuentra en las disposiciones que imponen una obligación ministerial de ordenar la devolución de la licencia de armas, de las armas y municiones de forma inmediata cuando una persona con licencia de armas es acusado criminalmente y posteriormente recibe una determinación de no culpabilidad.²⁰ A pesar de que el estatuto le impone una obligación a los tribunales de devolverle a un acusado las armas de fuego en la instancia criminal, la Ley Núm. 168-2019 no contempla el procedimiento que deben seguir los tribunales al momento de culminar la vigencia del remedio civil que provee una orden de protección o en caso de que la orden no sea expedida en contra de una persona que posea licencia de armas.

Una posible respuesta al vacío jurídico, que trae el supuesto de las órdenes de protección, lo provee el artículo 2.13 de la Ley Núm. 168-2019,²¹ el cual dispone que la Policía podrá iniciar una investigación administrativa luego de una determinación de no causa en un proceso criminal aún cuando el tribunal ordene la devolución de las armas. Por otra parte, ¿qué sucede si el tribunal no ordena la devolución de las armas de una persona a la que se le archivó una orden de protección que había sido expedida en su contra (parte peticionada)? Entiendo que, ante la falta de un mandato por parte del tribunal para que se devuelvan las armas a la parte peticionada de una orden de protección, las armas permanecerían ocupadas hasta que se concluya la investigación administrativa que autoriza el artículo 2.13 de la Ley Núm. 168-2019.²²

En otras palabras, ante la ausencia de un mandato expreso sobre el proceder en los casos de archivo de órdenes de protección, se puede concluir por analogía que la disposición del artículo 2.13 sería aplicable en estos supuestos, ya que luego del archivo o culminación de una orden de protección, sería lógico y razonable determinar que existe motivo fundado para entender que la persona con licencia de armas,

¹⁹ San Gerónimo Caribe Project v. Registradora, 189 DPR 849, 868 (2013).

²⁰ *Id.* 25 LPRA § 462g, 462l (2019).

²¹ 25 LPRA § 462l (2019). Dicha disposición regula las circunstancias en las que el estado podrá ocupar armas de fuego de forma temporera sin una orden de un tribunal.

²² *Id.*

podiera hacer uso ilegal de sus armas, en las circunstancias anticipadas por el propio artículo 2.13.²³ Es común ver que, luego de la culminación de la vigencia de una orden de protección, la víctima o parte peticionaria es asesinada por su agresor.²⁴ Además, este proceder sería compatible con el espíritu de la ley de prevenir actos violentos, espíritu que se ve reflejado a través de los requisitos que exigen lo siguiente: no haber tenido una orden de protección en los pasados doce meses previos a la solicitud de una licencia de armas; no ser convicto de delitos graves y delitos menos graves que conlleven violencia; y en la disposición que regula el procedimiento expedito de licencia de armas para víctimas de violencia doméstica y acecho.²⁵

²³ *Id.* Según el referido artículo, la Policía podrá ocupar la licencia de armas y armas de fuego de una persona sin orden judicial cuando tenga motivos fundados para entender que la persona hizo o hará uso ilegal de las armas para causar daño a otras personas, entre otras circunstancias que la disposición prevee.

²⁴ Véanse al respecto los casos de feminicidio de Brenda Pérez Bahamonde y Andrea Ruíz Costas: Alex Figueroa Cancel, *La Mujer Policía Asesinada en Salinas tuvo una orden de protección que expiró en diciembre*, EL NUEVO DÍA, 28 de enero de 2022, <https://www.elnuevodia.com/noticias/seguridad/notas/la-mujer-policia-asesinada-en-salinas-tuvo-una-orden-de-proteccion-que-expiro-en-diciembre/> y Daniel Rivera Vargas, *Caso de Andrea Ruíz Podría llevar al Supremo Federal a revocar al TSPR*, MICROJURIS, 1 de noviembre de 2021, <https://aldia.microjuris.com/2021/11/01/caso-de-andrea-ruiz-podria-llevar-al-supremo-federal-a-revocar-al-tspr/>. Para algunos ejemplos de casos en los que la víctima ha sido asesinada aún con una orden de protección activa, véase Annie Lorenna Ramírez Hernández, *La Violencia de Género: ¿Por Qué es Necesario un Estado de Emergencia?*, 89 REV. JUR. UPR 71 (2020). Para otros ejemplos de casos de feminicidios en los que los asesinos contaban con licencia de armas, véanse los siguientes artículos de prensa: *Casellas no recuperará licencia de armas mientras Pesquera sea superintendente*, TELEMUNDO, 21 de febrero de 2015, <https://www.telemundopr.com/local/casellas-no-recuperara-licencia-de-armas-mientras-pesquera-sea-superintendente/28695/>; Dennise Y. Pérez, *Jensen Medina admite que mató a Arellys Mercado pero que el arma se disparó sin querer*, NOTICEL, 15 de noviembre de 2021, <https://www.noticel.com/tribunales/top-stories/20211116/jensen-medina-admite-que-mato-a-arellys-mercado-pero-que-el-arma-se-disparo-sin-querer/>; Miguel Rivera Puig, *Agentes ocuparon dos armas a Félix Verdejo*, EL VOCERO, 3 de mayo de 2021, https://www.elvocero.com/ley-y-orden/agentes-ocuparon-dos-armas-a-felix-verdejo/article_b8b5f514-ac02-11eb-87af-437435968c7e.html; Maribel Hernández Pérez, *Radican cargos por feminicidio y armas contra hombre que asesinó a su esposa en Río Grande*, PRIMERA HORA (1 de septiembre de 2021), <https://www.primerahora.com/noticias/policia-tribunales/notas/radican-cargos-por-feminicidio-y-armas-contra-hombre-que-asesino-a-su-esposa-en-rio-grande/>; Adriana Díaz Tirado, *Alertan sobre fácil acceso a armas tras feminicidio en Canóvanas*, EL NUEVO DÍA, 9 de abril de 2022, <https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/notas/alertan-sobre-facil-acceso-a-armas-tras-feminicidio-en-canovanas/>.

²⁵ Véanse 25 LPRA § § 462a (7), 462h y 462m. Véase también, *Información legal: Puerto Rico: armas de fuego, órdenes de protección y armas de fuego*, WOMENSLAW.ORG (actualizada 19 de noviembre de 2021), <https://www.womenslaw.org/es/leyes/pr/armas-de-fuego/ordenes-de-proteccion-y-armas-de-fuego#node-70278>.

Al tomar como referencia el vacío y desfase existente entre las órdenes de protección y las armas de fuego, este escrito propone generar debate sobre la efectividad de la implementación de la nueva *Ley de armas de Puerto Rico* y los procedimientos de seguridad que permiten adquirir armas de fuego en Puerto Rico, la salud mental y la violencia sin que estas propuestas representen una carga onerosa para los ciudadanos responsables y respetuosos de la ley puedan usar las armas en defensa de la familia y del hogar.²⁶ De la misma manera, con este artículo, se busca visibilizar la relación causal entre facilitar el acceso a las armas de fuego y la violencia armada, pues el uso de armas de fuego ha sido el mecanismo principal de los homicidios en Puerto Rico.²⁷ Se espera que, por medio de la discusión que pueda generar este artículo, se traiga a la atención la necesidad de reformar la Ley Núm. 168-2019 con el propósito de hacer un balance entre el derecho a portar armas y la prevención de actos de violencia.

En otras palabras, a medida en que se aumente la prominencia de un asunto o se introduzcan nuevos asuntos en la agenda pública, se hace un reconocimiento de que existe un problema, camino para que ocurra un cambio social en el futuro.²⁸ A manera de ejemplo, la evidencia empírica sobre violencia armada señala, entre otras cosas, lo siguiente:

(1) el riesgo de muerte de los agentes de ley y orden que responden a incidentes de violencia doméstica incrementa cuando las personas con las que intervienen poseen armas; (2) el uso de armas de fuego vinculados a incidentes de violencia doméstica hace más peligrosos estos eventos, y (3) las agresiones entre familiares y parejas íntimas tienen mayor probabilidad de resultar en muerte en las que hay presencia de armas que aquellos incidentes del mismo tipo en los que no hay presencia de armas de fuego.²⁹ Por último, no podemos pasar por alto que los asuntos discutidos en este escrito deben ser discutidos a la luz del derecho a poseer y portar armas consagrado en la Constitución de los Estados Unidos, su jurisprudencia interpretativa y a la luz de la reducida jurisprudencia interpretativa del Tribunal Supremo de Puerto Rico, que denomina el poseer y portar armas como un privilegio.

²⁶ Pueblo v. Serrano Vázquez, Criminal Núm. E LA2017G0186, E BD2017G0111 (303) (TPI, Caguas, 28 de agosto de 2017) (disponiendo por voz del Hon. Juez Díaz Reverón, que la base de la Segunda Enmienda de la Constitución Federal es que los ciudadanos responsables y respetuosos de la ley puedan usar las armas en defensa de la familia y el hogar).

²⁷ Diego E. Zavala Zegarra, et. al., INSTITUTO DE ESTADÍSTICAS DE PUERTO RICO, SISTEMA DE NOTIFICACIÓN DE MUERTES VIOLENTAS DE PUERTO RICO INFORME ANUAL 32 (2017) [HTTPS://ESTADISTICAS.PR/FILES/PUBLICACIONES/INFORME%20MUERTES%20VIOLENTAS%202017_2020%200710-CEE.PDF](https://estadisticas.pr/files/publicaciones/informe%20muertes%20violentas%202017_2020%200710-CEE.pdf) (última visita 13 de marzo de 2022).

²⁸ SELINA E. M. KERR, GUN VIOLENCE PREVENTION? THE POLITICS BEHIND POLICY RESPONSE TO SCHOOL SHOOTINGS IN THE UNITED STATES 9 (2018).

²⁹ ²⁹ U.S. v. Chester, 847 F. Supp. 2d 902, 910 (2012) (traducción y énfasis suplido).

II. REALIDAD PUERTORRIQUEÑA: BREVE HISTORIA Y TRADICIÓN SOBRE LA REGULACIÓN DE ARMAS EN PUERTO RICO

Los antecedentes de la legislación sobre armas en Puerto Rico son extensos y el uso de las armas comenzó a moldearse bajo la soberanía española mediante el Real Decreto de 10 de Agosto de 1875.³⁰ Este Decreto se encargaba de regular el uso de las armas de fuego por medio de licencias o permisos, al igual que por medio de la *Ley de caza y pesca de 1879*.³¹ Bajo esas circunstancias, se puede interpretar que estas regulaciones aplicaban a Puerto Rico, ya que el título I de la Constitución Española de 1869 fue extendida a Puerto Rico en 1873.³² A partir del dominio de los Estados Unidos sobre Puerto Rico, en el año 1902, la primera regulación sobre armas en Puerto Rico se introdujo a través del Código Penal de 1902 (una reproducción de los códigos penales de los estados de Montana y California).³³ El Código Penal de ese entonces limitaba la posesión y tenencia de armas de los ciudadanos a menos que se estuviese dentro de los grupos exceptuados por la ley.³⁴

Luego de la aprobación del Código Penal de 1902, para el año 1905, la Legislatura de Puerto Rico aprobó una ley de armas. Como resultado, la *Ley de armas de 1905*, permitía que ciertas personas en específico pudieran portar armas.³⁵ En 1924, se enmienda la Ley de 1905 y se mantuvo un sistema de licencias y registros.³⁶ Después de la promulgación de la Ley Núm. 14-1924, en el año 1927, el Tribunal Supremo de Puerto Rico validó el poder de razón de estado para regular las armas de fuego en Puerto Rico.³⁷ Sobre este asunto, se resolvió que, ante la ausencia de

³⁰ *Real Decreto de 10 de Agosto de 1875*, AGENCIA ESTATAL BOLETÍN DEL ESTADO <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1894/265/A01021-01021.pdf> (publicado en la Gaceta de Madrid: núm. 265, de 22/09/1894, en la pág. 1021, Reales Ordenes Circulares, Ministerio de Gracia y Justicia).

³¹ *Ley de Caza de 10 de Enero de 1879*, publicado en la Gaceta de Madrid: núm. 13, de 13/01/1879, pág. 117, Ministerio de Fomento, <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1879/013/A00117-00119.pdf>. Para un resumen de la historia de la regulación de armas en Puerto Rico, véase, además, Dr. José E. Hernández Acevedo, *Evolución del Derecho a Portar Armas en Puerto Rico*, Celebración de la Semana de la Biblioteca de Derecho de la Universidad de Puerto Rico (última visita 13 de marzo de 2022).

³² HÉCTOR J. PÉREZ RIVERA, *EL SIGLO XIX: CONSTITUCIONES Y DERECHO ULTRAMARINO*, EL DERECHO EN CLAVE HISTÓRICA 331 (2014).

³³ COD. PEN. PR 1902 (derogado 1905). Véase Exposición de motivos, Ley de armas de Puerto Rico de 2020, Ley Núm. 168 de 1 de diciembre 2019, 25 LPRA § 460.

³⁴ Véase ACLU PUERTO RICO, INFORME DE ACTIVIDAD LEGISLATIVA: ANÁLISIS DE DERECHOS CIVILES Y CONSTITUCIONALES EN LA LEGISLATURA DE PUERTO RICO DURANTE 2017-2020 30-33 (2020), <https://drive.google.com/file/d/1wZQxEMY000M2EUdYZbdS-N-DtzA6Bb4R/edit>.

³⁵ Ley de 9 de mayo de 1905 (derogada 1924). Véase Exposición de motivos, Ley de Armas de Puerto Rico, Ley Núm. 168 de 11 de diciembre de 2019, 25 LPRA § 460.

³⁶ Ley Núm. 14 de 24 de junio de 1924 (derogada 1937).

³⁷ Pueblo v. Díaz Cintrón, 36 DPR 571, 584 (1927).

un mandato expreso por parte del Congreso de Estados Unidos (a través de la *Ley Jones*) en cuanto a la reglamentación de armas de fuego, el Congreso le había conferido a la Legislatura de Puerto Rico amplias facultades para reglamentar y prohibir la portación de armas mortíferas o peligrosas.³⁸ Luego de que el Tribunal Supremo de Puerto Rico validara el poder de razón de estado para regular las armas, no fue coincidencia que se aprobara un estatuto en el 1937,³⁹ el cual exigía que cualquier persona que tuviera armas de fuego estaba obligada a declarar este hecho por escrito, bajo juramento y concedía un término de treinta días a las personas para cumplir con dicha disposición.⁴⁰

Posteriormente, la Ley Núm. 94-1937 fue sustituida por la Ley Núm. 17-1951 y surgió además una ley complementaria, siendo esta la Ley Núm. 75 de 13 de junio de 1953, conocida como la *Ley de tiro al blanco*.⁴¹ Ambas leyes regulaban la posesión y el uso de armas de fuego en Puerto Rico y la clasificaban como un privilegio en su exposición de motivos.⁴² Subsecuentemente, en el año 1982, el Tribunal Supremo de Puerto Rico estableció que la posesión o portación de un arma de fuego no constituía un derecho, sino un privilegio en Puerto Rico.⁴³ Así, en el año 1994, el Tribunal reiteró la doctrina del privilegio.⁴⁴ Más adelante, en el año 2000, se aprobó la Ley Núm. 404-2000 y, en su exposición de motivos, se justificó su creación como un instrumento para controlar el crimen.⁴⁵

Finalmente, luego de veinte años desde la aprobación de la Ley Núm 404-2000, entra en vigor una nueva ley de armas en Puerto Rico. Para justificar el cambio a la Ley Núm. 168-2019, en su exposición de motivos, la Asamblea Legislativa tomó como fundamento que el cambio ocurre a raíz de las decisiones del Tribunal Supremo de Estados Unidos que proclama el derecho a poseer y portar armas como

³⁸ *Id.* en la pág. 571.

³⁹ Véase Hernández Acevedo, *supra* nota 31.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ Hernández Acevedo, *ante* nota 31.

⁴² Ley Núm. 17 de 19 de enero de 1951 (derogada 2000) y Ley de tiro al blanco, Ley Núm. 75 de 13 de junio de 1953, 15 LPRA § 371 (derogada 2000). Véase también la Ley Núm.88 de 25 de junio de 1965, Ley de revólveres, pistolas o instrumentos de bala blanca, 25 LPRA § 547.

⁴³ Pueblo v. Del Río, 113 DPR 684, 689 (1982).

⁴⁴ Rivera Pagán v. Supte. Policía de P.R., 135 DPR 789,794 (1994).

⁴⁵ Exposición de motivos, Ley de armas de Puerto Rico, Ley Núm. 404 de 11 de septiembre de 2000, 25 LPRA § 455. (derogada 2019). Véase también Vega v. Policía de Puerto Rico, KLRA201600693, 2016 PR App. WL 7664574, en la pág. 2 (TA PR 28 de octubre de 2016), en el que se menciona que la Ley Núm. 404-2000 se promulgó con el fin principal de “lograr una solución efectiva al problema del control de armas de fuego en manos de los delincuentes en Puerto Rico y que esta legislación responde al interés del Estado de proveer un instrumento para que las agencias encargadas del orden público sean más efectivas en sus acciones contra el crimen”.

un derecho fundamental.⁴⁶ No obstante, la doctrina del privilegio establecida en los años 1937, 1982 y reiterada por última vez en 1994, no ha sido expresamente derogada por el Tribunal Supremo de Puerto Rico y, hasta el presente, no ha llegado algún caso que cuestione la constitucionalidad de la Ley Núm. 168-2019 a nuestro más alto foro judicial o al de Estados Unidos.

III. AMBIGÜIDADES, LAGUNAS Y CONTRADICCIONES DE LA LEY DE ARMAS DE PUERTO RICO

A. Entre las ambigüedades, lagunas, contradicciones y/o incongruencias más importantes que contiene la Ley Núm. 168-2019, se encuentra la eliminación de las convicciones penales y la concesión de armas. En ese caso, cabe preguntarse qué sucedería si una persona que ha sido convicta de delito solicitara una licencia de armas. ¿A caso tienen derecho a portar armas las personas convictas por delitos graves y menos graves que conllevan violencia que han logrado eliminar dichas convicciones conforme a los procedimientos establecidos en ley? ¿Es la prohibición de expedir licencias de armas a personas que han sido convictas cónsona con el mandato constitucional a la rehabilitación? ¿Cómo compara la eliminación de convicciones con los procedimientos de desvíos?⁴⁷

Como se mencionó anteriormente en la introducción, la Ley Núm. 168-2019 carece de un mandato expreso o reglamentario⁴⁸ en cuanto a si una persona que eliminó convicciones de su expediente criminal tiene derecho a que le sea expedida una licencia de armas. No surge del texto ni de la intención legislativa de la Ley Núm. 168-2019 que la eliminación del historial de convicciones sea un factor a considerar para la otorgación de una licencia de armas. La ley que, permite la eliminación de convicciones del certificado de antecedentes penales,⁴⁹ también guarda silencio sobre si la eliminación de convicciones del registro de antecedentes penales concede

⁴⁶ Exposición de motivos, Ley de Armas de Puerto Rico de 2020, Ley Núm. 168 de 11 de diciembre de 2019, 25 LPRA § 460. (haciendo referencia general a los casos de *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570, (2008); *McDonald v. City of Chicago, Ill.*, 561 U.S. 742(2010)).

⁴⁷ Para un mejor entendimiento de los procedimientos de desvíos, véase *Ford Motor v. E.L.A.*, 174 DPR 735, 743-744 (2008).

⁴⁸ NPPR, Reglamento para administrar la nueva Ley de armas de Puerto Rico de 2020, Núm. 9172, art. 2.12 (17 de marzo de 2020), https://policia.pr.gov/wp-content/uploads/2020/04/Reglamento_Armas.pdf.

⁴⁹ Ley Núm. 108 de 21 de junio de 1968, Ley sobre eliminación de delitos del récord penal, 34 LPRA § 1731, *derogada y sustituida por la Ley* para autorizar a la Policía de Puerto Rico la expedición de certificados de antecedentes penales, Ley Núm. 254 del 27 de julio de 1974, 34 LPRA §§ 1725a-2 (2004 & Supl. 2011). La Ley de Certificados de Antecedentes Penales, Ley 314 de 15 de septiembre de 2004, 34 LPRA 1725, enmendó la Ley 254-1974.

derecho a tener licencia de armas. Ante la ausencia de un mandato legal de la Ley Núm. 168-2019 sobre la eliminación de convicciones y la prohibición expresa de no expedir licencia de armas a personas que han sido convictas por los delitos allí establecidos,⁵⁰ propongo analizar si la eliminación de convicciones del récord penal se extiende a todo tipo de propósito o si por el contrario tiene un fin parcial. Para evaluar este asunto, utilizaré como metodología lo que categorizaré como la doctrina de la restauración de derechos civiles.⁵¹ Esta metodología se utiliza para analizar y determinar de forma racional y adecuada el alcance que tiene el mecanismo legal de eliminación de convicciones para propósitos de poseer y portar armas en Puerto Rico. Por tanto, según la doctrina de la restauración de derechos civiles, debemos preguntarnos primeramente si el mecanismo legal que permite la eliminación de convicciones del récord penal restaura o devuelve el derecho que tiene cualquier persona para ejercer el voto electoral, para aspirar a cargos públicos y servir como jurado. Como segundo criterio de este análisis, incorporamos las determinaciones de nuestro Tribunal Supremo en las únicas dos oportunidades que ha tenido para aclarar el alcance que tiene la eliminación de convicciones para efectos de una licencia de armas.⁵²

En síntesis, es por medio del artículo 2.09 de la Ley Núm. 168-2019 que se detallan los fundamentos que facultan a la agencia administrativa a rehusar expedir licencias de armas por razón de convicciones por delitos graves y menos graves que conllevan violencia. Asimismo, el artículo 2.02 establece otras circunstancias en las que procederá la denegación de una licencia de armas.⁵³ En otras palabras, el artículo 2.09 complementa el artículo 2.02 de la Ley Núm. 168-2019.⁵⁴ Como mencioné al comienzo del escrito, el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha reconocido que existe una laguna en el artículo que alude a las convicciones como prohibición para portar

⁵⁰ 25 LPRA § 462h (2019).

⁵¹ Véase *Logan v. United States*, 552 U.S. 23, 28 (2007). Para ello, analizamos el Código Electoral de Puerto Rico de 2020, Ley Núm. 58-2020, 16 LPRA § 4612 (2020), la Ley para facultar la toma de huellas digitales y fotografías de toda persona a la que se le impute un delito grave, Ley Núm. 45 de 1 de junio de 1983, 25 L.P.R.A. § 1154 (1984 & Supl. 1989), la Ley para la administración del servicio de jurado de Puerto Rico, Ley Núm. 281-2003, 34 LPRA § 1735c (2003) y la *Ley para la administración y transformación de los recursos humanos en el gobierno de puerto rico*, Ley Núm. 8 de 4 de febrero de 2017, 3 LPRA §1472c (2017).

⁵² *Rivera Pagán v. Supte. Policía de P.R.*, 135 DPR 789 (1994); *Muñoz, Torres v. Superintendente Policía*, 125 DPR 603, 606 (1990).

⁵³ 25 LPRA § § 462^a, 462h (2019).

⁵⁴ Sobre la discusión de un análisis integral de las disposiciones análogas a los artículos 2.02 y 2.09 de la Ley 168-2019, véase *Policía de Puerto Rico v. Cruz Torres*, KLRA201600071, 2016 PR App. WL 5441371, en la pág. 8 (TA PR 30 de junio de 2016); *Bermúdez Sánchez v. Policía de Puerto Rico*, KLRA201900774, 2021 PR App. WL 1588921 pág. 4 (TA PR 3 de marzo de 2021)., en el contexto de los artículos 2.02 y 2.11 de la Ley Núm. 404-2000.

armas de fuego.⁵⁵ A pesar de este reconocimiento, la nueva *Ley de armas* nada hizo para corregir este vacío, al igual que su ley antecesora. En cuanto al impedimento que representa tener convicciones en nuestro ordenamiento jurídico, el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha resuelto que los procesos estatales que permiten la eliminación de delitos graves del expediente criminal (*restoration of civil rights of felons, expungement, pardons, etc.*), no tienen el alcance de restablecer o devolverle el derecho a poseer un arma de fuego a una persona que fue convicta en la esfera federal, de acuerdo al *Gun Control Act of 1968*, conocido como la *Ley federal de control de armas de 1968*.⁵⁶

El Tribunal Supremo de Estados Unidos aclara que, en el caso de convicciones estatales, para los efectos de determinar si una persona recuperó todos sus derechos como resultado de una eliminación de convicciones, el primer paso es definir lo que constituye una convicción conforme a las leyes estatales de la jurisdicción en la que se llevaron a cabo los procesos criminales (*the choice-of-law clause*).⁵⁷ En otras palabras, será necesario examinar si la ley estatal, que permite la eliminación de delitos, tiene el alcance de remover los efectos legales que tienen las convicciones, y le devuelven al exconvicto todos o parte de sus derechos civiles, tales como sería el derecho a poseer y portar armas. Por tanto, para comenzar con el análisis, primero se debe recurrir directamente al estatuto que regula la eliminación de convicciones y analizar de forma integrada la forma en que el estatuto armoniza con otras leyes del estado y/o territorio que regulan los impedimentos legales que tienen las convicciones sobre una persona. En general, se debe evaluar el propósito del estatuto a través de su exposición de motivos y analizar si el procedimiento permite la restauración de derechos que le permiten a una persona ejercer el voto, aspirar a cargos públicos y/o servir como jurado.⁵⁸

Un indicio de que el alcance de la eliminación de antecedentes penales de la Ley Núm. 314-2004⁵⁹ es uno parcial o limitado, lo provee la Ley Núm. 45-1983,⁶⁰ la cual autoriza a las personas que fueron absueltas de delitos de naturaleza grave

⁵⁵ En *Muñoz Cedeño v. Superintendente*, 125 DPR 603, 606 (1990), se reconoció que la Ley de Armas establece una veda absoluta para concederle licencia de armas a los solicitantes que hayan sido convictos de los delitos establecidos por ley y que la Ley de Armas no toma en consideración los casos en que las convicciones han sido eliminadas.

⁵⁶ *Gun Control Act of 1968*, 18 USCA sec. 922 (g). Véase *Beecham v. U.S.* 511 U.S. 368, 372 (1994).

⁵⁷ Véase *Beecham*, 511 U.S. en la página 371.

⁵⁸ *Logan v. United States*, 552 U.S. 23, 31 (2007).

⁵⁹ Ley para autorizar a la Policía de Puerto Rico la expedición de certificados de antecedentes penales, Ley Núm. 254 del 27 de julio de 1974, 34 LPRA §§ 1725a-2 (2004 & Supl. 2011).

⁶⁰ Ley para facultar la toma de huellas digitales y fotografías de toda persona a la que se le impute un delito grave, Ley Núm. 45 de 1 de junio de 1983, 25 LPRA § 1154 (1984 & Supl. 1989).

o que recibieron un indulto total y absoluto del Gobernador, solicitar al Tribunal de Primera Instancia que la Policía de Puerto Rico les devuelva las huellas digitales y fotografías que les tomaron por motivo de la detención. Así, este procedimiento no permite que personas que hayan resultado convictas tengan derecho a la devolución de fotos y huellas.⁶¹

Por otro lado, la Ley Núm. 281-2003⁶² prohíbe a personas servir como jurado en Puerto Rico cuando hayan sido convictas de delito grave o por cualquier delito que implique depravación moral. De igual manera, el artículo 7.2 (b) del Código Electoral de Puerto Rico de 2020⁶³ exige como requisito que los aspirantes a candidaturas de cargos públicos electivos en Puerto Rico no hayan sido convictos de delito grave o menos grave que implique depravación moral. Además, exige una declaración jurada ante notario público, que certifique que no ha sido convicto por estos delitos en otro país o en alguna otra jurisdicción de Estados Unidos. Por tanto, cuando analizamos la Ley Núm. 314-2004 y los estatutos que regulan los derechos –que el Tribunal Supremo federal utiliza como referencias para conocer si el efecto de la eliminación de convicciones es un parcial o total– parece indicar que el efecto que tiene el procedimiento creado por la Ley Núm. 314-2004 es uno parcial, cuyo efecto principal es borrar las consecuencias socioeconómicas, que representa la existencia permanente de un récord penal en nuestra sociedad.⁶⁴

Según la exposición de motivos de la Ley Núm. 254-1974, según enmendada por la Ley Núm. 314-2004, este estatuto tiene el propósito de promover la rehabilitación de personas que han sido convictas y, de esta forma, los exconvictos puedan reintegrarse a la sociedad y al mundo laboral.⁶⁵ Es precisamente por este motivo,

⁶¹ 25 LPRA § 1154 (1984 & Supl. 1989). Véase también *Pueblo v. Torres Albertorio*, 115 DPR 128, 135 (1984).

⁶² Ley para la administración del servicio de jurado de Puerto Rico, Ley Núm. 281-2003, 34 LPRA § 1735c (2003 & Supl. 2004 & 2006).

⁶³ Cód. Elec. PR, 16 LPRA § 4612 (2020). Asimismo, la Sección 6.3 de la Ley para la administración y transformación de los recursos Humanos en el Gobierno de Puerto Rico, Ley Núm. 8 de 4 de febrero de 2017, 3 LPRA §1472c (2017) prohíbe la contratación de exconvictos de delitos graves y nada menciona sobre la eliminación de convicciones.

⁶⁴ Véase *Pueblo v. Ortiz Martínez*, 123 DPR 820, 830 (1989). (analizando la derogada Ley de eliminación de convicciones del récord penal, Ley Núm. 108 de 21 de junio de 1968, 34 LPRA § 1735, que regulaba la eliminación de convicciones, en el contexto de la concesión de una sentencia suspendida). En el contexto de reglamentación de profesiones y ocupaciones, véase la Op. Sec. Just. Núm. 1989-13, 1989 WL 1635467, en la pág. 4. (opinando que cada caso debe ser estudiado de forma individual para determinar la elegibilidad de una solicitud de examen de un aspirante al ejercicio de una profesión por el hecho de que el solicitante tuviera antecedentes penales, a tono con el derecho constitucional a la rehabilitación y al debido proceso de ley).

⁶⁵ Exposición de motivos, Ley para autorizar a la Policía de Puerto Rico la expedición de certificados de antecedentes penales, Ley Núm. 254 del 27 de julio de 1974, 34 LPRA §§ 1725a-2 (2004 & Supl. 2011).

que, si los años requeridos para eliminar el récord penal no han transcurrido, el exconvicto podrá solicitar un Certificado de Rehabilitación y Capacitación para trabajar al Departamento de Corrección y Rehabilitación.⁶⁶ A causa de lo antes expuesto, es forzoso concluir que el alcance de la eliminación de convicciones del certificado de antecedentes penales es uno parcial o limitado y no tiene el alcance de permitir a las personas que se les haya eliminado todo tipo de delito del registro criminal sean elegibles para obtener licencias de armas.

Respecto al segundo criterio de análisis que discutiré, la primera normativa vigente del Tribunal Supremo de Puerto Rico encaminó la eliminación de convicciones por delitos menos graves y la concesión de licencias a discreción de la agencia administrativa. En *Muñoz, Torres v. Superintendente Policía*, el Tribunal Supremo de Puerto Rico validó que la intención legislativa era “eliminar del récord penal del ciudadano, convicciones por delitos menos grave, todo ello como medida de valor social y rehabilitador”.⁶⁷ Nuestro más alto foro fue preciso en establecer que lo anterior significa que el comisionado de la Policía tiene discreción, en estos casos, para expedir la licencia solicitada (refiriéndose a los casos en los que la persona haya sido convicta por delito menos graves y haya hecho una eliminación de dichas convicciones).⁶⁸ Por consiguiente, en *Muñoz, Torres v. Superintendente Policía*, el Tribunal Supremo parece haber limitado su análisis al alcance que tiene la eliminación de antecedentes penales sobre delitos menos graves en procedimientos de licencia de armas, según los hechos que tuvo ante su consideración.

Posteriormente, el Tribunal Supremo de Puerto Rico, en una opinión mayoritaria emitida por el Juez Presidente, señor Adréu García, con la que concurrió el Juez Asociado señor Negrón García sin opinión escrita y con una opinión disidente del Juez Asociado señor Rebollo López; concluyó que actuó acertadamente el superintendente de la Policía al descartar la resolución dictada por el Tribunal de Primera Instancia, mediante la cual se ordenó la eliminación del expediente penal del recurrido Rivera Pagán (dos convicciones por los delitos de tentativa de asesinato y ley de armas) cuando denegó la solicitud de este para tener y poseer un arma de fuego por razón de la prohibición contenida en el artículo 17 de la *Ley de armas de Puerto Rico* (Ley Núm. 17-1951).⁶⁹

⁶⁶ 34 LPRÁ § 1725 (2004 & Supl. 2011).

⁶⁷ *Muñoz, Torres v. Superintendente Policía*, 125 DPR 603, 605 (1990). (analizando la eliminación de antecedentes penales de la Ley sobre eliminación de delitos del récord penal, Ley Núm. 108 de 21 de junio de 1968, 34 LPRÁ § 1731, *derogada y sustituida por la Ley* para autorizar a la Policía de Puerto Rico la expedición de certificados de antecedentes penales, Ley Núm. 254 del 27 de julio de 1974, 34 LPRÁ §§ 1725a-2 (2004 & Supl. 2011).

⁶⁸ *Muñoz, Torres*, 125 DPR en la pág. 609.

⁶⁹ Véase *Rivera Pagán v. Supte. Policía de P.R.*, 135 DPR 789, 801 (1994). Cabe destacar que el artículo 17 de la Ley 17-1951 contenía una prohibición análoga a la de los artículos 2.11 de la Ley 404-2000 y 2.09 de la Ley 168-2019, en cuanto a la concesión de licencias de armas a exconvictos se refiere.

Aunque el Tribunal no reveló los criterios que utilizó para variar la determinación que había hecho previamente en *Muñoz, Torres v. Superintendente Policía*, sería razonable concluir que, en *Rivera Pagán v. Supte. Policía de PR*, el Tribunal basó su determinación en consideraciones de seguridad pública y prevención de violencia, dado a la naturaleza de las convicciones allí eliminadas.⁷⁰

Por otro lado, un criterio crucial que debemos considerar en nuestra metodología de análisis, se centra en lo que se denomina como el *background check*, que es la investigación de los archivos digitales o verificación de antecedentes para obtener licencia de armas. Este criterio nos lleva auscultar la intención de la Asamblea Legislativa de permitir que el Estado examine si una persona, más allá de proveer un certificado negativo de antecedentes penales, ha resultado convicta de delitos, al concederle a la Policía de Puerto Rico autorización para realizar una investigación en los archivos digitales.⁷¹ En otras palabras, la investigación en los archivos digitales constituye un criterio adicional y distinto al requisito de proveer un certificado negativo de antecedentes penales.⁷² A estos efectos, nuestro Tribunal de Apelaciones ha distinguido entre el requisito de tener un certificado negativo de antecedentes penales y la investigación en los diferentes archivos digitales a los que el Estado tiene acceso.⁷³ El Tribunal de Apelaciones basó su determinación en el poder de razón de estado que le permite al Estado regular las armas de fuego y en la facultad provista en ley al Comisionado de la Policía para la concesión de licencias de armas.⁷⁴

Por lo que la Ley Núm. 168-2019 le delega a la Policía de Puerto Rico la facultad de llevar a cabo un *background check* de cada solicitante, en bases de datos independientes, mediante una investigación en los archivos digitales de cualquier agencia gubernamental de Puerto Rico, de Estados Unidos o cualquier subdivisión política de este. Además, investigar en cualquier entidad extranjera o internacional a la que pueda tener acceso, incluyendo los archivos del National Crime Information Centes (NCIC), del National Instant Criminal Background Check System (NICS),

⁷⁰ Nótese que, en *Rivera Pagán*, 135 DPR en la pág. 792., el Tribunal tuvo ante su consideración una eliminación de convicciones por dos delitos de tentativa de asesinato acompañados de infracciones a la Ley de Armas, mientras que, en *Muñoz, Torres*, 125 DPR en la pág. 605., las convicciones eliminadas no conllevaban violencia y estaban tipificadas como delitos menos graves por la Ley Núm 17-1951.

⁷¹ Ley de armas de Puerto Rico, Ley Núm. 168-2019, 25 LPRA § 462a (2019).

⁷² *Id.*

⁷³ José L. Pérez López v. E.L.A., KLRA202100228, 2021 PR App.WL 5879057, en las págs. *5-6 (TA PR 4 de noviembre de 2021). (determinando que a pesar de que unas convicciones por homicidio y Ley de Armas habían sido eliminadas en virtud de una orden judicial, procedía la denegación de una solicitud de licencia de armas, ya que en la investigación de los archivos digitales se reflejaban dichas convicciones). Véase también Eddie Oquendo Orta v. Negociado de la Policía de Puerto Rico, KLRA202200014, 2022 PR App. WL 1638134 (TA PR 22 de abril de 2022).

⁷⁴ Pérez López, KLRA202100228, en la pág. 4.

el Sistema de información de Justicia Criminal (SIJC-PR) y el Registro Criminal Integrado (RCI) del Departamento de Justicia de Puerto Rico.⁷⁵ La investigación en los archivos digitales (*background check*) es un criterio independiente al de la eliminación de convicciones del certificado de antecedentes penales y su sistema de almacenamiento del cual se elimina la convicción (el Sistema de información de Justicia Criminal).⁷⁶ El criterio de la verificación de antecedentes es de tal envergadura para la regulación de armas de fuego, que la Cámara de Representantes del Congreso de los Estados Unidos aprobó recientemente un proyecto de ley bipartita que busca expandir los *background checks* a cada venta de arma o transferencia. El proyecto de ley pretende, entre otras, atender una laguna existente en la ley federal, que permite que se proceda con la venta de un arma de fuego, si transcurridos tres días no hay respuesta de las agencias federales en cuanto a si el solicitante tiene o no convicciones y/o si tiene alguna incapacidad mental que no le permita tener armas.⁷⁷

Finalmente, el último criterio que debemos incorporar en nuestra metodología de análisis se enfoca en la distinción entre la eliminación de antecedentes penales y los programas de desvíos que proveen las Reglas de Procedimiento Criminal de Puerto Rico,⁷⁸ la *Ley de Sustancias Controladas*,⁷⁹ y la *Ley para la prevención e*

⁷⁵ 25 LPRA § 462a (2019).

⁷⁶ *Id.* en la nota 73. (determinando que la investigación en los archivos digitales se lleva a cabo a través de bases de datos de información electrónica independientes entre sí). Véase también el artículo 8 (q) de la Ley del protocolo para garantizar la comunicación efectiva entre los componentes de seguridad del Estado Libre Asociado de Puerto Rico y del sistema de información de justicia criminal, Ley Núm. 143-2014,4 LPRA 533(2019). (disponiéndose que el SIJC no contendrá datos relativos a convicciones cuya eliminación de record penal haya sido ordenado por un Tribunal).

⁷⁷ H.R. 8, March 1st, 2021, 177th Congress 1st Session (2021-2022), The Bipartisan Background Checks Act of 2021, <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/8>. Para un resumen de la medida y las propuestas medulares, véase *Fact Sheet from Speaker of the House Nancy Pelosi*, March 10, 2021, https://larsen.house.gov/uploadedfiles/hr_8_the_bipartisan_background_checks_act_of_2021.pdf. Entre las propuestas más importantes del proyecto de ley se encuentra el aumentar término de tres días a 30 o 60 días para completar el “background check”. Véase también, Matthew Brown, *Houses Passes Bills to Expand Background Checks for gun sales and close Charleston Loophole*, USA TODAY (11 de marzo de 2021), <https://www.usatoday.com/story/news/politics/2021/03/11/house-passes-bill-expanding-background-checks-gun-sales/6923667002/>. La cantidad de verificación de antecedentes para comprar armas de fuego en Puerto Rico aumentó 134% entre 2020-2021. Véase Alex Nguyen, *Informe violencia con armas de fuego en los territorios de EE.UU.*, GIFFORDS LAW CENTER TO PREVENT GUN VIOLENCE (7 de marzo de 2022), https://giffords.org/articles/violencia-con-armas-de-fuego-en-los-territorios-de-ee-uu/#footnote_10_52528.

⁷⁸ R.P. CRIM. 247.1-247.2, 34 LPRA Ap. II (1963) (últimas enmiendas años 1995 y 2018, respectivamente).

⁷⁹ Ley de sustancias controladas de Puerto Rico, Ley Núm. 4 de 23 de junio de 1971, según enmendada, 24 LPRA § 2404 (1971).

intervención con la violencia doméstica.⁸⁰ Los programas de desvíos establecen expresamente que “la exoneración y sobreseimiento del caso criminal es de carácter confidencial y no se considerará como una convicción a los fines de descualificaciones o incapacidades impuestas por la ley a los convictos por la comisión de algún delito”.⁸¹ Además, la persona exonerada tendrá derecho a que el superintendente de la Policía le devuelva cualquiera récord de huellas digitales y fotografías tomadas en relación al caso sobreseído que obren en poder de la Policía.⁸² Estos mecanismos procesales de sentencia responden a la corriente filosófica de la justicia terapéutica, según validado por nuestro Tribunal Supremo.⁸³

Como hemos podido apreciar, nuestro estado de derecho ha validado que la eliminación de delitos graves y/o violentos del certificado de antecedentes penales no provee para que una persona sea acreedora de una licencia de armas. De manera similar, la jurisprudencia federal reitera que el derecho a poseer y portar armas ha sido regulado históricamente con relación a las personas que fueron convictas por delito grave (*felons*).⁸⁴

Por todo lo discutido, utilizando como referencia la metodología de análisis de la doctrina de la restauración de derechos civiles, recomiendo que cualquier variación que se pretenda hacer a nuestro estado de derecho con el propósito de ampliar el alcance que tienen las eliminaciones de antecedentes penales sobre la concesión de licencias de armas, se haga por medio del trámite legislativo. Recordemos, además, que la Cláusula de Igual Protección de las Leyes⁸⁵ no considera como una clasificación sospechosa o clase protegida la cualidad de exconvicto.⁸⁶ En otras palabras, no se discriminaría por razón de origen o condición social al denegar una licencia de armas por haber tenido convicciones, ya que existe una relación racional entre la cualidad de exconvicto o de no tener antecedentes penales y tener armas de fuego.⁸⁷

⁸⁰ Ley para la prevención e intervención con la violencia doméstica, Ley Núm. 54 de 15 de agosto de 1989, 8 LPRA § 636 (1995 & Supl. 2021).

⁸¹ R.P. CRIM. 247.1-247.2, 34 LPRA Ap. II; 24 LPRA § 2404 (1971); 8 LPRA § 636 (1995 & Supl. 2021).

⁸² *Id.*

⁸³ Véase *Ford Motor v. E.L.A.*, 174 DPR 735, 745 (2008); *Díaz Morales v. Departamento de Justicia*, 174 DPR 956, 963 (2008). Véase también DAVID B. WEXLER, JUSTICIA TERAPÉUTICA: UNA VISIÓN GENERAL, ARIZONA LEGAL STUDIES DISCUSSION PAPER NO. 14-23 (2014).

⁸⁴ Véase *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570, 626-627 (2008) y *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742, 786 (2010).

⁸⁵ CONST. PR art. II, § 7.

⁸⁶ *Garib Bazain v. Hospital Auxilio Mutuo, et at.*, 204 DPR 601, 263 (2020). (en el contexto de la Ley de Despido Injustificado) y *Rosario v. Toyota*, 166 DPR 1, 37 (2005). (opinión dividida, en el contexto de una solicitud de empleo).

⁸⁷ Aplicación por analogía a la concesión de licencias de armas, de acuerdo a lo resuelto en *Garib Bazain*, 204 DPR en la pág. 263 y *Rosario*, 166 DPR en la pág. 37.

Por tal razón, concluyo que el criterio que exige la Ley Núm. 168-2019, de no haber sido convicto por delitos graves y menos graves que conlleven violencia, como requisitos para obtener una licencia de armas, constituye una reglamentación válida que se relaciona al interés apremiante del Estado para combatir la criminalidad, promover mayor seguridad y bienestar público a la ciudadanía. Además, dicho interés va acorde con la larga tradición de regular las armas en Puerto Rico.

Por las razones antes mencionadas, propongo que, de enmendarse en un futuro la prohibición de convicciones de la Ley Núm. 168-2019, la modificación se haga dentro del marco de la justicia terapéutica, de modo que se haga un balance entre el derecho a poseer y portar armas y el derecho constitucional a la rehabilitación.⁸⁸ Para ello, se deberán establecer criterios concretos que sean cónsonos con el mandato constitucional a la rehabilitación. A manera de ejemplo, la Ley Núm. 168-2019 pudiera establecer como criterio para reestablecer el derecho a poseer y portar armas que una persona que eliminó convicciones, no ha vuelto a ser arrestado y/o procesado por cometer otros delitos y no tenga historial de violencia, luego de un periodo de tiempo determinado, pueda certificar por medio de declaración jurada y de una vista administrativa que se ha rehabilitado.⁸⁹ Después de todo, el artículo 7.19 de la Ley Núm. 168-2019 contempló el asunto de las convicciones para la concesión de las licencias de cazas.⁹⁰

B. HISTORIAL DE VIOLENCIA

Es posible que, la omisión o remoción del criterio de no tener historial de violencia de la nueva *Ley de armas*, sea aun más grave que el vacío que han tenido las leyes de armas sobre la materia de eliminación de convicciones. Esto es así, ya que el criterio que exige no tener historial de violencia permite examinar si la persona, más allá de haber sido acusada o convicta de delito, tiene la capacidad mental y

⁸⁸ CONST. PR art. VI, § 19.

⁸⁹ Para establecer un periodo de tiempo, se debería consultar con el Departamento de Corrección y Rehabilitación, el Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico, la Asociación de Psicología de Puerto Rico, el Colegio de Trabajadores Sociales, la Administración de Servicios de Salud Contra la Adicción, Escuelas de Derecho de Puerto Rico, entre otras entidades que puedan sugerir un término de tiempo basado en data empírica. En Bermúdez Sánchez v. Policía de Puerto Rico, KLRA201900774, 2021 PR App. WL 1588921, en la pág. *7 (TA PR 3 de marzo de 2021), el Tribunal de Apelaciones le concedió licencia de armas a un solicitante que había eliminado una convicción por ley de armas, ya que habían transcurrido 30 años desde que cumplió su condena. No había cometido delito desde entonces, gozaba de buena reputación, se mantenía trabajando y tenía conducta respetuosa en la comunidad. El Tribunal concedió la licencia a tenor con la política pública de propiciar la rehabilitación de los convictos y el derecho fundamental a la posesión y portación de armas.

⁹⁰ Nueva Ley de Vida Silvestre de Puerto Rico, Ley Núm. 241 de 15 de agosto de 1999, según enmendada, 12 LPRA § 107o.

emocional para poseer y portar un arma de fuego.

Cuando se habla del criterio de no tener historial de violencia, nos referimos al requisito que exigía la Ley Núm. 404-2000.⁹¹ Por ello, no sería casualidad que la omisión o remoción del criterio de no tener historial de violencia de la Ley Núm. 168-2019 haya coincidido con la eliminación del requisito de declaración jurada que exigía la Ley Núm. 404-2000, en la cual todo solicitante de licencia de armas debía atestiguar, por sí mismo y por tres personas que no tuvieran relación de consanguinidad o afinidad, que el solicitante gozaba de buena reputación y que no era propenso a cometer actos de violencia.⁹² A simple vista, el criterio de no tener historial de violencia puede dar la impresión de carecer de mayor trascendencia, ya que la Ley Núm. 404-2000 no definía el concepto y solamente lo mencionaba como un requisito con el que debía cumplir todo solicitante, entendiéndose, el de no tener un historial de violencia. Adicionalmente, este criterio pasaba desapercibido, ya que se encontraba al final del mismo inciso que exigía como requisito el no tener una orden de protección expedida en su contra. Precisamente, no es hasta que este criterio se analiza a luz de lo discutido por el Tribunal Supremo de Puerto Rico, que se refleja su verdadera importancia.⁹³ Por tanto, lo dispuesto en *Rolón Martínez v. Caldero López* es de suma importancia, pues allí se define y se discuten los efectos del criterio de no tener historial de violencia.

Específicamente, el requisito de no tener historial de violencia puede clasificarse como una medida preventiva de violencia, de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso, ya que el Tribunal no avala que se tenga que esperar a que ocurra una desgracia o a tener evidencia de que ocurrió un hecho lamentable para poder revocar una licencia de armas.⁹⁴

El Tribunal Supremo de Puerto Rico aclara que el historial de violencia se refiere a “ciertos tipos de actos o conductas violentas o agresivas que el solicitante haya llevado a cabo con relación al cual la Policía, bajo su conocimiento especializado, entienda que es necesario, como medida preventiva, no conceder las licencias de armas y no permitir actos ilegales o desgraciados con el uso de un arma de fuego”.⁹⁵ Así, el criterio de no tener historial de violencia no necesariamente requiere que una persona haya sido declarada culpable de algún delito.⁹⁶

⁹¹ Ley de armas de Puerto Rico, Ley Núm. 404-2000, 25 LPRA § 456a (derogada 2019).

⁹² *Id.*

⁹³ *Rolón Martínez v. Caldero López*, 201 DPR 26, 50 (2018).

⁹⁴ *Id.* Véase también Echevarría Villalobo Ex parte, KLRA201000699, 2010 PR App. WL 6549828, en la pág. *4 (TA PR 15 de diciembre de 2010). (donde se discute la revocación de licencia de armas por conductas violentas).

⁹⁵ *Rolón Martínez*, 201 DPR en la pág. 45.

⁹⁶ *Id.*

Lo que permite que el criterio del historial de violencia continúe vigente, es la determinación de el Tribunal de que el factor de no tener un historial de violencia es “válido y acorde con los principios y los propósitos de las leyes sobre armas y de la Policía”.⁹⁷ Nótese que la razón que permite darle validez al historial de violencia se basa en los principios y propósitos generales de las leyes de armas y de la policía como “medida preventiva de evitar actos ilegales o desgraciados con el uso de un arma de fuego.”⁹⁸ En otras palabras, cuando analizamos el lenguaje y los fundamentos utilizados por el Tribunal Supremo de Puerto Rico, estos parecen atar el criterio de no tener historial de violencia con el poder de razón de estado o *police power*, que permite al Gobierno el poder regulatorio de las armas de fuego. Esto se debe por el poder inherente de regular intereses o actividades que se consideran apremiantes como la salud, la seguridad pública y el bienestar de sus ciudadanos.⁹⁹

Aunque la Asamblea Legislativa de Puerto Rico no incluyó el requisito de no tener historial de violencia en la nueva *Ley de armas de Puerto Rico*, a la luz de la normativa del caso de *Rolón Martínez v. Caldero López*, sería razonable interpretar que la Rama Legislativa tuvo la intención de que la Policía de Puerto Rico continuara examinando si la persona, más allá de ser un acusado o convicto, tiene la capacidad mental y emocional para tener y poseer un arma de fuego. Este propósito se refleja en el espíritu de las diferentes disposiciones de la Ley Núm. 168-2019, cuyos objetivos principales son la prevención de la violencia.¹⁰⁰ Además, este criterio armoniza con los principios y propósitos de la ley orgánica de la agencia administrativa que la Asamblea Legislativa facultó como ente especializado para regular la Ley Núm. 168-2019.¹⁰¹ El requisito de no tener un historial de violencia no es exclusivo de Puerto Rico y lo podemos encontrar también en la Ley de Armas de Canadá, el cual establece como requisito que no se expedirá licencia de armas a personas que tengan un historial de comportamiento violento.¹⁰²

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ *Id.* Véase, además, *Jacobson v. Commonwealth of Massachusetts*, 197 U.S. 11, 25 (1905).

¹⁰⁰ Para una discusión sobre la hermenéutica legal y la voluntad legislativa al aprobar una ley, véase *Rolón Martínez*, 201 DPR en la pág. 41 y *San Gerónimo Caribe Project v. Marchand*, 189 DPR 849, 866 (2013).

¹⁰¹ Ley orgánica de la Policía de Puerto Rico, Ley Núm. 53 de 10 de junio 1996, 25 LPRA § 3101 (1996 & supl. 2016) (Derogada y sustituida por la Ley del departamento de seguridad pública de Puerto Rico, Ley Núm. 20-2017, 25 LPRA § 353 (2017 & supl. 2021)).

¹⁰² Firearms Act, S.C. 1995, c 39, s 5 (2) (c) (Can.) (Ver Regla 20.5 del Blue Book, Statutes in Common Law Systems, cite like U.S. Statutes Rule 12 if the jurisdiction statutes appear in codification). Véase también William C. Bartlett, *Gun Control in Canada*, Law and Government Division, Library Parliamentary Research Branch, 1994, CANADA'S FIREARMS ASSOCIATION, <https://nfa.ca/wp-content/uploads/2015/09/Gun-Control-Laws-in-Canada-1994.pdf> (última visita 27 de marzo de 2022).

C. INCAPACIDAD MENTAL

En esta parte del escrito, se discute lo relacionado al cambio que realizó la nueva *Ley de armas de Puerto Rico* sobre el criterio de condición mental, en el cual se exige una declaración de incapacidad de un Tribunal.¹⁰³ Este requisito resulta más laxo que el exigido por la Ley Núm. 404-2000, el cual prohibía expedir licencia de armas a una persona con padecimiento mental que lo incapacitara para poseer un arma.¹⁰⁴ Asimismo, la Ley Núm. 168-2019 reemplazó el fundamento que permitía revocar una licencia de armas por un padecimiento mental, con el fundamento de ocupar temporaneamente la licencia y armas sin orden judicial.¹⁰⁵ A mi entender, este cambio de criterio parece ser cónsono con la doctrina del cuidado comunitario,¹⁰⁶ la cual prohíbe ocupar armas de fuego en el hogar sin una orden judicial cuando el Estado tiene motivos fundados para pensar que una persona no se encuentra capacitado emocionalmente y pudiera hacer uso ilegal de sus armas. Ante este cambio, cabe preguntarnos entonces, ¿tienen las personas con padecimientos mentales, que no hayan sido declaradas incapaces por un Tribunal con jurisdicción, derecho a poseer armas de fuego?

La protección que, en definitiva se le dé a la clasificación del criterio de la incapacidad mental, dependerá de los intereses que tuvo la Asamblea Legislativa ante sí para realizar este cambio. No obstante, en la exposición de motivos de la Ley Núm. 168-2019 se hace mención de este asunto. Este cambio de paradigma puede deberse a que la capacidad mental se presume en nuestro ordenamiento jurídico y solo puede destruirse a través de prueba evidente y completa en contrario.¹⁰⁷ Esta variación también puede ser reflejo de la carencia de un imaginario colectivo en Puerto Rico sobre balaceras masivas por personas con padecimientos mentales, tal y como ocurre en los Estados Unidos en comunidades escolares y espacios públicos.¹⁰⁸ Aunque

¹⁰³ Ley de armas de Puerto Rico, Ley Núm. 168-2019, 25 LPRA §§ 462a, 462h (2019).

¹⁰⁴ Ley de armas de Puerto Rico, Ley Núm. 404-2000, 25 LPRA § 456j (derogada 2019).

¹⁰⁵ 25 LPRA § 462i (2019).

¹⁰⁶ Véase *Cady v. Dombrowski*, 413 U.S. 433, 441 (1979) y *Caniglia v. Strom*, 141 S.Ct. 1596, 1600 (2021). (donde se rehusó extender la doctrina a los hogares).

¹⁰⁷ *Jiménez v. Jiménez*, 76 DPR 718, 733 (1954).

¹⁰⁸ Algunos de estos acontecimientos incluyen: la masacre de Parkland en Florida, la masacre ocurrida en la ciudad de Las Vegas (2017), la masacre de la Discoteca Pulse en la ciudad de Orlando (2016), la masacre de la Escuela Primaria Sandy Hook (2012), la masacre de la Universidad de Virginia Tech (2007), la masacre de la Escuela Superior Columbine (1999), entre otras. Véase SELINA E. M. KERR, GUN VIOLENCE PREVENTION? THE POLITICS BEHIND POLICY RESPONSE TO SCHOOL SHOOTINGS IN THE UNITED STATES, 9-12 (2018); KATHERINE S. NEWMAN ET AL., RAMPAGE: THE SOCIAL ROOTS OF SCHOOL SHOOTINGS, 47-52 (2004); *Mass Shootings*, GIFFORDS: COURAGE TO FIGHT GUN VIOLENCE (15 de noviembre de 2021), [HTTPS://GIFFORDS.ORG/ISSUES/MASS-SHOOTINGS/](https://giffords.org/issues/mass-shootings/).

no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico sobre el asunto de las armas de fuego y el criterio de incapacidad mental, el Tribunal Apelativo de Puerto Rico ha tenido oportunidad de evaluar este asunto.¹⁰⁹

Sobre el criterio de incapacidad mental, en el contexto de una solicitud de licencia de armas, el Tribunal Apelativo expresó que la determinación de incapacidad mental no puede hacerse por “información y creencia”, basado en lo declarado por los testigos entrevistados durante una investigación administrativa vinculada a la licencia de armas.¹¹⁰ En el expediente administrativo y en las determinaciones de hechos que haga la agencia reguladora, debe constar evidencia sustancial que respalde que el solicitante o persona con licencia de armas es paciente mental o que padece de sus facultades mentales. A manera de ejemplo, del expediente administrativo, debe surgir una certificación médica que declare que la persona tiene un padecimiento mental que le incapacita poseer un arma de fuego.¹¹¹

Cuando del expediente administrativo surja que un profesional de la salud mental llevó a cabo una primera evaluación en la que concluye que el solicitante o poseedor de licencia de armas no está apto para tener armas de fuego y luego rinde un segundo informe o certificación médica en el que concluye que la persona está apta para tener un arma, el solicitante debe demostrar que superó la situación que causó la revocación de su licencia de armas.¹¹² En otras palabras, el informe o evaluación posterior, que haga el profesional de la salud, deberá mencionar el tiempo que la persona recibió tratamiento para solucionar los problemas que ocasionaron la revocación de su licencia de armas la primera vez. De esa forma, debe evidenciar un cambio en las circunstancias que ocasionaron la revocación.¹¹³

Para investigar la salud mental en el contexto de una licencia de armas, debemos tener en cuenta que no solo la Ley Núm. 168-2019 faculta a la agencia administrativa a investigar si una persona que solicita una licencia de armas está facultado mentalmente para tener armas, sino que también las agencias administrativas están facultadas por ley para solicitar información al amparo de facultades de licenciamiento o permisos.¹¹⁴ Por ejemplo, la Ley Núm. 168-2019 le ordena a la Policía a

¹⁰⁹ Véase al respecto *Rivera García v. Policía de Puerto Rico*, KLRA201500788, 2016 PR App. WL 1366265 (TA PR 9 de febrero de 2016); *Cruz Maldonado v. Policía de Puerto Rico*, KLRA201900313, 2019 PR App. WL 4279183 (TA PR 26 de junio de 2019).

¹¹⁰ *Cruz*, KLRA201900313, en la pág. 4.

¹¹¹ *Rivera*, KLRA201500788, en la pág. 6.

¹¹² *Id*

¹¹³ *Id.* en la nota 111.

¹¹⁴ Ley de armas de Puerto Rico, Ley Núm. 168-2019, 25 LPRA §§ 462a, 462h, 462l, 462n (2020); Ley de procedimiento administrativo uniforme de Puerto Rico, Ley Núm. 38-2017, 3 LPRA § 9691. Véase también *Blassini v. Depto. Rec. Naturales*, 176 DPR 454, 465 (2009). Las agencias administrativas están facultadas para solicitar o requerir información siempre que los requerimientos de información no sean imprecisos o vagos y la información que se

investigar si la persona que solicita la licencia de armas ha sido ingresada de forma involuntaria en una institución de salud mental al amparo de la Ley de Salud Mental de Puerto Rico antes de emitir una licencia de armas.¹¹⁵ De esta forma, en caso de haber sido ingresada como consecuencia de una incapacidad mental, la Ley Núm. 168-2019 ordena que se deniegue la solicitud.¹¹⁶

Adicionalmente, es importante destacar que, desde el año 2016, el Departamento de Salud y Servicios Humanos de los Estados Unidos realizó una modificación a la *Health Insurance Portability and Accountability Act* o *Ley HIPAA*, la ley federal que protege la confidencialidad de la información médica.¹¹⁷ La modificación a la *Ley HIPAA* permite que ciertas agencias estatales puedan someter informes de salud mental al Sistema Nacional Instant Criminal Background Check System, y establece que dicho proceder no viola la confidencialidad de la ley federal.¹¹⁸ Como resultado, la *Ley HIPAA* prohíbe que se divulgue información relacionada al diagnóstico de salud mental y solo permite informar si la persona está prohibida por ley para poseer o comprar armas de fuego, por lo que no se incluye información clínica. Los estados han aprobado legislación para autorizar y suplir información sobre historial de salud mental al NICS luego de los acontecimientos de Virginia Tech en el año 2007.¹¹⁹ En Virginia Tech, 32 personas murieron como consecuencia de una persona que estaba prohibida de poseer y portar armas de fuego por ley federal, ya que padecía de un historial de salud mental.¹²⁰

Expuestos brevemente los principios que deben considerarse a los fines de mejorar el asunto de la incapacidad mental y el acceso a armas de fuego, no puede ignorarse la necesidad de que la Asamblea Legislativa de Puerto Rico atienda con premura este asunto e integre estudios interdisciplinarios al análisis sobre la salud mental y las armas de fuego. En virtud de lo anterior, se pueden establecer soluciones efectivas que logren el propósito de prevenir actos violentos con armas de fuego entre la población con condiciones de salud mental. Obsérvese que 800,000 personas sufren

solicite se relacione razonablemente con las funciones de la agencia administrativa. *Véase* Weber Carrillo v. ELA, 190 DPR 688, 702-703 (2014).

¹¹⁵ 25 LPRÁ §462n (2019); Ley de Salud Mental de Puerto Rico, Ley Núm 408 de 2 de octubre de 2000, 24 LPRÁ § 6155k.

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ Ley de transferencia y responsabilidad de seguro médico de 1996 (Health Insurance Portability and Accountability Act, HIPAA por sus siglas en inglés), Pub. L. No. 104-191, 110 Stat. 1936.

¹¹⁸ Sistema Nacional de Verificación Instantánea de Antecedentes Penales (NICS, por sus siglas en inglés), 25 LPRÁ § 462a (d)(3).

¹¹⁹ *Véase* SELINA E. M. KERR, GUN VIOLENCE PREVENTION? THE POLITICS BEHIND POLICY RESPONSE TO SCHOOL SHOOTINGS IN THE UNITED STATES 72-79 (2018).

¹²⁰ *Id.* en la pág. 73.; Giffords, *Mass Shootings*, GIFFORDS: COURAGE TO FIGHT GUN VIOLENCE (27 de marzo de 2022), [HTTPS://GIFFORDS.ORG/ISSUES/MASS-SHOOTINGS/](https://giffords.org/issues/mass-shootings/).

de trastornos de salud mental que se pueden calificar entre moderados a severos en Puerto Rico, de acuerdo a la Administración de Servicios de Salud Mental y Contra la Adicción (ASSMCA).¹²¹ El estudio hace referencia a que, entre la población de 15 a 30 años de edad, la primera causa de muerte es el homicidio. Además, entre las primeras cinco causas, están los accidentes y los suicidios, ambos relacionados con condiciones de salud mental.¹²² Asimismo, la evidencia empírica señala que el segundo método más utilizado en los casos de suicidios en Puerto Rico son las armas de fuego.¹²³ Con estas estadísticas como referencia, sería razonable concluir que, como medida preventiva y de bienestar general para la seguridad pública, las disposiciones de la Ley Núm. 168-2019, que atienden lo referente a la salud mental, deben ser atemperadas a la data empírica sobre la violencia con armas. Ante estas circunstancias, propongo que se reestablezca el requisito de la Ley Núm. 404-2000, el cual prohíbe tener armas a una persona con padecimiento mental, cuya condición le incapacita para poseer un arma.¹²⁴ Después de todo, el requisito de mantener las armas fuera del alcance de personas con padecimientos mentales constituye reglamentación tradicional.¹²⁵

IV. DERECHO A POSEER ARMAS DE FUEGO BAJO LA CONSTITUCIÓN DE PUERTO RICO Y ESTADOS UNIDOS

La discusión de este escrito no puede llevarse a cabo sin tomar en consideración la jurisprudencia federal sobre el derecho a poseer y portar armas de fuego. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos determinó que la Segunda y la Decimocuarta Enmienda de la Constitución federal no son incompatibles con restricciones o limitaciones razonables, por lo que el derecho a poseer armas de fuego bajo la Constitución de los Estados Unidos no representa un derecho absoluto.¹²⁶

¹²¹ Iliá Rosario Nieves et al., *La salud mental en Puerto Rico: una mirada desde las estadísticas públicas*, CUADERNOS DE INVESTIGACIÓN SOCIAL Y ECONÓMICA DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE PUERTO RICO 10 (2012), https://publicaciones.pucpr.edu/version_digital/la_salud_mental_pr/files/assets/common/downloads/publication.pdf?uni=edbeb6fb44a21f082e1d7593a5a18f45.

¹²² *Id.* en las págs. 9-10.

¹²³ María I. Coss Guzmán & Nayda I. Román Vázquez, *Informe mensual de suicidios en Puerto Rico*, COMISIÓN PARA LA PREVENCIÓN DEL SUICIDIO DEPARTAMENTO DE SALUD 16 (2021), <https://estadisticas.pr/files/Inventario/publicaciones/Junio%202021.pdf>.

¹²⁴ Ley de armas de Puerto Rico, Ley Núm. 404-2000, 25 LPRA § 456j (derogada 2019).

¹²⁵ “We made it clear in *Heller* that our holding did not cast doubt on such longstanding regulatory measures as prohibition on the possession of firearms by felons and the mentally ill, we repeat those assurances here.” *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742, 786 (2010). (énfasis suplido).

¹²⁶ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).; *McDonald*, 561 U.S. 742, 802 (2010).

¹²⁷ *McDonald*, 561 U.S. 742, 791 (2010).

A pesar de que el Tribunal Supremo de Estados Unidos determinó que el derecho a poseer y portar armas de fuego es aplicable a los estados por medio de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución federal, limitó su análisis a los hechos de *McDonald v. City of Chicago, Ill.* y estableció que la Segunda Enmienda se limita a proteger el derecho a poseer armas de fuego (*handgun*) para la defensa del hogar.¹²⁷ Estas limitaciones responden al poder de razón de estado, conocido como *police power*, el cual permite al Gobierno regular las armas de fuego como parte de su responsabilidad de velar por la seguridad pública.¹²⁸ De esta forma, la jurisprudencia federal antes mencionada establece de forma diáfana que los estados y territorios tienen autoridad para regular el procedimiento de adquisición y portación de armas de fuego con el propósito de velar por la seguridad y el bien de la ciudadanía. Además, el Gobierno reguló las armas de fuego en espacios públicos desde tiempos inmemorables.¹²⁹ El Estado tiene el poder inherente para regular intereses o actividades que considera apremiantes como la salud, la seguridad pública, la moral y el bienestar general de sus ciudadanos, por el poder de razón de estado.¹³⁰ Por tanto, se puede concluir que el poseer y/o portar armas de fuego queda condicionalmente limitado por la Constitución federal, la Constitución estatal y las leyes federales y estatales.

De igual forma, el Primer Circuito federal, del cual Puerto Rico forma parte, llegó a conclusiones similares a las del Tribunal Supremo de Estados Unidos, en cuanto a los estatutos que regulan la posesión de armas para la defensa del hogar. Por ejemplo, el Primer Circuito federal validó estatutos de licencias de armas del estado de Massachusetts y la regulación de armas de ese estado al amparo de la Segunda Enmienda, bajo el argumento de que estos estatutos adelantan un interés gubernamental importante y ese interés está sustancialmente relacionado con la ley o acción gubernamental que persigue promover la seguridad pública y la prevención del crimen, por medio de la regulación de armas de fuego.¹³¹

Por lo tanto, aun bajo la interpretación del derecho consagrado en la Constitución federal, el derecho a poseer y portar armas de fuego no es absoluto y no tiene el alcance de garantizar un derecho a poseer cualquier tipo de arma de fuego ni para cualquier lugar y propósito.¹³² En Puerto Rico, previo a *McDonald v. City of Chicago, Ill.* y a la Ley Núm. 168-2019, nuestro Tribunal Supremo había establecido que el poseer y/o portar un arma de fuego era un privilegio y no un derecho de naturaleza fundamental.¹³³ Luego de *McDonald v. City of Chicago, Ill.*, el Tribunal de Apela-

¹²⁸ Sobre el poder de razón de estado para regular las armas de fuego en Puerto Rico, véase en general Rolón Martínez v. Caldero López, 201 DPR 26 (2018).

¹²⁹ District of Columbia, 554 U.S. 570, 627 (2008).

¹³⁰ *Id.* en la nota 128.

¹³¹ Gould v. Morgan, 907 F.3d 659, 662 (1st Cir. 2018).

¹³² McDonald, 561 U.S. 742, 786 (2010).

¹³³ Pueblo v. Del Río, 113 DPR 684, 689 (1982).

ciones de Puerto Rico ha tenido oportunidad de evaluar la constitucionalidad de los requisitos para la obtención de licencias de armas bajo la Ley Núm. 404-2000, y determinó que los requisitos constituían reglamentación tradicional que no le imponía una carga sustancial a los ciudadanos.¹³⁴

V. ANÁLISIS

Una interpretación errónea, tergiversada y absoluta sobre el derecho a portar armas, promovido por el control, cabildeo e influencia directa de la industria de armas y sus intereses pecuniarios, implicaría que cualquier ciudadano pueda obtener un arma de fuego para cualquier propósito y lugar, contrario al derecho vigente, lo que representaría un riesgo a la seguridad pública de Puerto Rico.¹³⁵

La evidencia empírica sobre la violencia con armas representa una herramienta para combatir el fenómeno de la violencia en Puerto Rico. Por tal motivo, ante el momento histórico por el que atraviesa Puerto Rico y de acuerdo con el estado de emergencia ante el aumento de casos de violencia de género en Puerto Rico,¹³⁶ resulta imperativo que, como medida preventiva, el Estado utilice sus facultades delegadas por ley para que no se expidan licencias de armas a personas que hayan sido convictas por delitos graves, por delitos menos grave que conlleven violencia, a personas con historial de violencia y a personas con padecimiento mental que le incapacite poseer armas de fuego. Todo esto, con el propósito de prevenir actos ilegales o desgraciados con el uso de armas de fuego.

Sin lugar a dudas, nuestro ordenamiento jurídico y contexto sociocultural inciden en la adopción de criterios que permitan exigir regulaciones que se basen en estadísticas, información etnográfica y sentido común. Las regulaciones de armas

¹³⁴ Rodríguez, v. E.L.A., KLAN201501423, 2016 PR App. WL 1358376, en la pág. *11 (TA PR 26 de febrero de 2016).; García Cabrera v. Caldero López, KLAN201600512, 2016 PR App. WL 5887388, en la pág.* 8 (TA PR 31 de agosto de 2016).

¹³⁵ Referente al interés pecuniario y cabildeo de la industria de armas, véase al respecto *Giffords Sues the National Rifle Association for Violating Campaign Finance Laws*, GIFFORDS LAW CENTER TO PREVENT GUN VIOLENCE (2 de noviembre de 2021), <https://giffords.org/press-release/2021/11/giffords-sues-the-national-rifle-association-for-violating-campaign-finance-laws/>. Véase también Nydia Bauzá, *Avanza una medida que permitiría la portación de dos armas de fuego y que facilitaría el proceso para obtenerlas*, EL NUEVO DÍA (14 de marzo de 2022), <https://www.elnuevodia.com/noticias/legislatura/notas/avanza-una-medida-que-permitiria-la-portacion-de-dos-armas-de-fuego-y-que-facilita-el-proceso-para-obtenerlas/>.; *Presidente de CODEPOLA asegura caso de Carolina fue uno de legítima defensa*, NOTISEIS (8 de abril de 2022), https://wipr.pr/presidente-de-codepola-asegura-caso-de-carolina-fue-uno-de-legitima-defensa/?utm_source=rss&utm_medium=rss&utm_campaign=presidente-de-codepola-asegura-caso-de-carolina-fue-uno-de-legitima-defensa.

¹³⁶ Orden Ejecutiva Núm. 2021-013, *Que declara un Estado de Emergencia ante el aumento de casos de violencia de género en Puerto Rico* (25 de enero 2021), <https://www.estado.pr.gov/es/ordenes-ejecutivas/>.

son medidas necesarias para la prevención de violencia, dado que las armas de fuego y los incidentes de violencia doméstica son una combinación mortal.¹³⁷ A continuación, se detalla la cantidad de asesinatos con armas de fuego¹³⁸ y de incidentes de violencia doméstica reportados en Puerto Rico desde el año 2011 al 2020.¹³⁹

TABLA 1. ASESINATOS CON ARMAS DE FUEGO EN PUERTO RICO DESDE EL AÑO 2011 HASTA EL 2022

Año	Total de muertes
2011	1,036
2012	905
2013	830
2014	631
2015	567
2016	603
2017	616
2018	578
2019	551
2020	470

TABLA 2. INCIDENTES DE VIOLENCIA DOMÉSTICA DESDE EL AÑO 2011 HASTA EL 2022

Año	Total de Incidentes
2011	16, 173
2012	12,817
2013	12,171
2014	12,071
2015	11,640
2016	7,749
2017	8,227
2018	6,905
2019	6,725
2020	6,603
2021	7,906

¹³⁷ U.S. v. Skoien, 614 F.3d 638, 643 (7th Cir. 2010).

¹³⁸ Datos obtenidos de la Escuela de Salud Pública de la Universidad de Sydney en Australia, *Puerto Rico-Gun Facts, Figures and the Law*, GUNPOLICY.ORG (FECHA DE ÚLTIMA VISITA 15 DE NOVIEMBRE DE 2021), <https://www.gunpolicy.org/firearms/region/puerto-rico> y estadísticas oficiales de la División de Estadísticas de la Criminalidad del Negociado de la Policía de Puerto Rico.

¹³⁹ *Estadísticas, Incidentes de Violencia Doméstica*, WWW.MUJER.PR.GOV (15 de noviembre de 2021), <https://mujer.pr.gov/Estad%C3%ADsticas/Pages/Violencia-Doméstica.aspx>.

Los datos proyectados son consistentes con el Informe de Muertes Violentas del Instituto de Estadísticas de Puerto Rico del 2017, en el que se documenta que las armas de fuego continúan siendo el mecanismo principal utilizado en los homicidios, tanto en hombres (91.3%) como en mujeres (64.9%).¹⁴⁰ En cuanto a la violencia entre parejas se refiere, según la data empírica, la mayoría de las víctimas de violencia son mujeres (72.2 %); el 94.4% de los sospechosos de estos delitos, son hombres. Asimismo, en el 53.8% de los feminicidios reportados (relaciones denominadas hombre-mujer), la muerte de la mujer ocurrió mediante la utilización de un arma de fuego.¹⁴¹

Adicionalmente, la evidencia empírica identificó que, en Puerto Rico, la violencia de pareja es un factor determinante en los homicidios perpetrados contra mujeres, ya que un 40.5% de los asesinatos de mujeres fue ocasionado por una pareja íntima, proporción significativamente mayor en comparación al 6.3% reportado en los asesinatos perpetrados contra hombres.¹⁴² En este mismo contexto, se incluyen las cifras que contemplan los feminicidios perpetrados por parejas y exparejas entre los años 2018 y 2020:

TABLA 3. FEMINICIDIOS EN PUERTO RICO 2018-2020
DATOS RECOPIADOS POR EL OBSERVATORIO DE EQUIDAD DE GÉNERO¹⁴³

AÑO	NÚMERO TOTAL DE FEMINICIDIOS	NÚMERO TOTAL DE FIMINICIDIOS POR PAREJAS ÍNTIMAS	NÚMERO TOTAL DE FEMINICIDIOS POR UN MIEMBRO DE LA FAMILIA	OTROS FEMINICIDIOS RELACIONADOS CON EL GÉNERO COMETIDOS POR PERPETRADORES NO RELACIONADOS	TRANS-FEMINICIDIOS
2018 enero a diciembre	63	29			
2019 enero a diciembre	37	16	2	17	2

¹⁴⁰ Diego E. Zavala Zegarra, et. Al., *Informe de muertes violentas, de 2017*, INSTITUTO DE ESTADÍSTICAS DE PUERTO RICO, SISTEMA DE NOTIFICACIÓN DE MUERTES VIOLENTAS DE PUERTO RICO 34 (2017), <https://estadisticas.pr/files/Publicaciones/Informe%20de%20muertes%20violentas%202017-final-RevMBS.pdf>.

¹⁴¹ *Id.* en la pág. 41.

¹⁴² Emiko Petrosky, et. Al., *Surveillance for violent deaths, 34 States, Four California Counties, the District of Columbia and Puerto Rico 2017*, NATIONAL VIOLENT DEATH REPORTING SYSTEM (NVDRS) 2017 (27 de marzo de 2022), <https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/69/ss/ss6908a1.htm>.

¹⁴³ *Puerto Rico: Feminicidios enero-noviembre 2020, Reporte para la relatora especial de naciones unidas sobre la violencia contra las mujeres*, OBSERVATORIO DE EQUIDAD DE GÉNERO DE PUERTO RICO (23 de noviembre de 2020), https://drive.google.com/file/d/1tZWnxrH-8oWgr_K5nOzn9P1miaixhJR9/view.

AÑOS	NÚMERO TOTAL DE FEMINICIDIOS	NÚMERO TOTAL DE FIMINICIDIOS POR PAREJAS ÍNTIMAS	NÚMERO TOTAL DE FEMINICIDIOS POR UN MIEMBRO DE LA FAMILIA	OTROS FEMINICIDIOS RELACIONADOS CON EL GÉNERO COMETIDOS POR PERPETRADORES NO RELACIONADOS	TRANS-FEMINICIDIOS
2020 enero a noviembre	53	16	2	29	6
2020 marzo a noviembre	41	15	0	21	4

VI. CONCLUSIÓN

Inundar los espacios públicos con armas de fuego como respuesta a la criminalidad, pudiera fomentar la noción de que la ciudadanía tome la justicia en sus manos y considere la violencia con armas de fuego como la solución inmediata para corregir las tensiones sociales, injusticias y los agravios que puedan surgir durante la vida en sociedad.¹⁴⁴ Ante la crisis histórica de violencia que hemos reseñado a través de la data empírica, el proveer mayor acceso a armas de fuego como solución a esta problemática social, resulta ineficaz ante una crisis social que requiere atajar algunas de las condiciones subyacentes que propician la violencia. Algunas de estas condiciones incluyen la pobreza, la desigualdad social, la salud mental, la falta de acceso a una educación de calidad y la ausencia de educación con perspectiva de género.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Véase la analogía de la justicia callejera o *vigilante justice*, Hannah Shearer, et al., *Amicus Brief of Giffords Law Center to Prevent Gun Violence*, SUPREME COURT OF THE UNITED STATES 25-30, https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/20/20-843/193296/20210921170024843_20-843%20bsac%20Giffords%20Final.pdf (última visita 27 de marzo de 2022). Véase las siguientes situaciones en las que la ciudadanía tomó la justicia en sus manos y recurrió a la violencia armada como solución inmediata a conflictos: Miguel Rivera Puig, *Un fiscal deja en libertad a la mujer que mató a su yerno el Viernes en bayamón*, EL VOCERO (27 de enero de 2022), https://www.elvocero.com/ley-y-orden/policiacas/un-fiscal-deja-en-libertad-a-la-mujer-que-mat-a-su-yerno-el-viernes-en-bayamon/article_cabed5cc-97ee-11ec-8582-cfd4add162c.html. y Carlos Tolentino Rosario, *La fiscalía de Carolina se apresta a radicar cargos contra hombre que baleó a otro a plena luz del día*, EL NUEVO DÍA (9 de abril de 2022), <https://www.elnuevodia.com/noticias/seguridad/notas/la-fiscalia-de-carolina-se-apresta-a-radicar-cargos-contra-hombre-que-baleo-a-otro-a-plena-luz-del-dia/>.

¹⁴⁵ Véase Linda Colón Reyes, *La tarea inconclusa: pobreza y desigualdad social en el siglo XXI*, 17 REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES 81 (2007) (“A mayor desigualdad social, mayor número de problemas sociales y violencia”). Véase también ESTHER VICENTE, MÁS ALLÁ DE LA LEY: SEXO, GÉNERO Y VIOLENCIA EN LAS RELACIONES DE PAREJA 2 (2017). (“El análisis con perspectiva de género persigue desentrañar el conjunto de creencias, ideas, juicios, valoraciones, mitos y actitudes que sirven de guía en los procesos de comunicación y humanización en una Sociedad y un contexto histórico determinado”).

Como nos ilustra la profesora Esther Vicente, no es por falta de enunciados y políticas públicas que aún se manifiestan en la región caribeña los discrimenes basados en el género y en la violencia de género.¹⁴⁶

La crisis histórica de violencia con armas revela que la utilización de armas de fuego para cometer homicidios en Puerto Rico es proporcionalmente más altas, en comparación con regiones de los Estados Unidos, América Latina y el Caribe. Así, Puerto Rico y Venezuela lideran las estadísticas del uso de armas en homicidios.¹⁴⁷ Ante esa realidad social, la solución no puede recaer en una especie de privatización de la seguridad pública, en el que se relega la seguridad pública a la ciudadanía y a intereses privados. Con todo esto, quiero decir que, ante el momento histórico de violencia de género por el que atraviesa Puerto Rico, el Estado de Emergencia Ante el Aumento de Casos de Violencia de Género en Puerto Rico puede convertirse en un instrumento de política pública fragmentado, asincrónico e inoperante, si los demás instrumentos de política pública que tienen como objetivo prevenir la violencia no armonizan con el estado de emergencia. En cambio, resulta imperativo que, como medida armonizadora, el Estado utilice sus facultades delegadas en la Ley Núm.168-2019 para que no se expida licencias de armas a personas que hayan sido convictas por delitos graves, por delitos que impliquen violencia, personas con historial de violencia y con padecimientos mentales que le incapaciten poseer armas de fuego. Después de todo, el remover armas de fuego del hogar mitigará materialmente el peligro de que convictos de violencia doméstica asesinen a sus parejas.¹⁴⁸ No es suficiente que la Ley Núm. 168-2019 mantenga una veda absoluta para concederle licencia de armas a personas que hayan sido convictas por delitos de naturaleza grave y/o que conlleven violencia. Por tanto, reitero la importancia de devolverle a la nueva *Ley de Armas* el requisito de no tener historial de violencia, pues este criterio representa una herramienta vital para la prevención de la violencia con armas de fuego en Puerto Rico.

Más concretamente, el requisito de no tener un historial de conducta violenta tiene la implicación de

¹⁴⁶ ESTHER VICENTE ET AL., DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL CARIBE: GÉNERO, SEXUALIDAD Y RAZA 44 (2015).

¹⁴⁷ Puerto Rico (87.4%), Venezuela (87.5%), Cuba (9.9%), Canadá (31.7%). Véase al respecto Diego E. Zavala Zegarra, et. Al., *Informe de muertes violentas, de 2017*, INSTITUTO DE ESTADÍSTICAS DE PUERTO RICO, SISTEMA DE NOTIFICACIÓN DE MUERTES VIOLENTAS DE PUERTO RICO 34 (2017), <https://estadisticas.pr/files/Publicaciones/Informe%20de%20muertes%20violentas%202017-final-RevMBS.pdf>. En 2020, Puerto Rico tuvo una tasa de homicidio con armas de fuego 8.5 veces mayor que la de los 50 estados de EE.UU. y Washington DC. Véase Alex Nguyen, *Informe violencia con armas de fuego en los territorios de EE.UU.*, GIFFORDS LAW CENTER TO PREVENT GUN VIOLENCE (7 de marzo de 2022), https://giffords.org/articles/violencia-con-armas-de-fuego-en-los-territorios-de-ee-uu/#footnote_10_52528.

¹⁴⁸ United States v. Booker, 644 F.3d 12, 26 (1st Cir. 2011).

[f]renar instancias potenciales de violencia doméstica, una modalidad de la violencia de género. . . por lo que en el contexto de esta coyuntura histórica y en el balance de intereses, debe prevalecer el interés del Estado en la promoción de la seguridad y el bienestar general de la ciudadanía, sobre la garantía de un derecho que no es absoluto.¹⁴⁹

El permitir que la población se arme indiscriminadamente como respuesta al auge en la criminalidad no aporta nada a lograr una sociedad más segura. En promedio, las armas de fuego no protegen o evitan que aquellos que las poseen resulten heridos durante un asalto.¹⁵⁰ Adicionalmente, las estadísticas demuestran una correlación entre la criminalidad y el tráfico ilícito de armas.¹⁵¹ A esos efectos, miles de armas adquiridas legalmente entran al mercado ilegal de armas cada año, como consecuencia del hurto y venta ilegal de armas (tráfico ilícito de armas).¹⁵² Existe también otra modalidad común de tráfico de armas, en el que un comprador adquiere un arma de fuego para otra persona, que por lo regular está prohibida de tener armas, por lo que en un sinúmero de ocasiones, las armas adquiridas por este medio terminan utilizándose para cometer delitos.¹⁵³

La Segunda Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos dispone que “no se coartará el derecho del pueblo a tener y portar armas”.¹⁵⁴ El caso de *District of Columbia v. Heller* determinó que el derecho de poseer y portar armas de la Segunda Enmienda de la Constitución federal constituye un derecho de naturaleza individual que permite a los ciudadanos respetuosos de la ley utilizar las armas

¹⁴⁹ Rodríguez Canales v. Negociado de la Policía de Puerto Rico, KLRA202100156, 2021 PR APP. WL 2483353, en la pág. 8 (TA PR 28 de mayo 2021). (Méndez Miró, opinion disidente).

¹⁵⁰ Charles C. BRANAS, et al., *Investigating the link between gun possession and gun assault*, AMERICAN JOURNAL OF PUBLIC HEALTH, 2034–2040 (2009), <https://doi.org/10.2105/AJPH.2008.143099>.

¹⁵¹ Pueblo v. Torres Lozada, 106 DPR 588 (1977).

¹⁵² Véase *Trafficking & Straw Purchasing*, Giffords Law Center to Prevent Gun Violence, https://giffords.org/lawcenter/gun-laws/policy-areas/crime-guns/trafficking-straw-purchasing/#footnote_6_5599; artículo que cita a David M. Hureau, Anthony A. Braga: *The Trade in Tools: The Market for Illicit Guns in High-risk Networks*, *Crimonolgy* 56 no. 3 (2018), entre otras fuentes.

¹⁵³ A esta modalidad de tráfico de armas se le conoce como *straw purchasing*. Véase al respecto *Trafficking & Straw Purchasing*, GIFFORDS LAW CENTER TO PREVENT GUN VIOLENCE, *supra*. Véase también Kristin M. Hall, et. Al., *U.S. Military Guns Keep Vanishing*, AP NEWS (15 de junio 2021), <https://apnews.com/article/government-and-politics-nc-state-wire-ny-state-wire-ma-state-wire-ri-state-wire-4a734c3cce89a7b0526b361ea65c68aa>.

¹⁵⁴ CONST. EE. UU. Enm. II. (traducción suplida). Véase Rolón Martínez v. Caldero López, 201 DPR 26, 37 (2018).

¹⁵⁵ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570, 635 (2008).

para la defensa del hogar.¹⁵⁵ Por otra parte, en *McDonald v. City of Chicago, Ill.*, se estableció que el derecho a poseer y portar armas de fuego es un un derecho fundamental aplicable a los estados a través de la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución federal.¹⁵⁶ No obstante, la Segunda Enmienda establece que este derecho será bien regulado (*a well regulated militia*). A tales efectos, el Juez Asociado del Tribunal Supremo Antonin Scalia reconoció, en *District of Columbia v. Heller*, que el Estado puede regular el derecho para poseer y portar armas y que la Segunda Enmienda no otorga un derecho a poseer y portar cualquier tipo de arma de cualquier forma, en cualquier lugar y para cualquier propósito.¹⁵⁷ La determinación del Tribunal federal se basó principalmente en la interpretación de la historia y tradición de portar y poseer armas en los Estados Unidos.¹⁵⁸ En síntesis, la Segunda Enmienda era originalmente la garantía de que un gobierno opresor podría ser derrocado por medio de las armas, tal como los colonos norteamericanos lograron su independencia de la tiranía de la monarquía inglesa.¹⁵⁹

En otras palabras, el derecho a poseer y portar armas en los Estados Unidos es un derecho autóctono de la Carta de Derechos de la Constitución Federal y este no tiene contraparte en la Constitución de Puerto Rico, por lo que no se trata de un derecho de factura más ancha. La Carta de Derechos de la Constitución de Puerto Rico se creó no solo con la intención de cumplir con los requisitos mínimos establecidos en la Constitución Federal, sino que tuvo el fin de ser una de las cartas de derecho más liberales, más generosas y más auténticamente democráticas en el mundo.¹⁶⁰ Específicamente, la Carta de Derechos de Puerto Rico fue influenciada por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre ambas de 1948.¹⁶¹ Aun tratándose de una Carta de Derechos nutrida de otras constituciones del mundo, los constituyentes puertorriqueños eligieron no incorporar un derecho para poseer y portar armas en su Constitución, y el Congreso de los Estados Unidos, quienes participaron de su apobación, tampoco lo exigieron. La centralidad de la

¹⁵⁶ *McDonald v. City of Chicago, Ill.*, 561 U.S. 742, 791(2010). CONST EE. UU. Enm. XIV.

¹⁵⁷ *Heller*, 554 U.S. 570, 626 (2008).

¹⁵⁸ *McDonald*, 561 U.S., en la pág. 768.

¹⁵⁹ Agustín Aponte Vélez, *La Ley de Armas de Puerto Rico bajo la Nueva Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 46 REV. JUR. UIPR 449 (2012). Sobre la historia y tradición de la Segunda Enmienda, véase también José Garriga Picó, *La Constitucionalidad de la Ley de Armas de Puerto Rico Después de McDonald v. City of Chicago*, REV. JUR. UPR (2013-2014).

¹⁶⁰ DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE 1348 (1968). (citado en Tatiana Vallescorbo Cuevas, *Interpretando la Factura más Ancha*, 46 REV. JUR. UIPR 303 (2011)).

¹⁶¹ Véase Carlos E. Ramos González, *La libertad de expresión en el derecho constitucional comparado*, 44 REV. JUR. UIPR 429, 431 (2010). (citado en Tatiana Vallescorbo Cuevas, *supra*).

Carta de Derechos de la Constitución de Puerto Rico fue crear un estado social y democrático.¹⁶²

Por consiguiente, concluyó que el derecho a poseer y portar armas en Puerto Rico no goza de un alto sital en la escala de valores de la sociología puertorriqueña. En términos de la historia y tradición de regular las armas de fuego en Puerto Rico, al seguir la analogía de la teoría de las dimensiones culturales del antropólogo Arjun Appadurai, sería ilógico que la sociedad puertorriqueña pretenda desarrollar una nostalgia por un mundo que nunca perdió.¹⁶³ En sintonía con la teoría de las dimensiones culturales, la idiosincracia puertorriqueña no está en sincronía con el mundo de referencias que originalmente dio nacimiento al derecho de poseer y portar armas en los Estados Unidos de América, por lo que utilizar la historia y tradición como impulsor del derecho a tener armas en Puerto Rico representaría una añoranza sin memoria y sin equivalente, tal y como sucede con la laguna léxica de la palabra “saudade”.¹⁶⁴ Si bien es cierto que la Ley Núm. 168-2019 le otorgó una mayor atención al derecho individual que tienen los ciudadanos para portar armas, dado a que las garantías constitucionales que se denominen fundamentales aplican a Puerto Rico por su propia fuerza, por virtud de la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución federal¹⁶⁵; no es menos cierto que las víctimas de delitos también deberían gozar de un derecho fundamental a la paz y a la seguridad social. El derecho individual de portar armas no debe convertirse en un sujeto ahistórico que contradiga la sociología puertorriqueña que ha situado la seguridad y el bienestar público en la cumbre de su escala de valores.

¹⁶² Véase Carlos E. Ramos González, *La Inviolabilidad de la Dignidad Humana: Lo indigno de la búsqueda de expectativas razonables de intimidad en el derecho constitucional puertorriqueño*, 45 REV. JUR. UIPR 185 (2011). En contraste, el constitucionalismo estadounidense reconoce muy pocos derechos, no menciona los derechos colectivos o los sociales, económicos y culturales y resulta tremendamente difícil de reformar. Véase al respecto, Daniel Bonilla Maldonado, *EL CONSTITUCIONALISMO EN EL CONTINENTE AMERICANO, SIGLO DEL HOMBRE DE EDITORES UNIVERSIDAD DE LOS ANDES* 18 (2016) (énfasis suplido) (citando a James Allan y Grant Huscroft, *Constitutional rights coming home to roost? Rights internationalism in American Courts*, 43 SAN DIEGO L. REV. 1, 2 (2006)).

¹⁶³ Véase la analogía de los flujos culturales globales de Arjun Appadurai, *Disjuncture and Difference in the Global Cultural Economy*, PUBLIC CULTURE, 323, Vol. 2. No.2 (1990).

¹⁶⁴ *Saudade* es un concepto del idioma portugués y gallego que no tiene equivalente directo en otros idiomas, cuyo significado es similar al de la nostalgia, pero a diferencia de ella, uno puede sentir *saudade* por algo que nunca sucedió y que, probablemente, nunca lo hará. Véase al respecto Erick Weiner, *El País europeo al que le encanta estar triste y en el que nadie te dice que tengas un buen día*, BBC NEWS (14 de diciembre de 2016), <https://www.bbc.com/mundo/vert-tra-38177498>. Véase también Jasmine Garsd, *Saudade: An Untranslatable, Undeniably Potent Word*, NPR (8 de enero 2015), <https://www.npr.org/sections/alt-latino/2014/02/28/282552613/saudade-an-untranslatable-undeniably-potent-word>.

¹⁶⁵ Charbonier Laureano v. Gobernador, 193 DPR 516 (2015).

LA FALTA DEL DERECHO A LA CIUDAD PARA LA COMUNIDAD LGBTTQI+ Y SU EFECTO EN EL SUJETO POLÍTICO CUIR PUERTORRIQUEÑO

POR: IRVING S. RODRÍGUEZ ACOSTA*

“Y así va despoblándose una ciudad numerosa, y sin piedad los cadáveres quedan tendidos en tierra sin ser llorados, sembrando y propagando el contagio”.

– Edipo Rey¹

RESUMEN

La ausencia de reconocimiento de los derechos de la comunidad LGBTTQI+ en Estados Unidos dio paso a una reivindicación del derecho a la ciudad por parte de esta comunidad con la cultura del ballroom entre 1980-1990. Este artículo analiza las consecuencias que trajo esta ausencia de reconocimiento de dichos derechos ante una crisis epidémica (como lo fue el VIH) y su relación en cuanto a los espacios de reivindicación del derecho a la ciudad. Desde Puerto Rico, la reivindicación del derecho a la ciudad por parte de la comunidad LGBTTQI+ se configura sin una cultura del ballroom durante el mismo período epidémico. Esto, como producto de la tipificación del homosexual en nuestro Código Penal de 1974 y los efectos del urbanismo durante la época. Por ello, se reseñan los factores políticos, jurídicos y sociales que ocasionaron esa ausencia del derecho a la ciudad y que, a su vez, son producto para la estigmatización del VIH en nuestra cultura.

Palabras claves: *derecho a la ciudad, derechos reales, VIH, SIDA, LGBTTQIA+, Ballroom, género, sexo, identidad de género*

* Se graduó del Bachillerato en Artes con concentración en Estudios Hispánicos y un doble bachillerato en Actuación de la Universidad de Puerto Rico Recinto de Río Piedras en mayo del año 2016. En el 2019, ingresó a la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico Recinto de Río Piedras, y culmina el Juris Doctor en el 2022. Se convierte en cocreador de una plataforma digital titulada: ConVIHvir (@convihvir en Instagram) que, a través de las redes sociales, tiene como misión proveer educación para romper los estigmas del VIH. En su segundo año, como estudiante de Derecho, funda –con otras compañeras– el Probono Derecho a la Inclusión LGBTTQI+ y su Educación (DILE). En su último año de estudio, funge como Jefe de Redactores del Volumen XCI de la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.

¹ SÓFOCLES, EDIPO REY 8 (2001).

ABSTRACT

The lack of recognition of the rights of the LGBTTQI+ community in the United States gave way to a vindication of the right to the city by this community with the culture of the ballroom between 1980-1990. This article analyzes the consequences of this lack of recognition of these rights in the face of an epidemic crisis (such as HIV) and its relationship in terms of spaces for claiming the right to the city. From Puerto Rico, the vindication of the right to the city by the LGBTTQI+ community is configured without a ballroom culture during the same epidemic period. This, as a product of the classification of homosexuals in our Penal Code of 1974 and the effects of urban planning during the time. For this reason, the political, legal and social factors that caused this absence of the right to the city are reviewed and that, in turn, are a product of the stigmatization of HIV in our culture.

Keywords: *right to the city, real rights, HIV, AIDS, LGBTTQIA+, Ballroom, gender, sex, gender identity*

Sumario: I. EL DERECHO A LA CIUDAD II. LA CULTURA DEL “BALLROOM” III. EPIDEMIA DEL VIH EN EEUU 1980-1990 IV. EL SUJETO POLÍTICO GAY PUERTORRIQUEÑO ACTUAL A RAÍZ DE LA AUSENCIA DE UN DERECHO A LA CIUDAD DURANTE 1970-1990.

I. EL DERECHO A LA CIUDAD

A. INTRODUCCIÓN

Cuando Edipo se destierra a sí mismo de la ciudad de Tebas, donde era rey, lo hace por costumbre griega. Las ciudades, desde la Antigüedad, son un privilegio para los ciudadanos; y Edipo –el también causante de la peste– dejó el privilegio con sus ojos. El mito recogido en la obra de Sófocles narra la primera vez que en la literatura se hace una investigación. La ciudad de Tebas está acogida por una peste, una enfermedad, que, según los oráculos, tendría solución solo cuando se descubra quién es el asesino de Layo; el antiguo rey de la ciudad. A lo largo de la trama, Edipo descubre que él mismo fue el asesino. Pues, no tan solo mató a Layo, sino que también este era su padre, y que Yocasta, la antigua esposa de Layo y reina de Tebas, con la cual Edipo se casa al llegar a la ciudad, era su madre. Sófocles nos narra su destierro como uno en el que cumple con la palabra que le dio a su pueblo: desterrar al asesino de Layo y salvarles de la peste.² Pero ¿fue el destierro un cumplimiento

² *Id.*

de ley? ¿No habrá sido porque la peste es fruto –no solo del parricidio– sino también del incesto, y por ello se merece el destierro? Independiente de cual sea la razón del destierro de Edipo, ante la contestación de las dos preguntas anteriores queda claro desde la literatura griega que el que no cumple la ley no tiene el derecho a pertenecer en la ciudad. Más aún, hay un principio recogido en el mito de Edipo que va más allá de la ley: la ciudad “se enferma” con ciertos actos y prácticas (como el incesto y el asesinato de un padre), y toda persona que “enferme la ciudad” tampoco tiene el derecho a vivir en ella.³ ¿No es esto paralelo al derecho a la ciudad que fue privado para las personas que eran homosexuales durante 1970 en Puerto Rico? ¿No es el mismo discurso empleado por el Gobierno para las personas que intentaban sobrevivir la epidemia del VIH en 1980?

Daniel Harvey en *El derecho a la ciudad* analiza el proceso de urbanización comparando la ciudad de París en 1853 con la ciudad de Nueva York en 1942. Urbanizar, según Harvey, es un fenómeno donde se hacen y deshacen las ciudades, pero que a su vez está relacionado con la división de clases sociales a raíz de que el fenómeno de urbanizar responde a un excedente, un brote en concentración geográfica y social que impulsa la urbanización.⁴ No se puede hablar de urbanizar sin analizar el capitalismo. Harvey nos trae, por ende, a Marx y nos ubica en su concepción del capitalismo: el logro de perpetuar un plusvalor (o beneficio) a raíz de la producción de un excedente. El capitalismo necesita un espacio para generar las dinámicas del consumo del producto; y la urbanización, como fenómeno, cumple la función de favorecerlo. Inciden estos dos fenómenos en la división de clases sociales cuando urbanizar cumple con otras herramientas para que la dinámica de consumo e inversión del capitalismo tome su lugar.⁵ Primero, al urbanizar se genera un desplazamiento de la mano de obra, que a su vez genera una proliferación en desempleo en otros sectores. La inversión en ciertos sectores aumenta, de modo que el nivel económico se vuelve más alto para el otro sector desempleado. Segundo, las innovaciones en el primer sector –el sector inversionista y adentrado en la dinámica de consumo– se presentan como una desventaja frente al segundo sector –el sector en desempleo– logrando que este último quiera adquirir más ganancias para poder entrar en la dinámica de consumo. Tercero y último, ante la falta de capacidad en el mercado de un sector se logra una expansión a otros sectores a urbanizar, resolviendo a su vez la falta de capacidad. Urbanizar, por ende, requiere del capitalismo en tanto este es productor del excedente, mientras que el capitalismo necesita de la urbanización en tanto este absorbe el sobreproducto como beneficio.⁶

³ *Id.* en la pág 9.

⁴ DAVID HARVEY, CIUDADES REBELDES. DEL DERECHO DE LA CIUDAD A LA REVOLUCIÓN URBANA 21-3 (2012).

⁵ *Id.*

⁶ *Id.*

¿Qué relación tiene el fenómeno de la urbanización y el capitalismo con el derecho a la ciudad? De entrada, es preciso definir el concepto desde el punto de vista de su reclamo, ya que es un derecho privilegiado para pocos. Pues, según Harvey, el derecho a la ciudad “se constituye estableciendo un control democrático sobre la aplicación a la urbanización de los excedentes”.⁷ Es decir, el derecho a la ciudad es un poder que ostentan las personas que participan de las dinámicas de inversión y consumo del capitalismo en los espacios urbanos. Es por ello que Harvey analiza a París en 1853 bajo el mandato de Napoleón Bonaparte y la contratación del urbanista George-Eugène Haussmann. Haussman cambia la infraestructura de la ciudad de París por completo, creando una nueva clase social que ostentaban el derecho de la ciudad, pues esta sí podía participar de las dinámicas de consumo.⁸ En cambio, la Comuna de París (establecida en 1868) surge como el sector que no es partícipe del derecho a la ciudad como consecuencia de la urbanización. La Comuna de París reclama dicho derecho con el mero hecho de su establecimiento como comuna alejada a la ciudad centro.⁹ Mismo fenómeno ocurre en Estados Unidos en 1942 con el urbanista Robert Mose. La nueva estructura de la ciudad de Nueva York no solo desplaza a los sectores que no pueden ser parte de la dinámica del consumo, sino que también generó una suburbanización que “suponía una transformación radical del modo de vida. . .”.¹⁰ La suburbanización implicó no solo modificar la ciudad desde lo arquitectónico, sino desde los espacios privados e internos. Así, el sector en desventaja no podía lucrarse de las innovaciones tecnológicas y, por ende, al ideal de prosperidad. Lo que provocó una crisis urbana y financiera comenzada en 1960, donde los sectores marginados comenzaron movimientos sociales que a lo largo de 1970 y 1980 reclamaban un derecho a la ciudad.¹¹ ¿Quiénes configuraban también dentro de estos grupos marginados? La comunidad afrodescendiente y la comunidad LGTBTTQI+.

B. UNA MIRADA JURÍDICA DEL “DERECHO A LA CIUDAD”

La teoría de Harvey está vinculada a los derechos reales. El derecho a la ciudad no es otra cosa que contar con el capital para poder lucrarse de un derecho de propiedad. Es decir, contar con el derecho a la ciudad equivale a tener acceso a derechos que se pueden tener sobre las cosas; sobre todo lo apropiable. Si lo analizamos desde el tema de la posesión, por ejemplo, la tenencia y control que se tiene sobre una cosa, las personas que tienen un derecho de posesión sobre un apartamento cuentan con

⁷ *Id.* en la pág. 46.

⁸ *Id.* en la pág. 26.

⁹ *Id.*

¹⁰ *Id.* en la pág. 28.

¹¹ *Id.* en la pág. 29.

derecho a la ciudad. Pues, este derecho le brinda al poseedor derecho a la vivienda, un hogar seguro, espacios para alimentos y salud. Desde la figura del derecho de dominio se contemplan los mismos beneficios anteriores, pero se les añade la posibilidad de hacer con la cosa una fuente de fruto económico. Así, entonces, una persona que cuenta con un derecho de dominio tiene más derecho a la ciudad que una persona que solo cuenta con un derecho de posesión sobre la misma cosa. La primera adquiere un capital de la segunda, mientras que la segunda está en la obligación de entrar en las dinámicas de consumo de la ciudad para poder continuar poseyendo la cosa en cuestión. Así, también, la persona con derecho de dominio no tan solo puede adquirir capital de la cosa bajo la figura del arrendamiento, sino que también puede vender o gravar la cosa. Ante más cantidad de derechos reales se tenga sobre una cosa, más derecho a la ciudad, pues se aumentan las posibilidades que dan un acceso al flujo del capital de la ciudad. Privarle derechos reales a ciertos grupos o clases sociales (o la posibilidad de adquirirlos), entonces, es privarles del derecho a la ciudad. Es por ello que se analizarán dos instancias históricas donde personas de la población LGBTTTQI+, tanto en Puerto Rico como en Estados Unidos, fueron privadas de derechos reales, y por consecuente del derecho a la ciudad. Se analizarán métodos en los que se reivindicó el derecho a la ciudad, que no es otra cosa que adquirir acceso al flujo capital para luego tratar de obtener derechos reales. También, se analizarán instancias en los que se les privó de derechos reales u otros derechos que indicen sobre sus derechos reales y que, como consecuencia, se les privó del derecho a la ciudad. El primer análisis profundizará sobre cómo cuestiones de género y orientación sexual fueron factores influyentes para la marginación de estos derechos durante finales de 1960 hasta los principios de 1980. El segundo análisis profundizará sobre como estas cuestiones de género y orientación sexual se utilizaron para, desde la patologización durante una crisis epidémica en 1980, continuar un discurso de exclusión. Finalmente, se concluye como el ser sujetos de derecho implica, entonces, ser sujetos que pueden adquirir derechos reales; derecho a la ciudad.

II. LA CULTURA DEL “BALLROOM”

A. SURGIR HISTÓRICO

El documental *Paris is Burning*¹² ilustra uno de los métodos sobre como la comunidad LGBTTTQI+ y las personas afrodescendientes de esta comunidad reivindicaron su derecho a la ciudad en Nueva York en 1980. El fenómeno que ilustra el documental lleva como nombre *ball*, y tiene sus inicios en 1920 cuando en la ciudad de Nueva York se hacían bailes y mascaradas una vez al año bajo. Las per-

¹² PARIS IS BURNING (Academy Entertainment Off White Productions 1990).

sonas atendían estos bailes vestidas con atuendos designados históricamente para el sexo contrario, hasta que en 1923 la Legislatura de Nueva York tipificó las reuniones entre homosexuales¹³ y no es hasta 1931 donde –a raíz de las consecuencias de la Gran Depresión– la persecución policiaca comenzó a frenar. Dado al final de la Segunda Guerra Mundial estos espacios volvieron a frecuentarse y fue más difícil para la policía detener los espectáculos. Para el 1960 la cultura del *ball* comenzó a tener un giro.¹⁴ Se comenzó a fragmentarse por cuestión racial.¹⁵ Tim Lawrence comenta como una transformista afrodescendiente del Harlem, Lottie, junto con Crystal La-Beija deciden organizar su propio *ball*. Ante el cansancio del racismo en los espacios donde ellas bailaban, deciden organizar su propio *ball* creando un grupo que llevó como nombre *House of LaBeija*.¹⁶ El espectáculo se concentró en recrear el glamur de la moda del momento, imitando las casas de modas y la cultura popular blanca donde estas no tenían espacio por no contar con un derecho a la ciudad, según la teoría de Harvey. Poco a poco otras transformistas afrodescendientes y latinas comenzaron a crear sus propios grupos o *houses*. Durante la década de finales de 1960 y alrededor de todo 1970 y 1980, se comenzó el fenómeno recogido en *Paris is Burning*: el *Ballroom culture* (Ballroom) de la comunidad LGBTTQI+.¹⁷

B. CONCEPTOS CLAVES DE LA CULTURA DEL BALLROOM

i. EL PERFORMANCE DEL GÉNERO EN LOS ESPACIOS DE LA CIUDAD

El análisis que conlleva entender las implicaciones de la falta del derecho a la ciudad para la comunidad del *Ballroom* y su surgir, tienen que partir desde un entendimiento de lo que es el género bajo la teoría feminista y cuir. Butler comprende el género como un *performance*, desvinculado del sexo, pero a la vez atado a él por los entendidos históricos, sociales y culturales por los cuales se le atribuyen ciertas características. El género es entendido como un constructo social donde la constante repetición de actos –según el sexo biológico al nacer– establecen para la persona que actúa el género un rol en la sociedad.¹⁸ De modo que para cada sexo biológico hay unas expectativas sociales a cumplir según el género esperado a “performear”.¹⁹ De este modo, femenino, masculino e intersexual son sexos a los cuales se le atribuyen

¹³ Public Law, 722 § 8, 1923 (derogada).

¹⁴ TIM LAWRENCE, *VOGUEING AND THE HOUSE BALLROOM SCENE OF NEW YORK 1989-92* 3 (2011) (traducción suplida).

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.* en la pág. 4.

¹⁷ PARIS IS BURNING, *supra* nota 12.

¹⁸ JUDITH BUTLER, *EL GÉNERO EN DISPUTA. EL FEMINISMO Y LA SUBVERSIÓN DE LA IDENTIDAD* 54 (1999).

¹⁹ *Id.*

expectativas según los géneros: hombre y mujer. Cuando Harvey nos indica que hay un sector de la ciudad que conserva un capital para lucrarse de estos espacios hace referencia al sector de la población que sigue un alineamiento entre el sexo asignado al nacer y el género esperado a presentar en sociedad.²⁰ Es este mismo sector de la ciudad el que excluye, desde lo social y cultural, a toda persona que rompa con el binomio del sexo y género. Aquí, por ende, el derecho a la ciudad no se priva solo desde el aspecto físico, como lo es un espacio en la ciudad, sino que también desde aspectos sociales de convivencia. Nace, por ende, una división social: aquellas personas que siguen las normativas del género y aquellas que lo transgreden. La cultura del *Ballroom* es un mecanismo de apropiación física, cultural y social dentro de la ciudad donde la transgresión del género se normaliza. Consiste, en esencia, en espacios físicos de reunión para competir en ciertas categorías de modelaje y baile donde se juegan con diversos *performances* del género.²¹

ii. SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE SEXO, ORIENTACIÓN SEXUAL, EXPRESIÓN DE GÉNERO E IDENTIDAD DE GÉNERO

Al definir sexo nos remitimos a la manifestación biológica de ciertos fenotipos y genotipos, es decir, el sexo es una manifestación de los cromosomas en el cuerpo.²² Como manifestación algunos estudios proyectan que el sexo tampoco es binario, dado a que se parte de una concepción social sobre lo que son los sexos: masculino o femenino.²³ Existen dos cromosomas sexuales en el cuerpo humano: cromosoma X y cromosoma Y.²⁴ La combinación de estos cromosomas determina la manifestación del sexo en el cuerpo. Una combinación XX manifiesta el sexo hembra.²⁵ Una combinación XY manifiesta el sexo varón.²⁶ A esta combinación se

²⁰ *Id.*

²¹ MARLON M. BAILEY, BUTCH QUEENS UP IN PUMPS. GENDER, PERFORMANCE, AND BALLROOM CULTURE IN DETROIT 4 (2013) (traducción suplida).

²² TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO, COMISIÓN JUDICIAL ESPECIAL PARA INVESTIGAR EL DISCRIMEN POR GÉNERO EN LOS TRIBUNALES DE PUERTO RICO, INFORME SOBRE DISCRIMEN POR RAZÓN DE GÉNERO EN EN LOS TRIBUNALES DE PUERTO RICO 18 (1995)

²³ Anne Fausto-Sterling, *Why Sex is Not Binary*, THE NEW YORK TIMES (25 de octubre de 2018), <https://www.nytimes.com/2018/10/25/opinion/sex-biology-binary.html> (traducción suplida).

²⁴ NATIONAL HUMAN GENOME RESEARCH INSTITUTE, *Sex Chromosome*, <https://www.genome.gov/genetics-glossary/Sex-Chromosome> (última visita 27 de noviembre de 2020) (traducción suplida).

²⁵ NATIONAL HUMAN GENOME RESEARCH INSTITUTE, *X Chromosome*, <https://www.genome.gov/genetics-glossary/X-Chromosome> (última visita 27 de noviembre de 2020) (traducción suplida).

²⁶ NATIONAL HUMAN GENOME RESEARCH INSTITUTE, *Y Chromosome*, <https://www.genome.gov/genetics-glossary/Y-Chromosome> (última visita 27 de noviembre de 2020) (traducción suplida).

le reconoce como genotipo.²⁷ Lo observable de estas manifestaciones del genotipo supone que la combinación XY (hembra) es sexo femenino. De modo contrario, lo observable de la manifestación del genotipo con cromosomas XY (varón) supone que el sexo es masculino. Cuando nos referimos a lo observable, nos referimos al fenotipo.²⁸ Al igual que el género, se parte de la concepción social de ambos sexos, pues una persona puede –desde el fenotipo– manifestar características asociadas al sexo masculino o sexo femenino, pero en realidad tener una combinación de cromosomas (genotipos) diversos. Así, por ejemplo, una persona puede manifestar desde el fenotipo todo lo asociado socialmente como femenino, pero en su composición de genotipos tener una combinación XY y a la vez una combinación XX; como otras variantes. A esto es lo que se le conoce como intersex.²⁹

Como hemos analizado, el entendido social de lo que le corresponde a cada sexo según lo cultural e histórico es lo que denominamos género. Si una persona decide vivir con el género asociado según el sexo asignado al nacer se le conoce como cis-género.³⁰ Así, una persona que se entiende a sí mismo como hombre, y cuyo genotipo es varón, sería un cis-hombre. De modo contrario, cuando una persona no decide vivir con el género asociado según el sexo asignado al nacer, dado a que se entiende a sí misma del otro sexo: estamos ante una persona transgénero. Esto es lo que se reconoce como una situación de identidad de género, donde, por ejemplo, una persona cuyo sexo al nacer ha sido hembra, y vive según los parámetros del género mujer, decide identificarse con el género hombre.³¹ A lo cual, podría someterse a una cirugía de reasignación de sexo o no. A su vez, lo no-binario hace referencia a las personas que no se identifican ni con el género hombre ni el género mujer, aunque viven con el sexo asignado al nacer.³² La identidad de género es distinta a la expresión de género. La expresión de género contempla la manifestación por parte de una persona cis o trans, en cuanto a una actitud, forma de ser, etc., asociada a otro género. Así, por ejemplo, una persona cis-mujer puede expresar cualidades asociadas al género hombre y aún así identificarse como cis-mujer.³³

²⁷ NATIONAL HUMAN GENOME RESEARCH INSTITUTE, *Genotype*, <https://www.genome.gov/genetics-glossary/genotype> (última visita 27 de noviembre de 2020) (traducción suplida).

²⁸ NATIONAL HUMAN GENOME RESEARCH INSTITUTE, *Phenotype*, <https://www.genome.gov/genetics-glossary/Phenotype> (última visita 27 de noviembre de 2020) (traducción suplida).

²⁹ Julie A. Greenberg, *Defining Male and Female: Intersexuality and the Collision Between Law and Biology*, 41 ARIZ. L. REV. 265, pág. (1999) (traducción suplida).

³⁰ *APA Guidelines for Psychological Practice with Transgender and Gender Nonconforming People*, AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION (diciembre de 2015), <https://www.apa.org/practice/guidelines/transgender.pdf> (traducción suplida).

³¹ *Id.*

³² *Id.*

³³ *Id.*

La orientación sexual contempla otro aspecto que, aunque tiene que ver con lo biológico, también tiene que ver con lo afectivo y los entendidos sociales en cuanto a lo biológico. Cuando nos referimos a orientación sexual hablamos de la atracción que una persona tiene hacia ciertas biología (hembra o varón) en conjunto con el entendido de lo que de ahora en adelante llamaré sexo-social (masculino o femenino; por hacer referencia a los entendidos sociales de estas biología).³⁴ Una persona heterosexual es aquella que tiene una atracción hacia la biología contraria a la suya, así, por ejemplo, una persona hembra se siente atraída sexualmente hacia una persona varón. Una persona homosexual es aquella que tiene atracción hacia su misma biología sexual, así, por ejemplo, una persona varón se siente atraída sexualmente hacia una persona también varón (gay) o una persona hembra que se siente atraída sexualmente hacia una persona hembra (lesbiana).³⁵ Las personas bisexuales son aquellas que se sienten atraídas tanto a la biología del varón como a la biología de la hembra.³⁶ Existen también personas pansexuales, quienes se sienten atraídas hacia la persona en sí, y no hacia su biología; esto dependiendo de la interacción que se tenga con dichas personas.³⁷

La orientación sexual no parte de un entendido del sexo biológico en su totalidad: de lo hembra o varón. Hasta ahora hemos visto como entran al juego solo biológico, pero la orientación sexual, dado al factor de la atracción con relación al sexo-social, también contempla el género. Esto, dado a que también entran concepciones sociales de los sexos: lo masculino (asociado al género hombre) y lo femenino (asociado al género mujer). Una persona gay puede sentirse atraído hacia una persona biológicamente varón, pero cuyas características fenotípicas (lo que llamé sexo-social) puedan ser femeninas: las expresiones faciales o corporales, y todo lo que se asocia al género mujer, etc. Lo mismo podría ocurrir con una persona heterosexual quien siente atracción hacia una biología hembra, aunque la persona exprese un sexo-social masculino y manifestaciones del género mujer. Es dado a ello, también, que hay un mal entendimiento de que las personas trans son todas personas homosexuales. Una persona trans puede ser tanto heterosexual, homosexual, bisexual como pansexual.³⁸ Por ejemplo, una persona trans-mujer podría sentirse atraído hacia un varón (en términos biológicos), y aunque su sexo asignado al nacer es o fue varón, esta persona trans no sería homosexual, sino una persona trans heterosexual;

³⁴ *APA Guidelines for Psychological Practice Sexual Minority Persons*, AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION 835 (febrero de 2021), https://www.apa.org/about/policy/psychological-sexual-minority-persons.pdf?_ga=2.68796753.1321610348.1656002468-1324269619.1656002468 (traducción suplida).

³⁵ *APA Guidelines for Psychological Practice with Lesbian, Gay and Bisexual Clients*, AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION 11 (enero de 2012) (traducción suplida).

³⁶ *APA Guidelines*, *supra* nota 30.

³⁷ *APA Guidelines*, *supra* nota 34.

³⁸ *Id.*

dado a que su identidad de género es mujer. En resumen, la orientación sexual, en sí, es una atracción sexual que ocurre en un flujo continuo, por un determinado tiempo o por un tiempo constante, hacia una o varias biología sexuales, y que depende de la atracción social hacia los sexo-sociales y los géneros de cada cual.³⁹

III. MANIFESTACIONES DE GÉNERO EN LOS ESPACIOS DEL *BALLROOM*

Esta sección analiza las manifestaciones dentro del sistema de género dentro del *Ballroom*, según las definiciones provistas sobre sexo, orientación sexual, género, expresión identidad de género. Se ha dividido en dos grupos, entendido el grupo de *Butches* y *Queens* que se aferra más a la idea del *performance* del género en sí, mientras que el otro grupo se aferra más al binomio hombre/mujer.

1. EL GRUPO DE *BUTCHES* Y *QUEENS*

El primer grupo de categorías son las *Butches*. Una *Butch Queen Up in Drags* es aquella persona de sexo varón y gay que dentro del espacio del *Ballroom* se observa imitando todo lo asociado al género mujer. Es distinto a una *Butch Queen*, persona de sexo varón, sea gay, bisexual, o heterosexual, que expresa manifestaciones femeninas sin la necesidad de imitar en sí al género mujer.⁴⁰ Una *Butch Queen Up in Drags* y una *Butch Queen* se diferencian por la forma y el modo de manifestación del género, la primera lo hace como parte de un transformismo y para un *performance* específico, un gusto particular en vestirse lo más cercano a una mujer. Imitar el género mujer en su totalidad.⁴¹ La segunda, en cambio, es una expresión de género asociado con las mujeres, ya sea en la forma de comunicarse o en la forma de vestirse, donde no se busca imitar al género mujer en sí. Es más bien una apropiación y trasgresión de lo esperado según el género que cultural y socialmente se asocia con el sexo asignado al nacer.⁴² Así, las siguientes dos contemplan otras categorías. Las *Femme Queens* quienes hacen referencia a las personas trans-mujer, y, por último, un *Butch*, en simple, una persona trans-hombre; estas cumplen una definición de la identidad de género de la persona.⁴³

2. *MEN* Y *WOMAN*

Estas categorías contemplan las identidades de género que hacen referencia a los géneros manifestados en el espacio de la ciudad como un todo dentro del binomio. Un *Men* es una persona de sexo varón, pero que es heterosexual o bisexual. Una

³⁹ *Id.*

⁴⁰ BAILEY, *supra* en la nota 18.

⁴¹ *Id.*

⁴² *Id.*

⁴³ *Id.*

Woman es una persona de sexo hembra, pero que puede ser heterosexual, lesbiana o bisexual.⁴⁴

3. EN SÍNTESIS

Bailey analiza estos *performances* del género presentes en la cultura del *Ballroom* según la teoría de la labor de género de Jane Ward, pero partiendo desde un acercamiento distinto. Ward describe la labor de género como la manera afectiva en como se trabaja para autenticar el género de la otra persona o el de uno mismo.⁴⁵ Bailey, en cambio, teoriza sobre la labor comunal performática donde los integrantes de la cultura del *Ballroom* crean, mantienen y afirman estas formas de presentación y *performance* de género diversas, no desde lo individual, sino a través de la comunidad en sí como colectivo.⁴⁶ En concordancia con Harvey, tener espacios para manifestar el género, según Bailey, es una respuesta a la ausencia de espacios de la ciudad como respuesta también de la homofobia, la transfobia, el racismo y la pobreza.⁴⁷ Los espacios de *Ballroom* en la ciudad, entonces, no son solo espacios comunitarios, sino también espacios de creación de identidad como sujetos políticos de derecho privado de otros espacios donde se puede ser sin perjuicio.

Al privarse del derecho a la ciudad, siendo la ciudad un espacio donde se pueden explorar las manifestaciones de género bajo el binomio hombre/mujer, se crean otros espacios alternos para dicha exploración de estos libretos de los *performances* de género: los espacios del *Ballroom*. En estos espacios del *Ballroom* existen diversas manifestaciones del género que van más allá del binomio hombre/mujer. Por ende, nuevos sistemas de género se contemplan. Es preciso resaltar que la frase *sistemas de género sobre categorías de género* conlleva un mejor entendido de estas manifestaciones, pues, como explica Bailey, estas manifestaciones existen también en los espacios de la ciudad fuera del *Ballroom*, y las personas de la comunidad LGBTTTQI+ en la actualidad continúan manifestándolas.⁴⁸ Así, como sistema, se evita entender estas manifestaciones como categorías fijas. Como sistema, en cambio, ve el elemento del espacio como esencial para la manifestación: se manifiesta el género según el espacio donde la persona se encuentra.⁴⁹ Por ende, como explica Butler, al entrar a ciertos espacios hay manifestaciones del género que caen en una categoría que el espacio contempla como *norma*.⁵⁰ El sistema de género que Bailey describe como categorías dentro del *Ballroom* va por la línea de manifestaciones

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Id.* en la pág. 45-55

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Id.* en la pág. 76.

⁴⁹ *Id.* en la pág. 33.

⁵⁰ BUTLER, *supra* nota 18.

normalizadas dentro y para el espacio del *Ballroom*, pero estas categorías no se limitan a estas manifestaciones, ni a la norma en sí del espacio tampoco. Parten de esa *norma del Ballroom* y en función de estos espacios comunitarios, ya sea para nombrar, agrupar o seleccionar para una competencia de modelaje o baile.⁵¹ Es dado a ello que las manifestaciones describen las categorías de género que cumplen un rol cultural, social e histórico *observable* dentro de los espacios del *Ballroom*; pero no definen la identidad de género en sí de las personas que manifiestan.⁵²

iv. LAS CASAS (*HOUSES*) Y LA CREACIÓN DE FAMILIAS

Una de las escenas de *Paris is Burning* que mejor presenta un problema de vivienda ante la ausencia del derecho a la ciudad en la comunidad LGBTTTQI+ durante este periodo, es la breve entrevista a dos jóvenes que compartían en una acera en Nueva York. Cuando se les pregunta la edad, uno de ellos responde que tiene quince años. Acto seguido, se les pregunta la hora. A lo cual responden que son las 2:16 de la madrugada. El otro aclara que tiene trece años, y así, quien entrevista les pregunta: *Where is your mother?*. El de quince años indica *I don't have a mother*.⁵³ Esta parte del documental comienza a analizar el problema que surge ante el rechazo de las familias cuando se descubre que la orientación sexual de algunos de sus parientes no es heterosexual. Muchas personas de la comunidad LGBTTTQI+ eran expulsadas de sus casas y, como explica el documental, comenzaban a vivir en las calles, en los muelles, o en los parques de la ciudad.⁵⁴ Ante esta situación, personas adultas LGBTTTQI+ (en su mayoría personas trans) comenzaron a adoptar de manera simbólica a los que no contaban con vivienda. Al seguir el mismo sistema de grupos ya creados para establecer las competencias de los *Ballrooms*, estos grupos empezaron a llamarse *Houses*.⁵⁵ Quienes fueran adoptados serían los *Children*, mientras que quienes adoptan se les llamaría como *Mother* o *Father*.⁵⁶ Los *Houses* llevaban distintos nombres para poder identificarse. En muchos casos estos nombres repetían los nombres de marcas reconocidas de moda, como por ejemplo *House of Prada* o *House of Dior*.⁵⁷ En otras ocasiones representaban un nombre que les identificaba con un propósito, como, por ejemplo, *House of Ninja* fundada bajo su *Father* Willi Ninja, cuya intención era traer la estética asiática a la cultura del *Ballroom*.⁵⁸ Igual,

⁵¹ BAILEY, *supra* nota 21.

⁵² *Id.*

⁵³ PARIS IS BURNING, *supra* nota 12.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ *Id.*

otros nombres no llevaban intención, pero sí eran reconocidos por la particularidad de sus integrantes, así, por ejemplo, *House of Xtravaganza* fundada por su *Father* Héctor Xtravaganza, se convirtió en la primera casa latina del *Ballroom*.⁵⁹ Como se ha de notar, pertenecer a la casa también implicaba llevar su nombre en el apellido.

1. EL SISTEMA DE FILIACIÓN DENTRO DEL *BALLROOM*

“Whether or not a ‘house’ is a ‘home’ –a building– house members consider themselves a family and carry out a whole host of activity together to fortify their kin ties”.⁶⁰ Ante la falta de un derecho a la ciudad que pudiera proveerles a los miembros de las casas un hogar, los *Houses* del *Ballroom* suplen esa ausencia. Los *Mothers* y *Fathers*, como explica Bailey, tienen la función de cumplir un rol platónico de paternidad o maternidad. A su vez, los *Children*, al compartir entre los miembros de sus casas, comienzan a establecer un sistema de hermandad o sororidad.⁶¹ Estos elementos son bastante común en la comunidad LGBTTTQI+, pero el documental *Paris is Burning*, lo rescata aún más vinculado al efecto de la ausencia al derecho de vivienda y la falta de un sistema de familia estable. Es dado a ello que dentro la cultura del *Ballroom*, no solo se dan unos entendidos de género distintos al binomio, sino que también se dan unas relaciones filiales diversas, no contempladas por el ordenamiento jurídico. Ello es así, porque las personas que son parte de la cultura del *Ballroom* son personas que no cuentan con el derecho a la ciudad, es decir, con el capital para poder adentrarse en las dinámicas de consumo. Desde estos márgenes de la ciudad, por el factor económico, se producen problemas que van más allá de la economía: la ausencia de una familia es suplida por un sistema que las personas mismas de la comunidad LGBTTTQI+ tienen que complementar desde sus espacios de reunión en la ciudad. A su vez, los *Mothers* y *Fathers* no solo les brindaban a los *Children* alimentos para la sustentabilidad, sino también unos espacios de reunión para la sociabilidad, que no se limitaban a los espacios de baile del *Ballroom*. Como indica Bailey, estos espacios de reunión son una labor en sí, similar a la labor que cae en la creación de la identidad a raíz del *performance* de género.⁶² Estos “forms of housework that sustain the community are friendship, protection from violence, and parenting”,⁶³ y cada miembro de los *Houses* tiene el deber de trabajar por fomentar esos vínculos.⁶⁴

Es dado a ello que la unidad familiar no se crea únicamente en los bailes, sino también en otras actividades o en los espacios rutinarios. Que cumplan con los ele-

⁵⁹ LAWRENCE, *supra* nota 14, en la pág. 5.

⁶⁰ BAILEY, *supra* nota 21, en la pág. 95.

⁶¹ *Id.* en la pág. 96.

⁶² *Id.*

⁶³ *Id.* en la pág. 99.

⁶⁴ *Id.*

mentos antes mencionados: (1) amistad; (2) protección de la violencia, y (3) paternidad o maternidad. Así, la amistad se fomenta con el compartir tiempo juntos, como el salir a almorzar, ayudarse a crear vestimentas para una expresión de género específica, practicando los bailes, etc.⁶⁵ Estos elementos se vinculan con el derecho a la ciudad, porque motiva a los integrantes de los *Houses* a adentrarse a la ciudad, sea para el compartir desde la ciudad, o para acceder en el flujo de capital con la compra de algunos elementos necesarios para las competencias. Aunque muchas veces incurrieran en robos para poder comprar ropa o alimentos.⁶⁶ Mientras que la protección de la violencia se crea similar a como las gangas manifiestan un estatus social en la ciudad, incluso, en *Paris is Burning* se registra un comentario que Bailey critica en cuanto a ello, al mencionar que “[s]ometimes it is necessary for a house to act like a gang to protect its house members from the violence that can be visited on them because they are perceived to be defenseless against it”.⁶⁷ Es importante recordar que dentro del espacio de comunidad del *Ballroom* las identidades de género son aceptadas, mientras que en el exterior se ve un rechazo. Es decir, la unidad familiar se presenta activa en los espacios de la ciudad para contrarrestar la homofobia o la transfobia que pueda surgir a raíz de la identidad o expresión de género que se adopte. Como corolario a ello, la paternidad o maternidad debe existir.⁶⁸

2. LA PATERNIDAD O MATERNIDAD DENTRO DEL *BALLROOM*

Los entendidos del binomio mujer/hombre, femenino/masculino, hembra/varón en los espacios macro de la ciudad tienen sus incidencias a nivel micro, en especial, con los espacios marginados. Estas incidencias, como explicamos anteriormente con el género, no tienen que ver en sí con la identidad de género de las personas, pero sí con el rol social que se espera de ellas. Es dado a ello que al pensar en padre o madre hay unos entendidos sociales que indican en la función social en los espacios micros de la ciudad, como los espacios del *Ballroom*. Su particularidad cae en que, como las personas del *Ballroom* no siguen el binomio, el rol social de padre o madre no lo cumplen en esencia personas que vayan de acorde con el sexo o género de un padre biológico o el de una madre biológica.⁶⁹ Así, las *Housemothers* eran mayormente *Butch Queens* (varones gays), *Femme Queens* (mujer trans) o *Women* (hembras heterosexuales o lesbianas).⁷⁰ Los *Housefathers* eran mayormente *Butch Queens* también, pero a su vez *Butches* (hombres trans) o *Men* (varones heterosexuales).⁷¹

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ PARIS IS BURNING, *supra* nota 12. *supra*.

⁶⁷ BAILEY, *supra* nota 21, en la pág. 103.

⁶⁸ *Id.* en la pág. 104

⁶⁹ *Id.* en la pág. 105.

⁷⁰ *Id.* en la pág. 106.

⁷¹ *Id.* en la pág. 110.

Los roles sociales del espacio macro de la ciudad inciden en el factor de lo esperado de cada *Father* o *Mother* y el modo en como ejecutaban el cargo, pero cada *Housemother* o *Housefather* también debía cumplir con ciertas expectativas sociales propias del espacio micro (*Ballroom*) de la ciudad.⁷²

A nivel micro, el *Father* o *Mother* debía cumplir con cuatro elementos: (1) ser una persona de prestigio dentro de la comunidad del *Ballroom* por sus *performances* dentro de las competencias; (2) debían tener un rango de popularidad entre las personas miembros de la comunidad del *Ballroom*, y (3) cumplir con el rol social esperado de los géneros correspondientes a madre y padre a nivel macro.⁷³ Es importante resaltar que para cumplir con los primeros dos elementos habría que analizar el modo en como se ganaban las competencias. Muchas veces, como se verá luego, esto se daba por la mejor vestimenta. Así, el elemento laboral toma importancia, pues cuando estas personas tienen un acceso a las dinámicas de consumo de la que podían adquirir mejores recursos para las competencias, pero a su vez, cumplir mejor con el rol de padre o madre con el pago de rentas y/o alimentos.⁷⁴ Un acceso al capital implicaba, no obstante, trabajo de cualquier índole, como la prostitución, o en muchos casos parejas adineradas que no eran parte de la comunidad del *Ballroom*.⁷⁵ Para cumplir con el tercer elemento requerido a nivel micro, se ve lo esperado a nivel macro de un padre o una madre. Es por ello por lo que las *Housemothers* son consideradas las encargadas de “cooked for their members during house gatherings and meetings, and they monitored their children’s diet, and eating and sleeping habits”.⁷⁶ Es decir, las *Housemothers* cumplían un rol de cuidado y protección. A modo contrario, los *Housefathers* cumplían un rol mínimo y dispensable para la estructura del *House*. Bailey comenta como los “[f]athers in the scene approach parentings as guides and concern themselves with the ‘public sphere’ in the scene rather than with the domestic one”.⁷⁷ La función social de los padres biológicos en los espacios macro de la ciudad y el modo en como se ve la masculinidad de los varones como hegemónica, conduce a que también en la cultura del *Ballroom* los *Housefathers* sean solo un elemento de poder, para ganar más prestigio dentro de la comunidad, e incluso, solo tener rol de participación importante en las competencias del *Ballroom* y no en proveer asistencia o guía dentro del hogar.⁷⁸

⁷² *Id.*

⁷³ *Id.* en las págs. 105-106.

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *Id.* en la pág. 108.

⁷⁷ *Id.* en la pág. 110.

⁷⁸ *Id.* en la pág. 110.

V. LOS BAILES (*BALLS*) Y LAS COMPETENCIAS DEL *BALLROOM*

Los espacios donde se llevaban a cabo los bailes (en adelante *balls*), tenían su lugar en espacios clandestinos de la ciudad. No eran barras ni lugares de disco, sino centros que eran habilitados para poder lograr el evento.⁷⁹ Estos espacios eran públicos, pero a su vez privados. Pues, podían ir todas las personas invitadas, pero esta invitación pasaba de boca en boca o por medio de anuncios en *balls* anteriores. Del mismo modo, la entrada tenía un costo, siempre entre veinticinco a treinta dólares.⁸⁰ Las *Housemothers* y *Housefathers* eran las personas encargadas de modificar el espacio para las competencias. Para poder entender mejor esta modificación es preciso pensar en el piso y dividirlo en forma de T, siendo la parte superior de la T el fondo del salón. En este extremo, en el lado izquierdo, se colocaba la mesa del *DJ* y en el espacio del centro los jueces, no más de seis por *balls*.⁸¹ Es importante resaltar que la música del *house*, el género en sí del *house*, era esencial para estos eventos.⁸² En el espacio justo al frente de los jueces se establece lo que es el *Frente de la Pasarela*, donde también se ubicaba *The Commentator* o el maestro de ceremonias.⁸³ El maestro de ceremonias era la persona que se dedicaba a nombrar la categoría y resaltar lo que le gustase o no de los atuendos y las presentaciones en general.⁸⁴ La Pasarela, que corre desde este frente hasta el final del salón, era dividida en dos secciones. La sección izquierda era para modelaje, mientras que la sección derecha era designada para espacio de *performances* (como baile, o para otras categorías). A los lados más extremos de estos últimos se ubicaban los observadores y/o participantes del evento. El final de la T era conocido como el Final de la Pasarela.⁸⁵ Se analizará a continuación como el *performance* en estos espacios incidía, tanto en la identidad de género de las personas que participaban, como con el elemento de los *Houses*.

1. “THE LEGENDARY HOUSE OF...”

El término *Legendary* hace referencia a un sistema de rango existente en la cultura del *Ballroom*. Los *Houses* adquirían este rango una vez ganaban trofeos en las competencias.⁸⁶ Mientras más trofeos, se encontraban más cercano a lo *legendary*.⁸⁷ Por lo que, como vimos anteriormente, el ser reconocido dentro del sistema del *Ballroom* era esencial para que una persona pudiera ser considerada *Housemother* o

⁷⁹ *Id.* en la pág. 146

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ *Id.* en la pág. 148.

⁸² *Id.* en la pág. 152.

⁸³ *Id.*

⁸⁴ *Id.* en la pág. 156.

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ *Id.* en la pág. 135.

⁸⁷ *Id.*

Housefather. No existía una recompensa monetaria con el hecho de ganar las competencias por categorías.⁸⁸ El premio era simbólico: el trofeo, pero también el prestigio que se adquiere por haber competido.⁸⁹ Llegar a ser *legendary* nos revela una vez más el factor de como, al no pertenecer al flujo capital como producto de la enajenación por la orientación sexual e identidad de género, el sistema del *Ballroom* logra crear un espacio en la ciudad para llenar el vacío al competir en las categorías. Se buscaban maneras de sentirse parte de la ciudad y, a su vez, se vuelve un espacio para establecer un reconocimiento ante la expresión de género, la identidad de género o vivir sin preocupación dado a la orientación sexual.

2. CATEGORÍAS Y EL *REALNESS*

Las competencias del *Ballroom* son divididas por categorías, establecidas a raíz del sistema de género que se expresa en estos espacios. Lo que se buscaba con estas categorías es que, por medio de las competencias, las personas compitan el género.⁹⁰ Mientras existían categorías que no eran limitadas al género, sino eran *Open to All* o lo que se llamaba como *Best Dressed Spector*.⁹¹ Existían categorías fijas en todos los *balls*, pero también categorías nuevas a raíz de ciertos eventos o temas. Las categorías eran distribuidas en panfletos, y en cada renglón mayor se establecían subcategorías para cada género.⁹² Cada subcategoría contaba con una breve descripción para el *realness* de la presentación. El *realness*, en esencia, es un criterio de evaluación sobre la manifestación dentro del sistema del *Ballroom*.⁹³ En este criterio se evalúa como la persona que hace el *performance* o modela llega a completar mejor lo especificado en la narrativa de la subcategoría.⁹⁴ Así, por ejemplo, la subcategoría *Sex Siren*, buscaba el *realness* de una persona que pudiera seducir. A su vez, la subcategoría de *Realness*, en mayúscula, tiene un criterio particular para nuestro estudio. La realidad que se busca expresar en el *Realness* era entendida según un estudio del espacio macro de la ciudad que se quiere emular.⁹⁵ Bailey lo describe como una expresión epistemológica visual de las categorías de género, sexo, raza y sexualidad.⁹⁶ Si *realness* en minúscula es la manifestación visual más

⁸⁸ Según la época presentada en el documental de *Paris is Burning*. En el estudio recopilado en el libro de Bailey, quien analiza los *ballrooms* entre 2001 y 2007, ya se comienza a ver compensación monetaria en las competencias. Véase BAILEY, *supra* nota 21, en las págs. 61-64.

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ *Id.* en la pág. 58-68.

⁹¹ *Id.*

⁹² *Id.*

⁹³ *Id.*

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ *Id.* en la pág. 65.

cercana a lo específico de la categoría desde el *performance*, competir en la subcategoría *Realness* implicaba aparentar lo más cercano a esa persona que vive en los espacios macro de la ciudad en una emulación del género.⁹⁷ En otras palabras, hacer el *performance* con el *realness* busca que se haga la presentación lo más verosímil posible, mientras que el *Realness* busca que se logre una expresión de género efectiva. En *Paris is Burning* se presenta esta subcategoría como una que se inspira en aquello que no se podía adquirir, como un anhelo de ser parte del flujo económico; como el anhelo de poder adquirir piezas de modelaje, o llegar a modelar para las revistas de prestigio. Así, para poder ganar en la categoría *Butch Queen Realness*, se tenía que expresar el género *Butch Queen* con efectividad (*realness*), y seguir alguna de las narrativas bajo el renglón *Realness*, como, por ejemplo: “Athletic Man (Basketball, Football, Boxing, etc.) vs. The 9 to 5 Working Man vs. The Pretty Boy vs. The Catholic School Boys. . .”⁹⁸

3. EL VOGUING Y LA POPULARIZACIÓN DEL *BALLROOM*

Otras de las representaciones y del impacto de la ausencia del derecho a la ciudad en la comunidad del *Ballroom* lo fue el *voguing*.⁹⁹ En la comunidad de las *Drag Queens*, o lo que Bailey denomina *Butch Queen Up in Drags*, existe un tipo de ritual llamado *shade*, del inglés *sombra*.¹⁰⁰ Hace alusión a esconder a la persona, un tipo de deslumbrarla con insultos, sin la intención de hacer daño. Así, el término *throwing shade* en la comunidad gay es en sí insultar, a raíz de un rasgo de la vestimenta, o un rasgo físico, para crear risa entre los espectadores.¹⁰¹ Lawrence cree que el *voguing* nació en un club en Nueva York cuando una *Butch Queen Up in Drag*, mientras bailaba, sacó una revista Vogue de su bulto y comenzó a imitar las poses de las modelos.¹⁰² Acto seguido, otra *Butch Queen Up in Drag* sacó también una revista y comenzó a imitar a otras modelos. Se dio, en este instante, una batalla de cuerpos que estaban *throwing shade* sin palabras.¹⁰³ El baile se popularizó entre los miembros de la comunidad LGTBTTQI+, y así pasó también a los espacios del *Ballroom* como otro tipo de categoría de competencia: quien pudiera *vogue* mejor ganaba esa sesión de la competencia, trayendo así más prestigio al *House*.¹⁰⁴

El *voguing* se vuelve popular para ciertos sectores de la ciudad cuando Jennie Livingston comienza a ganar premios en festivales de cine por su documental *Paris is Burning* en 1990. De ahí, comienza a ser un baile de mayor reconocimiento

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ *Id.* en la pág. 62.

⁹⁹ LAWRENCE, *supra* nota 14, en las págs. 5-10.

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ *Id.*

cuando la artista del pop Madonna saca su canción *Vogue* junto con un video musical. En este video musical, dos personas de la comunidad del *Ballroom*, José y Luis Xtravaganza aparecen *voguing* con Madonna.¹⁰⁵ La popularidad del baile le dio mucha atención a la comunidad del *Ballroom*, de modo que poco a poco estos fueron integrándose a ese flujo del capital. Por ejemplo, algunas personas que tenían como pasatiempo participar en las competencias del *Ballroom*, ahora se encontraban como maestros de baile, o participando en otros eventos y actividades.¹⁰⁶ El *voguing*, para algunos de la comunidad del *Ballroom*, se vuelve una llave que abrió las puertas al derecho a la ciudad. De cierto modo, se podría hacer un paralelismo entre el urbanismo de la teoría de Harvey con el impacto del *voguing* en los sectores de la ciudad. La comercialización del baile revolucionó el arte, desde lo musical y el baile, logrando un tipo de modernización de los estilos de baile en ese entonces. Al igual que la urbanización para con y dentro de los bienes inmuebles, el *voguing* se volvió una nueva tecnología necesaria para el capitalismo. Es dado a ello que, de un espacio oculto, como lo es el espacio del *Ballroom*, se logra desplazar la cultura a otros espacios de la ciudad muchos más visibles. El *voguing* se vuelve una demanda para el flujo capital del arte y de la moda, hasta que el *Ballroom* comienza a llegar a un punto de ser materia apropiable.¹⁰⁷ No obstante, esta nueva posibilidad de poder ser partícipes de la ciudad comienza a cerrarse cuando una nueva enfermedad llega a la ciudad de Nueva York en 1980. Antes, es preciso analizar por qué en Puerto Rico no se dio una cultura del *Ballroom* durante este mismo periodo.

C. EL DERECHO A LA CIUDAD DEL PUERTO RICO GAY: LA AUSENCIA DE UNA CULTURA DE *BALLROOM* EN EL CONTEXTO PUERTORRIQUEÑO DE 1950-1970

i. DESDE LO PATOLÓGICO HASTA LO CRIMINAL

En su libro *San Juan Gay*, Javier Laureano hace una recopilación de información donde se presenta como San Juan fue un espacio para los encuentros de las personas trans y gay. Entre los espacios que recopila, se registran varias barras en El Viejo San Juan, Santurce, Ocean Park, Condado, Miramar, Hato Rey y Puerto Nuevo.¹⁰⁸ Al resaltar el modo en como en el periódico *El Mundo* se publica un artículo en el cual

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ *Id.* en las págs. 7-8.

¹⁰⁷ Desde un aspecto cultural, en Estados Unidos, muchas frases y expresiones en la población en general, al igual que estilos de baile, competencias y programas de televisión (como *Ru-Paul Drag Race* y *Legendary*) son basados en un imaginario de la cultura del *Ballroom*. La serie *Pose* ha rescatado la cultura del *Ballroom* en una representación más fidedigna a lo que fue durante el final de 1970 y a lo largo de 1980.

¹⁰⁸ JAVIER E. LAUREANO, *SAN JUAN GAY. CONQUISTA DE UN ESPACIO URBANO DE 1938 A 1992* 129-65 (2016).

se hacen comentarios despectivos sobre personas *afeminadas* en ciertos espacios de la ciudad, Laureano comenta sobre la posibilidad de personas que se identificaban entre sí y acordaban encontrarse desde 1950 en estos espacios.¹⁰⁹ Para estas fechas es importante recordar que la homosexualidad no era considerada una orientación sexual, sino una enfermedad.¹¹⁰ Dado a ello, el artículo que comenta Laureano hace referencia a este tipo de entendido sobre las personas cuya expresión de género en estos espacios de la ciudad es contraria a la esperada a raíz de su sexo.¹¹¹ La concepción es bastante similar a lo ocurrido durante Nueva York previo al nacimiento de la cultura del *Ballroom*. No obstante, en 1962 Laureano analiza como el P. de la S. 366 fue criticado, también en los medios, por tener la intención de “declarar a los homosexuales estorbos públicos y específicamente a los transgéneros”.¹¹² A lo largo de su análisis histórico presenta el modo en como estos conflictos durante el 1960 promueven un activismo por parte de la comunidad gay en Puerto Rico a lo largo de la década.¹¹³ A su vez, como analiza Larry La-Fountain Strokes sobre los escritos literarios cuir de la época, el exilio fue un modo de alejarse de este tipo de persecución; con miras a encontrar en los espacios de Estados Unidos (en específico Nueva York) mejores formas de vivir la orientación sexual e identidad de género.¹¹⁴

La influencia de las revueltas en Estados Unidos, como Stonewall, donde también participaron varios puertorriqueños,¹¹⁵ hacen eco en Puerto Rico para comenzar una consciencia política a partir de 1970. Paralelo a las luchas y al comienzo de un activismo cuir más visible, el entonces gobernador de Puerto Rico, Carlos Romero Barceló “intentó, en esa década [1970], instaurar un proyecto de restauración de los grandes bolsillos de pobreza de la ciudad capital bajo el proyecto de *Ciudad Modelo*, auspiciado por el gobierno federal”.¹¹⁶ Es decir, se presenta un intento de urbanización que afectaría el sector del caño Martín Peña como también parte de Santurce. A su vez, Laureano nos comenta como el director de la Junta de Planificación, Enrique Soler, también para el 1970 dejó sin efecto una prohibición para la construcción de nuevos hoteles en el área de Condado.¹¹⁷ En otras palabras, el espacio donde pudieron haberse dado encuentros para construir un tipo de comunidad LGBTTIQI+,

¹⁰⁹ *Id.* en la pág. 100.

¹¹⁰ Sarah Boughey-Gill, *When Gay Was Not Okay with the APA: A Historical Overview of Homosexuality and its Status as Mental Disorder*, 1 OCCAM’S RAZOR 6, 9 (2017) (traducción suplida).

¹¹¹ LAUREANO, *supra* nota 108, en la pág. 102.

¹¹² *Id.*

¹¹³ *Id.* en la págs. 103-4

¹¹⁴ LAWRENCE LA FOUNTAIN-STROKES, *QUEER RICANS* 19 (2009) (traducción suplida).

¹¹⁵ LILLIAN FADERMAN, *THE GAY REVOLUTION 173-74* (2015) (traducción suplida).

¹¹⁶ LAUREANO, *supra* nota 108, en la pág. 109.

¹¹⁷ *Id.* en la pág. 112.

como en la comunidad del *Ballroom* en Estados Unidos, estaba siendo amenazado por políticas de urbanismo. Si bien la homosexualidad fue eliminada como psicopatología del *Diagnostic and Statistical Manual of Psychiatric Disorders* en 1973,¹¹⁸ al año siguiente en Puerto Rico se efectúa un cambio en el Código Penal.

El nuevo estatuto, en su artículo 103, leía: “Toda persona que sostuviera relaciones sexuales con una persona de su mismo sexo o cometiere el crimen contra natura con un ser humano será sancionado con pena de reclusión por un término fijo de diez (10) años”.¹¹⁹ En otras palabras, el homosexual quedó tipificado a partir de 1974. Con este estatuto, el Estado comienza a tener, por vía legal, una herramienta para desplazar a lo que consideraban un estorbo público para los planes de urbanización del casco urbano de San Juan. Por ello, comienzan las redadas en las barras y los lugares de encuentro gay en San Juan.¹²⁰ En palabras de Harvey:

“La absorción del excedente mediante la transformación urbana tiene empero un aspecto más tenebroso: ha supuesto repetidas rachas de reestructuración urbana mediante una <<<destrucción creativa>>> que casi siempre tiene una dimensión de clase, ya que suelen ser los más pobres y menos privilegiados, los marginados del poder político, los que más sufren en esos procesos. Para hacer surgir una nueva geografía urbana del derrumbe de la antigua se requiere siempre violencia. . . La creación de nuevas geografías urbanas bajo el capitalismo supone inevitablemente desplazamiento y desposesión, como horrorosa imagen especular de la absorción del capital excedente mediante el desarrollo urbano”.¹²¹

Es dado a esto que, a diferencia de Estados Unidos con sus encuentros clandestinos para la cultura del *Ballroom*, Puerto Rico se enfrentó a una tipificación rigurosa que limitaba los encuentros. No se podía expresar abiertamente la orientación sexual ni la identidad de género.

ii. LA CASA DE ORGULLO GAY Y EL SUJETO DE DERECHO CUIR

Uno de los primeros grupos políticos cuir en Puerto Rico fue la Coalición Orgullo Gay¹²² (COG). La COG entendía que las barras eran un punto de encuentro afeerrado al consumo, pero eran también los únicos lugares de encuentro donde se podía pretender no ser homosexual ante el miedo por la tipificación del Código Penal.¹²³

¹¹⁸ *Id.* en la pág. 172.

¹¹⁹ COD. PEN. PR art. 103, 33 LPRA § 4065 (1974) (derogado 2004).

¹²⁰ LAUREANO, *supra* nota 108, en la págs. 130-33.

¹²¹ HARVEY, *supra* nota 4, en las págs. 37-39.

¹²² Es importante aclarar que aunque su nombre permite deducir que solo personas varones gay eran parte del grupo, también habían mujeres entre sus integrantes. Véase LAUREANO, *supra* nota 108, en la pág. 190. Eventualmente, cambian su nombre a Coalición Orgullo Arcoíris.

¹²³ *Id.*

En cierto modo, se obliga al homosexual a adentrarse a las dinámicas de consumo para poder interactuar de manera secreta con otras personas homosexuales. Es decir, no existía la posibilidad de habilitar otros espacios en los cuales se pudiera ser abiertamente gay, a no ser que fueran espacios de consumo y se visitaran bajo otro pretexto.¹²⁴ Es dado a ello que, como método alternativo de reunión, se trató de adentrarse a la esfera pública con espacios alternos a las barras. La COG estableció entonces La Casa de Orgullo Gay, en la Calle Sevilla 53 en Hato Rey.¹²⁵ No obstante, el lugar seleccionado es mandado a desalojar en varias ocasiones:

“La Autoridad de Carreteras manda a desalojar el edificio dos días después de la publicación de una carta al editor de *The San Juan Star* en la que se acusa de negligencia al gobierno por permitir a los homosexuales reunirse en un edificio público. . . Luego del desahucio del edificio. . . se mudó a la iglesia San Francisco. . . en el Viejo San Juan, de donde también fueron desalojados. . . Finalmente, la COG alquila un apartamento de cinco habitaciones en Río Piedras. . .”¹²⁶

Como se puede percibir, los espacios de encuentro gay de San Juan son bien distintos a los espacios de encuentro LGBTTQI+ en Nueva York. En primera instancia, los espacios de encuentro gay en Puerto Rico luchaban con establecer una presencia política dentro del macro de la ciudad. Mientras que en Nueva York, aunque se dieron espacios de encuentro políticos, también se dieron espacios de recreación. La consecuencia a su vez de una tipificación del homosexual, la homofobia que comienza a institucionalizarse, lleva a que muchas personas LGBTTQI+ no revelaran su orientación sexual. Los que quisieran expresar su identidad de género o vivir sin preocupaciones, solo tenían una vía de escape: el exilio a Estados Unidos. Distinto es el caso de Nueva York, donde de Estado en Estado es más fácil trasladarse, Puerto Rico se encuentra limitado por el mar. Como vimos, un elemento fundamental para la creación de la cultura del *Ballroom* fue la presencia de personas sin hogar, que a su vez dieron paso a la creación de *Houses* y todo el sistema de filiación antes explicado. En Puerto Rico, la comunidad LGBTTQI+ luchaba por un reconocimiento desde el marco político. En palabras de Efrén Rivera Ramos, la subjetividad que provoca el Derecho a raíz de crear ciertas categorías, y cuando la única categoría que el Derecho les proveía al homosexual es la de criminales, manifiesta entonces dos tipos de sujetos de derecho cuir en Puerto Rico. Por un lado, el sujeto de derecho objetivo, establecido en la categoría del texto jurídico, y por el otro, el sujeto de derecho subjetivo, el que se reconoce a sí mismo (el homosexual que se sabe criminal por serlo).¹²⁷ Los de

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ *Id.* en las págs. 190-91.

¹²⁷ Efrén Rivera Ramos, *Derecho y subjetividad*, 5-6 FUNDAMENTOS 125, pág. (1998).

la COG, como sujetos de derecho subjetivo, intentaron establecer espacios para cambiar las concepciones de lo homosexual como sujetos de derecho objetivo tipificados en el Código Penal. La situación se vuelve más onerosa ante el surgir de la epidemia en 1980, que también afecta a la comunidad del *Ballroom* en Estados Unidos.

III. EPIDEMIA DEL VIH EN EEUU 1980-1990

A. ETAPA DEL DESCONOCIMIENTO

El 31 de julio de 1981 el *New York Times* publica una noticia cuyo titular lee “Rare Cancer Seen in 41 Homosexuals”.¹²⁸ Durante este periodo muchas personas cuya orientación sexual era gay se mudaban a ciudades grandes, como Nueva York, para vivir en los *gay ghetto* donde se podía ser gay o lesbiana sin la preocupación de ser desahuciados, amenazados o asaltados por su orientación sexual e identidad de género.¹²⁹ En estos espacios de la ciudad el experimentar sexo durante este periodo para las personas de la comunidad LGBTTQI+ implicaba un “a means no only of release, but also of liberation, a utopian ideal and a necessary antidote to years of repression”.¹³⁰ Como ilustra David France, para el momento histórico en el que el *New Yorks Times* publica la noticia, el *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* había clasificado la atracción sexual por partes de personas de mismo sexo como un trastorno sociopático de personalidad.¹³¹ Las terapias de electroshock eran el remedio, y ser homosexual era tipificado, pero también servía de base para “block applications for security clearance, deny housing, defrock clergy members, fire schoolteachers, and bar foreigners from entering the United States”.¹³² El derecho a la ciudad, recordando los planteamientos de Harvey, le pertenece durante este periodo al heterosexual.

La noticia del 31 de julio de 1981 en el *New York Times* concuerda también con las políticas del presidente Ronald Reagan de acortar la brecha de la economía entre los sectores con mayor capital y los de la clase trabajadora con menor capital.¹³³ Harvey nos comenta como precisamente este tipo de políticas públicas tienen relación con el urbanismo y el capitalismo. Hay que recordar que la falta de capacidad en el mercado (capacidad de intercambio del capital) de un sector, impul-

¹²⁸ Lawrence K. Altman, *Rare Cancer Seen in 41 Homosexuals*, THE NEW YORK TIMES (3 de julio de 1981), <https://www.nytimes.com/1981/07/03/us/rare-cancer-seen-in-41-homosexuals.html>.

¹²⁹ DAVID FRANCE, *HOW TO SURVIVE A PLAGUE 28* (2017) (traducción suplida).

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ *Id.*

¹³² *Id.* en las págs. 28-29.

¹³³ *Id.* en la pág. 32.

sa a que se quiera expandir hacia otros sectores para comenzar un nuevo proceso de urbanización. Harvey define este fenómeno como la suburbanización, y no solo hace referencia al establecimiento de nuevas estructuras en las afueras del sector a urbanizar, sino también un cambio en el interior del sector ya urbanizado. Ejemplo de ello es la “comercialización de nuevos productos”,¹³⁴ que bien para las políticas de Reagan implica la inversión en la revolución tecnológica, como con las cámaras de grabación y las primeras computadoras.¹³⁵ Estos cambios dentro del sector crean, a su vez, problemas económicos: un grupo con mayor capital para lucrarse de estos cambios, y otro grupo con menos capital: provocando, así, otros problemas sociales, como el abuso de sustancias controladas, violencia,¹³⁶ y como vimos con el caso del *Ballroom*, problemas de acceso a la vivienda y otros derechos: educación, acceso a la información, salud, etc.¹³⁷ Es por ello que, cuando surge lo que a principio fue denominado el *gay cáncer*, la desinformación no se vuelve solo un factor médico, sino también social. Las personas de la comunidad LGBTTQI+ afectadas por esta enfermedad no tenían acceso a servicios médicos, y lo que conocen sobre ello es lo que se publica en los periódicos.¹³⁸ Por ende, las reuniones que David France registra para darle nombre a esta enfermedad ocurrieron por parte de personas de la comunidad específicamente gay que tenían el capital para tener un apartamento y estudios, entre estos: periodistas, psicólogos, veteranos, filósofos, como fueron Larry Kramer, Nathan Fain, Lawrence Mass, Edmund White, Paul Popham, Paul Rapoport, hombres gays con derecho a la ciudad.¹³⁹ El nombre que articularon en esa reunión fue *Gay-Related Immune Deficiency* (GRID), y este grupo llevó como nombre el *Gay Men's Health Crisis* (GMHC). Lo único que se sabía del GRID era que producía dos tipos de cáncer, Sarcoma de Kaposi (“KS” por sus siglas en inglés) o un tipo de neumonía (“PCP” por sus siglas en inglés),¹⁴⁰ y que en efecto estaba afectando en su mayoría a los hombres gays.

El desconocimiento de la enfermedad no solo llevó a problemas económicos, sino también a problemas de seguridad, denominado un *epidemic of violence following news of the plague*.¹⁴¹ La ciudad, que de por sí solo pertenece al heterosexual o al homosexual con capital, para sectores pobres como los negros y los

¹³⁴ HARVEY, *supra* nota 4, en la pág. 28.

¹³⁵ FRANCE, *supra* nota 129, en la pág. 32.

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ *Id.*

¹³⁸ LAUREANO *supra* nota 108, en la págs.249-52.

¹³⁹ *Id.* en las págs. 31-32.

¹⁴⁰ CDC, *A Cluster of Kaposi's Sarcoma and Pneumocystis carinii Pneumonia among Homosexual Male Residents of Los Angeles and range Counties, California*, <https://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/00001114.htm> (última visita 2 de diciembre de 2020) (traducción suplida).

¹⁴¹ FRANCE, *supra* nota 129, en la pág. 34.

latinos se vuelve un espacio de doble epidemia: la de la enfermedad en sí que ataca el cuerpo, y la de la violencia, que ataca lo social. Mientras, los fondos públicos para la investigación del GRID por parte del Centro de Control de Enfermedades (“CDC” por sus siglas en inglés), se reducen dado a las políticas de Reagan, quien a la fecha de estos eventos no hizo un pronunciamiento sobre la epidemia, al igual que el entonces alcalde de Nueva York, Ed Koch.¹⁴² En el cuadro médico el nombre fue cambiado a “acquired immune deficiency syndrome” (AIDS), dado a que los investigadores tenían “concerns about naming a disease after the [gay] community”.¹⁴³ Ya para este entonces era de conocimiento social que la enfermedad se adquiría por vía sexual. El sexo, como mencionado anteriormente, era un modo de expresión sobre la orientación sexual e identidad que se utilizaba por parte de la población gay en un cierto grado de activismo y apropiación de los espacios de la ciudad. Ante el surgir de esta enfermedad y el reconocimiento de que su vía de transmisión era el sexo, se dan dos entendidos. Por un lado, aquellas personas que eran parte del capital y a quienes no les afectaba la epidemia comenzaban a ver a la comunidad LGBTTQI+ como depravados sexuales, esto, aumentando el modo en como se rechazaba a esta comunidad de los espacios de la ciudad y del derecho a la ciudad en sí; del mismo modo en como se efectuó el rechazo en la ciudad hacia las personas que frecuentaban el *Ballroom*: por su orientación sexual en sí, pero esta vez por la nueva patologización. Por otro lado, vemos a los miembros de la misma población gay (tanto quienes era partícipes o no del flujo del capital) no queriendo detener las prácticas sexuales que les servían como vehículo de identidad dentro de los espacios de la ciudad, logrando así una mayor propagación de la enfermedad. Fue necesario cambiar el discurso sobre el sexo homosexual, Larry Kramer escribió:

“We’ve been too accustomed to fear, particularly the fear that our sexual freedom, so hard fought for, will be taken away from us. But we must realize that sex is not the fabric holding our community together; that’s a very questionable assumption indeed about our commonality. We must realize that we are much, much more, that we have a sense of self and identity and realting such as exist in any religion or philosophy or ethnic background, and in which sex plays no more a role than it does in heterosexual identity. And if it takes an emergency epidemic to teach us this lesson, then let this be one of life’s ironies”.¹⁴⁴

Pero el conflicto recaía en que el sexo no era solo un vehículo para la expresión sobre la orientación sexual e identidad, para otras personas –como vimos con personas que frecuentaban el *Ballroom*– el sexo también era el vehículo para conseguir

¹⁴² *Id.* en la pág. 61.

¹⁴³ *Id.* en la pág. 67.

¹⁴⁴ *Id.* en las págs. 80-81.

capital. Ante una enfermedad desconocida que se transmite por la vía sexual, por ende, este acceso al capital se vio también limitado.¹⁴⁵

Por su parte, Sarah Schulman recopila en sus artículos periodísticos otro fenómeno a raíz de la epidemia del AIDS: la gentrificación. En octubre de 1985 una mujer lesbiana, Marguerita López, se ata con cadenas a unas vigas en son de protestas. En la entrevista, comenta:

“Like every struggle, you will find blacks Hispanics, Asians and gays who are part of the rich people. I hear accusations but I don’t think gay men are a force for gentrification. On the contrary, gay people in this community are part of the fighting back. You hear a lot in this country that gay men have money, but I know a lot of gay men personally and none of them have money”.¹⁴⁶

Schulman luego comenta como se logró, entonces, un proceso de gentrificación por parte de las personas blancas y heterosexuales de clase alta en la misma área donde Marguerita López protestaba. El desplazamiento de las familias y de los propietarios provocó que muchas personas se quedaran sin hogar en el área del *East Village* en Nueva York para el establecimiento de galerías de artes.¹⁴⁷ Un mes luego, Schulman recopila una serie de entrevistas a personas afectadas en la comunidad de Nueva York ante el cierre y las limitaciones impuesta por el Gobierno sobre los *bathhouses*, espacios de la ciudad donde hombres gays frecuentaban para tener sexo y que a su vez servía de espacio laboral para otras personas que no frecuentaban con dicha intención. Cuando se le preguntó su opinión a Nancy Roth, en representación del *Gay Rights National Lobby*, su respuesta fue que el enfoque debe estar en “pour money into public education about what AIDS is and is not, what the symptoms are, how it is spread, and what kinds of behaviors are less risky”.¹⁴⁸ A su vez, ante la misma pregunta, Nancy Langer, en representación de *Lambda Legal Defense and Education Fund*, respondió: “[W]e fear that the language is particularly bad and might fuel the fire of recriminalization of sodomy in New York State, . . . We’re worried that, in many locales, the AIDS crisis is being used as pseudoscientific rationale to justify archaic sodomy laws.”¹⁴⁹

Schulman recalca como a raíz de estas limitaciones a ciertos espacios de la ciudad, de la propaganda mediática llena de paranoia y de la acción e inacción del Gobierno, “[p]eople with AIDS faced severe housing and job discrimination”.¹⁵⁰

¹⁴⁵ *Id.* en la pág. 76.

¹⁴⁶ SARAH SCHULMAN, *MY AMERICAN HISTORY. LESBIAN AND GAY LIFE DURING THE REAGAN AND BUSH YEARS* 99 (2019).

¹⁴⁷ *Id.* en la pág. 101.

¹⁴⁸ *Id.* en la pág. 103.

¹⁴⁹ *Id.* en la pág. 107.

¹⁵⁰ *Id.* en la pág. 110.

La epidemia de lo que entonces era conocido como AIDS y el desconocimiento de la enfermedad, en conjunto con la violencia en las calles, sirvió para que el sector político y de mayor capital utilizara la enfermedad como justificación para la gentrificación de la comunidad LGBTTTQI+ de los espacios de la ciudad. Esto llevó, entonces, a una necesidad de retomar estos espacios.

B. ETAPA DE LA INACCIÓN

Señalo tres instancias donde la inacción por parte del Estado llevó al surgir de una necesidad de retomar los espacios de la ciudad. Defino inacción como la imposibilidad de poder ser partícipes del flujo capital bajo la teoría de Harvey. Ya sea dado a que el mismo Estado imposibilita la entrada a las dinámicas de comercio, o porque el Estado tiene un rol indiferente ante la epidemia, y logra, a raíz de esa inacción en sí, no proveer las herramientas necesarias para que las personas afectas por la enfermedad puedan tomar determinaciones sobre su salud. Estas primeras etapas de inacción dan a lugar a movimientos más grandes de acción directa, que se analizarán en breve.

Los primeros movimientos para retomar estos espacios nacen desde la educación. Michael Collen y Joseph Sonnabend, miembros también del GMHC, establecieron manuales sobre lo que comenzó a llamarse sexo seguro.

“It was publicized by gay men through networks and service organizations and graphic design and Street activism, all born in and supported by lesbian and gay community. In fact, virtually all constructive responses to the AIDS crisis have originated at some point in the gay and lesbian community with no help or else outright obstruction from the government”.¹⁵¹

Cuando el Estado no se responsabiliza en proveerles educación sobre los métodos de transmisión de la enfermedad o cualquier información concreta sobre esta, permitió que se creara un caos mediático. Este caos, a su vez, proliferó la desinformación ya existente en la etapa anterior. La ciudad en sí se vuelve un lugar lleno de estigma y miedo, y los espacios que se frecuentaban, como los espacios del *Ballroom*, se vuelven espacios de discusión sobre la epidemia. También espacios que no se quieren frecuentar por la posibilidad del contagio. Bailey y Lawrence describen como el impacto de la epidemia del AIDS afectó a la comunidad del *Ballroom*, en especial al identificar que muchas de las personas que frecuentaban las competencias comenzaron a morir.¹⁵² Los espacios se vaciaron, mientras que a su vez comenzaron

¹⁵¹ *Id.* en la pág. 113.

¹⁵² LAWRENCE, *supra* nota 14, en la pág. 9.

a nacer *Houses* cuya intención principal era la educación también sobre las situaciones a raíz de la epidemia.¹⁵³

La segunda instancia en el efecto de la inacción permea en la falta de acceso al mundo laboral. Desde 1971 en Nueva York, el gobierno denegaba las peticiones de prohibición de políticas anti-discrimen por razón de orientación sexual en el trabajo y para el acceso de la vivienda o acomodo en viviendas públicas.¹⁵⁴ Cuando el gobernador Koch no resultó electo, estas políticas entran por fin en efecto.¹⁵⁵ Aunque no es hasta el 1980 que las políticas anti-discrimen se expanden a otras agencias no gubernamentales bajo la Orden Ejecutiva 50.¹⁵⁶ Hubo oposición, pero estas no escalonan hasta tanto John O'Connor fue instalado como arzobispo de la ciudad en 1984.¹⁵⁷ El fervor mediático de asociar al homosexual con la epidemia ayudó a la oposición. O'Connor amenazó con terminar sesenta contratos entre la iglesia y el Gobierno si se veía forzado a contratar a personas homosexuales. Después de todo, como arzobispo, cuidaba por la moral de la ciudad y de los feligreses, quienes (como parte del flujo capital), determinaban quienes pertenecen o no a la ciudad en sí.¹⁵⁸ Se logró incluso, por la vía judicial, invalidar la Orden Ejecutiva 50,¹⁵⁹ demostrando una vez más un atropello hacia un derecho a la ciudad. Dado a que la falta de acceso al mundo laboral es otro elemento de la ausencia al derecho a la ciudad para los homosexuales durante este periodo, el factor de la epidemia lo limita aún más.

Como tercera y última instancia tenemos el problema que surge a raíz de los medicamentos preventivos que provee el Estado como solución fallida ante la epidemia. El cuerpo científico descubre que el azidothymidine (AZT), un medicamento contra el cáncer de 1964, ayudaba a detener el virus que causaba el AIDS en las muestras de sangre.¹⁶⁰ Los estudios necesarios para determinar si el AZT eran efectivos requerían la presencia de pacientes. Por las dos instancias antes discutidas, la falta de educación y el miedo mediático, al igual que el ataque político y social hacia los homosexuales, muchos de estos no eran partícipes de las pruebas. La represalia era perder el trabajo al darse a conocer que fueron parte de los estudios.¹⁶¹ Para este entonces, 1985, se descubre que el virus no solo se transmite por la vía sexual, sino

¹⁵³ BAILEY, *supra* nota 21, en la pág. 206.

¹⁵⁴ FRANCE, *supra* nota 129, en la pág. 123.

¹⁵⁵ *Id.*

¹⁵⁶ *Id.*

¹⁵⁷ *Id.* en la pág. 124.

¹⁵⁸ *Id.*

¹⁵⁹ Joyce Purnick, *Court Overrules Order by Koch on Sexual Bias*, THE NEW YORK TIMES (29 de junio de 1985), <https://www.nytimes.com/1985/06/29/nyregion/court-overrules-order-by-koch-on-sexual-bias.html> (traducción suplida).

¹⁶⁰ FRANCE, *supra* nota 129, en las págs. 178-79.

¹⁶¹ *Id.*

también por la sangre. Dado a este factor, personas que habían recibido trasplante de órganos vitales o transfusiones de sangre, adquirieron el virus. Se comienza a llamar Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH) para distinguirlo de la condición de AIDS, a su vez los primeros casos de personas heterosexuales comienzan a reflejarse.¹⁶² Solo se llegó hasta la segunda fase de la aprobación de la AZT, donde la Administración de Medicamentos y Alimentos (“FDA” por sus siglas en inglés) aprueba la distribución preaprobación.¹⁶³ Al utilizar solo la información de esta segunda fase de estudio, se lanza al mercado un producto que se sabía tóxico para el cuerpo, pues reducía la médula ósea, causando problemas tanto de anemia, por la falta de células rojas, como de leucopenia, la falta de glóbulos blancos al mismo tiempo.¹⁶⁴ Mientras esto ocurría, las calles de la ciudad de Nueva York comenzaron a ser tablón para una manifestación silente:

“One morning in December, bus shelters and bank windows in a large part of Manhattan were covered with ominous large posters, featuring a pink triangle floating against a black background. . . on the mysterious poster, the triangle had been inverted—no longer pointing downward like a yield sign, it was depicted there as a pyramid. . . Beneath this image was an arresting message in blocky white letters: SILENCE = DEATH”.¹⁶⁵

La descripción previa hace referencia al famoso cartel que luego se vuelve símbolo de la organización *AIDS Coalition to Unleash Power* (ACT UP), y que dio paso al movimiento de acción directa en contra de la inacción del Gobierno y de las grandes farmacéuticas con relación a la epidemia del VIH y el SIDA (lo que para ese entonces era AIDS).¹⁶⁶

C. ETAPA DEL ACTIVISMO

La distinción de retomar el espacio de la ciudad por medio del *Ballroom* y de las situaciones a raíz de la epidemia del VIH recae en el modo en como la ciudad se contempla. Para la comunidad del *Ballroom* la ciudad no es una ciudad enemiga, prueba de ello es el factor de que muchas personas que frecuentaban el *Ballroom* vivían en los puentes, las plazas, o en los mismos *Houses* que competían.¹⁶⁷ La ciudad, para el *Ballroom*, es un espacio donde habita el *Ballroom*, ese lugar donde se

¹⁶² *Id.* en las págs. 215-16.

¹⁶³ *Id.* en la pág. 240.

¹⁶⁴ *Id.* en la pág. 181.

¹⁶⁵ *Id.* en la pág. 244.

¹⁶⁶ *Id.*

¹⁶⁷ PARIS IS BURNING, *supra* nota 12.

puede ser a raíz de la orientación sexual, identidad o expresión de género. Distinto es el caso con la epidemia. El Sarcoma de Kaposi (KS), como enfermedad atada al VIH durante este periodo, es una enfermedad que provoca un crecimiento anormal en los vasos sanguíneos (o capilares). El aumento de los capilares provoca que en la piel se presenten puntos rosados o púrpuras, y se vuelve letal por el modo en como afecta órganos internos del cuerpo como pulmones, ganglios linfáticos o los intestinos.¹⁶⁸ Es dado a ello que la ciudad se vuelve una ciudad enemiga y un lugar inhóspito, dado a que no solo las políticas del Gobierno se movilizaron para cerrar espacios de encuentro, sino que también el cuerpo mismo delataba la condición, factor que a su vez provocaba un alza de violencia y homofobia. Es por ello que el modo en como el *Ballroom* retoma los espacios de la ciudad no lo hace de manera violenta, sino que se retoma de manera interna, utilizando la ciudad desde lo pacífico y desde lo casi invisible. En cambio, ante la epidemia se retoma el derecho a la ciudad de manera violenta y desde lo externo, para hacer visible la necesidad de atención ante la situación. Una de las maneras de reivindicar el derecho a la ciudad desde la epidemia, entonces, fue el activismo. Se analizarán tres instancias donde se privó del derecho a la ciudad, y luego se explicará como esta ausencia iniciaron los movimientos activistas.

El activismo fue un método de movilizar el sector social hacia una consciencia sobre la situación de la epidemia. Similar a como ocurre con la cultura del *Ballroom* con las identidades y expresiones de género, el activismo requiere atención a lo observable. Hay que recordar como el Estado (en específico el gobierno de Reagan y Bush, como también el gobierno de Koch) no hizo pronunciamientos claros sobre la epidemia, tales como: población afectada, métodos de transmisión, métodos de prevención, requerir estudios científicos concretos, políticas públicas para tratamiento en hospitales, entre otros.¹⁶⁹ ACT-UP cumple, por ende, el rol de acción ante la inacción, y es en sí el modo más visible en cómo se retomó el derecho a la ciudad. Aunque la indignación estaba presente desde antes, no es hasta que la FDA decide retirar la política de accesibilidad de la AZT que comienza a surgir un cambio en mentalidad sobre cómo atender la epidemia.¹⁷⁰ La FDA decidió poner en el mercado a \$10,000 al año el único medicamento que se había presentado como solución ante el VIH.¹⁷¹ Del mismo modo, se habían detenido los procesos de experimentación con el medicamento por falta de fondos, y se permanecía en la segunda fase, donde el medicamento continuaba siendo uno tóxico para el cuerpo.¹⁷² Un caso trágico

¹⁶⁸ CDC, *El sida y las infecciones oportunistas*, <https://www.cdc.gov/hiv/spanish/basics/living-with-hiv/opportunisticinfections.html> (última visita 2 de diciembre de 2020).

¹⁶⁹ HOW TO SURVIVE A PLAGUE (Public Square Films & Ninety Thousand Words 2012).

¹⁷⁰ *Id.*

¹⁷¹ FRANCE, *supra* nota 129, en la pág. 253.

¹⁷² *Id.*

relacionado a la toxicidad del medicamento se presentó años luego en las Corte Suprema de Maine cuando Valerie Emerson, quien era seropositiva, se rehusó a darle AZT a su hijo de cuatro años, quien también vivía con la condición. Su decisión se basó en experiencia previa con el medicamento: “The mother had said that she saw her 3-year-old daughter go through an agonizing death while on the drug AZT, and she did not want Nikolas to suffer the same way.”¹⁷³ La Corte, determina que:

“If the child’s health should change, if the treatment efficacy should be demonstrated to be better than it is now known to be, or if better treatment options should become available, that balance could shift in favor of treatment. Neither the parents nor the State should assume that the trial court’s decision, affirmed by our opinion today, is necessarily the final word on treatment for Nikolas”.¹⁷⁴

Las personas afectadas o con posibilidad de serlo por el VIH, ante no presenciar que el Estado atendía la situación, decidieron moverse a las calles. A continuación, se presentan dos ejemplos de instancias en las que el activismo se presentó como una manera de revindicar el derecho a la ciudad.

i. Seize Control of the Fda

El 11 de octubre de 1988, el grupo de ACT-UP comenzó una protesta en un cuartel de la FDA en Washigton.¹⁷⁵ El Comité de Prensa del grupo preparó un manual titulado *FDA Action Handbook* con información preparada por el Comité de Data y Tratamiento donde se especificaba información sobre cómo tratar la epidemia.¹⁷⁶ Este comité fue el grupo que mantenía una actividad puramente científica y educativa dentro del movimiento. Se encargaban de analizar la situación de la epidemia con un ojo médico, escribiendo manuales explicativos para el grupo en sí.¹⁷⁷ El manual preparado para la actividad fue distribuido a la prensa con la intención de atraer periodistas al lugar de la propuesta, lo que en efecto ocurrió. El acto de desobediencia civil recogido en la prensa fue un método efectivo en como el grupo y sus reclamos se hicieron presentes en los espacios de la ciudad. Con pancartas y camisetas con mensajes tales como *WE DIE—THEY DO NOTHING*, logró que en efecto el Estado y la FDA el *National Institute of Health* (NIH) comenzaran a escuchar los reclamos,

¹⁷³ *Mother Can Refuse AIDS Drugs for Son, Main Court Rules*, LOS ANGELES TIMES (20 de noviembre de 1998), <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-1998-nov-20-mn-45675-story.html>.

¹⁷⁴ *In re Nikolas E.*, 720 A.2d 562, 568 (1998).

¹⁷⁵ Douglas Crimp, *Before Occupy: How AIDS Activist Seized FDA in 1998*, THE ATLANTIC (6 de diciembre de 2011), <https://www.theatlantic.com/health/archive/2011/12/before-occupy-how-aids-activists-seized-control-of-the-fda-in-1988/249302/> (traducción suplida).

¹⁷⁶ HOW TO SURVIVE A PLAGUE, *supra* en la nota 169.

¹⁷⁷ *Id.*

y no solo eso, sino también permitir que personas del grupo ACT-UP tuvieran un rol en la toma de decisiones eventualmente.¹⁷⁸

ii. STOP THE CHURCH

El 10 de diciembre de 1989, el grupo ACT-UP hizo una manifestación en la capilla de St. Patrick.¹⁷⁹ A eso de las 10:15 a.m., interrumpieron la misa con consignas en contra del cardinal, John O'Connor, por su rechazo en temas del aborto, la homosexualidad y el VIH.¹⁸⁰ En el documental *How To Survive a Plague* se presenta el modo en como se llevó a cabo esta manifestación. Primero, los activistas llegaron a la capilla con la vestimenta esperada de los feligreses. Una vez comenzada la misa, se comenzaron a levantar gritando las consignas, tales como *They're killing us*. Acto seguido, comenzaron a acostarse en el piso del pasillo. Como un acto de apropiación del espacio de la ciudad, muchos manifestantes también se comenzaron a amarrar a los bancos de la capilla, mientras otros comenzaban a tomar la calle frente a la catedral, acompañados por el *Women's Health Action Mobilization (Wham!)*.¹⁸¹

iii. HELMS IS DEADLIER THAN A VIRUS

El 5 de septiembre de 1991, un pequeño grupo de ACT-UP decidió colocar un gran condón inflable alrededor de la casa del senador Jesse Helms.¹⁸² Según ilustra el documental *How to Survive a Plague*, Helms desde su posición como senador comenzó una narrativa donde unía el VIH directamente con la sodomía, es decir, con un estigma aferrado a la homosexualidad.¹⁸³ Logró proponer y pasar leyes que previnieron la entrada de personas seropositivas a los Estados Unidos. También, pasó legislación para limitar los fondos en el CDC para atender el asunto del VIH. En septiembre de 1991 ACT-UP colocó el condón inflable sobre su casa; este leía: "A condom to stop unsafe politics".¹⁸⁴ El acto en sí es simbólico si lo analizamos con el derecho a la ciudad y se compara el condón con la propiedad privada. Estos dos elementos, el primero un elemento de prevención ante la epidemia, y el segundo un elemento de protección, reflejan el modo en como desde el espacio privilegiado que el derecho a la ciudad permite (la vivienda en sí), no se piensa en la necesidad de un

¹⁷⁸ *Id.*

¹⁷⁹ Jason Deparle, *111 Held in St. Patrick's AIDS Protest*, THE NEW YORK TIMES (11 de diciembre de 1989), <https://www.nytimes.com/1989/12/11/nyregion/111-held-in-st-patrick-s-aids-protest.html> (traducción suplida).

¹⁸⁰ HOW TO SURVIVE A PLAGUE, *supra* en la nota 169.

¹⁸¹ *Id.*

¹⁸² *Protestors Inflate Replica of Giant Condom Atop Senator's Home*, ASSOCIATED PRESS NEWS (5 de septiembre de 1991), <https://apnews.com/article/fa9546b795757e2bf47a5457abdd79b2> (traducción suplida).

¹⁸³ HOW TO SURVIVE A PLAGUE, *supra* en la nota 169.

¹⁸⁴ FRANCE, *supra* nota 129, en la pág. 446.

elemento preventivo (el condón). La epidemia no era un elemento de preocupación para el senador Helms y, a la vez, los activistas se protegen de él al colocar el condón en su propiedad privada. Pues, la inacción para el grupo ACT-UP era mucho más mortal que el virus en sí, y en este ejemplo, la inacción recae en la indiferencia del legislador. Permea el lema del grupo activista *SILENCE = DEATH*.

D. CONSECUENCIAS DEL ACTIVISMO

Dentro del grupo del Comité de Data y Tratamiento comenzaron a ocurrir unas diferencias en cuanto al modo en como atender la situación de la epidemia para cuando George H. W. Bush casi terminaba su presidencia en el 1993. Estos entendían que la mejor manera de ser tomados en serio era, no con el modo de acción y activismo con el que continuaban trabajando desde el comienzo de la epidemia, sino con una movilización hacia el interior de la infraestructura del sistema político y de salud del país.¹⁸⁵ Parte de los miembros del comité abandonaron ACT-UP y formaron el *Treatment Action Group* (TAG). Así, por un lado, ACT-UP continuó un movimiento de concientización social, mientras TAG se movilizó hacia una acción más burocrática.¹⁸⁶ Bajo la administración de Bill Clinton, se logró el primer insumo federal para atender la epidemia del VIH alrededor de la educación con miras a tener sexo seguro con campañas que promovían el uso del condón. Para 1994 se presentaba en los medios televisivos, tanto en dibujos animados como en televisión regular, anuncios de prevención del VIH.¹⁸⁷ La farmacéutica Merck encontró el remedio preventivo para atender la tasa de mortalidad del virus. Cuando lograron combinar dos tipos de medicamentos descubrieron que esta combinación era efectiva para detener la propagación del virus en el cuerpo.¹⁸⁸ Así, si una persona padecía de VIH, al tomar estos medicamentos llamados supresores o antirretrovirales, podía vivir con el virus, más no tener una carga viral alta del mismo como para llegar a una etapa de posible mortalidad, como es el SIDA. En Puerto Rico, la historia de estas luchas y el activismo tiene sus diferencias.

E. EPIDEMIA DEL VIH EN PUERTO RICO Y SU EFECTO EN EL DERECHO A LA CIUDAD EN LA COMUNIDAD LGTTBQI+ DURANTE 1980

I. ETAPA DEL DESCONOCIMIENTO

Similar a como ocurrió en Estados Unidos, los primeros indicios del VIH en Puerto Rico se reportaron en los periódicos, donde se presenta también que la po-

¹⁸⁵ *Id.* en la pág. 448.

¹⁸⁶ HOW TO SURVIVE A PLAGUE, *supra* en la nota 169.

¹⁸⁷ FRANCE, *supra* nota 129, en la pág. 492.

¹⁸⁸ *Id.* en la pág. 497.

blación en riesgo eran las personas gays.¹⁸⁹ En Puerto Rico se da un imaginario de terror alrededor de la epidemia mucho más gráfico, producto de las noticias y las estadísticas de muerte en Estados Unidos. Prueba de ello es el modo en como en dos artículos muestran imágenes de la concepción del virus. En *El Nuevo Día*, la noticia del 25 de agosto de 1983 presenta una personificación de La Muerte, con su guadaña, llevándose a puertorriqueños bajo el título “Señalan un virus como causante del AIDS”.¹⁹⁰ El otro artículo fue publicado en *El Vocero* el 18 de abril de 1985. En esta ilustración, el AIDS es un monstruo con cuernos y garras, que se levanta desde las profundidades del mar y se traga la isla de Puerto Rico.¹⁹¹ El Estado, desde la legislación, aprueba también la Ley 81 del 4 de junio de 1983.¹⁹² Esta ley, que tenía como meta trabajar el asunto de la epidemia en la isla, realmente, según Laureano, fue utilizada para que el Departamento de Salud comenzara redadas para “arrestar prostitutas y homosexuales en lugares de la ciudad como la calle Hoare en la Parada 15 de Santurce, como uno de los métodos para el control del SIDA”.¹⁹³ El Estado, con la epidemia, configura al homosexual nuevamente dentro de una patología, y si bien como durante los diez años previos ya lo tipifica con el Código Penal, ahora tenía dos maneras para válidamente expulsarlos de la ciudad de San Juan.

Lo que ocurre con el VIH en las barras gay de Puerto Rico es lo que Ríos Ávila denomina una “neurosis viral”.¹⁹⁴ Cuando el Estado configura al homosexual y al caribeño negro como el grupo de “alto riesgo”.¹⁹⁵ Ríos Ávila explica como mientras más se llega a un proceso de urbanismo, como lo explica Harvey, en el aspecto de llegar a ser una ciudad que a raíz de la ciencia va ganando:

“prestigiosos discursos ordenadores de la ciudad, de la vida del individuo y del estado, la vida urbana irá produciendo la categoría del ciudadano moderno, cada vez más alejado del contacto directo con la enfermedad, la miseria y la muerte. La ciudad se hace cada vez más antiséptica, más lógica, más planificada, y su modelo ideal se torna cada vez más utópico”.¹⁹⁶

Por ello, el homosexual enfermo con VIH/SIDA no puede gozar del derecho a la ciudad por los ideales de urbanismo y las metas de una ciudad sanjuanera moderna durante 1980.

¹⁸⁹ LAUREANO, *supra* nota 108, en la pág. 252.

¹⁹⁰ *Id.* en la pág. 344.

¹⁹¹ *Id.* en la pág. 345.

¹⁹² Ley para la Prevención y Tratamiento de Enfermedades de Transmisión Sexual, Ley Núm. 81 de 4 de junio de 1983, 24 L.P.R.A § 571 (1993).

¹⁹³ *Id.* en la pág. 271.

¹⁹⁴ RUBÉN RÍOS ÁVILA, *SEXUALIDAD Y EL VIH/SIDA: MÓDULOS INNOVADORES DE ENSEÑANZA* (1996).

¹⁹⁵ *Id.*

¹⁹⁶ *Id.* en las págs. 170-71 (1996).

II. ETAPA DEL ACTIVISMO

La COG estableció en Puerto Rico, durante 1983, dos colectivos para atender el asunto del VIH en Puerto Rico. El primero, el Colectivo de Estudios Gay y el segundo el Colectivo de Concienciación Gay. La finalidad de estos colectivos era publicar información sobre la epidemia.¹⁹⁷ Muchas barras gays también se unieron a favorecer en sus locales información. Se establece igual la Fundación AIDS de Puerto Rico.¹⁹⁸ Para el 1986, Moisés Agosto es diagnosticado con VIH. Según una entrevista realizada por Sarah Schulman, mientras caminaba por el Viejo San Juan se encuentra con un libro bajo el título *Living with AIDS*, y gracias a este se convirtió en el modo en como se informó sobre todo lo relacionado con la epidemia: cómo cuidarse y qué comer por el periodo de un año.¹⁹⁹ Resalto este punto porque Agosto relata como no tuvo otro método para informarse sobre el impacto en condición de salud a raíz del virus.²⁰⁰ El miedo al VIH y la falta de espacios fijos y estables para hablar de la enfermedad son factores que llevaron a personas como Agosto a estar aisladas de la situación. Agosto incluso relata que luego de confiarle a un amigo sobre su estatus serológico llega hasta la Fundación SIDA. Se muda a Nueva York para continuar estudios graduados y en Nueva York es reclutado por Roger Black cuando le solin que sea traductor de ACT-UP en 1989.²⁰¹ Gracias a él la información sobre la manifestación de *STOP THE CHURCH* fue traducida al español y contó con personas latinas.²⁰² Hasta entonces el grupo ACT-UP no contaba con una representación latina en sus movimientos, es decir, era un movimiento que se enfocaba en gente blanca y que hablase inglés, tampoco contaba con mujeres como parte del colectivo: “there was like a need for some sort of a Latino Group for the Latinos that were there. . . . Actually, I think the Latino Caucus, now that I go back, also opened the door to women with HIV that were not necessarily ACT UP members, but invited them to become ACT UP members”.²⁰³

Agosto también resalta en la entrevista lo que La-Fountain Stokes recoge sobre el asunto político a raíz del estatus político. Mientras en la isla se estaban realizando actividades de concientización, se criticaba mucho que el modo de lograr estas actividades emulara los modelos americanos. Otros, consideraban que era mejor enfocar las actividades con una mirada más puertorriqueña.²⁰⁴ Cuando ACT-UP llega

¹⁹⁷ LAUREANO, *supra* en la nota 108, en la pág 278.

¹⁹⁸ *Id.*

¹⁹⁹ *ACT UP Puerto Rico*, ACTUP ORAL HISTORY PROJECT (15 de diciembre de 2002), <http://www.actuporalhistory.org/index1.html>. Enlace no conduce a información.

²⁰⁰ *Id.*

²⁰¹ *Id.* en la pág. 6.

²⁰² *Id.* en la pág. 7.

²⁰³ *Id.*

²⁰⁴ *Id.*

a Puerto Rico para atender asuntos de organización y activismo, se les criticó por no consultar las organizaciones locales o tratar de establecer vínculos. La-Fountain, al igual que Agosto, consideran que las luchas tenían un enfoque primordial sobre salud pública entre los miembros de la comunidad gay afectada. No obstante, se volvió también un asunto político.²⁰⁵ Sin embargo, la presencia de un capítulo de ACT-UP en Puerto Rico logró un activismo más presente en la ciudad. A lo largo de 1990 y el 1991 lograron una serie de actividades que culminaron en la primera parada gay de Puerto Rico, actividad que se lleva celebrando cada año en verano desde entonces.²⁰⁶ El VIH y el activismo a raíz de este provocan una nueva visibilidad de la comunidad LGBTTQI+ en los espacios de la ciudad. La epidemia y la inacción del Gobierno, no obstante, también configuraron un entendido sobre el VIH que continuó presente sobre el sujeto cuir de Puerto Rico. Esto, en conjunto con el hecho de que el homosexual continuaba siendo tipificado, no permitió en ese entonces reivindicar la ciudad como con otros espacios en Estados Unidos. Al llegar los retrovirales a Puerto Rico en 1994, a tres años de la primera marcha de orgullo gay, se comienza una etapa de silencio.

iii. ETAPA DEL SILENCIO

La consecuencia de una inacción por parte del Gobierno de Puerto Rico provocó que la desinformación sobre el VIH y el SIDA perdurara a lo largo de la década de los 2000. Esta desinformación creó un cuadro de estigmas para las personas viviendo con VIH.²⁰⁷ El VIH se asocia con el SIDA, cuando en realidad son dos situaciones distintas. El SIDA es la baja cantidad de células CD4 (200 copias o menos) en el cuerpo, las células que se encargan de crear el sistema inmunológico.²⁰⁸ Mientras que el VIH es el virus que habita en el cuerpo adhiriéndose a las células CD4, destruyéndolas para multiplicarse.²⁰⁹ Durante el 1980 las personas morían a raíz de alguna enfermedad oportunista ante el SIDA y esta asociación se ha quedado para crear el estigma en cuanto al VIH. El antiretroviral que comenzó a distribuirse a partir de 1994 cumple la función de retener la carga viral (la cantidad de VIH en el cuerpo) y aumentar la cantidad de copias de CD4.²¹⁰ De modo que una persona

²⁰⁵ Lawrence La Fountain-Stokes, *1898 and the History of a Queer Puerto Rican Century: Gay Lives, Island Debates, and Diasporic Experience*, * XI CENTROJOURNAL OF THE CENTER FOR PUERTO RICAN STUDIES 91, 94 (1999) (traducción suplida).

²⁰⁶ LAUREANO, *supra* nota 108, en la pág. 293.

²⁰⁷ Elba Betancourt-Díaz et al., *Experiencias de Hombres Puertorriqueños Ante el Estigma Relacionado con el VIH/SIDA (Puerto Rican Men o Rican Men's Experiences with HIV/AIDS Stigma)*, 17 THE QUALITY REPORT 1, 12 (2012).

²⁰⁸ CDC, *Acerca del VIH*, <https://www.cdc.gov/hiv/spanish/basics/whatishiv.html> (última visita 4 de diciembre de 2020).

²⁰⁹ *Id.*

²¹⁰ FRANCE, *supra* nota 129, en la pág. 492.

puede estar en una etapa de SIDA (200 copias o menos de CD4 en el cuerpo), y con el antiretroviral disminuir su carga viral. Así, una persona que vive con VIH es aquella que contiene una carga viral baja del virus, mientras que una persona con SIDA tiene una carga viral alta de este y está con un sistema inmunológico debilitado (cantidad baja de CD4); no obstante, con la posibilidad de aumentar su CD4 para poder vivir una vida saludable con VIH.²¹¹ También, se ha creado un malentendido sobre los métodos de transmisión, cuando estos están comprobados a ser solo: semen, fluidos vaginales, leche materna, y la sangre en cantidades grandes de exposición.²¹² Aunque desde lo jurídico se estableció una *Carta de Derechos para las personas viviendo con VIH*,²¹³ en miras de proteger derechos fundamentales, como derecho a la salud, intimidad, vivienda y trabajo, en el cuadro social no mucho ha cambiado desde 1980. Como, por ejemplo, la asociación del VIH con la homosexualidad, el trato diferenciado en los hospitales, el rechazo en relaciones afectivas, entre otros. Esto, a raíz también de la falta de un espacio para proveer información y tener una presencia como entes políticos que pudieran desmitificar los malentendidos sobre el virus.

IV. EL SUJETO POLÍTICO GAY PUERTORRIQUEÑO ACTUAL A RAÍZ DE LA AUSENCIA DE UN DERECHO A LA CIUDAD DURANTE 1970-1990.

Hasta tanto el sujeto cuir puertorriqueño dejó de ser tipificado en el Código Penal, no comenzó a tener una presencia más activa en los espacios de la ciudad. Cuando llega al Tribunal Supremo de Puerto Rico el caso de *Sánchez et al. v. Srio de Justicia et al.*, el Tribunal considera, en el 2002, que los reclamos de Sánchez, una mujer lesbiana, como un argumento de falta de legitimación activa ante la declaración de inconstitucionalidad del artículo 103 del Código Penal.²¹⁴ La legitimación activa determinada como ausente por el Tribunal, casi parece metáfora a la ausencia de presencia de la comunidad LGBTTQI+ en el Puerto Rico de ese entonces. Un año luego, en el 2003, se resuelve el caso de *Lawrence v. Texas*.²¹⁵ La Corte federal Suprema determina que los estatutos que tipifican al homosexual son inconstitucionales bajo el debido proceso de ley y la igual protección de las leyes.²¹⁶ El reclamo, similar al de Margarita Sánchez, sí tuvo méritos, incluso cuando la Constitución

²¹¹ CDC, *Transmisión del VIH*, <https://www.cdc.gov/hiv/spanish/basics/transmission.html> (última visita 4 de diciembre de 2020).

²¹² *Id.*

²¹³ Carta de Derechos de las personas viviendo con VIH en cualquiera de sus etapas en Puerto Rico, Ley Núm. 248-2018, 24 LPRA § 528b (2020).

²¹⁴ *Sánchez et al. v. Srio. de Justicia et al.*, 157 DPR 360, pág. (2002).

²¹⁵ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

²¹⁶ *Lawrence*, 539 U.S. 558 (2003).

de Estados Unidos no tiene una Carta de Derechos que proteja el derecho a la intimidad.²¹⁷ En *Delgado, Ex Parte*, el Tribunal Supremo prohibió el derecho a las personas trans de poder cambiarse el nombre en el certificado de nacimiento.²¹⁸ Joel Castro analiza que la decisión y el modo en como la comunidad trans pedía sus reclamos, se anclaron a un esencialismo biológico; es decir, con un mismo lenguaje que no configuraba un entendido del género y el sexo como elementos separados el uno y el otro.²¹⁹ Distinto, nos comenta Castro, al modo en como se decide *Arroyo González v. Rosselló Nevares*, pues en esta segunda ocasión el reclamo sí logra articular mejor una mirada social constructivista sobre los derechos de la comunidad trans puertorriqueña.²²⁰ Es importante resaltar que este caso se decide luego de *Obergefell v. Hodges*,²²¹ la decisión que reconoce el matrimonio como un derecho para las parejas del mismo sexo. Si bien un caso atiende los derechos de la comunidad gay, mientras que el otro atiende los derechos de la comunidad trans, ambos casos se deciden en un periodo histórico, donde el sujeto cuir –tanto en Puerto Rico como en Estados Unidos– empieza a retomar un derecho a la ciudad. *Obergefell*, después de todo, fue un reconocimiento del sujeto homosexual como ente de derecho, que puede adentrarse a las políticas de consumo. Los reclamos del caso fueron ganados al entender que, como sujetos de derecho, se veían afectados ante el no reconocimiento del matrimonio con sus cónyuges para su bien patrimonial.²²² Pensar, también, en las manifestaciones que se dieron en el verano del 2019 en Puerto Rico, ante los reclamos de renuncia del entonces Gobernador, en las manifestaciones en sí se dieron espectáculos por personas de la comunidad LGTBTTQI+, o si no, la presencia de alguna que otra bandera distintiva.²²³ En las elecciones del 2020 también se dio una mayor presencia de personas abiertamente LGTBTTQI+ como aspirantes a puestos políticos.²²⁴ En definitiva, como indica Harvey, el derecho a la ciudad una vez desposeído de los que tienen el poder del capital, y una vez entregado a quienes no lo poseen, logra “cambiar la vida, y a reinventar la ciudad de acuerdo con sus

²¹⁷ CONST. PR. art. II, § 1.

²¹⁸ *Delgado, Ex Parte*, 165 DPR 170 (2005).

²¹⁹ Joel I. Castro Pérez, *La lucha por el derecho a ser: una historia de transfobia institucional, 1995–2018*, 30 JOURNAL OF THE CENTER FOR PUERTO RICAN STUDIES 478, 494-95 (2018).

²²⁰ *Arroyo González v. Rosselló Nevares*, 305 F. Supp. 3d 327 (2018).

²²¹ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

²²² *Id.*

²²³ Javier Alemán Inglés, *Puerto Rico: entre las protestas del “Verano del 19” y el futuro*, EL PAÍS (9 de marzo de 2020), https://elpais.com/elpais/2020/03/09/opinion/1583781013_765946.html.

²²⁴ Damaris Suárez, *25 personas que se identifican como LGBTTIQA+ figuran como aspirantes en las elecciones 2020*, CENTRO DE PERIODISMO INVESTIGATIVO (2 de noviembre de 2020), <https://periodismoinvestigativo.com/2020/11/25-personas-que-se-identifican-como-lgbttiqa-figuran-como-aspirantes-en-las-elecciones-2020/>.

propios deseos”.²²⁵ Ya con espacio en la ciudad y con posibilidad de gozar de ella, tanto en términos de salud como en espacios laborales, el sujeto cuir puertorriqueño comienza a adentrarse en la narrativa de la cual fue privado durante la epidemia del VIH y la tipificación.

²²⁵ HARVEY, *supra* nota 4, en la pág. 49.

LA INSTITUCIÓN DEL JURADO, ASPECTOS Y GARANTÍAS PROCESALES
DEL SISTEMA PENAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA
Y SU COMPARACIÓN CON EL MODELO COLOMBIANO

POR: NELSON CAMILO CORTES SANTOS*

RESUMEN

El presente artículo se encarga de analizar la jurisdicción penal de los Estados Unidos desde la ley del Estado de Texas y la manera como aquellas normas son entendidas en el sistema penal de la República de Colombia, tanto desde la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal, como desde las instituciones más representativas del derecho norteamericano, entre ellas el jurado popular. Además, del estudio de la carga de la prueba y el grado de conocimiento necesario para condenar a un individuo en la Unión Americana, postulados los cuales tienden a tener algo de proximidad con el entendido que la sentencia condenatoria debe de contar bajo la ley penal Colombiana, de acuerdo al principio de presunción de inocencia de la persona sometida a judicialización.

Palabras clave: *Derecho estadounidense, derecho penal, jurado popular, conocimiento más allá de toda duda, presunción de inocencia.*

ABSTRACT

This article is focused on analyzing the American law from the laws of the State of Texas, and their meaning in the criminal system in the Republic of Colombia. In that sense, this research is according to a case law study of the U.S. Supreme Court, and some legal institutions, including the petit jury, burden of proof, and proof beyond a reasonable doubt in the U.S. legal system, institutions that are somehow similar to the understanding of the judge's decision under Colombian criminal laws, in terms of protecting the presumption of innocence of the individual prosecuted.

* Abogado de la Universidad Libre de Colombia Seccional Cúcuta. Autor de múltiples artículos de investigación y escritor en asuntos de derecho estadounidense. Estudio en Inglés Legal y Sistema Jurídico de los Estados Unidos de América; Especialista Derecho Tributario de la Pontificia Universidad Javeriana.

Keywords: *American law, criminal law, petit jury, proof beyond a reasonable doubt, presumption of innocence.*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA INSTITUCIÓN DEL JURADO POPULAR EN LA JUSTICIA PENAL DE LOS ESTADOS UNIDOS, ESTADO DE TEXAS. III. ¿LA DECISIÓN QUE PROFIERE EL JURADO PARA CONDENAR DEBERÁ SER UNÁNIME O MAYORITARIA? IV. LA CARGA DE LA PRUEBA Y GRADO DE CONOCIMIENTO NECESARIO PARA CONDENAR A UN INDIVIDUO EN EL MODELO DE JUZGAMIENTO CRIMINAL DE LOS ESTADOS UNIDOS Y LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como objetivo, entrar a analizar algunos aspectos fundamentales dentro de la configuración del sistema penal estadounidense,¹ y las implicaciones que dichos conceptos y garantías, tanto legales como constitucionales, tienen dentro del proceso penal colombiano desde el contexto globalizado que vive el derecho actual² y su jurisprudencia.³ Dicho ideal, se estructura conforme a la muy conocida llegada al país suramericano del sistema penal de corte acusatorio

¹ Parte del conocimiento descrito en las presentes líneas, es producto de la inmersión y experiencia de campo vivida por el autor en la visita al Estado de Texas sobre el verano de 2017, al asistir al caso: *The State of Texas v. James Edwin Kershaw*, además de algunas otras visitas al citado Estado de la Unión Americana sobre los años 2018, 2021 y 2022. A juicio del autor y a manera de percepción personal, la labor de entrar a comparar dos ordenamientos jurídicos como los Estados Unidos de América y la República de Colombia, desde el área del derecho penal como el presente caso, no se puede hacer estrictamente desde la comodidad del país de origen del investigador o profesional del derecho, debido a la limitación práctica, académica y jurídica de abordar estas dos naciones pertenecientes cada una de ellas a tradiciones o familias jurídicas distantes como el *common law* para el caso estadounidense, y el *civil law* para el caso colombiano, alejado de dicha manera del contexto en el que opera el modelo extranjero. Por lo precedente, se hace necesario visitar la Unión Americana y así conocer el sistema de manera directa desde la interacción con sus autores. Nelson Camilo Cortes Santos, *La traducción jurídica y su importancia para el derecho actual*, REV. ACADEMIA & DERECHO 98 (2020).

² Una demostración muy disiente de lo que supone la globalización en el derecho colombiano, ocurre desde hace algunos años en la Corte Constitucional como órgano de cierre del país, al ofrecer desde su página institucional versiones resumidas en idioma inglés de la jurisprudencia más importante, debido al alto flujo de consulta de países extranjeros. Hecho que de alguna forma, da cuenta del panorama cada vez más cambiante del mundo actual a ajustarse al uso del citado idioma extranjero como parámetro globalizador en el estudio del derecho actual. <https://www.corteconstitucional.gov.co/english/>. (última visita 21 de mayo de 2022). Cabe aclarar que, a pesar de dicho avance, aún sigue siendo la Corte Constitucional la única Alta Corporación del país, en garantizar la referida opción de consulta.

³ Otro factor a considerar sobre la globalización, se encuentra en la interacción del sistema norteamericano sobre el modelo colombiano, en el análisis de conductas punibles desde la

de los Estados Unidos,⁴ y que, para la creación del citado modelo, fue necesario la modificación de la Constitución Nacional de 1991,⁵ ya que la naturaleza del proceso penal, que en aquel momento existía en el país, era contraria a los postulados que este nuevo modelo acusatorio planteaba.

jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, más especialmente en las sentencias hito o *landmark cases*, como parámetros a tener bajo consideración en decisiones de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional colombiana, en donde a manera de ejemplo, sobre el año 2009 se dictaminó la inexecutable del delito de ultraje a emblemas o símbolos patrios, consagrado en el artículo 461 del Código Penal o Ley 599 del 2000, a través de la sentencia C-575/09; lo anterior, producto del estudio de dos decisiones ya proferidas por la Corte Suprema estadounidense sobre el mismo asunto en el Estado de Texas, como: *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), decisión en la que el Supremo Federal expulsó del Código Penal de Texas, el delito de: *destruction of flag* o destrucción de la representación física de la bandera federal o estatal, por considerarla amparada bajo el término de: *freedom of speech*, de la primera enmienda de la Constitución Federal; ahora, como segunda decisión: *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990), dicho órgano de cierre federal decretó la inconstitucionalidad de la ley federal, que retomaba el castigo de la conducta punible de destrucción de la bandera federal. Por lo precedente, y retomando la sentencia C-575 de 2009, la Corte Constitucional ajustó para el caso particular, el concepto de: *freedom of speech* o la libertad de expresión, ya abordado por la Corte Suprema estadounidense en el par de casos anteriores, ya que dicha garantía fundamental también se encuentra consagrada en la Constitución de Colombia, más específicamente en el artículo veinte de la citada Carta. Otra decisión que ha tocado el ordenamiento jurídico interno en materia criminal, es el caso del delito de aborto a través de la decisión del Supremo Federal: *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), que también sirvió de parámetro en el caso colombiano, con el fin de establecer las circunstancias excepcionales, para proceder a la práctica del aborto en el país sin ser castigado como delito, establecido en la sentencia C-355 del año 2006 emitida por la Corte Constitucional. Pero, sobre inicios del año 2022, la citada Corporación amplió dicho reconocimiento del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, hasta la semana 24 de gestación, para aquellas mujeres que de manera libre y voluntaria deseen acceder a este procedimiento. Siendo de esta forma, el país latinoamericano con la normatividad más garantista y liberal al respecto. Por último, otra decisión emitida por la Corte Constitucional que sentó un gran precedente, es la autorización que se da desde la judicatura para que pacientes que padecen intensos sufrimientos producto de enfermedad grave o incurable, pero no terminal, puedan acceder a la eutanasia o muerte asistida como también es conocido este procedimiento médico. Decisión a la cual llegó el máximo Tribunal Constitucional del país, producto del estudio de variados casos de Cortes extranjeras, además de los tratados por la jurisprudencia de algunos Estados de la Unión Americana como California y Colorado, los cuales dieron vía libre a la eutanasia en pacientes, y que Colombia además de adoptar hace muchos años la aprobación para aplicar este procedimiento solo en pacientes terminales, ahora producto del citado análisis en la mencionada decisión C-233 del año 2021 y de acuerdo al desarrollo del derecho fundamental a la muerte digna, también entró a cobijar a pacientes con enfermedades no terminales, colocando otra vez al país en la vanguardia sobre este tema en todo América Latina.

⁴ ÁLVARO ROLANDO PÉREZ CASTRO, LA CASACIÓN PENAL EN COLOMBIA Y EL WRIT OF CERTIORARI EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA 21 (2019).

⁵ A través del Acto Legislativo 03 del año 2002 se adiciona los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política de Colombia de 1991, y se crea la figura de los jueces constitucionales

Ya aprobada la citada reforma constitucional, se promulga un nuevo Código de Procedimiento Penal (en adelante, “Ley 906 de 2004”),⁶ codificación que trajo consigo el sistema penal acusatorio, además de nuevos postulados e instituciones jurídicas para dicho modelo penal, dentro de la que se encuentra, la consolidación de una justicia criminal bajo postulados de oralidad, siendo ello algo distante del concepto de escrituralidad que se manejaba en el anterior Código de Procedimiento Penal o Ley 600 de 2000.⁷ Además, de abrir la posibilidad de tener la afamada institución del jurado popular,⁸ muy propia del sistema anglosajón con el fin de resolver causas penales en el país.

Pero, lastimosamente, las dinámicas sociales y políticas, que vive la nación suramericana, son de suma alarma en cuestión de seguridad, para aquel futuro grupo de ciudadanos que vaya a conformar la figura del jurado debido al conflicto armado y los retos que esto supone para la consolidación de esta institución democrática en un futuro próximo, ya que Colombia todavía vive el flagelo de aquella cruenta guerra de los años cincuenta y que, a pesar de los cambios positivos que ha tenido el país en materia de seguridad, dicha realidad aún se siente con fuerza en gran parte del territorio nacional y que, sin duda, es un factor para analizar, puesto que de los grandes exponentes de la institución del jurado, como lo son: Estados Unidos, Puerto Rico y Canadá,⁹ ninguno de ellos ha sobrellevado esta dura historia de violencia, hecho

de control de garantías, además de la institución del jurado popular con el fin de administrar justicia en asuntos penales. Pero que lastimosamente, y transcurridas más de dos décadas de la citada modificación constitucional, aún la figura del jurado no ha sido reglamentada bajo una ley por parte del Congreso de la República.

⁶ L. 906/04, septiembre 1, 2004, DIARIO OFICIAL. [D.O.] (Colm.).

⁷ L. 600/00, julio 24, 2000, DIARIO OFICIAL. [D.O.] (Colm.).

⁸ Es pertinente señalar que, parte del renombre que tiene la institución del jurado popular o *jury*, a nivel global, es producto de la importancia que esta figura reviste como órgano de administración de justicia vecinal desde sus inicios en Inglaterra y como tradición heredada de aquella nación, para el resto de países anglosajones como los Estados Unidos y Canadá. Que incluso, países de una tradición jurídica distinta, como es el caso del derecho continental europeo, romano germánico o *civil law*, hasta fechas muy recientes han pensado en su adopción. FERNANDO CUÑADO DE CASTRO & RUTH GÁMEZ GONZÁLEZ, INTRODUCCIÓN AL COMMON LAW 46-48 (1ra ed. 2017).

⁹ Como aparte histórico importante, la fusión del *common law* y el derecho romano-germánico o *civil law* corresponde a una cocción elaborada que se produjo en muy pocos lugares del hemisferio americano, en espacios geográficos propensos a una intensa y prolongada mezcla cultural, como es el caso del Estado de Louisiana, la isla de Puerto Rico y la Provincia francófona de Quebec en Canadá. Territorios que adoptaron sistemas mixtos de derecho, que aprovechan lo mejor de ambos entornos normativos. A su vez, lo que a inicios de la década de los noventa pronunció el Honorable juez Trías Monge del Tribunal Supremo de la isla, como: “No hay que entender la coexistencia del derecho civil y el derecho común angloamericano en Puerto Rico como una pugna entre los dos sistemas jurídicos, sino más bien, la consigna no es vencer sino convivir”. JUAN ANTONIO BARRERA BERARDINELLI, JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL 309-10, 317 (3er ed. 2018).

que permite que aquellas jurisdicciones tengan más que consolidad esta interesante institución en la judicatura.¹⁰

A pesar del anterior análisis, se da continuidad al estudio del jurado popular como quizá una de las figuras jurídicas más interesantes del sistema de justicia estadounidense,¹¹ donde es pertinente examinar la competencia que reviste aquella institución. Además, de algunos cambios que han ocurrido dentro de la decisión que emite dicho grupo de ciudadanos instituidos para administrar justicia, debido al cambio en la jurisprudencia federal sobre la materia; lo cual, ha significado que un par de Estados de la Unión Americana pasen de definir la responsabilidad del procesado ya no desde el concepto de mayoría, sino más bien, sobre un postulado más garantista procesalmente hablando, tal como se verá con la acepción de unanimidad de la decisión del jurado.

Previo al análisis anterior, se continúa bajo el estudio de la carga de la prueba en materia penal y las garantías procesales más significativas, tanto en el modelo de juzgamiento criminal estadounidense como el colombiano, con el fin de analizar algunos puntos de contacto muy marcados entre ambos ordenamientos jurídicos; aunado al grado de conocimiento que se requiere en ambas naciones para condenar a un individuo, tanto desde la visión del juez penal de conocimiento como desde el jurado popular.

II. LA INSTITUCIÓN DEL JURADO POPULAR EN LA JUSTICIA PENAL DE LOS ESTADOS UNIDOS, ESTADO DE TEXAS.

Partiendo de la experiencia de campo vivida por el autor en diversas visitas al Estado de Texas durante el verano del año 2017, 2018, 2021 y 2022, a continuación

¹⁰ El impacto social, que ha tenido el conflicto armado en Colombia, es de tal magnitud que, para muchas personas podría costar creer que en un futuro un grupo de ciudadanos del común, llamado jurado, pueda ser el encargado de resolver la responsabilidad penal de un individuo o grupo de personas, ya que el cruento y prologado conflicto armado interno y las fracciones criminales que este ha traído, deja que en la actualidad sea casi imposible no conocer a un ciudadano colombiano que por sí mismo, o que al menos algún familiar de este no haya sufrido aquel duro flagelo. Nelson Camilo Cortes Santos, *El sistema penal de los Estados Unidos de América y su aproximación con el modelo colombiano de juzgamiento: Estudio de caso desde el Estado de Texas*, LXI REV. D.P. 221-22 (2022).

¹¹ Para muchos académicos, entre ellos el francés Alexis de Toqueville en su histórica obra: *De la Démocratie en Amérique*, la institución del jurado es una escuela gratuita y abierta, en la que cada ciudadano va a instruirse sobre sus derechos. Además, que la entrada en operación de esta figura jurídica, supone la inteligencia práctica y el buen sentido político de los estadounidenses, ya que es uno de los medios más eficaces para la sociedad por la educación que en sí misma instruye al pueblo en general. Por ende, el jurado popular es sin duda, una microbiografía de la democracia participativa americana, reflejada en la moral política de su pueblo, o lo que en francés es definido por el reconocido Toqueville, como: «*Du Jury aux États-Unis considéré comme institution politique*». ANTOINE GARAPONE & LOANNIS PAPADOPOULOS, *JUZGAR EN ESTADOS UNIDOS Y EN FRANCIA* 163-64 (2010).

se describen algunas características esenciales de la presente institución con el fin de contextualizar al lector sobre algunas competencias y límites dentro de la operatividad del jurado popular o *jury*, al partir del carácter de derecho fundamental constitucional, al que ha sido elevada dicha garantía en todos y cada uno de los Estados de la Unión Americana¹² al igual que en Puerto Rico,¹³ y que permite que el acusado pueda elegir de manera libre ser juzgado por sus similares, es decir, por el jurado popular tal como se vislumbró en el caso de posesión de sustancias controladas, específicamente marihuana, en el caso: *The State of Texas vs. James Edwin Kershaw*.¹⁴

Primero, ¿qué es el jurado? Esta es la pregunta que comúnmente se hacen los profesionales del derecho de países latinoamericanos que aún no han implementado dicha institución dentro de sus respectivos ordenamientos jurídicos, a diferencia de un par de jurisdicciones que sí lo han hecho, como Puerto Rico y Argentina.¹⁵ La respuesta es muy sencilla; es un cuerpo colegiado de doce ciudadanos que toma juramento ante un juzgado o tribunal con el fin de ser los encargados de administrar justicia, y que de alguna manera reemplazan la idea casi generalizada y errónea que, la labor de toma de decisión es privativa del juez.

Es por lo anterior, que el jurado tiende a ser un factor considerable de reducción de la complejidad del proceso y del sistema jurídico en sí mismo, al ser una vía menos formal en comparación con la que representa el juez letrado. Lo precedente, debido a que la figura jurídica del jurado popular representada por cualquier hombre o mujer de una comunidad, como más adelante se desarrollará de manera detalla-

¹² El derecho a ser juzgado por el jurado, se encuentra previsto para el caso de Estados como Texas, en el artículo primero, sección quince, sección quince-a, y el artículo quinto, sección décima de su Constitución Estatal de 1876. TX. CONST. art. I, § 15, 15^a; art. V, § 10. Además, que sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, también está reglada como garantía fundamental sobre el artículo tercero, sección segunda y las enmiendas sexta y séptima. CONST. EE. UU. art. III, § 2; enm. VI, VII.

¹³ CONST. PR art. II, § 11.

¹⁴ *The State of Texas v. James Edwin Kershaw*, 66th District Court Hill County Texas Case No. 36.117 (2017).

¹⁵ Puerto Rico es el primer y máximo exponente desde la cultura latinoamericana, en implementar de antaño la institución del jurado popular en la justicia criminal, a partir de la marcada coexistencia de dos tradiciones jurídicas parcialmente opuestas dentro de su ordenamiento jurídico, como es el caso del *common law* o derecho anglosajón, y *civil law* o derecho continental-europeo; lo cual sin duda, hace vivir al Estado Libre Asociado de Puerto Rico una condición *sui generis* como territorio, respecto a su relación jurídico-política con los Estados Unidos. Carlos E. Ramos González, *La Constitución de Puerto Rico y el derecho constitucional puertorriqueño*, 8 REV. CRITERIO JURÍDICO 110 (2008). El segundo caso exitoso, de creación de dicha institución propia del mundo anglosajón es la República Argentina desde su Constitución Nacional de 1853, con el fin de resolver las causas penales, pero que no fue sino hasta inicios del siglo actual, que la figura del jurado se ha logrado implementar paulatinamente en las distintas provincias del país albiceleste.

da, refleja que aquel individuo deba estar en la capacidad de comprender cualquier problema y resolverlo gracias a sus simples competencias ciudadanas, es decir, por aquellas convicciones y el conocimiento propio de la vida también conocido como sentido común o *common sense*, sin necesidad de conocer la normatividad en estricto sentido, al ser este un juzgador lego, el cual constituye sin duda un contrapeso a la tecnificación creciente del derecho.¹⁶

Dando continuidad al jurado popular, también llamado en idioma inglés *jury* o *petit jury*, como aquel grupo de personas que previo a la convocatoria por parte del órgano judicial, atienden en gran medida, y que a todos y cada uno de aquellos asistentes a la citación, tal y como pudo observar el autor, les es entregado un documento en físico llamado *Texas Uniform Jury Handbook*, el cual es claro en precisar, las dudas que comúnmente pueden existir dentro del amplio grupo de ciudadanos citados a la diligencia judicial de selección.¹⁷

El documento que puede ser traducido como *Manual Uniforme de Selección del Jurado en el Estado de Texas*, en el que se pueden encontrar otros asuntos como: la prohibición de ser elegido como miembro del jurado a individuos que hayan sido condenados por delitos graves o cualquier tipo de hurto; persona que esté bajo libertad condicional o que se encuentre acusada por un delito grave o cualquier modalidad de hurto; seguido de la remuneración que se da a las personas que harán parte del jurado; aunado a la prohibición al empleador de despedir al trabajador que con ocasión al cumplimiento de este servicio falte a la jornada laboral.¹⁸

A su vez, se encuentran los cinco requisitos mínimos que debe tener la persona para ser seleccionada como miembro del jurado: 1) contar con ciudadanía estadounidense; 2) tener al menos 18 años de edad; 3) residir en el condado donde se va a juzgar el asunto; 4) ser capaz de leer, escribir y comunicarse en idioma inglés; y 5) contar con capacidad de comprender y expresarse por sí mismo.¹⁹ Aunado a lo anterior, el citado Manual, también contiene la descripción de las etapas que se desarrollan dentro del proceso penal, entre otras especificaciones más; siendo los anteriores requerimientos reglados en el capítulo 23 del Código de Gobierno de Texas o *Texas*

¹⁶ ANTOINE GARAPONE & LOANNIS PAPADOPOULOS, JUZGAR EN ESTADOS UNIDOS Y EN FRANCIA 171 (2010).

¹⁷ STATE BAR OF TEXAS, TEXAS UNIFORM JURY HANDBOOK (2017), (traducción suplida por el autor).

¹⁸ *Id.*

¹⁹ *Id.*, https://www.texasbar.com/AM/Template.cfm?Section=Jury_Information&Template=/CM/ContentDisplay.cfm&ContentID=23435 (última visita 21 de mayo de 2022). Traducción suplida por el autor del apartado en idioma inglés, cuyo texto original es: *Jurors must: 1) Be a citizen of the United States and of this State; 2) Be at least 18 years of age; 3) Reside in the country of jury service; 4) Be able to read, write and communicate in English; 5) Be of sound mind.*

Government Code, y que además cada uno de los Estados de la Unión Americana regula de manera muy similar.²⁰

Por último, se debe tener en cuenta que la labor que desempeña dicho grupo de ciudadanos solo será necesaria para la última etapa del proceso penal conocida comúnmente como *trial* o juicio.

III. ¿LA DECISIÓN QUE PROFIERE EL JURADO PARA CONDENAR DEBERÁ SER UNÁNIME O MAYORITARIA?

Antes de entrar a definir el número necesario de miembros del jurado para condenar a un individuo procesado por un delito estatal, se debe repasar el entendido que tiene la acepción “mayoría” de acuerdo al derecho penal angloamericano. Dicha definición surge ser relevante, ya que dista un poco del concepto que comúnmente se emplea en Colombia, en donde la palabra “mayoría” es entendida como la mitad más uno, y que en el contexto de la decisión que emite la institución del jurado popular conforme a sus doce miembros, se debería de contar como mínimo con siete de aquellos doce ciudadanos.

El anterior entendido cambia un poco en los Estados Unidos, ya que la acepción “mayoría” depende del lugar donde se ubique el proceso penal. Por ejemplo, para Puerto Rico, el concepto “mayoría” comportaba que no menos de 9 de los 12 miembros del jurado estuvieran de acuerdo en condenar al individuo²¹; pero que sobre un par de Estados de la Unión Americana como Lousiana y Oregon, se deberá contar con al menos 10 de aquellos 12 miembros en favor de la condena.

Ya aclarada la referida diferencia terminológica, se parte ahora por la decisión con respecto a la responsabilidad penal del individuo, que se encuentra procesado bajo el ordenamiento penal de los restantes cuarenta y ocho Estados de la Unión Americana, sobre los cuales, para condenar al procesado la decisión emitida por el jurado deberá ser unánime. Entendido lo precedente, como la toma de una decisión uniforme, es decir, hallado “culpable” por todos y cada uno de los miembros del jurado, en la que no podrá existir duda respecto de la responsabilidad atribuida al individuo por ninguno de aquellos doce ciudadanos que integran la citada institución.

²⁰ Uno de los territorios estadounidenses, que regula de manera similar los citados cinco requisitos, que debe tener aquel ciudadano para ser escogido como miembro del jurado, es Puerto Rico, solo con la salvedad que aquel ciudadano seleccionado deberá saber el idioma español, en vez del idioma inglés que piden todos y cada uno de los cincuenta Estados de la Unión Americana. Para el caso de la isla, dicho postulado proviene de la reglamentación dictada por el artículo quinto, numeral c, de la Ley 281 de 2003, con sus modificaciones y adiciones, también conocida como la norma que regula el servicio del jurado tanto desde los derechos y deberes, como asuntos funcionales que acompañan a esta institución.

²¹ CONST. PR art. II, § 11.

Lo anterior, se aleja mucho de lo que ocurre entre el citado par de Estados y el Estado Libre Asociado de Puerto Rico, que acogían el concepto de mayoría para condenar dentro de sus jurisdicciones; y por el otro lado, el grueso de Estados restantes que sí admitieron la necesidad que la decisión de condenar al individuo tuviese el grado de unanimidad, hecho que dio un giro estructural sobre el año 2020, el cual comporta ser de significativa importancia, debido a la derogatoria del concepto de mayoría, que desde hace un buen tiempo fue aplicado por Louisiana, Oregon y la referida isla de Puerto Rico.

En tal orden, se entra a analizar el precedente sentado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso: *Ramos v. Louisiana*,²² sobre el que abordó el proceso penal en contra del señor Evangelisto Ramos, quien fue condenado en el Estado de Louisiana por el delito de homicidio, con una votación de diez jurados en favor de su responsabilidad penal con los hechos atribuidos o *guilty*, y dos jurados en favor de su inocencia o *not guilty*, es decir, diez contra dos de la totalidad de doce miembros.

De acuerdo al referido caso del señor Evangelisto Ramos objeto de análisis constitucional, si en la decisión o *verdict* emitida por el jurado, al menos uno de aquellos doce miembros decide no encontrar culpable al procesado, por garantía al *trial by an impartial jury*,²³ en conexidad con el principio fundamental del *due process clause*,²⁴ se deberá absolver al individuo. Siendo aquel par de derechos, consagrados en la Constitución Federal de los Estados Unidos.

²² *Ramos v. Louisiana*, 140 S. Ct. 1390 (2020).

²³ El principio y derecho constitucional de *trial by an impartial jury*, establecido en la sexta enmienda del *Bill of Rights* o catálogo de derechos de la Constitución Federal de los Estados Unidos, es desarrollado en el caso: *Ramos v. Louisiana*, como el derecho a contar con un jurado imparcial, del cual se cita que desde la estructura propia de la Constitución Federal y su sexta enmienda, el término de *trial by an impartial jury*, lleva consigo el entendido y requerimiento de un juicio oral y público por jurado, en que uno de aquellos requisitos también será que el jurado deba fallar de manera unánime, si el sentido de la decisión es condenar al procesado; concepto que según el caso: *Ramos v. Louisiana*, es concebida como derecho vital del *common law*, desde el siglo catorce en Inglaterra y el cual se consignó con la promulgación de las primeras constituciones de los distintos Estados de la Unión Americana (traducción suplida por el autor). Cabe aclarar que, a pesar de que la citada sexta enmienda de la Constitución Federal no señala expresamente la obligatoriedad de contar con un jurado unánime, la Corte Suprema en su decisión accedió a dar este comprendido, enmarcando su actuación desde un criterio de avanzada, propio del garantismo judicial del máximo Tribunal de cierre del sistema federal estadounidense.

²⁴ El principio *due process clause*, materializado en la catorceava enmienda de la Constitución Federal, debe ser entendido como la garantía al debido proceso, y que debe darse a cualquier persona o ciudadano sujeto a la jurisdicción de los Estados Unidos, en cuanto a la aplicación igualitaria de la ley. El citado principio constitucional abordado en la sentencia: *Ramos v. Louisiana*, va en desarrollo con el derecho fundamental a contar con un jurado imparcial o *trial by an impartial jury*, el cual se le deberá garantizar a toda persona procesada bajo la ley penal de los Estados Unidos.

Es así como, el Tribunal Supremo federal, en el referido caso, decidió que todos los procesos de naturaleza criminal en el que se busque la condena del procesado a este individuo se le debe garantizar un veredicto o decisión unánime. Lo precedente, quiere significar la obligación que les asiste a todos los doce miembros del jurado, en encontrarse de acuerdo cuando el sentido de la decisión es condenatoria sobre el procesado, conforme al cargo atribuido por el órgano de persecución penal.

Con base a la anterior decisión, los Estados de Louisiana y Oregon fueron obligados a ajustar el *verdict* al concepto de unanimidad, ya que el citado caso derogó expresamente el precedente establecido en: *Apodaca vs. Oregon* del año 1972. El cual permitía que en el Estado de Oregon, pudiese ser hallada culpable una persona tras contar con un *verdict* o decisión del jurado mayoritaria, más no unánime, es decir, lo que dejaba que en la práctica se condenaran personas por el voto de diez jurados en favor de la responsabilidad penal del procesado, sobre dos no de acuerdo con aquella postura.

Dando continuidad al caso: *Ramos vs. Louisiana*, es concluyente que dicha regla establecida allí, resulta estar lejos de ser un tema fácil de comprender por la comunidad jurídica en general, debido al complejo desarrollo del ámbito federal del sistema estadounidense, que además de tener un impacto sobre dos de los cincuenta Estados de la Unión Americana, también tocó la jurisdicción de la isla de Puerto Rico, en el que estableció un gran cambio en materia penal respecto al *verdict*, veredicto o decisión que emiten los miembros del jurado, sobre el cual vale la pena estudiar.

En el caso *El Pueblo de Puerto Rico v. Tomás Torres Rivera* del año 2020,²⁵ el Tribunal Supremo de Puerto Rico decide que la regla de unanimidad establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la sentencia: *Ramos v. Louisiana*, también debe aplicarse a los asuntos criminales de la isla y, de esta forma, para proferir decisión o veredicto condenatorio por parte del jurado, esta deberá ser unánime bajo la jurisdicción penal de Puerto Rico, que en palabras del máximo órgano de justicia de la isla, dicha decisión supone sustancialmente un cambio en el estado de derecho, ya que sostiene que, al ser un individuo condenado por un veredicto no unánime, como ocurría en antelación al fallo de *Ramos*, dicha decisión transgredía flagrantemente la garantía procesal y fundamental a un juicio por un jurado imparcial, tal y como lo señaló la Corte Suprema federal.

A manera de conclusión, y conforme al análisis jurisprudencial enunciado con la suficiencia necesaria, para comprender el drástico cambio que ello significó den-

²⁵ En síntesis, se puede indicar que producto del cambio que significó el caso: *Ramos v. Louisiana*, y la adhesión de esta regla por parte del Supremo de Puerto Rico como se señaló anteriormente, da lugar a interpretar la inconstitucionalidad del artículo segundo, sección 11 de la Constitución de la isla, el cual sostiene que para proferir un *verdict* o veredicto condenatorio, este se debe rendir por mayoría de votos del jurado, es decir, que deberán concurrir no menos de nueve de los doce votos totales. Quedando por lo anterior, abolida dicha disposición constitucional de facto producto de los referidos pronunciamientos actuales sobre la materia.

tro del proceso penal acusatorio de los Estados Unidos, se puede resumir que, en la actualidad, toda conducta típica que sea juzgada dentro de la jurisdicción penal de la Unión Americana y sus demás territorios, trátase de delito estatal o federal, necesitará la convicción unánime de todos los miembros del jurado para condenar al procesado.

IV. LA CARGA DE LA PRUEBA Y GRADO DE CONOCIMIENTO NECESARIO PARA CONDENAR A UN INDIVIDUO EN EL MODELO DE JUZGAMIENTO CRIMINAL DE LOS ESTADOS UNIDOS Y LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

La carga de la prueba puede ser definida como la obligación que tiene de manera general el Estado de probar toda conducta punible endilgada a un individuo o grupo plural de personas, que a juicio del ente acusador, han violentado el ordenamiento jurídico, donde tanto en los Estados Unidos como en Colombia, dicha concepción ha logrado tener el mismo entendido, por cuanto la citada obligación siempre estará a cargo del órgano de persecución penal y que, en el caso de ambas naciones, es la fiscalía o *prosecution*- como es llamada en idioma inglés- quien tendrá el deber de probar la responsabilidad atribuida al procesado con el nivel de convicción que legal y constitucionalmente sea requerido dentro de la etapa en que se encuentre el proceso penal hasta llegar finalmente al juicio.²⁶

No siendo la anterior apreciación sobre la carga de la prueba o *burden of proof*- como es conocida en el derecho angloamericano- concebida como una obligación que tan solo corresponde única y exclusivamente al ente de persecución penal en cabeza del Estado ni mucho menos que este concepto deja al acusado en un escenario pasivo frente a su defensa, ya que dicho individuo deberá asumir su defensa de manera proactiva, con el fin de lograr desvirtuar los señalamientos y elementos probatorios que en su momento aportará la fiscalía con el fin de desvirtuar la inocencia de este, presunción que a pesar de ello, persigue al individuo en todas y cada una de las etapas procesales.

Ahora, en lo que respecta al grado de conocimiento, en las etapas del proceso penal colombiano, algunas veces llamado estándares probatorios, es conocido bajo

²⁶ Sobre este punto, tal como se ha citado el término de carga de la prueba o *burden of proof*, se asimilan de igual forma tanto en la Unión Americana como en la República de Colombia, concepción que a manera de ejemplo, se encuentra consignada en el capítulo 2 del Código Penal de Texas, y que además sobre el Código de Procedimiento Penal Colombiano o Ley 906 de 2004, es desarrollada en el artículo 7, el cual establece que, le corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal del procesado, aunado a la prohibición que existe dentro del proceso de invertir la carga de la prueba, que dicho sea de paso, debe ser asumida plenamente por el órgano de persecución penal. NELSON CAMILO CORTES SANTOS, LEGAL DICTIONARY OF THE AMERICAN LEGAL SYSTEM (ENGLISH-CASTILIAN / CASTILIAN-ENGLISH) 121 (1ra ed. 2022).

el léxico jurídico angloamericano por el concepto *standards of proof*,²⁷ el cual se refiere al nivel de convencimiento requerido al juez y que, en los Estados Unidos, cobija a su vez al jurado para tomar una decisión que en definitiva puede entrar a afectar la libertad del procesado. Es así, como para el caso colombiano el presente escrito solo se ocupará del grado de conocimiento necesario para proferir sentencia condenatoria.

Sobre el citado grado de conocimiento, que es desarrollado en la etapa del juicio oral, se encuentra el estándar de *conocimiento más allá de toda duda razonable*,²⁸ el cual reviste ser requisito *sine quanon*, es decir, obligatorio para condenar siendo este exigido al juez de conocimiento en Colombia.²⁹ Donde el citado juez penal debe contar con la certeza o convicción racional,³⁰ que equivale al referido estándar probatorio de *convicción más allá de toda duda razonable*, por lo que, para ejercer el poder punitivo del Estado, se deberá remitir a las pruebas válidamente recaudadas dentro del proceso, y que a partir de allí, logre reunir los elementos de la responsabilidad penal endilgada al acusado, sin que sobre ellas sobrevengan duda, insuficiencias o contradicciones probatorias.³¹ Lo anterior, de acuerdo con el raciocinio que

²⁷ ANTOINE GARAPONE & LOANNIS PAPADOPOULOS, JUZGAR EN ESTADOS UNIDOS Y EN FRANCIA 121 (2010).

²⁸ En lo que respecta a Colombia y su proceso penal, es importante resaltar que el concepto jurídico de: *proof beyond a reasonable doubt*, del derecho norteamericano, puede ser traducido como: conocimiento más allá de toda duda razonable, el cual tiene cabida dentro del sistema penal acusatorio nacional bajo el entendido que: “*Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio*”. Lo precedente, de acuerdo al artículo 381 de la Ley 906 de 2004, concepto que además, funge como el último y máximo grado de convicción que debe tener el fallador, en este caso el juez penal de conocimiento para proferir sentencia condenatoria, en donde la más mínima duda sobre la conducta reprochada al procesado, será tomada en favor de este, dando lugar a dictar su absolución y puesta en libertad inmediata.

²⁹ José Leonardo Suarez, *Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable*. REV. PRINCIPIA IURIS 309 (2011).

³⁰ Sobre la certeza o convicción, que debe ser exigida al juez de conocimiento para proferir sentencia condenatoria, es justo aclarar que, a pesar de enmarcarse dicha actividad dentro del máximo estándar probatorio de: conocimiento más allá de toda duda razonable o convicción más allá de toda duda razonable, la Corte Constitucional en la sentencia C-495 del año 2019, ha dejado en claro que, dicho examen probatorio a pesar de ser el más alto, de manera evidente no requiere una certeza absoluta por parte del juez de conocimiento, pues ello es imposible de predicar desde el campo de lo humano, ya que lo importante es que el juez tenga, más allá de toda duda razonable, la certeza (racional) de que el hecho punible aconteció, y que el procesado es responsable del mismo. La anterior situación, de alguna manera puede explicarse sobre la acertada idea que, la única persona que sabrá a ciencia cierta la ocurrencia o no del delito, será el procesado.

³¹ Sobre este punto, cuando del examen probatorio no es posible tener convicción racional respecto de los elementos de la responsabilidad del procesado y, por lo tanto, no se cuenta con

dicho funcionario judicial ejerce bajo las reglas de la sana crítica y la experiencia.³²

Ya abordado el grado necesario para condenar en Colombia, será ahora objeto de análisis en las subsiguientes líneas, lo que ocurre en la Unión Americana en materia criminal, es por esto que se debe ubicar sobre lo señalado en aquella decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso: *Ramos vs. Louisiana*, en la que se instauró la obligación que le asiste a todos los miembros del jurado en llegar a una decisión, veredicto o *verdict* unánime cuando el sentido de este es condenatorio.

Lo citado, en relación con el concepto de unanimidad que se instauró como regla hace un par de años, y que en gran medida toca los límites del último grado de conocimiento conocido por el concepto de: *proof beyond a reasonable doubt*,³³ y que en castellano es llamado: *conocimiento más allá de toda duda razonable*, el cual es requerido, para proferir una decisión o fallo condenatorio tanto en el sistema penal acusatorio colombiano, como en el sistema norteamericano,³⁴ en el que tanto el juez penal de conocimiento o en su defecto el jurado popular, tendrá que satisfacer este último pero no menos importante nivel de convicción en materia criminal.³⁵

De acuerdo a la jurisprudencia federal de los Estados Unidos ya analizada, se hace necesario puntualizar ahora sobre aquel derecho legal y constitucional que le

las pruebas requeridas para proferir una decisión condenatoria, que desvirtúe plenamente la presunción de inocencia del procesado, el fallador, en este caso el juez, se encontrará ante el concepto de duda razonable, lo que conducirá a emitir un fallo absolutorio. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-495 de 2019 (M.P. Alejandro Linares Cantillo; 22 de octubre de 2019).

³² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-495 de 2019 (M.P. Alejandro Linares Cantillo; 22 de octubre de 2019).

³³ El término de: *proof beyond a reasonable doubt*, se refiere en el fondo a que para proferir decisión condenatoria por parte de los miembros del jurado, no deberá de existir duda alguna sobre la responsabilidad penal atribuida al procesado, por ello, cuando se busca condenar al individuo, dicha decisión deberá tener el más alto grado de convicción, y de esta manera, ser unánime por parte del jurado, es decir, debe contar con el voto favorable de todos y cada uno de aquellos doce miembros, tal y como se plasmó en el cuarto punto del presente artículo.

³⁴ El mencionado grado de conocimiento de *proof beyond a reasonable doubt*, es tan importante en la cultura jurídica estadounidense, que ha dado para la creación de un reconocido adagio dentro de la Corte Suprema Federal, que dice de la siguiente forma: “... *es mucho peor condenar a una persona inocente, que dejar en libertad a un culpable*”. Fragmento que en idioma inglés es dicho por la citada Corte Suprema, como: “*The requirement of proof beyond a reasonable doubt in a criminal case as a bottomed on a fundamental value determination of our society, that it is far worse to convict an innocent man than to let a guilty man go free*”. IN RE WINSHIP, 397 U.S. (1970); PATTERSON V. NEW YORK, 432 U.S. 197, 208 (1977). (traducción suplida por el autor).

³⁵ MERRIAM-WEBSTER DICTIONARY, [HTTPS://WWW.MERRIAM-WEBSTER.COM/Dictionary/REASONABLE-DOUBT](https://www.merriam-webster.com/dictionary/reasonable-doubt) (última visita 21 de mayo de 2022) (definiendo el término *reasonable doubt*) (traducción suplida). El concepto desde el idioma inglés es traído como: “*The standard of proof to convict is proof beyond a reasonable doubt*”, quiere decir, que: “*El estándar probatorio o grado de conocimiento para condenar es convicción más allá de toda duda*”.

atañe al procesado durante todas las etapas del proceso penal, siendo este la presunción de inocencia o *presumption of innocence*, y que se analiza de igual forma tanto en los Estados Unidos y Puerto Rico como en la República de Colombia, país que es enfático en señalar sobre el Código de Procedimiento Penal o Ley 906 de 2004, y el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, que toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no exista en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal, aunado a que el artículo 7 de la citada normatividad penal establece que el *in dubio pro reo* o la duda que se presente, se resolverá a favor del procesado.

Sobre lo precedente, es necesario traer a consideración la siguiente norma de la legislación del Estado de Texas, que expone de manera concreta la condición de inocencia del individuo durante todas y cada una de las etapas del proceso penal, y que toca tanto el entendido que esta garantía tiene en el mundo anglosajón estadounidense, como en el sistema penal colombiano.

Texas Penal Code section 2.01, and Texas Code of Criminal Procedure article 38.03:

All persons are **presumed to be innocent**, and no person may be convicted of an offense unless each element of the offense is **proved beyond a reasonable doubt**. The fact that he has been arrested, confined, or indicted for, or otherwise charged with, the offense gives rise to no inference of guilt at his trial.³⁶

Así las cosas, se debe tener en cuenta que la citada garantía legal, fundamental-constitucional existe tanto en la Unión Americana como en Colombia. También es claro en precisar que, para que esta inocencia se asiente y logre terminar el vínculo del individuo con el proceso penal, tan solo bastará que al menos uno de los doce miembros del jurado confie en su prenombrada inocencia³⁷ para que así el individuo

³⁶ La anterior provisión, se extrae de la sección 2.01 del Código Penal de Texas, que desarrolla el estándar probatorio de: *proof beyond a reasonable doubt*, y el artículo 38.03 del Código de Procedimiento Penal de Texas, que da aplicación al derecho fundamental de: *presumption of innocence*, ya que las dos codificaciones sobre ese punto en específico, se encuentran redactadas bajo el mismo texto, debido a la relación que tienen ambas garantías entre sí. Por ello, la citada norma pasa a ser traducida del inglés jurídico del cual proviene, al castellano jurídico, como: *Toda persona se presume inocente y ninguna será condenada por un delito, a menos que cada elemento de la conducta punible sea probado más allá de toda duda razonable; el hecho que una persona haya sido arrestada, reclusa, o acusada, o de alguna otra manera haya sido atribuido cargo en su contra, la acusación del delito no dará lugar a inferir su culpabilidad en el juicio oral y público llevado en su contra.* (traducción suplida por el autor).

³⁷ Ahora en el caso de Puerto Rico, dicha concepción de inocencia sufrió un gran cambio producto de la decisión tomada a finales del año 2021 por el Tribunal Supremo de la isla, conocida como: *Pueblo de Puerto Rico v. Nelson Daniel Centeno*. En donde dejó en claro que,

logre ser absuelto del cargo o los cargos atribuidos por el órgano de persecución penal, gozando de esta manera de libertad plena o que, en su defecto, cuando el acusado escoja la vía de ser juzgado por el juez penal, sea dicho miembro de la judicatura quien profiera sentencia absolutoria respecto a la situación penal del individuo.

V. CONCLUSIÓN

A manera de recapitulación, se puede observar que producto del análisis realizado existen asuntos muy importantes que se deben tener bajo consideración dentro del sistema penal colombiano, tal es así como ocurre con la institución del jurado que, a pesar de ser consignada en la Constitución Nacional,³⁸ su creación por parte del Legislativo aún no se logra dilucidar, menos aún en tiempos de crisis que atraviesa el país producto de la coyuntura global causada por la pandemia y el prolongado conflicto armado interno que aún no cesa.

A pesar del complejo panorama, Colombia, en algún momento, deberá tomar cartas sobre la implementación de dicha institución, ya que, como de alguna manera se pudo dilucidar, el jurado popular para el modelo de juzgamiento estadounidense es un eje axial y estructural dentro del sistema, además, de ser una figura que permite dinamizar el derecho en la Unión Americana a partir del supuesto que la administración de justicia no reposa única y exclusivamente en la dignidad del juez, sino, en gran medida, sobre el pueblo en cabeza de aquel juzgador lego.

Otro asunto para destacar es la manera como el derecho procesal penal colombiano, de alguna u otra forma, logra tener puntos de contacto con el sistema de juzgamiento criminal estadounidense a pesar de las diferencias económicas, sociales, culturales y políticas que puedan existir entre ambas naciones del continente americano. Lo precedente se refleja en el entendido que tienen algunas garantías procesales que goza el individuo sujeto a judicialización en ambos ordenamientos jurídicos, como a la postre se tiene con la carga de la prueba y la presunción de ino-

para absolver a un individuo el *verdict* o decisión del jurado, también deberá ser unánime, es decir, este postulado dejó en igualdad de condiciones la cantidad de votos que se necesitan tanto para absolver, como para condenar en el proceso penal. Siendo lo anterior, totalmente contrario a lo establecido por la misma Corte Suprema de los Estados Unidos, conforme a la jurisprudencia ya expuesta por este alto Tribunal. Además, de ser un claro error de interpretación judicial cometido por el Tribunal Supremo de la isla, el cual sin duda, va a complicar el proceso penal, cambiando drásticamente las reglas de juego en materia de inocencia, y colocándose en contra de lo aplicado en todo el resto de las jurisdicciones estatales en la Unión Americana.

³⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, arts. 116, 250 y 251. (Por medio del El Acto Legislativo 03 del año 2002 adiciona entre los citados, el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, el cual estableció la posibilidad que, los particulares puedan ser investidos transitoriamente para administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales.)

cencia, también con asuntos que sin duda tienden a tener una comprensión uniforme entre aquellas dos jurisdicciones penales. Aunado, a la interacción que desde la jurisprudencia también se da entre la Corte de cierre estadounidense y colombiana, en el análisis y despenalización de conductas punibles.

En continuación a la figura del jurado popular en los Estados Unidos, es evidente que como cuerpo colegiado siempre debe actuar conforme a la toma de una decisión o *verdict* en concordancia con las garantías procesales y constitucionales, las cuales son derechos que en todo momento protegen al procesado, en los distintos estados y territorios de los Estados Unidos. A su vez, se tiene el grado de conocimiento para proferir decisión condenatoria, el cual se ajusta al concepto de unanimidad, que tanto en la Unión Americana,³⁹ como en la República de Colombia, dicha determinación de manera clara debe emitirse por el fallador, sea jurado o el juez sin existir duda alguna sobre la conducta endilgada al procesado.

Lastimosamente, otra realidad tiene la decisión de absolución de un individuo para el caso de la jurisdicción puertorriqueña, producto del entendido que de manera desafortunada ajustó el Tribunal Supremo de la isla,⁴⁰ ya que no garantiza en debida forma el derecho a la presunción de inocencia, al usar el concepto de unanimidad, tanto en los votos necesarios por los miembros del jurado para condenar como para absolver. Lo cual deja que, aquel caso no sea un buen ejemplo de respeto a la presunción de inocencia del procesado ni mucho menos una ayuda práctica para aquellas

³⁹ Es esencial advertir que, en un eventual caso que Colombia opte por el uso de la institución de jurado, se debe dejar claro que la determinación de este juzgador debe ajustarse siempre a la garantía procesal de *convicción más allá de toda duda razonable*, y por ende, emitir una decisión unánime en caso de condenar. Ello conforme a las experiencias y análisis, ya vividos dentro de Supremo Federal, bajo el contexto que dicha garantía fundamental no fue sino hasta hace pocos años, aceptada por tres jurisdicciones de la Unión Americana, que aplicaban el concepto de mayoría, en vez de, unanimidad del *verdict*, como una clara y flagrante contradicción a los postulados de la Constitución Federal, en retroceso de las luchas políticas, sociales y jurídicas, que ello ha significado en los Estados Unidos.

⁴⁰ *Pueblo de Puerto Rico v. Nelson Daniel Centeno*. Dicha decisión emitida por el Supremo de Puerto Rico, se formuló bajo la premisa que, tanto los veredictos de culpabilidad como los absolutorios requieren según la Constitución de la isla, una decisión mayoritaria. Y que, de acuerdo al cambio, producido por la decisión del Supremo Federal en el caso: *Ramos v. Louisiana*, en la que estableció el veredicto de unanimidad en caso de condenar. El referido Tribunal Supremo de Puerto Rico, asumió que la obligatoriedad a un veredicto condenatorio unánime en beneficio del acusado, como es el caso *Ramos*; obliga a su vez, a adecuar bajo unanimidad el veredicto o decisión absolutoria, quedando así, ambos extremos conforme al mismo parámetro decisorio del jurado. Decisión que tuvo salvamentos de voto, de los Honorables Magistrados Luis F. Estrella y Ángel Colon Martínez, quienes de manera conjunta sostuvieron que, en la isla, se debía de continuar con el concepto de veredicto mayoritario para el caso de absoluciones, y no conforme a la decisión que se tomó, pues ella supone una visión limitada de los derechos individuales y en detrimento de los pilares básicos del derecho puertorriqueño en general.

jurisdicciones como Colombia, que en algún momento van a tener que tomar las innumerables experiencias del sistema penal de juzgamiento estadounidense, para la puesta en marcha del jurado popular. Sobre el cual, para el caso específico del veredicto unánime para absolver en Puerto Rico, este se tendrá como una gran excepción al concepto de correcta impartición de justicia criminal.

Por otro lado, a partir de sobrevenir el modelo de juzgamiento norteamericano en la justicia penal nacional de la Ley 906 de 2004 y las diversas garantías y aspectos procesales que entre ambos sistemas se logran encontrar entre sí, se puede concluir que, el fenómeno actual de globalización que se ha adentrado en el proceso penal nacional, es un hecho que seguirá poco a poco hasta su consolidación, desde asuntos que no solo tocarán el derecho procesal penal, sino que, además, empezarán a sobrevenir acercamientos más sustanciales sobre la materia que, en gran medida, se pueden atribuir al conjunto de interacciones que se dan entre la Unión Americana y Colombia desde aspectos fiscales, económicos y, en este caso, jurídicos, los cuales sin duda alguna cada vez más se armonizan en pro de una real integración entre estas dos naciones.⁴¹

⁴¹ FRANCISCO BERNATE OCHOA, EL SISTEMA PENAL DEL COMMON LAW: PUNTOS DE CONTACTO Y PERSPECTIVAS PARA LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA 246-48 (2014).

MR. & MRS. LOVING

POR: ELAINE TORNÉS BLANCO*

CUENTO

Mamá me contó que la Tierra ha estado dividida en dos mitades desde tiempos inmemoriales: el hemisferio del día, que se despierta con el sol, y el hemisferio de la noche, que se acuesta con la luna.

—Dios Todopoderoso creó las razas blanca, negra, amarilla, malaya y roja, y las colocó en continentes separados. Y si no fuera por la interferencia con su arreglo, no habría motivo para tales matrimonios. El hecho de que separó las razas demuestra que no tenía la intención de que las razas se mezclaran.¹— gritaba esta Voz imponente y celosa.

Pero mamá aclaró que el aire que inhalaba una persona en el hemisferio del día era el mismo que exhalaba otra en el hemisferio de la noche, además, bajo sus mantos eran los mismos esqueletos. Aquella Voz no entendía que existía un hilo conductor intangible que a modo de suave brisa fusionaba ambos hemisferios en uno solo. El fenómeno se llamaba Justicia, pero le decían “Amor”, de cariño.

—Fortunato, “¿y tu agüela, aonde ejtá?”² —dijo mamá, interrumpiendo súbditamente el cuento.

—No sé, mamá, pero... luego la busco, continúa, por favor— le contesté y tras cuatro segundos mirándome con sospecha y levantando la ceja izquierda, siguió el relato.

* Estudiante de tercer año de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, Facultad de Derecho. Miembro de la Asociación de Derecho Laboral 2021-22. Funge como redactora de la Revista de Estudios Críticos del Derecho (CLAVE) y es autora autopublicada con su libro *Aventuras de seres humanos y no humanos*. Realizó sus estudios subgraduados en la Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras, donde completó el grado de bachillerato en Psicología (Magna Cum Laude). Agradece el apoyo de su familia y en especial el de su esposo, Josué A. Rodríguez Cruz. Contacto: elaine.tornes@lex.inter.edu, <https://linktr.ee/etornesblanco>.

¹ Loving v. Virginia, 388 U.S. 1, 3 (1967) (traducción suplida).

² “¿Y tu agüela, aonde ejtá?” es un poema del poeta puertorriqueño Fortunato Vizcarrondo (1899 - 1977).

La trama se desarrolla en Caroline County, Virginia, en donde coexistían personas blancas, traídas del hemisferio diurno con personas negras, provenientes del hemisferio nocturno. Del primero nació Mr. Richard Loving y del segundo nació Ms. Mildred “Bean” Jeter. En ese lugar tan único y gris de Estados Unidos, las personas se mezclaban, pero sin poder unirse en matrimonio. Si querían casarse debían viajar a Washington D.C., donde sí estaba permitido crear cualquier combinación de color nueva. En 1958 y por desear tanto unirse en matrimonio, Richard y Mildred viajaron largas horas con universos de esperanza en sus pupilas hasta llegar a Washington D.C. Al fin, podrían materializar el amor que no podrían ocultar por más tiempo y que comenzaba a latir en el vientre de Mildred. Luego de contraer nupcias, regresaron a Virginia de regreso con sus familias, pero sin sospechar que serían convictos y sentenciados por ese Estado al estar casados y violar la ley.

Ella con “el pelo’ e caíyo y él ej seda namá”³ se amaban de noche y de día hasta que, alertados por fuentes anónimas de tan prohibida unión, los policías, por la madrugada, sonsacaron la dignidad de la pareja invadiendo la privacidad de su cuarto matrimonial. Los arrestaron y llevaron a la comisaría, de donde Richard por fianza, salió del encarcelamiento, pero Mildred no hasta semanas después. Cuando ambos salieron de la comisaría, la Voz, vestida de cuervo con cuerdas vocales afiladas por el racismo de supremacía, repitió lo del Todopoderoso, pero esta vez añadió que, “para evitar imponerles años de cárcel por declararse ambos culpables de violar los estatutos de Virginia prohibiendo el matrimonio interracial entre blancos y negros, debían marcharse de Virginia por veinticinco años y no volver a dicho Estado estando juntos”. Destruídos, sin opción y en contra de su voluntad, tuvieron que mudarse de Virginia a Washington D.C. para defender su amor y la legitimidad de su matrimonio.

—“¿Disej que mi bembá ej grande y mi pasa colorá?”— preguntó Mildred cuando les negaron por décima vez un lugar decente donde rentar. Richard seguía tocando puertas, cada vez más preocupado. No solo quedaron exiliados de su hogar por un cuarto de vida, sino que tuvieron que resignarse a vivir en un vecindario de condiciones deplorables, pero donde único podían estar juntos, sin intervención de la policía o el discrimen voraz del público.

—Fortunato, “[t]u coló te salió blanco y la mejiya rosá; Loj labiol loj tienej finoj [pero] ¿y tu agüela, a’onde ejta?”— dijo ella, parando la historia y dejándome en suspenso.

—No sé mamá; sígueme contando, por favor— supliqué y ella continuó.

Richard consiguió empleo y Mildred era ama de casa. Aunque su esposo estaba siempre trabajando, ella interactuaba con sus vecinas y pasaba el tiempo aprendiendo

³ *Id.* Socorro Girón, *El tema del negro en la literatura puertorriqueña*. Ceiba, 5(1), 56 (2017), <https://revistas.upr.edu/index.php/ceiba/article/view/5649> (última visita 1 de marzo de 2022).

sobre el movimiento de los derechos civiles. Como padres primerizos sufrieron el triple al momento de dar a luz a su primer hijo al mundo. A solo horas antes del parto, experimentaron una de las mayores injusticias por Mildred ser rechazada debido a su raza, del hospital a donde primero acudieron. Luego del evento agrídulce siguieron aguantando en aquél mísero lugar alrededor de tres años más. Lamentablemente, Richard perdió su trabajo porque el patrono entendió que él y su familia apoyaban las manifestaciones provocadas por Martin Luther King Jr. en la lucha contra el discrimen y en pro de los derechos civiles. Hasta allí llegó el aguante, pues decidieron arriesgarse y regresar a Caroline County: su hogar.

—“Aquí el que no tiene dinga tiene mandinga... ¡ja, ja! Por eso yo te pregunto: ¿y tu agüela, a’ onde ejtá?”—interrumpió mamá cuando me tenía escuchando con los ojos abiertos como platos llenos de curiosidad.

—Espera, mami, quiero saber más. La abuela debe estar cerca... allá— afirmé, con seguridad y ella continuó.

Al regresar, la pareja vivió días maravillosos, como si nada del tormento en Washington D.C. hubiera ocurrido. Sin embargo, el Estado de Virginia se volvió contra ellos nuevamente, esta vez ofreciendo la disolución del matrimonio como única opción “al problema”. Como Richard era bueno en las carreras de carros, pudo huir de allí con Mildred a toda velocidad, de regreso a Washington D.C.

De vuelta en aquella ciudad llena de edificios altos, un abogado de veintiocho años llamado Bernard Cohen transformó esta injusta situación, de un caso pro-bono motivado por una carta que Mildred envió, a un caso de derechos civiles que hizo historia en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América. Cohen se encargó de decirle a los jueces que Richard “amaba a su esposa Mildred y que era injusto no poder vivir con ella en Virginia”.⁴

En esa época era imperdible un discurso del ilustre Martin Luther King Jr., quien fue el motor del movimiento de los derechos civiles y ganó una gran guerra en 1964 contra la Voz y sus secuaces. No obstante, la otra guerra peleada por Mildred y Richard bajo la controversia jurídica de si un estatuto que prohíbe matrimonios interraciales violenta la cláusula de igual protección de las leyes y la cláusula del debido proceso de la decimocuarta enmienda se dilucidó años más tarde, en el 1967.

A dicha controversia, la Corte Suprema contestó que sí por una nueva Voz, esta vez más humana, que retumbó lo siguiente:

—Un estatuto que prohíbe el matrimonio interracial violenta ambas cláusulas porque no se puede restringir los derechos de los ciudadanos blancos, negros o

⁴ U.S. Supreme Court, *Excerpts from a Transcript of Oral Arguments in Loving v. Virginia (April 10, 1967)*, ENCYCLOPEDIA VIRGINIA, <https://encyclopediavirginia.org/entries/excerpts-from-a-transcript-of-oral-arguments-in-loving-v-virginia-april-10-1967/> (última visita 1 de marzo de 2022).

multicolores por distinciones de raza, ni restringir la libertad de casarse por ninguna clasificación racial.⁵ —

La normativa de la Voz anterior reinaba todavía y estaba tatuada en la mente de quienes defendían la ideología de la supremacía blanca. Pero estos y el cuerpo policial que hacía eco de aquel retrógrado sistema legal, salieron trasquilados. La ley no era válida por aplicar a blancos y a negros. Por ende, el Estado de Virginia se mordió los dientes y como otros Estados que prohibían el matrimonio interracial, quedó vedado de intervenir en una decisión tan íntima como lo es escoger a la persona con la cual elegimos casarnos.

—Fortunato, ya ves lo inclemente que era el sistema de justicia de Virginia y las políticas públicas sobre los atributos de la familia. Lo único que faltaba era que el Estado dictara la forma de lavarse los dientes. —dijo mami, tan sarcástica como genuina.

—Mami, cuán bien hicieron al darle rango constitucional al derecho de contraer matrimonio y de resolver bajo el escrutinio estricto, al amparo de la igual protección de las leyes, que el matrimonio es fundamental en nuestra búsqueda de la felicidad. Las distinciones de los ciudadanos acorde a la raza no son cónsonas con la doctrina de que todas las personas somos iguales bajo la ley y merecemos el debido proceso de ley. —expresé triunfante tras semejante historia.

—Me pregunto si esto significa que en un futuro los robots y los seres humanos podrán contraer matrimonio. — pregunté de inmediato.

—¡Ay, Fortunato!, “¿Dísej que mi bembá ej grande y mi pasa colorá? Pero dijme, po la bijne, ¿y tu agüela, a’onde ejtá?”. No me digas que “[t]u la ejconde en la cosina, pocque ej prieta de a beldá”.— exclamó con firmeza.

—Jamás, mami. Yo la busco y la traigo ya. Sé que esta es la historia de tu mamá y tu papá. Sin ellos, mis amados abuelos, yo no estaría aquí, entendiendo tanto como ahora. Ahora celebro que hijos/as de cualquier vientre sean pura libertad, que los estatutos y penalidades sobre el mestizaje quedaron en el pasado, que los Estados no pueden ni mediante el ordenamiento jurídico, privar a las personas de su vida, libertad y su propiedad sin el debido proceso de ley; o prohibir que todas las personas reciban la igual protección de las leyes. Ahora sí que busco y traigo a mi agüela porque ella es bella de beldá.

5 *Id.* nota 1 en la pág. 11.

SEPARATE AND UNEQUAL: ALL TERRITORIES ARE NOT CREATED EQUALLY
THE CASE OF UNITED STATES V. VAELLO-MADERO

BY: ESTEBAN GLOWER

ABSTRACT

Today, the United States includes five Territories: American Samoa, Guam, the Northern Mariana Islands, the U.S. Virgin Islands, and Puerto Rico. In all five Territories, the Territories Clause of the United States Constitution applies. Historically, the Territories Clause was only used temporarily, during the transition of newly acquired territories to statehood or independence. Therefore, once a territory became a state, it would no longer be subject to the Territories Clause. Nonetheless, in the case of Puerto Rico, the Territories Clause continues to be used to validate the separate and unequal treatment of its residents in an indefinite fashion. In the Insular Cases, the Court relied on the Territories Clause when it decided that Puerto Rico is an unincorporated territory and as such, the Uniformity Clause of the United States Constitution and non-fundamental rights of the Constitution do not apply there. When Jose Luis Vaello-Madero was denied a welfare benefit upon relocating to Puerto Rico, he challenged the law that excluded him from receiving it. In response, the Government claimed that Congress can exclude residents of Puerto Rico from federal benefit programs if it has a rational basis for its actions. The case was decided by the Supreme Court of the United States. In an 8-1 vote, the Court held that the challenged law is constitutional. However, by not revoking the Insular Cases, the Court essentially re-confirmed Puerto Rico's status as an unincorporated American Territory subject to the plenary powers of Congress.

Keywords: *Equal Protection Guarantee, Free Associated State, Insular Cases, Jose Luis Vaello-Madero, Manifest Destiny, Puerto Rico, Rational Basis Scrutiny, Separate and Unequal, Social Security Benefits, Territories Clause, Uniformity Clause, Unincorporated Territory*

* Juris Doctorate Candidate (2L), Inter-American University of Puerto Rico, School of Law.

Summary: INTRODUCTION II. MANIFEST DESTINY III. THE ARRIVAL OF THE UNITED STATES IN PUERTO RICO IV. THE INSULAR CASES; UNINCORPORATED TERRITORIES DOCTRINE, TAX UNIFORMITY V. THE COMMONWEALTH VI. THE RATIONAL BASIS REVIEW UNDER EQUAL PROTECTION OF THE LAW VII. THE UNITED STATES V. VAELLO-MADERO VIII. THE ARGUMENTS IX. THE DECISION X. CONCLUSION

I. INTRODUCTION

The case of *U.S. v. Vaello-Madero*, which was argued before the Supreme Court of the United States on November 9, 2021, challenged the constitutionality of excluding Puerto Rico residents from receiving Supplemental Security Income (SSI) provisions, which are a supplementary Social Security benefit for needy seniors who are blind or disabled.¹ The legislation in question, the SSI provisions of Title XVI of the Social Security Act, 42 U.S.C. §§ 1381-1383f, excludes residents of Puerto Rico, an American territory where 40 percent of the population lives below the poverty line, from receiving disability benefits under the SSI program.² Jose Luis Vaello-Madero claims that the exclusion of Puerto Rico residents from receiving the disability benefits that are granted to persons residing in the fifty states, the District of Columbia, and the Northern Mariana Islands under the SSI provisions of Title XVI of the Social Security Act, contravenes the equal protection guarantees of the Fifth Amendment.³ The Supreme Court's decision was published on April 21st, 2021. In order to understand the gravity of the decision in the case at hand and its implications for the future, this article will review the historical, political, legal, and economic relationship between Puerto Rico and the United States.

In the late 19th century, the United States annexed Puerto Rico due in large part to the prevalent expansionist ideology known as Manifest Destiny.⁴ Since the beginning of the occupation of Puerto Rico by U.S. forces, the Supreme Court of the United States has relied on the Territorial Clause in the U.S. Constitution, which states that "Congress shall have the Power to dispose of and make all needful Rules and Regulations respecting the Territory or other Property belonging to the United States; and nothing in this Constitution shall be so construed as to Prejudice any Claims of the United States, or of any particular State".⁵ The Territories Clause was

¹ United States v. Vaello-Madero, 141 S. Ct. 1462 (2021).

² U.S. Census Bureau, 2017 and 2018 American Community Surveys, 1-Year Estimates, and 2017 and 2018 Puerto Rico Community Surveys.

³ United States v. Vaello-Madero, 313 F. Supp. 3d 370 (2018).

⁴ JOSÉ TRÍAS MONGE, PUERTO RICO: TRIALS OF THE OLDEST COLONY IN THE WORLD, 22 (YALE, 1999).

⁵ U.S. CONST. art. IV, § 3.

applied in full force during the Insular Cases (decided by the same court that decided *Plessy v. Ferguson*⁶) to justify their decisions regarding the island.

In the Insular Cases, the Supreme Court decided that Puerto Rico was an unincorporated territory, and therefore, the Constitution did not apply there. As a result, only the fundamental rights of the Constitution would apply to Puerto Rico. One clause of the Constitution that does not apply to Puerto Rico is the Uniformity Clause. The Uniformity Clause states that: “The Congress shall have the power to lay and collect taxes, duties, imposts, and excises, to pay the debts and provide for the common defense and general welfare of the United States, but all duties, imposts, and excises shall be uniform throughout the United States”.⁷ This has allowed Congress to legislate unique tax rates and incentives for the Territories, which allows the residents and corporations of Puerto Rico to be exempt from paying nearly all federal taxes without violating the Constitution.

In 1952, Congress passed Law 600 which made Puerto Rico a Commonwealth but not a State, subject to congressional oversight and the Territorial Clause. Therefore, Congress can still exercise plenary power over Puerto Rico under the Territorial Clause of the Constitution. For the last 123 years, these conditions have served as the foundation for a series of regrettable legal decisions that have been used to justify the separate and unequal treatment of Puerto Rico and other unincorporated territories. It is now abundantly clear that all territories are not created equally.

In 2020, the Court of Appeals of the Ninth Circuit applied rational basis scrutiny and declared the legislation unconstitutional because it was irrational and arbitrary. The court found it necessary to state that “Puerto Rico residency does not warrant any form of heightened review”⁸ and found that the U.S. Supreme Court has upheld a questionable legal framework that has justified the unequal treatment of the Puerto Rican people.

The historical context of the relationship between Puerto Rico and the United States elucidates why the Supreme Court of the United States decided in favor of the U.S. and declared the law constitutional, by concluding that Congress has a rational basis to exclude Puerto Rico from receiving SSI provisions. As expected, the Supreme Court was unable to agree with the Ninth Circuit Court of Appeals in light of the Territories Clause in the U.S. Constitution. The Court would have had to agree that Congress acted irrationally and arbitrarily when it decided to exclude Puerto Rico from receiving SSI provisions.

Although the Court of Appeals did not believe that this law should be subject to heightened scrutiny, the issue raises complicated racial questions because the law

⁶ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). – The supreme court ruled that racial segregation laws did not violate the U.S. Constitution. Also known as the Separate but Equal Doctrine.

⁷ U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 1.

⁸ *U.S. v. Vaello-Madero*, 956 F. 3d 12, 29 (2020).

discriminates based on residency in Puerto Rico where nearly the entire population is of Hispanic origin. Nonetheless, in my humble opinion, the legislation was irrational and arbitrary under rational basis review for the reasons discussed in this article. However, by relying on the Territories Clause, longstanding historical practice, and the Court's precedents, the Supreme Court unsurprisingly decided to overturn the decision of the Ninth Circuit Court of Appeals and declare that Title XVI of the Social Security Act, 42 U.S.C. §§ 1381-1383f, is constitutionally valid.

II. MANIFEST DESTINY

At the turn of the 19th century, technological advancements that resulted from the Industrial Revolution made expansion beyond the mainland of the United States possible. Manifest Destiny is defined as the belief that the U.S. is destined by God to expand its dominion and spread democracy and capitalism throughout the western hemisphere.⁹ “These new ideas influenced the rapid expansion of the United States throughout the North American continent. The United States purchased Louisiana from France in 1803 and bought Florida from Spain in 1819. Texas was purchased in 1845 and England ceded Oregon in 1846, followed by the Gadsden purchase of the southwest in 1853.”¹⁰ It was during this period that the phrase Manifest Destiny was created.

This ideology also laid the foundation for the laws and policies that the U.S. would enact to govern their newly acquired territories. At the end of the 19th century, various thought leaders in America expressed their views on the expansionist efforts of the United States. Alfred T. Mahan, a Naval specialist, believed that a strong Navy was the key to a successful U.S. expansion in the Caribbean and throughout the rest of the world. Prominent politicians like Theodore Roosevelt and Henry Cabot Lodge were influenced by Mahan's views. They believed that the U.S. should build the Panama Canal to gain quicker access to the Pacific. They also believed that a successful U.S. expansion would depend on the existence of new naval military bases throughout the world, to facilitate their mission. In 1890, Secretary of State James G. Blaine wrote, “I think that there are only three places that are of value enough to be taken; one is Hawaii, and the others are Cuba and Puerto Rico.”¹¹ Therefore, Americans took it upon themselves to help liberate the Caribbean from oppressive governments and promote democracy. However, full autonomy for the islands of the Caribbean would not be immediate.

⁹ John O'Sullivan *The Great Nation of Futurity*, *The United States Democratic Review*, 426-430 (Reprint: Mount Holyoke College, 1938).

¹⁰ TRIAS MONGE, *supra* note 4, at 23.

¹¹ *United States v. Vaello-Madero*, 313 F. Supp. 3d 370 (2018).

III. The Arrival Of The United States In Puerto Rico

On December 10th, 1898, the Treaty of Paris was signed, which put an end to the short-lived Spanish-American war.¹² It was through this Treaty that the United States acquired Puerto Rico from Spain. Article II of the Treaty of Paris stated: “Spain will cede to the United States the island of Puerto Rico and other islands now under Spanish sovereignty in the West Indies.” Additionally, Article IV of the Treaty of Paris read: “The civil rights and political status of the territories hereby ceded to the United States shall be determined by the Congress.”

In 1900, Congress passed the Foraker Act, which established a civil government in Puerto Rico.¹³ As a result of this Act, congress may freely choose which portions of the Constitution apply in Puerto Rico. This created a legal framework that primarily benefited American capitalist interests, which was used to delay the incorporation of Puerto Rico and justify the unequal treatment of Puerto Ricans. American officials in Puerto Rico conveniently believed that Puerto Ricans were not ready to establish their own government, so that American capitalist interests could maximize the benefits of the territorial status of Puerto Rico for as long as possible. General George W. Davis, who became governor of Puerto Rico in 1899, wrote in one of his official reports:

“I have found it necessary, as I believed, in the discussion of civil affairs, past and present, to advert in strong terms to the general unfitness of the great mass of the people for self-government, and unfortunately the number of the intelligent, learned and responsible natives bears a small ratio to the illiterate and irresponsible. If the percentage of those who are not able to read and write were as small as those who can, I would have the greatest pleasure in recommending the immediate endowment of the island with full autonomy.”¹⁴

In 1917, the Jones Act granted citizenship to anyone born in Puerto Rico.¹⁵ This act established a bill of rights and authorized the election of a Resident Commissioner. The policies and laws of Puerto Rico started to take shape in the Insular Cases by the United States Supreme Court.

IV. The Insular Cases; Unincorporated Territories Doctrine, Tax Uniformity

The Insular Cases, which took place between 1900-1922, refer to the cases that decided the political status of Puerto Rico and they are still good law today since

¹² Juan R Toruella, *Hacia Donde vas Puerto Rico?* 107 Yale Law Journal, 1513 (1998).

¹³ Organic Act of 1900, Pub.L. 56–191, 31 Stat. 77 (Foraker Act).

¹⁴ Davis, G. W., *Report on Civil Affairs in Porto Rico*, 56th Cong., 1st Sess., H. Rept. 2, p. 481, as cited in *PUERTO RICO: TRIALS OF THE OLDEST COLONY IN THE WORLD*, YALE L.J. 33 (1999).

they have not been overruled. That Court, which was led by Justice Harlan, was the same court that decided *Plessy v. Ferguson* in 1896. In that case, the court ruled that segregation by race was constitutional under the separate but equal doctrine. Sixty years later, the Plessy case was overruled in *Brown v. Board of Education*¹⁶. Ultimately, the fundamental question that the Insular Cases answered was whether the Constitution applied at all in Puerto Rico.

In *De Lima v. Bidwell*, the Court decided that Puerto Rico was no longer a foreign country, but a territory of the United States.¹⁷ The controversy in this case was whether sugar brought to New York from Puerto Rico should be subject to tariffs. The Court upheld the tariff on the sugar brought from Puerto Rico. In *Downes v. Bidwell*, the Court upheld a special tariff imposed by the Foraker Act to merchandise imported to the United States from Puerto Rico. Article I, Section 8, Clause 1 of the U.S. Constitution states that: “The Congress shall have the power to lay and collect taxes, duties, imposts, and excises, to pay the debts and provide for the common defense and general welfare of the United States, but all duties, imposts, and excises shall be uniform throughout the United States”. The tax uniformity across all states, imposed by the Uniformity Clause in the U.S. Constitution is not applicable to Puerto Rico and therefore, the special tariff was valid. Notably, in the *Downes* opinion, Justice Brown worried that children born in Puerto Rico, “whether savages or civilized,” could become “entitled to all the rights, privileges and immunities of citizens” by birth.¹⁸ Similarly, Justice White noted that incorporating territories inhabited by “uncivilized” and “alien races,” as opposed to “native white inhabitants” in territories such as Florida or Alaska, risked “inflict[ing] grave detriment on the United States” because this would supposedly result in the “bestowal of citizenship on those absolutely unfit to receive it[.]”¹⁹

In *Balzac v. Porto Rico*, the Supreme Court ruled that only fundamental rights in the U.S. Constitution would apply in Puerto Rico, since it is an unincorporated territory, not a state, and as such the U.S. Constitution did not fully apply there.²⁰ As a result, the unincorporated status of Puerto Rico was confirmed. For the next 100 years, this new scheme allowed Congress to treat Puerto Rico differently for income tax purposes, without violating the Uniformity Clause of the Constitution, and thereby, created a tax haven which exempted residents and businesses in Puerto Rico

¹⁵ Organic Act of Porto Rico of March 2, 1917, ch. 145, 39 Stat. 951 (Jones Act).

¹⁶ *Brown v. Bd. of Educ.*, 347 U.S. 483 (1954).

¹⁷ *De Lima v. Bidwell*, 182 U.S. 1 (1901).

¹⁸ *Downes v. Bidwell*, 182 U.S. 244, 279 (1901).

¹⁹ *Id.* at 306, 313, 319.

²⁰ *Balzac v. Porto Rico*, 258 US 298 (1922). The US Supreme Court decided that the entirety of the U.S. Constitution did not apply to Puerto Rico since the island was an unincorporated territory.

from paying federal income taxes, which in turn, attracted American businesses and encouraged immigration to the islands.

These decisions paved the way for the Supreme Court to allow a political and economic agenda to materialize in Puerto Rico, which did not necessarily satisfy the pressing needs or interests of Puerto Rico residents. Consequently, Puerto Rico became an official tax haven of the United States. As a tax haven, the Puerto Rican economy rapidly expanded. By 1930, American corporations had converted half of all arable land in Puerto Rico into sugar plantations.²¹ By 1934, 80 percent of the sugar cane farms in Puerto Rico were owned by Americans.²² Eventually, those developments caused the United Nations to question the colonial status of Puerto Rico, through Article 73e. As a result of those development, Congress created the *Estado Libre Asociado*.

V. THE COMMONWEALTH

In 1952, the U.S. government authorized the territory of Puerto Rico to form its own constitution.²³ However, Puerto Rico neither gained its independence nor became a state of the union. This law, known as Law 600, has allowed the U.S. to govern Puerto Rico without offering the benefits of statehood to the local inhabitants. Under the Territories Clause in the U.S. Constitution, Congress has the power to make all needful rules and regulations respecting the territories and possessions of the United States, and this constitutional text establishes that Congress may treat a territory differently than the states if it has a rational basis to do so.

Law 600 allowed the people of Puerto Rico to write their own constitution, subject to congressional approval, and created the Commonwealth of Puerto Rico. The political party in power at the time, the Popular Democratic Party (PDP), believed that the jurisdiction of the Federal Government in Puerto Rico would be based on a bilateral agreement to which Puerto Rico is a party. However, there was overwhelming evidence that before, during, and after the approval of Law 600, Congress did not intend to change the fundamental status of Puerto Rico from that of an unincorporated territory or to relinquish its plenary authority.²⁴ For that reason, the local leaders of Puerto Rico were faced with a dilemma: “How could the continued power of Congress to legislate for Puerto Rico unilaterally on an extraordinarily wide range of matters be consonant with the principle of government by consent?”²⁵ At the

²¹ NELSON A. DENIS, *WAR AGAINST ALL PUERTO RICANS: REVOLUTION AND TERROR IN AMERICA'S COLONY* 29 (2015).

²² *Id.*

²³ Public Law No. 81-600 (1950).

²⁴ Toruella, *supra* note 12, at 1513.

²⁵ TRÍAS MONGE, *supra* note 4, at 124.

United Nations, the local leaders and the United States discussed whether Congress and the people of Puerto Rico entered into a bilateral compact through the passage of Law 600. Eventually, the local leaders unequivocally conceded that Congress's unilateral power over Puerto Rico would remain unchanged even after passing this legislation.²⁶

The first piece of evidence that the compact between the United States and Puerto Rico was not in fact bilateral was the perseverance of Article 4, Section 3 of the U.S. Constitution, which states that "Congress shall have the Power to dispose of and make all needful Rules and Regulations respecting the Territory or other Property belonging to the United States; and nothing in this Constitution shall be so construed as to Prejudice any Claims of the United States, or of any particular State". Consequently, Congress could still exercise plenary power over Puerto Rico under the Territorial Clause of the Constitution. For this reason, the compact should be considered unilateral.

Secondly, the Federal Relations Act remained untouched. For this reason, the PDP favored a thorough overhaul of the largely outmoded and deficient Federal Relations Act of 1950 and the negotiation of a more advanced, unambiguous compact, which would truly decolonize Puerto Rico.²⁷ Therefore, the U.S. Congress enacted Public Law 600, giving the island the power to draft its own Organic Act which was to be called "the Constitution." All the provisions of the Jones Act, which governed the relationship between Puerto Rico and the United States, remained unaltered but were now to be known as the Federal Relations Act of 1950²⁸. Section 37 of the Federal Relations Act states that all federal rules will apply to Puerto Rico except those that are locally inapplicable.²⁹

The local leadership believed that Congress and the people of Puerto Rico entered a bilateral pact through the passage of the law. Several prominent American politicians disagreed. Law 600 specifically states that the law was enacted "in the nature of a compact" between the United States and Puerto Rico. The compact was the subject of much debate domestically and at the United Nations. The United States, in adherence with Article 73e, continued to inform the United Nations regarding the administration of its territories and their advancements towards self-determination. As a result, local leaders rightfully asked the United States to stop reporting Puerto Rico's status, since Puerto Rico was no longer subject to those reporting requirements. The local leaders argued that Puerto Rico is no longer a colony since it now had its own constitution.

²⁶ Toruella, *supra* note 12, at 1513.

²⁷ TRÍAS MONGE, *supra* note 4, at 125.

²⁸ 48 U.S.C. § 731b, et seq.

²⁹ 48 USCS § 821.

“In 1953, just a year after the “Commonwealth” was established, the United States was successful in persuading the United Nations to remove Puerto Rico from its list of non-self-governing territories. And by arranging to have the island’s new constitution take effect on July 25 (the anniversary of the U.S. invasion of 1898), together with the simultaneous adoption of an official flag and anthem long associated with the independence movement, Puerto Rico’s charismatic Governor, the late Luis Muñoz-Marín, succeeded in placating separatist elements within the Popular Democratic Party, so that he could thereafter proceed, without serious internal opposition, to develop the Puerto Rican economy in close harmony with American business interests.”³⁰

“As a result of the creation of the Commonwealth, Puerto Rico obtained no additional economic or political power, except the right to design the structure of its internal government, under the ever-watchful eye of the U.S. Congress.”³¹

VI. THE RATIONAL BASIS REVIEW UNDER EQUAL PROTECTION OF THE LAW

In U.S. constitutional law, rational basis review is the normal standard of review that courts apply when considering constitutional questions, including due process or equal protection questions under the Fifth Amendment or Fourteenth Amendment. Traditionally, however, if the distinction is of social or economic nature, then the decision would be subject to rational basis review. Courts applying rational basis review seek to determine whether a law is rationally related to a legitimate government interest, whether real or hypothetical. In other words, legislation that is subject to rational basis is upheld if it is rationally related to a legitimate government purpose.³²

In 1980, in the case *Harris v. Rosario*, the Supreme Court summarily reversed a district court’s decision holding that Puerto Rico’s differential treatment under the Aid to Families with Dependent Children program denied residents of Puerto Rico the equal protection of the laws.³³ That decision affirmed that the Congress can legally discriminate against American citizens who reside in Puerto Rico simply because they reside there.³⁴ The Court explained that Congress “may treat Puerto Rico differently from States so long as there is a rational basis for its actions”. Justice Thurgood Marshall, in his dissenting opinion said:

“I also object to the Courts reliance on the effect greater benefits could have on the Puerto Rican economy... This rationale has troubling overtones. It suggests that programs designed to help the poor should be

³⁰ Carlos Romero Barceló, Puerto Rico, U.S.A.: *The Case for Statehood, Foreign Affairs* (1980).

³¹ *Id.*

³² *Schweiker v. Wilson*, 450 U.S. 221 (1981).

³³ *Harris v. Rosario*, 446 U.S. 651 (1980).

³⁴ Romero, *supra* note 30.

less fully applied in those areas where the need may be the greatest, simply because otherwise the relative poverty of recipients compared to other persons in the same geographic area will somehow be upset. Similarly, reliance on the fear of disrupting the Puerto Rican economy implies that Congress intended to preserve or even strengthen the comparative economic position of the States vis-à-vis Puerto Rico. Under this theory, those geographic units of the country which have the strongest economies presumably would get the most financial aid from the Federal Government since those units would be the least likely to be “disrupted.” Such an approach to a financial assistance program is not so clearly rational as the Court suggests...”³⁵

In *Califano v. Torres*, a Puerto Rico resident, who previously resided in Connecticut, lost the Social Security benefits to which he was entitled to while residing in the United States merely because he moved to Puerto Rico. The Court held that the challenged provisions of the Social Security Act did not violate the constitutional right to travel as applied to persons who lost the right to benefits upon moving to Puerto Rico, since the right of interstate travel did not require that a person who traveled to Puerto Rico receive the benefits that they previously received as residents of a state.³⁶

VII. THE UNITED STATES V. VAELLO-MADERO

In 2020, in the case *U.S. v. Vaello-Madero*, the Ninth Circuit Court of Appeals upheld a ruling by a lower court that found 42 U.S.C. §§ 1381-1383f unconstitutional.³⁷ The governments proposed rational basis for unequal treatment of Puerto Ricans was centered around two arguments: the tax status argument and the cost argument. The majority opinion, authored by Judge Juan Toruella, began by determining that the Supreme Court decision in *Harris v. Rosario* could not be relied upon to justify the unequal treatment of Puerto Rico in administering welfare programs. He said that *Harris* dealt with a challenge to block grants to Puerto Rico, rather than payments to Puerto Ricans. With that being said, the court reviewed the merits of the government’s arguments.

The Appellate Court first considered the government’s tax status argument, that disparate treatment of Puerto Rico was justified because residents of Puerto Rico do not pay federal income taxes. The court rejected this argument for two main reasons. First, while most Puerto Ricans are exempt from paying federal income tax, they are not exempt from all federal taxes. In fact, Puerto Rican taxpayers had consis-

³⁵ *Id.*

³⁶ *Califano v. Torres*, 435 U.S. 1 (1978).

³⁷ *U.S. v. Vaello-Madero*, 956 F. 3d 12 (2020).

tently contributed more to the federal treasury than did taxpayers in six states and the Northern Mariana Islands, where SSI operates.”³⁸ Second, the court found that it was illogical to argue that Puerto Ricans should have to pay federal income tax to be eligible for SSI, since most SSI beneficiaries “earn too little to be paying federal income taxes.”³⁹ The court found that the exclusion of Puerto Rico from SSI was irrational and arbitrary.

In response to the governments cost argument, that the cost of expanding SSI to Puerto Rico would be too high, Judge Toruella wrote:

“In response to Appellee’s argument that if costs alone justify exclusion, then “Congress could arbitrarily exclude the residents of any State or municipality to reduce cost,” Appellant concedes “there may be other constraints, legal or political, on Congress’s ability to enact a statute excluding residents of a particular State from a benefits program [but] that does not mean that cost to the public is not itself a rational consideration.” What Appellant plainly fails to grapple with is that cost alone does not support differentiating individuals. If it did, how would Congress be able to decide upon whom to bestow benefits? Presumably along the lines of its legislative priorities which, at a minimum, must be supported by some conceivable rational explanation. The circularity of this logic defeats itself.”⁴⁰

Thus, the Ninth Circuit Court of Appeals upheld the lower court decision by ruling that the law was irrational and arbitrary. The U.S. government appealed this decision and the United States Supreme Court agreed to hear the case.

VIII. THE ARGUMENTS

The case of *U.S. v. Vaello-Madero* was argued before the U.S. Supreme Court on November 9th, 2021. The Court was asked to determine whether the U.S. Congress violated the Constitution’s guarantee of equal protection under the law when it excluded residents of Puerto Rico from accessing a supplementary Social Security benefit for needy seniors who are blind or disabled.

A. PETITIONER - THE U.S. GOVERNMENT

In the first Brief of the United States No. 20-303, 2021, the U.S. argued that the total additional cost of providing supplemental social security benefits is unafford-

³⁸ *Id.* See also Internal Revenue Service, SOI Tax Stats - <https://www.irs.gov/statistics/soi-tax-stats-state-data-fy-2020> (last visited October 18, 2021).

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.*

able.⁴¹ According to an estimate made by actuaries at the Social Security administration, the cost of including Puerto Rico in the SSI program would be between \$1.8 billion and \$2.5 billion per year over the next ten years, and approximately \$23 billion over the next decade.⁴² However, the government removed this language in their Reply Brief for the United States No. 20-303, 2021.

During the oral arguments, the government argued that Congress's decision not to extend the SSI program to Puerto Rico is supported by a rational basis. The government argued that the tax-status of Puerto Rico provides a rational basis for Congress's actions. Under this argument, they allude to the fact that Puerto Rico is generally exempt from application of the federal taxes that fund the SSI program.⁴³ From the government's standpoint, the withholding of federal benefits from Puerto Rico is rational because it doesn't contribute enough federal tax revenues to the U.S. Treasury.

Justice Thomas asked whether the government believes that the Territories Clause is enough of a source of authority to have a rational basis for what it's doing. The government answered by claiming that they are not just resting on the Territory Clause. The government acknowledged that the equal protection principle in the Fifth Amendments due process clause applies to Puerto Rico, so Congress does need to have a rational basis to make this exclusion. Congress does have the power to legislate differently but it must have a rational basis to do so. Thomas asked whether you could still do the same thing to Vermont. The petitioner responded that, if Congress were to do this to Vermont, there must be a legitimate government interest for the legislation.⁴⁴

Chief Justice Roberts asked whether the Insular Cases have anything to do with this litigation. The government does not believe that those cases have anything to do with the case. The court does not need to address the Insular Cases because the Court has repeatedly declined to extend the Insular Cases to recent decisions.⁴⁵

⁴¹ United States of America, Brief for the United States, *U.S. v. Vaello-Madero*, No. 20-303, 2021.

⁴² Memorandum from Michael Stephens, Supervisory Actuary, Office of the Chief Actuary, Social Security Administration, to Steve Goss, Chief Actuary, Office of the Chief Actuary, Social Security Administration, Estimated Change in Federal SSI Program Cost for Potential Extension of SSI Eligibility to Residents of Certain U.S. Territories – INFORMATION 2 (June 11, 2020).

⁴³ United States of America, Reply Brief for the United States, *U.S. v. Vaello-Madero*, No. 20-303, 202, pg. 15-22.

⁴⁴ Transcript of Oral Argument at 5, *U.S. v. Vaello-Madero*, No. 20-303, Heritage Reporting Corporation, (November 9, 2021).

⁴⁵ *Id.* at 8.

Justice Gorsuch asked why the Court shouldn't just admit that the Insular Cases were incorrectly decided. The government's position on the Insular Cases is that they are not at issue in this case. The conclusion that parts of the Constitution don't apply in Puerto Rico have nothing to do with the equal protection protections afforded by the Constitution.⁴⁶

Justice Sotomayor asked whether cost alone is enough to establish a rational basis for what it's doing. The government responded that it should be cost plus something else, thereby eliminating cost alone as a rational basis. In response, Sotomayor asked why Puerto Rico's needy people are being treated differently than the needy people in the 50 states, the District of Colombia, and the Northern Mariana Islands. In response to this question, the petitioner argued that the reason why they are different is because they live in a community where there is less revenue being collected by the federal government for tax purposes. Sotomayor noted that there is a First Circuit Court of Appeals case [*Pena-Martinez v. Azar*, 376 F. Supp. 3d 191] that recognized that Puerto Ricans as a community and all the other taxes they pay, pay more than other States in the union.⁴⁷

Justice Breyer asked why the law is locally inapplicable. He pointed to the Federal Relations Act of 1950. Federal laws not locally inapplicable shall apply to Puerto Rico. The respondent answered by saying that its locally inapplicable because Congress made it inapplicable. Breyer said that those words were designed to put Puerto Rico into a status that's not quite independent, and not quite a state. Due to its unique status, Breyer believes that the Court should look at the purpose of the federal relations act and determine whether it should take a little bit more in terms of a good reason to exclude Puerto Rico from a benefit than it would the Northern Mariana Islands or other unincorporated territories that have no such act.⁴⁸

Justice Sotomayor pointed out that it is hard to imagine that Puerto Rico can raise taxes to help the needy. She argued that Congress itself made a finding, when it exempted Puerto Rico from federal income taxes, that it was unable to raise taxes on its own based on its local economy.⁴⁹

The government also argued that Congress's decision not to extend the SSI program to Puerto Rico does not trigger heightened scrutiny. They argued that the very existence of the Territories Clause proves that the framers of the Constitution regarded the distinction between States and territories as legitimate rather than invidious or presumptively invalid.⁵⁰

⁴⁶ *Id.* at 9.

⁴⁷ *Id.* at 14.

⁴⁸ *Id.* at 18.

⁴⁹ *Id.* at 23.

⁵⁰ *Id.* at 29.

Finally, the government argued that the respondent fails to provide a special justification for overruling *Torres and Rosario*. The U.S. believes that Torres and Rosario are correctly decided. The government holds that this treatment should be subject to rational basis scrutiny.⁵¹

Interestingly, the government claims that it is not irrational to extend SSI to the Northern Mariana Islands, but not to Puerto Rico by referring to the language in the covenant between the Northern Mariana Islands and the U.S. The Northern Mariana Islands, previously a United Nations trust territory, negotiated a covenant with the United States in which the United States agreed to extend SSI here and in which the islands agreed to enter a political union with the United States.⁵² By contrast the Puerto Rico Federal Relations Act of 1950-the statute in the nature of a compact that approved Puerto Rico's status as a self-governing commonwealth-does not contain a comparable commitment. The government argues that the covenant with the Northern Mariana Islands amply supports Congress's decision to extend SSI to that one Territory but not to others, including Puerto Rico.

B. RESPONDENT – JOSE LUIS VAELLO-MADERO

In their Brief, the respondent argued that it is irrational to treat him differently just because he's now living in Puerto Rico. Congress's decision to exclude the poor and disabled in Puerto Rico is based on the false premise that they are outside of the U.S. The respondent believed that the Downes decision, which was decided by the same court that decided *Plessy v. Ferguson*⁵³, deemed Puerto Rico foreign for domestic purposes because of the race and ancestry of its people. Although the court has consistently rejected the "separate but equal" doctrine, the "separate and unequal" regime of the incorporation doctrine and its statutory legacy persists to this day.⁵⁴ For all relevant purposes, respondent believes that he is the same as similarly situated individuals in the states and the Northern Mariana Islands. Tax status is irrelevant because those poor enough to qualify to SSI pay no federal tax, and it is not a requirement to receive these benefits.

During the oral argument, the respondent argues that the premise from Downes continues to provide an excuse for Congress to deny equal treatment to individuals who reside in Puerto Rico. Therefore, the proper basis to examine the exclusion here is heightened scrutiny. The respondent claims that it is irrational to treat the individual differently just because he is now in Puerto Rico.

⁵¹ *Id.* at 33.

⁵² United States of America, Reply Brief for the United States, *U.S. v. Vaello-Madero*, No. 20-303, 2021, pg. 27.

⁵³ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

⁵⁴ Jose Luis Vaello-Madero, Brief for Respondent, NO. 20-303, (August 2021).

Chief Justice Roberts asked whether Puerto Rico residents should have access to all federal programs based on equal protection. The respondent explained that this is an exclusively federal program, administered by the federal government, and directed towards individuals. It does not operate in cooperation with local jurisdictions. For that reason, the program should be treated differently [than *Harris v. Rosario*] and subjected to heightened scrutiny.⁵⁵

Justice Kagan wanted to ask about the effect of the Territories Clause. The clause allows Congress to make distinctions. Why doesn't the Territories Clause resolve this matter? The respondent stated that the Territories Clause is being abused, since Congress has stepped in for an indefinite period without guiding the territory to statehood. The purpose of the Territories Clause was for Congress to guide these territories toward statehood. But the court deemed the territory of Puerto Rico, in the Insular Cases, to be unincorporated. This informs how the people of the territories have been excluded.⁵⁶

Justice Barrett asked whether the respondent wants the court to overrule the *Harris* case. The respondent answered in the affirmative. The mere fact that the Territories Clause applies means that any challenge on equal protection grounds is subject to rational basis review.⁵⁷

Justice Breyer once again referenced the Federal Relations Act of 1950 and stated that local conditions do not warrant an exclusion of Puerto Rico of the SSI program. Law 600 expressly states that all federal laws apply to Puerto Rico unless locally inapplicable.⁵⁸ Respondent believes that there are no local conditions that warrant to exclusion of SSI program. Since there is nothing that specifically states that Congress had the intention to exclude individuals based on local conditions, this exclusion should be subject to heightened scrutiny.⁵⁹

Justice Sotomayor asked why the Court should have to overturn *Harris v. Rosario*. If we look at the program as a partnership between the federal government and the local jurisdiction to be administered by the local jurisdiction then that is different than this program, which is exclusively federal. This situation is distinct from the *Harris* case, since even though it deals with the equal protection clause of the Constitution, the program is fundamentally different.⁶⁰

Justice Alito asked whether someone who lives in a state wants to claim their rights are being violated, what would be the standard of review. In that scenario, he reasoned that the distinction should be subject to heightened scrutiny. However,

⁵⁵ *Id.* at 46.

⁵⁶ *Id.* at 47.

⁵⁷ *Id.* at 49.

⁵⁸ 48 USCS § 821.

⁵⁹ *Id.* at 51.

⁶⁰ *Id.* at 52.

since Puerto Rico isn't a state, the distinction is not subject to heightened scrutiny. Additionally, he noted that the program is meant to assist poor individuals who in all likelihood are not paying the social security tax.⁶¹

Justice Kagan asked if the question here is the exact same question that the Court would answer if the law excluded Mississippi. Kagan asked the respondent to give their best statement for why the exclusion should be treated the same. Respondent answered that the exclusion should be treated the same because the original source of power (the Territories Clause) can't override the rights enshrined in the Constitution. Therefore, congressional power under the Territory Clause can't somehow override certain protections in the Constitution.⁶²

Justice Breyer asked once again why this law is not locally applicable. The respondent answered that Law 600 gave Puerto Rico autonomy, but Congress decided to take back some of that power through the PROMESA act, which shows that Congress has the power to give or take away power from Puerto Rico.⁶³

C. THE REBUTTAL ARGUMENT ON BEHALF OF THE PETITIONER

Ultimately, the government argues that the Territory Clause does not have an expiration date. This case requires the Supreme Court to overrule *Torres and Rosario*. Finally, Congress does have a rational basis to exclude Puerto Rico from this benefit program. Due to Puerto Rico's unique tax status, where residents generally don't contribute to the federal Treasury, the differential treatment is plausible, rational, and non-invidious.⁶⁴

First, the territories clause --the Territory Clause does not have an expiration date, and, if it did, the Court's analysis in cases like *Aurelius* would have been completely different. But the fact that Puerto Rico and other current territories have uncertain future status vis-à-vis the United States is one thing that we think promotes the idea that Congress must necessarily take into account that, among other things, when it is deciding whether to deal differently with territories. So, Puerto Rico may be on its way to statehood. It may be on its way to independence. It may be on its way to some other status. But those are --that is relevant to Congress being able to continue to calibrate the degree of relationship between the federal and territorial polities and economies and FISCs. And so that's another reason why being able to promote local autonomy by having a smaller federal tax bite

⁶¹ *Id.* at 53.

⁶² *Id.* at 60.

⁶³ *Id.* at 62.

⁶⁴ *Id.* at 70.

and, therefore, maybe a faller --a smaller share in federal benefits is something that is appropriate for Congress to do in this context.

Second, my friend on the other side has still not, I think, given any reason why there's a special justification for overruling Torres and Rosario. We do think that those would be controlling here. Torres was about this particular benefit, and Rosario, I think, the fact that it involved a block grant program doesn't meaningfully distinguish it and it didn't suggest, since it was drawing from Torres, which was not a block grant program, but actually about this program, SSI, an individual benefit program, the Court didn't seem to think that that was a reason to draw a distinction, and --and, as I mentioned before, neither did Justice Marshall's dissent.

And so, finally, my friend has forcefully given reasons why SSI should be extended to residents of Puerto Rico because he thinks that would better promote one of the main purposes of the program. And we don't have a quarrel about that. The only question is whether it could be rational for Congress to have taken into account other considerations and decided in this instance that there was a basis for drawing a different line with respect to Puerto Rico. And unless and until Congress alters Puerto Rico's distinct tax treatment, which Respondent and his amici have pointedly not said that it is required to do, we think there is a plausible, rational, and non-invidious basis for Puerto Rico's residents to be excluded from SSI. We urge the Court to reverse the judgment of the court of appeals.⁶⁵

IX. THE DECISION

This case generated widespread attention, as evidenced by the multitude of amicus briefs that were filed on behalf of respondent. On April 21st, 2022, the Supreme Court of the United States decided, by an 8-1 vote, that the equal protection component of the Fifth Amendments Due Process Clause does not require Congress to make Supplemental Security Income benefits available to residents of Puerto Rico to the same extent that Congress makes those benefits available to the States and that Congress acted rationally when it excluded Puerto Rico residents from receiving disability benefits under the Supplemental Security Income (SSI) program. The majority opinion was written by Justice Kavanaugh. Justice Thomas

⁶⁵ United States of America, Brief for the United States, U.S. v. Vaello-Madero, No. 20-303, 2021.

and Justice Gorsuch wrote concurring opinions, and Justice Sotomayor wrote a dissenting opinion.

Justice Kavanaugh's opinion was not more than five pages in length. "In light of the text of the Constitution, longstanding historical practice, and this Court's precedents, the answer is no."⁶⁶ The equal protection component of the Fifth Amendments Due Process Clause does not require Congress to make supplemental security income benefits available to residents of Puerto Rico to the same extent that Congress makes those benefits available to residents of the States. "By exercising the authority granted to Congress under the Territory Clause, Congress sometimes legislates differently with respect to the Territories, including Puerto Rico, than it does with respect to the States."⁶⁷ "Congress must decide how to structure federal taxes and benefits for residents of Puerto Rico and the other Territories that differ in some respects from the federal tax and benefits programs for residents of the 50 States." Thus, Congress has decided that residents of Puerto Rico are typically exempt from most federal income, gift, estate, and excise taxes.⁶⁸ Congress has also decided that residents of Puerto Rico are eligible for Social Security and Medicare, as well as federal unemployment benefits.⁶⁹

Unlike the Ninth Circuit Court of Appeals, the Court decided that its precedents in *Harris and Califano* should apply to the outcome in this case. "Therefore, the differential rational-basis test applies."⁷⁰ "Puerto Rico's tax status-in particular, the fact that residents of Puerto Rico are typically exempt from most federal income, gift, estate, and excise taxes-supplies a rational basis for likewise distinguishing residents of Puerto Rico from residents of the States for purposes of the Supplemental Security Income benefits program."⁷¹ To satisfy rational basis scrutiny, "Congress need not conduct a dollar-to-dollar comparison of how its tax and benefits programs apply in the States as compared to the Territories, either at the individual or collective level."⁷² Kavanaugh expressed his concern regarding the consequences of upholding the Ninth Circuit Courts decision. "If this Court were to require identical treatment of federal benefits, residents of the States could presumably insist that federal taxes be imposed on residents of Puerto Rico and other Territories in the same way that those taxes are imposed on residents of the States."

Justice Gorsuch, in his concurring opinion, expressed great disappointment with the *Insular Cases*. "The flaws in the *Insular Cases* are as fundamental as they are

⁶⁶ *United States v. Jose Luis Vaello Madero*, 596 U.S. ____ (2022). (Kavanaugh, majority opinion)

⁶⁷ *Id.* at 2.

⁶⁸ 48 U.S.C. §734; 26 U.S.C §§933, 2209, 4081-4084.

⁶⁹ 26 U.S.C. §3121(e); 42 U.S.C. §§410(h)-(i), 1301(a)(1); 26 U.S.C. §3306(j).

⁷⁰ *United States v. Jose Luis Vaello Madero*, 596 U.S. ____ (2022).

⁷¹ *Id.* at 5.

shameful. Nothing in the Constitution speaks of “incorporated” and “unincorporated” Territories. Nothing in it extends to the latter only certain supposedly “fundamental” constitutional guarantees. Nothing in it authorizes judges to engage in the sordid business of segregating Territories and the people who live in them on the basis of race, ethnicity, or religion.”⁷³ Perhaps the Court can continue to drain the Insular Cases of some of their poison by declaring provision after provision of the Constitution “fundamental” and thus operative in “unincorporated” Territories. But even one hundred years on, that pitiable job remains unfinished.”⁷⁴ “The case before us only defers a long overdue reckoning. . . I hope the Court will soon recognize that the Constitution’s application should never turn on a governmental concession or the misguided framework of the Insular Cases.”⁷⁵ If the Insular Cases were overruled, “cases would no longer turn on the fictions of the Insular Cases but on the terms of the Constitution itself. Disputes are sure to arise about exactly which of its individual provisions applies in the Territories and how. Some of these new questions may prove hard to resolve.”⁷⁶ “But the time has come to recognize that the Insular Cases rest on a rotten foundation. And I hope the day comes soon when the Court squarely overrules them. . . Our fellow Americans in Puerto Rico deserve no less.”⁷⁷

In the lone dissent of the case, Justice Sotomayor applied rational basis scrutiny to the law and decided that the legislation was irrational and antithetical. Sotomayor agreed with the Ninth Circuit Court of Appeals opinion that the *Harris and Califano* cases “rested on the mistaken premise that residents of Puerto Rico do not contribute at all to the Federal Treasury.”⁷⁸ “In some cases, it might be reasonable for Congress to take account of the general balance of the benefits to and burdens on citizens when deciding eligibility for benefits. That is not a rational basis for this classification, however, because SSI is a means-tested program of last resort for the poorest Americans who lack the means even to pay taxes.”⁷⁹

X. CONCLUSION

Today, the United States includes five unincorporated Territories. The five unincorporated Territories are: the Northern Mariana Islands, Guam, American Samoa, the U.S. Virgin Islands, and Puerto Rico. In all five unincorporated Territories, the

⁷² *Id.* at 5.

⁷³ *United States v. Jose Luis Vaello Madero*, 596 U.S. ____ (2022).

⁷⁴ *Id.* at 8.

⁷⁵ *Id.* at 9.

⁷⁶ *Id.* at 9.

⁷⁷ *Id.* at 10.

⁷⁸ *United States v. Jose Luis Vaello Madero*, 596 U.S. ____ (2022).

⁷⁹ *Id.* at 8.

Territories Clause of the United States Constitution applies. However, because of the Insular Cases, only the fundamental rights of the Constitution apply in unincorporated Territories.

Under the Territories Clause, Congress has plenary powers to legislate with regards to all Territories of the United States. This has allowed Congress to treat each Territory in a unique way, based on the unique circumstances of each locality. Historically, the Territories Clause was only used temporarily, during the transition of newly acquired territories to statehood or independence. Therefore, once a territory became a state, it would no longer be subject to the Territories Clause.

Currently, the Insular Cases are still good law, as they have not yet been overruled. Puerto Rico is still a territory of the United States, it is not a foreign country, and its residents are considered as being outside of the United States. Under the unincorporated territories doctrine from the Insular Cases, only the fundamental rights of the Constitution apply on the Territories. Puerto Rico is not subject to the Uniformity Clause in the U.S. Constitution because it's not a state. Puerto Rico is, however, subject to the Territorial Clause in the U.S. Constitution because it's still a considered a Territory. In the Insular Cases, the U.S. Supreme Court essentially said that Puerto Rico could not be treated like a state because the people who live there are "alien races". Thus, it is not surprising the Court that decided the Insular Cases is the same Court that permitted segregation in the United States in *Plessy v. Ferguson*. Although that case was eventually overturned, the U.S. Supreme Court has never admitted that the Insular Cases were wrongly decided.

The Uniformity Clause still doesn't apply to Puerto Rico. If the tax uniformity clause does not apply to Puerto Rico vis-à-vis the rest of the United States, then there will always be a justifiable reason to treat Puerto Rico differently based on the fact that residents of Puerto Rico generally don't pay federal income taxes. Nonetheless, Puerto Rico residents contribute more to the Federal Treasury than at least 6 states of the union.

The Territorial Clause is still in full effect. Article IV, Section 3, Clause 2 of the U.S. Constitution states that "Congress shall have the Power to dispose of and make all needful Rules and Regulations respecting the Territory or other Property belonging to the United States; and nothing in this Constitution shall be so construed as to Prejudice any Claims of the United States, or of any particular State." If the Territorial Clause is not amended, Congress will continue to exercise its plenary power over the Territories without substantial resistance.

The political ideology known as Manifest Destiny was based on the belief that the U.S. was destined by God to expand its dominion and spread democracy and capitalism throughout the western hemisphere. Today, 123 years after the arrival of the U.S. in Puerto Rico, the U.S. continues to hold Puerto Rico in a transitional phase and only recognizes it as a Free-Associated State, which is neither a state or an independent nation. Consequently, Puerto Rico is a possession of the United States.

Law 600 never granted Puerto Rico any additional powers under the Constitution. Congress maintained unilateral authority over the Commonwealth. The pact reached between the United States and Puerto Rico under Law 600 was never bilateral because the Territories Clause in the U.S. Constitution permits Congress to exercise its plenary power over the Territories. Puerto Rico obtained no additional economic or political power, except the right to design the structure of its internal government. In hindsight, Law 600 was passed merely to satisfy the United Nations under Article 73e.

Under rational basis scrutiny, a law is upheld if it is rationally related to a legitimate government purpose. On April 21st, 2022, the Supreme Court revoked the decision of the Ninth Circuit Court of Appeals that found Title XVI of the Social Security Act, 42 U.S.C. §§ 1381-1383f unconstitutional. By relying on the Territorial Clause, longstanding historical practice, and the Court's precedents, the Court applied rational basis scrutiny and declared that Title XVI of the Social Security Act, 42 U.S.C. §§ 1381-1383f, is constitutionally valid. Ultimately, the Court found that Congress acted rationally when it decided to exclude Puerto Rico from receiving SSI benefits because Puerto Rico's tax status provides a rational basis for excluding citizens who reside in Puerto Rico from the SSI program.

PROGRAMAS DE DESVÍO PARA AGRESORES POR LEY NÚM. 54-1989: ¿PREVENCIÓN, REEDUCACIÓN Y REHABILITACIÓN DEL AGRESOR O UN SUBTERFUGIO DEL CUMPLIMIENTO CON LA JUSTICIA?

POR: JESSICA N. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ*

*“Fight for the things that you care about,
but do it in a way that will lead others to join you.”¹*

RESUMEN

En este escrito, se expone de forma crítica la problemática que surge por la falta de fiscalización de los programas de desvío establecidos en el artículo 3.6 de la Ley para la prevención e intervención con la violencia doméstica, Ley Núm. 54-1989. Se hace una reflexión que abarca desde el historial socio jurídico y legislativo de la violencia de género, y los inicios de la legislación para la aprobación de la Ley Núm. 54 -1989, que en aquel entonces buscaba criminalizar la violencia hacia las mujeres. Se revelan retos que grupos feministas enfrentaron en este proceso y se examinan las leyes y los reglamentos vigentes que regulan la conducta agresiva entre parejas y dichos programas de desvío. Se discute a profundidad el marco jurídico que los afecta y los graves efectos que ha tenido el no atender la conducta del agresor o la agresora por violencias de género de forma que se desarrolle una concientización sobre el mal social que estas conductas generan, a la luz de los más recientes casos de víctimas que han perdido su vida en escenarios violentos con sus parejas, quienes fueron participantes de programas de desvío. Además, se incluye una entrevista con una entidad sin fines de lucro dedicada a la prevención y erradicación de la violencia de género, quienes desde su punto de vista establecido a través de sus conocimientos y experiencias nos revelan que han sido testigos de la problemática objeto de este estudio. Además de exponer la problemática de forma crítica, se pretende crear conciencia acerca de la seriedad del asunto y la importancia de la rehabilitación y reeducación del agresor o la agresora, igual que lo es proteger la vida

* Estudiante de Derecho cursando su cuarto y último año de estudios en la sección nocturna de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Feminista y presidenta de la Organización de Mujeres Estudiantes de Derecho de dicha Facultad.

¹ Ruth Bader Ginsburg.

de la víctima. La falta de fiscalización de las autoridades pertinentes resulta en una transgresión a dos mandatos constitucionales, el de preservar la vida y la seguridad de las puertorriqueñas y de los puertorriqueños y el de rehabilitar a las personas convictas.

Palabras claves: *programas de desvío, Ley Núm. 54-1989, violencia de género, fiscalización, rehabilitación del agresor*

ABSTRACT

This paper critically exposes the problem that arises from the lack of control and supervision of the detour programs established in article 3.6 of the Law for the prevention and intervention with domestic violence, Law No. 54-1989. This paper starts with a reflection that goes from the socio-legal and legislative history of gender violence, and the beginnings of the legislation for the approval of Law No. 54 -1989, which at that time sought to criminalize violence against women. Also, some challenges that feminist groups faced in the process of legislation are revealed. Current laws and regulations that punish aggressive behavior between partners and such detour programs are examined. The legal framework that affects them and the serious effects that not addressing properly the behavior of the aggressor due to gender-based violence have been discussed in depth in order to develop an awareness of the social problem that these behaviors generate, in light of the most recent cases of victims who have lost their lives in violent scenarios with their partners, who were participants in detour programs. In addition, an interview with a non-profit organization dedicated to the prevention and eradication of gender violence is included, who, from their established point of view and through their knowledge and experiences, reveal that they have witnessed the problem that is the object of this studio. In addition to exposing the problem critically, it is intended to raise awareness about the seriousness of the matter and the importance that the rehabilitation and re-education of the aggressor has, just as it is to protect the life of the victims of gender violence. This lack of oversight by the relevant authorities results in a violation of two constitutional mandates, that of preserving the life and safety of Puerto Ricans and that of rehabilitating convicted persons.

Keywords: *diversion programs, Law No. 54-1989, gender violence, conyotol, rehabilitation of the aggressor*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN II. TRASFONDO HISTÓRICO Y SOCIOJURÍDICO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA CREACIÓN DE LA LEY NÚM. 54-1989 EN PUERTO RICO A. HISTORIAL SOCIO JURÍDICO B. HISTORIAL LEGISLATIVO Y ACTUALIDAD C. CONDUCTA CRIMINALIZADA Y MECANISMO DE DESVÍO SEGÚN TIPIFICADO EN LA LEY NÚM. 54-1989 D. CONCLUSIÓN SOBRE EL DESARROLLO DE LA LEY NÚM. 54-1989 Y LA EFECTIVIDAD DEL MECANISMO DE DESVÍO INCLUIDO EN EL ESTATUTO

I. INTRODUCCIÓN

Somos la voz de las y los que ya no pueden hablar y el grito de auxilio de aquellas y aquellos que aún siguen viviendo con temor por su seguridad y su vida ante la alarmante y creciente ola de casos de violencia doméstica o de género que se siguen sumando a las estadísticas en Puerto Rico.² Del propio texto de la Ley Núm. 54-1989, conocida como la *Ley para la prevención e intervención con la violencia doméstica*, se desprende lo siguiente sobre la intención legislativa al crear el referido estatuto: “*El Gobierno del Estado Libre Asociado de Puerto Rico se reafirma en su compromiso de proteger la vida, la seguridad y la dignidad de hombres y mujeres, independientemente de su sexo. . .*”.³ No obstante, no es secreto que la recién elevada cifra de casos de violencias de género en nuestro país ha llevado al Gobierno a declarar un estado de emergencia para poder trabajar de manera rápida y eficaz con estos eventos tan lamentables.⁴ Por esto, nos cuestionamos si realmente se están tomando las medidas necesarias para erradicar el problema de la violencia entre parejas desde su raíz u origen y si se está promoviendo adecuadamente la prevención de este mal social que nos arropa.

La Ley Núm. 54-1989⁵ provee un mecanismo para fomentar la prevención de la conducta violenta entre parejas a través de la reeducación y readiestramiento de los agresores mediante programas de desvío que solo requieren, básicamente, que el agresor se declare o sea hallado culpable por un magistrado para que sea elegible y poder participar del mismo. A cambio de cumplir con ello el agresor o la agresora evitaría ir a la cárcel y obtendría el beneficio de reeducarse y rehabilitarse. Además, al cumplir con los requisitos del programa, se elimina la convicción de su récord penal. El problema de ello radica en que actualmente no existen pruebas que sostengan la efectividad de estos programas de desvío. Peor aún, es de conocimiento general que la Junta Reguladora de los Programas de Reeducación y Readiestramiento para Personas Agresoras, creada con el propósito de fiscalizar la efectividad y el pro-

² El último informe virtual publicado por el Negociado de la Policía de Puerto Rico revela las estadísticas de violencia doméstica para el término de enero a diciembre de 2021. En ese informe se reportan 7,906 casos en total, de los cuales 6,656 víctimas corresponden al género femenino y 1,250 víctimas responden al género masculino. Véase *Estadísticas sobre violencia doméstica*, GOBIERNO DE PUERTO RICO - POLICÍA, <https://policia.pr.gov/estadisticas-de-violencia-domestica/> (última visita 1 de marzo de 2022).

³ Ley para la prevención e intervención con la violencia doméstica, Ley Núm. 54 de 15 de agosto de 1989, según enmendada, 8 LPRA § 601 (1989) (énfasis suplido).

⁴ Orden Ejecutiva Núm. 2021-013, *Declarando un estado de emergencia ante el aumento de casos de violencia de género en Puerto Rico* (25 de enero de 2021), https://mujer.pr.gov/OPM/Leyes_Reglamentos/Leyes%20Y%20Reglamentos/Orden%20Ejecutiva-%202021-013.pdf.

⁵ 8 LPRA § 636.

greso de dichos programas en el año 2000, ha estado inoperante la mayor parte del tiempo y no ha producido informes sobre los programas que confirmen su efectividad o presenten los desaciertos en aras de mejorarlos. No obstante, aún cuando la Junta, actualmente adscrita al Departamento de Corrección y Rehabilitación, no ha ejercido sus funciones y los programas continúan ejerciendo sin fiscalización, los tribunales han continuado resolviendo casos de Ley Núm. 54-1989 por el mecanismo de desvío.⁶ Una muestra de lo anterior es el caso de una de las más recientes víctimas de violencia de género en Puerto Rico: Andrea Ruiz Costas.⁷ El agresor y asesino confeso de Andrea fue participante de uno de estos programas de desvío que provee la Ley Núm. 54-1989. Tras su participación en el programa, su récord criminal quedó limpio. Ya sabemos cómo culminó esta desgarradora historia. El agresor eventualmente reincidió en la conducta criminal, acabó de manera atroz con la vida de Andrea y, más adelante, con la suya propia.⁸ Este evento levantó nuevamente los cuestionamientos sobre las disposiciones que habilitan un proceso de reeducación y rehabilitación para el agresor que contienen su base estatutaria en el artículo 3.6 de la Ley Núm. 54-1989⁹ y, además, la manera en que estos se ejecutan.

La postura de este artículo emana de la evidente y palpable transgresión a dos mandatos constitucionales. El primero de ellos es el de preservar la vida y la seguridad de las puertorriqueñas y de los puertorriqueños;¹⁰ y el segundo, el de rehabilitar a las personas que cometen crímenes y son hallados culpables.¹¹ Esto surge del incumplimiento con lo establecido en la Ley Núm. 54-1989 y los reglamentos vigentes, que regulan lo concerniente al mecanismo de reeducación y rehabilitación, que se provee a los agresores como vía de solución del conflicto y con la intención de prevenir un evento similar prospectivo. Mediante el desarrollo de este escrito, se analizan los efectos positivos y negativos de solucionar casos de violencia de género mediante un programa de desvío, y se expone una fuerte crítica a los mecanismos de implementación y administración de tales normativas por parte del Estado. Toda vez que, se

⁶ Cristina del Mar Quiles, *Sin fiscalización los programas de desvío para agresores por Ley 54*, CENTRO DE PERIODISMO INVESTIGATIVO (15 de julio de 2021), <https://periodismoinvestigativo.com/2021/07/fiscalizacion-programas-desvio-agresores-ley-54/>.

⁷ El caso fue archivado definitivamente debido al deceso del acusado. Véase *Pueblo v. Ocasio Santiago*, KLCE202100921, 2021 PR App. LEXIS 2874, en la pág. *1 (TA PR 5 de octubre de 2021) (el mismo tiene una secuela en el Tribunal Supremo de Puerto Rico en la que se vislumbró la posibilidad de publicar los audios de las vistas en las que se le negó a Andrea la orden de protección solicitada. El TSPR se negó a resolver a favor de la publicidad de los recursos auditivos de las vistas); véase también *Pueblo v. Ocasio Santiago*, 207 DPR 1, pág. (2021).

⁸ Quiles, *supra* nota 6.

⁹ 8 LPRA § 636.

¹⁰ CONST. PR art. II, § 7.

¹¹ CONST. PR art. VI, § 19.

evidenciará que el defecto y la insuficiencia en la forma en que se ha implementado esta política pública ha sido en parte responsable de que el problema de la violencia de género no mejore ni se propenda reivindicar la cultura machista, el discurso que avala y que resulta redundante en la conducta violenta entre parejas, a raíz del desbalance de poder económico entre géneros, entre otros aspectos socio jurídicos.

Por otro lado, se sostiene la hipótesis de que, el incluir un mecanismo para trabajar con la conducta del agresor en la Ley Núm. 54-1989, de tal forma desvirtúa un estatuto que fue trabajado y creado para proteger específicamente a víctimas de violencia de género. Con relación a esto último se propondrá la implementación de medidas que atiendan la reeducación y rehabilitación del agresor individualmente y que no sea un mero artículo dentro de una ley. Sino que funcione como un andamiaje completo, que trabaje la conducta del agresor dentro de parámetros que se alejen de lo punitivo de nuestro sistema penal y se acerquen más al lado psicológico y emocional que necesita ser reforzado. Además, se examinará la efectividad, si alguna, de los programas de desvío que se fundamentan en la Ley Núm. 54-1989, desde su fecha de implementación hasta el día de hoy. Sobre ello, se analizará y se abundará sobre el resultado de observar este mal social con una perspectiva criminológica. Para ello, expondré la conducta que se criminaliza y el porqué se propone criminalizarla al momento de la aprobación de la ley. Finalmente, más allá de pensar en los efectos punitivos que contiene la Ley Núm. 54-1989 vamos a inquirir que las entidades relacionadas se enfoquen en el intento de fortalecer los esfuerzos en la prevención de la violencia de género. Esto, al tratar el problema desde la raíz del mal social que fomenta la agresividad entre parejas. De esta manera, diseñar currículos multidisciplinarios que establezcan formas innovadoras que inviten al agresor o la agresora a rehabilitarse y reeducarse en la materia con la intención de que renueven su conducta, vivan con un estilo de vida saludable y se liberen de atavismos ideológicos que empañan nuestra puertorriqueñidad.

II. TRASFONDO HISTÓRICO Y SOCIOJURÍDICO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA CREACIÓN DE LA LEY NÚM. 54-1989 EN PUERTO RICO

Para entrar en contexto sobre la temática que este escrito pretende abordar, se dará inicio con un sucinto recuento histórico y socio jurídico sobre los acontecimientos que originaron el reclamo de protección a las mujeres ante la legislatura puertorriqueña. Estos fueron movimientos compuestos por mujeres feministas activistas que clamaron la creación y aprobación de estatutos que proveyeran un mecanismo de protección legal a la persona víctima de violencia doméstica. Además, que penalizaran criminalmente al agresor o agresora por su conducta constitutiva de maltrato y violencia hacia su cónyuge o pareja.

Asimismo, este recuento histórico tiene como propósito proveer a los lectores provenientes de distintas disciplinas, más allá del ámbito legal, una perspectiva

amplia y diversa acerca de la problemática que ha enfrentado históricamente y que continúa enfrentando Puerto Rico por la violencia de género.¹² También, se estudiará a profundidad el origen de las regulaciones de la conducta y sobre los programas de desvío que ofrece la Ley Núm. 54-1989 para la reeducación y la rehabilitación de los agresores y las agresoras.

A. HISTORIAL SOCIO JURÍDICO

En Puerto Rico, se desarrollaron estrategias dentro de su contexto histórico, político y social, de acuerdo con su cultura, tradiciones y posibilidades que históricamente han sido sustentadas por fundamentos jurídicos. El tema de la violencia doméstica y de género es uno de tantos problemas sociales para los que se han diseñado diferentes estrategias jurídicas, aunque, ciertamente, fue, es y continúa siendo uno lacerante a nuestra sociedad. Esto se debe a que desde hace mucho tiempo atrás el problema de la violencia entre parejas estuvo revestido del patriarcado que culturalmente formulaba, entre otras cosas, el ideal de la familia perfecta. El concepto *familia* se veía como la siguiente estructura: al hombre se le relacionaba con poder, control y trabajo arduo para sustentar económicamente a la familia, la libertad y el privilegio de elegir, entre otros. Por otro lado, la figura de la mujer se identificaba por ser la encargada de cuidar los hijos e hijas y de realizar los quehaceres del hogar. Esta escena de una familia, alegadamente perfecta, escondía en sus cimientos la imagen de una mujer oprimida, a la que no se le reconocía la capacidad de obtener autonomía económica sustentada por su trabajo, por tanto, dependía económicamente de un ente masculino.¹³

En ese momento histórico, varios aspectos de la vida privada, social y laboral, tales como la educación, el trabajo asalariado, la cultura, el hogar, el derecho, el Estado, la sexualidad y la reproducción son todos elevadamente influidos por las concepciones de género.¹⁴ En estos contextos, es donde surgen las contradicciones, se producen los conflictos, dilemas que minimizan a la mujer y, a su vez, invitan a convocar a mujeres y a diversos sectores sociales a ejercer acciones de resistencia concertadas e individualizadas.¹⁵ Es así como en la década de los sesenta, setenta y ochenta se consolidaron varias organizaciones feministas con el propósito de orga-

¹² David Cordero Mercado, *Las cifras sobre la violencia de género en Puerto Rico: conclusiones clave*, EL NUEVO DÍA (20 de febrero de 2022), <https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/notas/las-cifras-sobre-la-violencia-de-genero-en-puerto-rico-conclusiones-clave/>.

¹³ Yolanda Zayas, P. del S. 470 de 25 de junio de 1989, Com. para los Asuntos de la Mujer, Com. de lo Jurídico, Com. de Desarrollo Cultural y Seguridad Social, Com. Especial de la Mujer del Senado, 1ra Ses. Ord., 11ma Asam. Leg., 1 de junio de 1989, en las págs. 3-7.

¹⁴ ESTHER VICENTE, *MÁS ALLÁ DE LA LEY: SEXO, GÉNERO Y VIOLENCIA EN LAS RELACIONES DE PAREJA* 198 (2017).

¹⁵ *Id.*

nizar y proponer actos concretos para luchar por la equidad para la mujer y en contra de la opresión y la desigualdad en la que vivían.¹⁶ Estas primeras organizaciones no son oriundas de Puerto Rico, sino que fueron inspiradas por el activismo feminista internacional.¹⁷ La forma en que nuestra sociedad construyó diversos imaginarios sociales de la masculinidad tuvo efecto sobre la vida de la mujer. El desacuerdo con ello ha sido pie forzado para la movilización del género femenino en búsqueda de protección legal y jurídica que contribuyera a protegerlas y, además, a penalizar la conducta violenta en las relaciones de pareja.

Otro factor precipitante de la creación y del establecimiento de estatutos legales que protegieran a la mujer fue el reconocimiento por parte de los partidos políticos de la importancia que tenía la fuerza electoral femenina, que representaba el cincuenta y dos por ciento del total del registro electoral.¹⁸ Por su parte, una de las promesas de campaña política y compromisos programáticos formulados por el Partido Popular Democrático en las elecciones del año 1988, en las que resultaron victoriosos, fue el tema de la violencia de género y la relevancia del voto de las mujeres. Por otro lado, parte de las incidencias que precipitaron la aprobación de la ley fueron los siguientes factores: el acalorado debate sobre el alza en la criminalidad; la ampliación de la cobertura de los medios de comunicación sobre los crímenes de violencia en contra de las mujeres; el reclamo público y mediático de un caso de violencia de género en el que un famoso deportista había asesinado a su esposa tras golpearle veintiséis veces con un martillo, pero se le impuso una sentencia suspendida a servirse en la libre comunidad ofreciendo clínicas deportivas; el resurgir del movimiento feminista; la presencia de mujeres que fomentaban la idea de que había que lidiar con este problema desde la Asamblea Legislativa, entre otros.¹⁹ Desde mi perspectiva, fueron sucesos que tuvieron un efecto dominó y generaron una fuerza política impresionante. Utilizar procesos de creación de normas jurídicas, para lidiar con la violencia en las relaciones de pareja, son acciones de resistencia concertadas. Estas se realizan por las personas confrontadas con las contradicciones y dilemas que generan las concepciones jerárquicas de género en sus vidas cotidianas, particulares y colectivas.²⁰ Tras una lucha incansable para que la mujer fuera reconocida en la sociedad y protegida por los andamiajes legales del país, surge la aprobación de la Ley Núm. 54-1989.²¹

¹⁶ Christian Ríos Vallejo, *Una mirada alternativa al tratamiento legal y criminal de la violencia doméstica en Puerto Rico*, 53 REV. JUR. UIPR 1, 11 (2018).

¹⁷ *Id.* (citando a Esther Vicente, *¿Es que podremos dismantelar el andamiaje del patriarcado con sus propios instrumentos? La ley 54 y la vida de las mujeres en Puerto Rico*, 32 REV. JUR. UIPR 367, 368 (1998)).

¹⁸ VICENTE, *supra* nota 14, en la pág. 198.

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Id.*

²¹ Ley para la prevención e intervención con la violencia doméstica, Ley Núm. 54 de 15 de agosto de 1989, según enmendada, 8 LPRA §§ 601-664 (1989).

Fue un proceso arduo de participación política y consenso entre grupos feministas gubernamentales, que requirió también de debates ideológicos y procesos extensos de concientización. No obstante, no estuvo exento de resistencias y oposiciones por parte de otros sectores externos de la sociedad.²² Veamos el porqué.

B. HISTORIAL LEGISLATIVO Y ACTUALIDAD

Las décadas de los años sesenta, setenta y ochenta fueron de suma relevancia para el progreso de los derechos de las mujeres en Puerto Rico. Como parte de los esfuerzos realizados por los movimientos feministas de la época, se llevaron a cabo un sinnúmero de intentos de acción social dirigida a crear, modificar, extinguir, transferir, aplicar y ejecutar normas generales o situaciones jurídicas concretas, dirigidas a criminalizar y con miras a erradicar la conducta constitutiva de violencia en la pareja.²³ Luego de estos sucesos surgidos en aquella época y los numerosos esfuerzos de múltiples sectores activistas, algunos vertidos sucintamente en el acápite anterior, se aprobó la referida Ley Núm. 54-1989, conocida como la *Ley para la prevención e intervención con la violencia doméstica*. La Ley Núm. 54 de 15 de agosto de 1989, según enmendada, fue aprobada cerca de la media noche del último día de la sesión legislativa en el año 1989 a pesar de contar con el aval del Gobernador y luego de intensos cabildeos de las diversas organizaciones de mujeres, de la intervención y el respaldo de algunos líderes legislativos, de la Comisión para los Asuntos de la Mujer, entre otros.²⁴ El proceso se caracterizó por una fuerte resistencia de legisladores de los dos partidos mayoritarios y la poca o ninguna confianza de representantes y legisladores del tercer partido, quienes se encontraban escépticos sobre la efectividad de la medida y los mecanismos que se pretendía acoger.²⁵

Otra de las características más fuertes en el proceso de legislación fue lograr que la violencia de la pareja no se mantuviera como un problema personal e individual, limitado al ámbito familiar, lo que se traducía a que la víctima no tuviera protección alguna. El logro de esta propuesta fue que se convirtiera en un asunto de alto interés público, que obtuviera el legítimo interés del Estado, que fuere objetivo del debate público y que se le reconociera la necesidad de legislación y atención especial.²⁶ Eventualmente, la Ley Núm. 54-1989 fue acogida, sin embargo, inició su

²² Ríos Vallejo, *supra* nota 16, en la pág. 14 (citando a María Dolores Fernós, *Estrategias contra la violencia de género: Un análisis comparativo de las medidas adoptadas en Puerto Rico a la luz de las experiencias internacionales*, 46 REV. JUR. UIPR 63 (2011)).

²³ *Id.* en las págs. 12-14.

²⁴ María Dolores Fernós, *Estrategias contra la violencia de género: Un análisis comparativo de las medidas adoptadas en Puerto Rico a la luz de las experiencias internacionales*, 46 REV. JUR. UIPR 63, 69 (2011).

²⁵ *Id.*

²⁶ *Id.*

curso de forma desventajada, puesto que, aunque respaldaron su aprobación, no se le asignaron fondos económicos por parte del poder ejecutivo a las organizaciones de mujeres. Por lo que no se pudo comenzar con los trabajos necesarios de educar y adiestrar al personal gubernamental encargado de implantar las nuevas normativas establecidas por la recién aprobada ley, sus instrumentos civiles y penales, para que contribuyeran a fomentar el mecanismo de prevención en las diferentes esferas sociales.²⁷ Aún así, las mujeres no se detuvieron y aceptaron esta condición ante su interés genuino de que se aprobara la medida. Para ellas, era un adelanto significativo y un reto presente el cual no evitaría la promoción del mecanismo de criminalización con perspectiva de prevención.²⁸

Una de las concesiones que tuvieron que realizar los movimientos feministas de Puerto Rico, a lo largo de la batalla que daban en el Capitolio ante la legislatura para lograr la aprobación de la Ley Núm. 54-1989, fue incluir en la legislación la posibilidad de que los agresores evitaran la cárcel, medida condicionada a que se acogieran a un programa de desvío para reeducarse y re-adiestrarse ante sus conductas machistas. Esto, con el propósito de sostener el interés apremiante de rehabilitar en el que se basa nuestro sistema correccional, fundamentado en la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico en su artículo VI, sección 19 el cual dispone que, “[s]erá política pública del Estado Libre Asociado. . . reglamentar las instituciones penales para que sirvan a sus propósitos en forma efectiva y propender, dentro de los recursos disponibles, al tratamiento adecuado de los delincuentes para hacer posible su rehabilitación moral y social”.²⁹

Una medida conceptualizada como un remedio preventivo con miras a la re-educación y readiestramiento del agresor para promover la rehabilitación moral y social que reza nuestra ley máxima es el mecanismo de desvío establecido en el artículo 3.6 de la Ley Núm. 54-1989.³⁰ Esta alternativa de desvío se articuló para ofrecerle la oportunidad a primeros agresores, convictos o personas que se declarasen culpables, de participar en un programa de reeducación. Se realizó con el fin de ofrecerle al agresor herramientas para aprender formas no violentas de solucionar conflictos y reaprender a relacionarse con sus parejas de forma saludable, al dejar a un lado la conducta agresiva y violenta fundada, principalmente, en la necesidad de control.³¹ La buena intención de trabajar con la conducta del agresor, mediante la

²⁷ *Id.* en la pág. 70.

²⁸ *Id.*

²⁹ CONST. PR art. VI, § 19.

³⁰ Ley para la prevención e intervención con la violencia doméstica, Ley Núm. 54 de 15 de agosto de 1989, según enmendada, 8 LPRA § 636 (1989).

³¹ Para comprender mejor la diferencia establecida entre la conducta agresiva y violenta como resultado de un conflicto y la violencia que se genera por la necesidad de control, véase Karla Fischer et al., *The Culture of Battering and the Role of Mediation in Domestic Violence Cases*, 46 SMU LAW REV. 2117, 2126-2129 (1993).

implementación del mecanismo de desvío, en aquel momento histórico, no estuvo acompañada de una asignación clara y precisa de la responsabilidad de desarrollar el programa de reeducación y readiestramiento ni del financiamiento para este propósito. En una nota muy importante sobre lo anterior, cuando el mecanismo de desvío fue incorporado por el proyecto de ley, el cual fue impulsado por miembros de la legislatura, la Comisión para Asuntos de la Mujer, mejor conocida hoy por la Oficina de la Procuradora de las Mujeres, planteó que la responsabilidad de reeducar a los agresores era contrario a sus funciones, dado que su objetivo principal es desarrollar oportunidades para las mujeres, así como proveer servicios a mujeres sobrevivientes de violencia.³² No obstante, aunque los programas de desvío están adscritos al Departamento de Corrección y Rehabilitación, se le asignó a la Comisión para Asuntos de la Mujer la responsabilidad de desarrollar guías para los programas de desvío que fueran establecidos en Puerto Rico.³³ Esto demuestra que se reconocía la desviación del espíritu protector de la ley hacia la víctima desde el inicio. La implementación de tal medida provocaba, sin embargo, que las mujeres no tuvieran reparo en adoptarlo puesto que, de igual forma, interesaban que se emplearan todos los medios posibles y necesarios para que la violencia doméstica mermara.³⁴

Otra nota relevante que sale a relucir en el informe conjunto sobre el alcance de la medida y el establecimiento del mecanismo de desvío es que esta alternativa se establece en la Ley Núm. 54-1989 “con carácter temporero, sujeto a evaluación por la Asamblea Legislativa al cabo de cinco años a partir de la fecha de vigencia de la ley...”.³⁵ Esa cláusula fue adoptada porque, en ese momento, no existía en el país datos concretos que demostraran la efectividad y beneficios de programas de reeducación para personas agresoras.³⁶ En ese sentido, se esperaba contar con esos datos una vez se realizara la evaluación de la ley y del mecanismo de desvío.³⁷ Luego de la investigación realizada para este escrito estamos en posición de sostener que aún no existen los datos del funcionamiento y eficacia de los programas. En el desarrollo de los próximos acápites se expondrá lo anterior de forma detallada.

³² ESTHER VICENTE, *MÁS ALLÁ DE LA LEY: SEXO, GÉNERO Y VIOLENCIA EN LAS RELACIONES DE PAREJA* 259 (2017).

³³ *Id.*

³⁴ *Id.*

³⁵ Informe Conjunto del Sustitutivo a los P. del S. 90 y 470, Com. de lo Jurídico, de Desarrollo Cultural y Seguridad Social y Com. Especial de Asuntos de la Mujer, de 25 de junio de 1989, 1ra Ses. Ord., 11va Asam. Leg., en la pág. 17. (énfasis suplido).

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.*

C. CONDUCTA CRIMINALIZADA Y MECANISMO DE DESVÍO SEGÚN TIPIFICADO EN LA LEY NÚM. 54-1989

i. CONDUCTA CRIMINALIZADA

El tercer capítulo de la Ley Núm. 54-1989, previo a la inclusión del mecanismo de desvío, expone en sus primeros cinco artículos la conducta tipificada sujeta a penalización y desglosa los elementos que constituyen la conducta específica. Entre estas, el elemento principal es el maltrato, el cual establece que para que exista el mismo se debe emplear fuerza física o violencia psicológica, intimidación o persecución a la víctima o pareja perjudicada.³⁸ Estas ramificaciones de las modalidades que constituyen maltrato se agravan cuando el agresor o agresora penetra la morada de la persona, cuando se infiere grave daño corporal, cuando se utiliza un arma mortífera, cuando se induce, incita o obliga a la persona a drogarse con sustancias controladas o cualquier otra sustancia que altera los sentidos de la persona, cuando simultáneamente se maltrate a un menor de edad, cuando la víctima sea obligada a participar en una actividad sexual no deseada, cuando se comete el maltrato contra una mujer embarazada, cuando la persona afectada tenga menos de dieciséis años y el agresor o agresora tenga dieciocho años o más, y cuando se comete en violación de una orden de protección.³⁹ Además, se ha penalizado el maltrato mediante amenaza,⁴⁰ maltrato mediante restricción de la libertad,⁴¹ y la agresión sexual conyugal.⁴²

Soy del criterio que detrás de todas estas modalidades de conducta existe un origen basado en el trauma, que usualmente la persona no reconoce. Me parece de suma relevancia que se tenga en consideración este elemento de la conducta humana para propulsar la corrección de las actuaciones de personas que legalmente se consideran inapropiadas. Es importante poder identificar y tener en consideración el factor humano, que influye silenciosamente y sin reconocerlo, no para ofrecer una justificación de la actuación contraria a lo que social y jurídicamente es correcto, sino para contribuir a la educación restaurativa que tanta falta hace promover en todas nuestras esferas, sociales, laborales, legales, entre muchas otras. No obstante, en aras de establecer un medio dirigido a la rehabilitación del agresor o agresora se estableció en la Ley Núm. 54-1989 el mecanismo de desvío, el cual no especifica cual será el enfoque conductual que se utiliza para rehabilitar.

³⁸ Ley para la prevención e intervención con la violencia doméstica, Ley Núm. 54 de 15 de agosto de 1989, según enmendada, 8 LPRA § 631 (1989).

³⁹ *Id.* § 632.

⁴⁰ *Id.* § 633.

⁴¹ *Id.* § 634.

⁴² *Id.* § 635.

ii. MECANISMO DE DESVÍO Y CONTENIDO DEL ARTÍCULO 3.6 DE LA LEY NÚM. 54-1989

Consagrado en el artículo 3.6 de La Ley Núm. 54-1989, se encuentra el mecanismo de desvío objeto de estudio de este trabajo. El programa de desvío le provee al acusado y culpable de maltrato hacia su pareja, en cualquiera de sus modalidades, la oportunidad de que no se dicte sentencia en su contra y, a cambio de esto, debe asistir a un programa dedicado al readiestramiento y reeducación cuyo término no será menor de un año ni mayor de tres años.⁴³ En su texto puro, el artículo 3.6 expone que:

Una vez celebrado el juicio y convicto que fuere o que el acusado haga alegación de culpabilidad por cualesquiera de los delitos tipificados en esta Ley, el Tribunal podrá motu proprio o mediante solicitud del Ministerio Fiscal o de la defensa, suspender todo procedimiento y someter a la persona convicta a libertad a prueba, sujeto a que ésta participe en un programa de reeducación y readiestramiento para personas que incurren en conducta maltratante en la relación de pareja, según definida por el inciso (m) del Artículo 1.3 de esta Ley. Antes de hacer cualquier determinación al respecto, el Tribunal deberá escuchar al Ministerio Fiscal. Esta alternativa de desvío solamente estará disponible cuando existan las circunstancias siguientes:

(a) Se trate de una persona que no haya sido convicta, y recluida en prisión producto de una sentencia final y firme o se encuentre disfrutando del beneficio de un programa de desvío bajo esta Ley o de sentencia suspendida, por la comisión de los delitos establecidos en esta Ley o delitos similares establecidos en las Leyes del Estado Libre Asociado de Puerto Rico o Estados Unidos contra la persona de su cónyuge, ex cónyuge, persona con quien cohabita o ha cohabitado, persona con quien sostiene o ha sostenido una relación consensual o persona con quien haya procreado un hijo o una hija, independientemente del sexo, estado civil, orientación sexual, identidad de género o estatus migratorio de cualquiera de las personas involucradas en la relación.

(b) Se trate de una persona que no haya violado una orden de protección expedida por cualquier tribunal al amparo de esta ley o de cualquier disposición legal similar.

(c) Se suscriba a un convenio entre el Ministerio Fiscal, el acusado y la agencia, organismo, institución pública o privada a que se referirá el acusado.

⁴³ RUTH E. ORTEGA VÉLEZ, *SOBRE... VIOLENCIA DOMÉSTICA* 107 (1ra ed.1998).

(d) Como parte del convenio y de la participación en el programa de reeducación, la persona presente una declaración aceptando por la comisión del delito imputado y reconociendo su conducta.

El Tribunal tomará en consideración la opinión de la víctima sobre si se le debe conceder o no este beneficio e impondrá los términos y condiciones que estime razonables y el período de duración de la libertad a prueba que tenga a bien requerir, previo acuerdo con la entidad que prestará los servicios, cuyo término nunca será menor de un (1) año ni mayor de tres (3). Si la persona beneficiada con la libertad a prueba que establece este Artículo, incumpliere con las condiciones de la misma, el Tribunal, previo celebración de vista, podrá dejar sin efecto la libertad a prueba y procederá a dictar sentencia. Si la persona beneficiada por la libertad a prueba que establece este Artículo no viola ninguna de las condiciones de la misma, el Tribunal, previo celebración de vista, podrá dejar sin efecto la libertad a prueba y procederá a dictar sentencia. Si la persona beneficiada por la libertad a prueba que establece este Artículo no viola ninguna de las condiciones de la misma, el Tribunal, previa recomendación del personal competente a cargo del programa al que fuere referido el acusado, en el ejercicio de su discreción y previa celebración de vista, podrá sobreseer el caso en su contra. La sentencia sobreseída bajo este Artículo se llevará a cabo sin pronunciamiento de sentencia por el Tribunal, pero se conservará el expediente del caso en el Tribunal, con carácter confidencial, no accesible al público y separado de otros récords, a los fines de ser utilizados por los tribunales al determinar, en procesos subsiguientes, si la persona cualifica para acogerse a los beneficios de este Artículo y para ser considerado a los efectos de reincidencia, si la persona comete subsiguientemente cualquiera de los delitos tipificados en esta Ley. En estos casos, será responsabilidad del fiscal presentar siempre la alegación de reincidencia.

La sentencia sobreseída del caso no se considerará como una convicción a los fines de las descualificaciones o incapacidades impuestas por ley a los convictos por la comisión de algún delito, y la persona exonerada tendrá derecho, luego de sobreseído el caso, a que el Superintendente de la Policía de Puerto Rico le devuelva cualesquiera expediente de huellas digitales y fotografía que obren en poder de la Policía de Puerto Rico, tomadas en relación con la violación de los delitos que dieron lugar a la acusación. El sobreseimiento de que trata esta sección sólo podrá concederse en una ocasión a cualquier persona.⁴⁴

⁴⁴ 8 LPRA § 636.

De la simple lectura de este artículo es posible identificar numerosos factores de riesgo a los que nos enfrentamos si el proceso de reeducación del programa de desvío al que se suscribe el agresor no rinde los frutos esperados. El primero de ellos es mantener a la víctima en peligro de sufrir un nuevo ataque abusivo al encontrarse a su agresor en la libre comunidad, quien alega asumir responsabilidad y se declara culpable solo para no ir a la cárcel. De la misma forma sucedería cuando es el juez o la jueza quien halla culpable al agresor y, a su discreción, porque la persona agresora cumple con los requisitos, le asigna un programa de desvío para que reciba el readiestramiento y reeducación que de manera cuasi perfecta promete el referido artículo 3.6. Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en el caso *Pueblo v. Rodríguez Velázquez*.⁴⁵ En este caso, el Tribunal Supremo se encontró con la tarea de evaluar e interpretar si existe algún impedimento para otorgar el beneficio de sentencia suspendida a una persona que comete un nuevo delito bajo la *Ley para la prevención e intervención con la violencia doméstica* o delitos relacionados con esta mientras disfrutaba del programa de desvío contemplado en ella. El Tribunal Supremo resolvió en la negativa, al reiterar que la persona que comete un delito de violencia doméstica tipificado en la Ley Núm. 54-1989, mientras disfruta de un desvío bajo el artículo 3.6 de la referida ley por un delito anterior de violencia doméstica, no cualifica para disfrutar de un privilegio de sentencia suspendida.⁴⁶ Toda vez que, se revocaría el desvío y se dictaría sentencia por el primer delito (del cual se declaró culpable para obtener el desvío) y a su vez se dictaría sentencia por el segundo delito.⁴⁷ El caso ante nos establece que una persona que comete uno de los delitos tipificados en la Ley Núm. 54-1989 o que comete delitos relacionados con esta ley mientras disfruta del privilegio de un programa de desvío no puede disfrutar del beneficio de una sentencia suspendida. Este caso nos demuestra que el agresor no tenía compromiso ninguno con su rehabilitación, ya que no asistía al programa de desvío al cual se asigna, ni a las reuniones con el Oficial Probatorio ni al Instituto Ponceño del Hogar, hacía uso de bebidas alcohólicas y, por lo tanto, no recibió reeducación alguna, por lo que seguía siendo un agresor peligroso en la libre comunidad.⁴⁸ El programa de desvío al que se le suscribió, aunque proveyó información de la conducta adversa del agresor, no fue efectivo ya que el agresor volvió a delinquir contra otra pareja diferente a la del delito inicial.⁴⁹ A tenor con lo anterior, surgen las siguientes interrogantes sobre: ¿cuán efectivo es el informe que la entidad asignada para reeducar al agresor provee al Sistema de Justicia sobre el comportamiento del agresor durante el proceso? Y, ¿cuál es el efecto de reportar que el agresor no se presenta o deja de presentarse al

⁴⁵ Pueblo v. Rodríguez Velázquez, 152 DPR 192 (2000).

⁴⁶ *Id.* en las págs. 219-21.

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Id.* en las págs. 196-97.

⁴⁹ *Id.*

programa? De lo evidenciado en este caso podemos saltar a la conclusión de que no tiene el efecto que en la Ley Núm. 54-1989 dispone. En *Pueblo v. Badillo Cruz*,⁵⁰ el Tribunal de Apelaciones evalúa si una persona que tiene antecedentes penales por adicción a drogas cualifica para un programa de desvío por Ley Núm. 54-1989.⁵¹ Allí, mediante sentencia, el Tribunal expone que;

[c]reemos en la posibilidad de la rehabilitación, sin que esto constituya una garantía de antemano. En el área de la conducta humana nada está garantizado. Contrario a lo expresado por otros deponentes no creemos que esto conlleve la creación de falsas expectativas ni un desperdicio de dinero que podría canalizarse servicios a las mujeres maltratadas. Mas bien creemos que se trata de medidas complementarias que tienen mucho que ver con las causas ideológicas de la violencia doméstica, las que se transmiten de generación en generación.⁵²

Concurro con lo aseverado por el Tribunal sobre la conducta humana y la poca o ninguna garantía que emana de la posible rehabilitación de la persona. No obstante, difiero y reitero que, si el Estado abogó para que se estableciera este beneficio al acusado mediante la Ley Núm. 54-1989 en una situación tan severa como lo es la violencia de género en nuestro país de cultura patriarcal, de igual forma el Estado y sus demás componentes deben responder con responsabilidad relativa a la concesión de este beneficio. Es decir, no puede el Estado desatender esta controversia amparándose en que no hay garantías de que la conducta humana, en este caso del agresor, mejore con terapias y grupos dirigidos a la rehabilitación. Es demasiado oneroso decir esto al sopesar ante el riesgo en que se pone a la víctima.

Por su parte, cabe señalar que hay una diferencia sustancial entre lo que es una sentencia suspendida y el mecanismo de desvío que provee el artículo 3.6 de la Ley Núm. 54-1989. El estatuto general de la *Ley de sentencia suspendida y libertad a prueba*⁵³ es un régimen que provee el mecanismo alterno para que un convicto cumpla su sentencia dictada fuera de prisión. No obstante, a través del mecanismo de desvío establecido en la Ley Núm. 54-1989 no se dicta sentencia, sino que se levantan todos los procesos judiciales y se refiere al agresor directamente al programa de reeducación y readiestramiento. Toda vez que, el programa de desvío bajo la Ley Núm. 54-1989 es análogo al programa de desvío que provee el artículo 404 de la *Ley de sustancias controladas de Puerto Rico*⁵⁴ y la Regla 247.1 de Procedimiento Criminal.⁵⁵

⁵⁰ *Pueblo v. Badillo Cruz*, KLCE9700833, 98 TCA 130, (TCA PR 23 de febrero de 1998).

⁵¹ *Id.* en la pág. 9.

⁵² *Id.* en la pág. 8.

⁵³ Ley de sentencia suspendida y libertad a prueba, Ley Núm. 259 de 3 de abril de 1946, según enmendada, 34 LPRA §§ 1026–1029 (1946).

⁵⁴ Ley de sustancias controladas de Puerto Rico, Ley Núm. 4 de 23 de junio de 1971, según enmendada, 24 LPRA § 2404 (1971).

⁵⁵ R.P. CRIM. 247.1, 34 LPRA Ap. II. (1963).

Otro revés resuelto por el Tribunal Supremo que nos lleva a cuestionarnos sobre la efectividad de las disposiciones del artículo 3.6 de la Ley Núm. 54-1989 es el caso de *Pueblo v. Acosta Pérez*.⁵⁶ Allí la víctima, en el momento en que se le tomó en consideración su palabra para determinar si el acusado debía ir a un programa de desvío, según lo establece el artículo 3.6 en su inciso d, expresó no estar de acuerdo con que el acusado participara de un programa de desvío porque temía por su seguridad y su vida.⁵⁷ No obstante, el Tribunal razonó que no era recomendable dejar sin efecto unas alegaciones preacordadas y que este derecho estatutario que tiene la víctima a ser escuchada no la convierte en parte para los efectos del proceso criminal.⁵⁸ En este caso, tuvo más peso que se le violentara al acusado su derecho constitucional a no auto incriminarse luego de hacer una alegación de culpabilidad mediante alegaciones preacordadas. Sin embargo, la violación al derecho fundamental de la víctima a que el Estado proteja su vida, su dignidad y su seguridad se pasó por alto.

Este es el segundo de los numerosos factores de riesgo a los que nos enfrentamos si el proceso del programa de desvío al que se suscribe el agresor no funciona, y es el de la transgresión a dos preceptos constitucionales. El de proteger la vida, la seguridad y la dignidad de hombres y mujeres, independientemente de su sexo, y el de propender, dentro de los recursos disponibles, al tratamiento adecuado de los delincuentes para hacer posible su rehabilitación moral y social. La intención de los fundadores constitucionales al establecer estos dos principios es tener en consideración que para que exista un balance de seguridad y armonía entre la sociedad se debe trabajar equitativamente con los diversos sectores sociales y sus necesidades particulares, algo a lo que todos tenemos derecho por igual y de rango constitucional. Presumo que, con todas estas motivaciones en mente, surgió la preocupación por los efectos que tenía la implementación de la Ley Núm. 54-1989 y sus programas de desvío, lo que propulsó varias investigaciones en el Senado de Puerto Rico. El 6 de febrero de 1997 se radicó la Resolución número 87 del Senado en la cual se inició una investigación al programa de desvío creado conforme a la Ley Núm. 54-1989, con el propósito de evaluar la operación y el funcionamiento de los programas para identificar problemas y recomendar medidas dirigidas a la implantación adecuada de la política pública concerniente a la Ley.⁵⁹ Esta fue una iniciativa importante porque, a falta de supervisión apropiada, las personas que se acogían al programa de desvío podían terminar recibiendo una probatoria sin la adecuada intervención mediante los servicios educativos requeridos o por asistir a programas ineficaces. Estas audiencias investigativas y los estudios que se realizaron por parte de la Comisión para los Asuntos de la Mujer en conjunto con la Comisión del Senado mostraron como

⁵⁶ *Pueblo v. Acosta Pérez*, 190 DPR 823 (2014).

⁵⁷ *Id.* en la pág. 823.

⁵⁸ *Id.* en la pág. 836.

⁵⁹ R. del S. 87 de 6 de febrero de 1997, 1ra. Ses. Ord., 13ra Asam.

resultado que había una necesidad imperante de monitorear la implantación del mecanismo de desvío y de los programas que se establecieron para brindar los servicios de reeducación y readiestramiento.

El hallazgo principal de esta investigación fue que no existía supervisión ni monitoreo adecuado en los programas de desvío y no se había asignado esta tarea a ningún organismo estatal o gubernamental en específico. De igual forma, destacaron que a la Comisión para los Asuntos de la Mujer, adscrita a la oficina del Gobernador, se le asignó la creación de las guías de los programas de readiestramiento y reeducación.⁶⁰ Sin embargo, esto no incluía la asignación de ningún proceso de supervisión y monitoreo hacia los programas, ya que según se estableció previamente en los procesos de legislación del referido estatuto esto podría crear conflicto de intereses, dado que la responsabilidad principal de la Comisión para los Asuntos de la Mujer era proveer apoyo a víctimas y sobrevivientes de violencia. La Comisión Senatorial determinó que era menester establecer los procesos de supervisión y evaluación a los servicios ofrecidos a través de estos programas para garantizar la seguridad de las víctimas y la calidad de los servicios prestados a la parte agresora.⁶¹

Otro de los hallazgos más impresionantes de esta investigación fue el que los servicios de reeducación y readiestramiento no estaban accesibles en muchos lugares del país y, en ocasiones, los jueces improvisaban para que se pudiera ofrecer la opción del desvío a los agresores convictos, esto mediante referidos a organizaciones comunitarias o al Departamento de Corrección y Rehabilitación.⁶² Además, se determinó mediante estos hallazgos que las personas convictas que se referían a estos programas no pagaban los costos estipulados y en ocasiones abandonaban los programas antes de completarlos.⁶³ Peor aún, se evidenció que en algunos de los programas se encontraban grupos compuestos de hombres y mujeres, una práctica que debía ser desalentada.⁶⁴ La Comisión del Senado concluyó que, sin un andamiaje estructurado de supervisión y administración de los programas, resultaba imposible determinar si los programas rendían sus frutos y si tenían o no alguna efectividad o éxito en asistir a los ofensores a reeducarse.⁶⁵ Otro aspecto que me parece sumamente alarmante es el tiempo transcurrido entre la aprobación e implementación de la Ley Núm. 54-1989 y el momento en que se llevó a cabo esta investigación. ¡Pasaron ocho años después de la aprobación e implementación de la Ley Núm. 54-1989! Esto nos lleva a preguntarnos lo siguiente: ¿qué sucedió, si algo, con los agresores que fueron referidos al programa de desvío en el lapso de esos ocho años si no había

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Id.*

⁶² VICENTE, *supra* en la nota 32, en la pág. 321.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Id.*

ningún organismo, estatal o gubernamental, supervisando y validando que el privilegiado proceso de reeducación y readiestramiento para el agresor era efectivo?

Las recomendaciones de la Comisión del Senado como resultado de la referida investigación fueron varias. Una de estas recomendaciones fue el establecimiento de un organismo que fuera responsable de la certificación, administración, implementación, supervisión y evaluación de los programas de reeducación y readiestramiento. Además, recomendaron la creación de un programa administrado por el Estado que les proveyera estos servicios a personas indigentes.⁶⁶ Tres años después de esta investigación de la Comisión del Senado, el 28 de diciembre del 2000, como parte de las recomendaciones establecidas en la Resolución del Senado 87, se creó y aprobó la Ley Núm. 449 del año 2000, mejor conocida como la *Ley para crear la junta reguladora de los programas de reeducación y readiestramiento para personas agresoras*.⁶⁷ Me pregunto lo siguiente: ¿no debió estar creada la Junta Reguladora de los programas antes de comenzar a dar uso a este mecanismo? Entonces, si la Junta, que fue creada once años después de la aprobación de la Ley Núm. 54-1989, es la encargada de certificar, administrar, implementar y evaluar los programas, ¿cómo es posible que previo a su existencia ya había programas a los que se estaban refiriendo personas agresoras para su reeducación? ¿Estamos hablando de un subterfugio para el cumplimiento con la justicia avalado por los jueces que tomaban estas determinaciones? Que irónico pensar que las entidades encargadas de hacer valer lo justo en todos los aspectos sociales sean el origen del incumplimiento con la justicia.

iii. CONTENIDO DE LA LEY NÚM. 449-2000 SOBRE LA JUNTA REGULADORA DE LOS PROGRAMAS DE REEDUCACIÓN Y READIESTRAMIENTO PARA PERSONAS AGRESORAS Y EL REGLAMENTO

Es indudable que el problema de la violencia doméstica en aquel momento recibió la atención requerida por parte de las tres ramas que componen nuestro aparato gubernamental. Tanto la Rama Ejecutiva, la Rama Legislativa y la Rama Judicial unieron fuerzas para implementar las medidas necesarias en aras de reducir el problema de violencia de género, que por muchos años ha lacerado nuestras relaciones sociales en diversos ámbitos de la vida cotidiana. No obstante, aunque los tres foros estaban receptivos a colaborar en lo pertinente a sus funciones para reducir el sufrimiento de las víctimas y para mejorar la conducta del agresor, al parecer los esfuerzos no continuaban siendo efectivos del todo. Prueba de esto lo muestran los resultados de la investigación del Senado que expuse en el acápite anterior. El lado positivo de los resultados de esta investigación es que se creó una ley para establecer

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ Ley para crear la junta reguladora de los programas de reeducación y readiestramiento para personas agresoras, Ley Núm. 449-2000, según enmendada, 3 LPRA §§ 2013 – 2026 (2000).

una Junta Reguladora que se encargará de velar por el cumplimiento de los programas de desvío, en todos los aspectos pertinentes a estas organizaciones. Aunque no estoy de acuerdo del todo con el tiempo que tomó llegar a la conclusión de que esta medida era necesaria para el buen funcionamiento de los programas, sí aplaudo que exista una base legal en torno a la importancia que tiene para nuestra sociedad el desarrollar una estructura que reglamente estos programas. Sobre todo, para las personas agresoras, quienes tienen derecho a una segunda oportunidad para reaprender a vivir de manera pacífica, y para las víctimas, quienes merecen y tienen derecho a una garantía de protección y seguridad de parte del Estado.

En la exposición de motivos de la Ley Núm. 449-2000 se estableció que esa pieza legislativa tiene como propósito principal “la creación de la Junta Reguladora de los Programas de Reeducción y Readiestramiento para Personas Agresoras, contemplados bajo las disposiciones de la Ley 54 de 15 de agosto de 1989. . . .”⁶⁸ Allí también se reconoció que “[e]stos programas carecen de una entidad gubernamental que vele por los mejores intereses de las personas adscritas a [e]stos: no existe una agencia encargada de certificarlos y brindar seguimiento para lograr la efectividad de los mismos. . . .”⁶⁹ Me parece relevante mencionar que se hace un reconocimiento importante, de parte de la Legislatura en la exposición de motivos de la Ley Núm. 449-2000 por parte de la Legislatura, en el que expresan que el tiempo le dio la razón a las mujeres que componían la Comisión para los Asuntos de la Mujer. Estas mujeres, durante el proceso de legislación de la Ley Núm. 54-1989, propusieron que no se incluyera en ese momento el mecanismo de desvío, presentado a iniciativa de los propios legisladores.⁷⁰

Dicha entidad, además, advirtió al foro legislativo que, en la referida Ley, se estaba incorporando una alternativa para el/la ofensor/a que no podría ser atendida en la práctica, pues no contaban con recursos para ello. Señaló también que no podría hacerse cargo de ofrecer servicios a los (las) agresores/as, pues su ley constitutiva claramente dirige el trabajo a la mujer desde la perspectiva de educación y legislación, entre otros. Debido a esta situación los programas carecen de un efectivo proceso de certificación y seguimiento.⁷¹

Conforme lo anterior, es menester concluir que en el momento histórico en el que se aprobó la Ley Núm. 54-1989, de igual forma se estaban desvirtuando los propósitos de la creación del estatuto al atender los derechos de rehabilitación del

⁶⁸ Exposición de motivos, Ley para crear la junta reguladora de los programas de reeducación y readiestramiento para personas agresoras, Ley Núm. 449-2000, según enmendada, 3 LPRA §§ 2013 – 2026.

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ *Id.*

agresor junto con las protecciones de la víctima, aunque reconocían la ausencia de una estructura para certificar y fiscalizar los programas. De todas formas, la imposición de parte de la legislatura para incluir el mecanismo de desvío en la ley imperó. Entonces, ¿sobre quién recae la responsabilidad de la ausencia de fiscalización?, ¿sobre las víctimas fenecidas de quienes sus agresores nunca se rehabilitaron y reincidieron en la conducta delictiva?, ¿sobre la legislatura por no establecer la Junta Reguladora de los programas antes de ponerlos en función?, ¿sobre la Comisión para los Asuntos de la Mujer por no haber asumido la responsabilidad, aunque no tuvieran los fondos ni el andamiaje necesarios para hacerlo? Mientras redacto estas preguntas, que me conducen a analizar cómo en este caso se comparte la responsabilidad de la ineficiencia, de la irresponsabilidad y del fracaso de un mecanismo que es considerado una herramienta troncal de la rehabilitación, solo puedo concluir que quienes único han asumido la responsabilidad de este mal, involuntariamente, han sido las víctimas que perdieron la batalla. Sin embargo, no puedo dejar de considerar que los agresores o agresoras también perdieron su oportunidad de rehabilitarse, es decir, perdieron una oportunidad de invocar y beneficiarse de un derecho fundamental de cada ser humano.

A la luz de la aprobación de la Ley Núm. 449-2000 se establece lo siguiente: la composición de la Junta y los términos de cada miembro en su puesto;⁷² la facultad conferida al Gobernador de Puerto Rico para la destitución de los miembros;⁷³ las reuniones ordinarias o extraordinarias que la Junta debe llevar a cabo durante su término;⁷⁴ la constitución de un administrador individual con el propósito compeler con la Ley Núm. 5 de 14 de octubre de 1975, conocida como *Ley de personal de servicio público de Puerto Rico*,⁷⁵ y los deberes de la Junta con relación a la evaluación de los programas de reeducación y la concesión de licencias a estos.⁷⁶ Además, establece el requerimiento de adopción de un reglamento interno y las guías preparadas por la Oficina de la Procuradora de las Mujeres, así como la facultad para que la Junta examine el reglamento y las guías con el propósito de atemperarlas a las nuevas realidades y disposiciones;⁷⁷ los mecanismos a utilizarse por la Junta para el intercambio de información con otras jurisdicciones sobre los programas de desvío y sus procesos de aprobación e implementación;⁷⁸ que la oficina será administrada por un Director y su personal autorizado,⁷⁹ y el requisito sobre el informe anual que la

⁷² 3 LPRA § 2013.

⁷³ *Id.* § 2014.

⁷⁴ *Id.* § 2015.

⁷⁵ *Id.* § 2016.

⁷⁶ *Id.* § 2017.

⁷⁷ *Id.* § 2018.

⁷⁸ *Id.* § 2019.

⁷⁹ *Id.* § 2020.

Junta debe rendir al Gobernador demostrativo de sus trabajos y de las certificaciones expedidas a las entidades que ofrecerán los programas de reeducación y readiestramiento.⁸⁰ Adicional, establece el beneficio conferido a los miembros de la Junta para recibir pago de dietas;⁸¹ la facultad que ostenta la Junta para en cualquier momento, por las razones enumeradas en los artículos pertinentes, poder realizar investigaciones, renovar, denegar, suspender o cancelar licencias, permisos o certificaciones a los programas.⁸² Por último, establece una nota muy particular e importante donde se establece que “[l]os fondos necesarios para llevar a cabo los propósitos de esta Ley serán cubiertos por el Departamento de Corrección y Rehabilitación, en años subsiguientes se incluirán en el presupuesto general de gastos de funcionamiento del gobierno de Puerto Rico”.⁸³ A mi percepción, es una Ley muy completa que establece claramente deberes, parámetros, propósitos y beneficios extraordinarios que, de emplearse apropiadamente, pudieran tener resultados muy exitosos en el camino hacia la erradicación de la violencia doméstica. A tenor con las disposiciones de esta Ley Núm. 449-2000 en su artículo 7,⁸⁴ se adoptó y promulgó el *Reglamento para evaluación y licenciamiento de los programas de reeducación y readiestramiento para personas agresoras*.⁸⁵ Un reglamento que se adopta con el propósito de cumplir con las obligaciones legales que recaen sobre la Junta Reguladora en virtud de las disposiciones de la Ley Núm. 449-2000. Este reglamento, de su faz, presenta unos parámetros muy rigurosos que aparentan suficiencia para cumplir el objetivo de que los programas de reeducación y readiestramiento para agresores, que cumplan con cada uno de los requerimientos establecidos, sean certificados como programas completos y efectivos.

IV. ENTREVISTA A ENTIDAD SIN FINES DE LUCRO CENTRO PAZ PARA LA MUJER SOBRE SU EXPERIENCIA Y CONOCIMIENTO DE LOS PROGRAMAS DE DESVÍO POR LEY NÚM. 54-1989

No quise quedarme solo con mi percepción basada en la información antes expuesta y tuve la hazaña de buscar y hallar otras voces con experiencia en el tema que a su vez sirviera de método investigativo y de observación de la controversia desde otro ángulo. Como parte de la investigación que se ha realizado para la redacción de este artículo, en búsqueda de información y datos que confirmen o revelen sobre la

⁸⁰ *Id.* § 2021.

⁸¹ *Id.* § 2022.

⁸² *Id.* §§ 2023-26.

⁸³ *Id.* § 2013 nota.

⁸⁴ *Id.* § 2018.

⁸⁵ Depto. Corrección, Reglamento para evaluación y licenciamiento de los programas de reeducación y readiestramiento para personas agresoras, Núm. 9257 (28 de enero de 2021), <http://app.estado.gobierno.pr/reglamentosonline/reglamentos/9257.pdf>.

efectividad de los Programas de Desvío por Ley Núm. 54-1989, se llevaron a cabo varias entrevistas en las que me he topado con la validación de lo temido.

En la tarde del lunes 21 de marzo de 2022, tuve la gran oportunidad de conectarme de forma virtual en entrevista con dos de tantas mujeres que desde su espacio laboral dan la milla extra con la intención de colaborar con las víctimas de violencia de género, particularmente mujeres, en aras de erradicar la violencia machista que arropa nuestra pequeña isla. Se trata de dos integrantes del Centro Paz para la Mujer, una de las treinta y ocho organizaciones de mujeres activistas y feministas en Puerto Rico que llevan más de treinta años trabajando con casos de violencia de género, doméstica y/o sexual. Ambas mujeres dedicadas a gestión administrativa y asistencia técnica en la entidad. Su labor, entre muchas otras, es apoyar a las organizaciones en situaciones y necesidades que se identifiquen para fortalecer servicios o programas y brindarles apoyo a las víctimas de violencia de género en lo que ellas entiendan que la coalición puede apoyarlas. Además, realizan labores de voluntariado.

Comencé por solicitarles que habláramos a rasgos generales sobre el conocimiento que ambas ostentan acerca del funcionamiento y la efectividad, sea positiva o negativa, de referir a primeros agresores a programas de desvío. Una de las entrevistadas, quién, además de trabajar en Centro Paz para la Mujer cuenta con una experiencia previa de aproximadamente diez años en la Administración de Corrección y Rehabilitación en el Programa de Comunidad y quien fue una de las personas que colaboró en el desarrollo del Programa Especializado de Violencia Doméstica, comenzó por narrarme a partir de su trayectoria, conocimiento y experiencia laboral. Esbozó que en un periodo estuvo en el Programa de Comunidad de Bayamón y tenía a su cargo la Unidad Especializada de Violencia Doméstica donde se encargaban de ver los casos de violencia de género de ordinario y se hacían investigaciones de los casos referidos por el tribunal bajo el artículo 3.6 de la Ley Núm. 54-1989 para determinar si el agresor o agresora cualificaba para participar en un programa de desvío. En esa labor ella, como oficial probatorio y socio penal, hacía una investigación en la comunidad donde reside y donde frecuenta el agresor o agresora, entre otras evaluaciones pertinentes, y luego le recomendaba al Tribunal el tipo de programa para el que el agresor o la agresora cualificaba, si alguno.

Comentaba ella que, “la realidad es que son muchos los factores que no juegan a favor de las víctimas sobrevivientes cuando se refiere al agresor o agresora a un programa de desvío”. Primero; “la fiscalización de la estructura del programa de desvío, desde el establecimiento y otorgación de las licencias hasta las evaluaciones de los currículos y la efectividad de estos programas, que deben ser realizadas por la Junta Reguladora de los Programas junto con el Departamento de Corrección, no se ha establecido”. Es decir, la Junta Reguladora no está en funcionamiento, por lo que no existe un seguimiento formal a los programas y sus operaciones. Segundo; “los currículos que se están utilizando para las terapias y clases ofrecidas en estos programas no siguen o no se les ha requerido que vayan dirigidos a educar con perspectiva

de género”. Por su parte, “el reglamento y las guías establecidas solamente rigen el proceso de licenciamiento y no versan nada sobre requisitos de contenido de las clases o terapias que se van a ofrecer al agresor una vez entre al programa”. Es por esto que se aduce que los currículos son creados por la entidad privada que ofrecerá el programa. Además, “la situación que permea y que también es alarmante es que, al ser una medida punitiva, quien va a participar a ese programa es porque básicamente está obligado, porque si no va al programa el récord penal se le queda dañado y quizás tenga que cumplir cárcel. Entonces, para no quedar privado de permanecer en la libre comunidad pues escoge ir al programa”.

En ese sentido, el agresor no va al programa porque reconoce y acepta que tiene un problema conductual, sino que lo hace para poder permanecer en la libre comunidad y que su récord penal no se dañe. Decía además que; “el agresor o agresora que va al programa tiene que cumplir con alrededor de cincuenta y cuatro clases para poder quedar absuelto totalmente”. “El programa es algo estandarizado para todos y todas por igual, no se dirige a tratar la diversidad de situaciones psicológicas, físicas o traumáticas ni otras áreas específicas que puedan originar la conducta agresiva”. “Tampoco se conoce si hay una estructura o un plan de trabajo personalizado para cada agresor o agresora que entre al programa que se base en la modalidad de violencia de género por la cual ha sido acusado”. Ambas entrevistadas comentaron además que, de ordinario, “los participantes referidos no son clientes estrellas (de conducta intachable). Muchos de ellos tienen adicciones y otras situaciones conductuales que los llevan a desarrollar ese comportamiento, por lo que trabajarlo de forma grupal y generalizada, a su entender, no es efectivo. Tampoco hay un espacio para que esta persona pueda analizar y comprender lo que es la violencia de género y/o machista desde una perspectiva de género”. Toda vez que, “se ha identificado que existe un vacío enorme en esas áreas, porque a muchos de los participantes había que revocarle el privilegio porque no asistían al programa o porque cometían un nuevo delito. Peor aún, que muchas de las víctimas que han muerto, sus agresores han pasado por esos programas”.

Argumentaban las entrevistadas que “actualmente existen siete u ocho programas activos y alrededor de cuatro de ellos llevan aproximadamente veinticinco años funcionando con la misma estructura y con un currículo sin perspectiva de género. No hay evaluación o estudios que validen la eficacia de los programas de parte del Estado ni del Departamento de Corrección, tampoco de la Procuradora de la Mujer ni de la Oficina de Administración de Tribunales, quienes directa o indirectamente son quienes acogen la sugerencia del acuerdo que se trabaja con fiscalía y el Tribunal para dirigir al agresor o a la agresora al programa”.⁸⁶

⁸⁶ Entrevista virtual mediante la plataforma *Zoom* con personal del Centro Paz para la Mujer (21 de marzo de 2022). La autora de este artículo ha consultado y decidido, en conjunto con las personas participantes en la entrevista, no revelar sus nombres, solo el nombre de la entidad.

En fin, no hay personas designadas a conformar la Junta Reguladora establecida, no hay estadísticas de funcionamiento y efectividad del programa ni en términos de reincidencia, no hay un consenso o no se toma en consideración a las organizaciones que trabajan con las víctimas de violencia, quienes serían de gran utilidad y beneficio para trabajar con la conducta del agresor la agresora, o por lo menos hacer sus recomendaciones, ya que cuentan con todo tipo de especialidades dirigidas a la psicología, a la sociología y a la conducta, entre otras. Estas podrían evaluar la metodología de las terapias o programas de rehabilitación y sus entendidos teóricos y prácticos. Incluso, las mismas organizaciones pueden ofrecer los programas y a su vez esto serviría de ayuda económica, dado a que son entidades que no le adeudan nada al Gobierno. Lo lamentable de la situación es que el no fiscalizar adecuadamente el funcionamiento y eficacia de los programas ni brindarle la importancia necesaria a la mejoría de la conducta del agresor resulta en que la víctima queda desprotegida, re-victimizada y bajo excesivo riesgo.

D. CONCLUSIÓN SOBRE EL DESARROLLO DE LA LEY NÚM. 54-1989 Y LA EFECTIVIDAD DEL MECANISMO DE DESVÍO INCLUIDO EN EL ESTATUTO

No me ocupa la duda de que los esfuerzos para erradicar el problema de la violencia de género por parte de las autoridades y de los movimientos feministas han sido numerosos. Sin embargo, somos todos y todas testigos de que en la actualidad el incremento de eventualidades violentas entre parejas continúa siendo un mal social. Por tanto, debemos enfocar los esfuerzos en trabajar con la conducta humana desde otra perspectiva. Construir un modelo paradigmático generalizado y punitivo no ha resultado idóneo, pues la conducta del ser humano es individual y, aunque parte de una base general, hay ciertos factores en la cultura y en la sociedad que influyen de manera individualizada, ya sea de forma positiva o adversa.

Ahora bien, el marco legal que en la actualidad rige la conducta violenta entre pares y que he expuesto en este trabajo, posee cualidades y estructuras que, de su aplicación, deberían demostrar que el mecanismo de desvío a través de los programas de reeducación y readiestramiento al agresor o agresora pudiera ser una medida exitosa. Esto, en colaboración con los esfuerzos que diversos sectores de nuestra sociedad emplean, produciría los efectos de minimizar los embates de la violencia doméstica en Puerto Rico. No obstante, todos somos testigos de que no se vislumbra la merma en los casos de violencia doméstica en el país. Como ya he mencionado en la introducción de este escrito, una muestra de lo anterior es el caso de Andrea Ruiz Costas. El agresor y asesino confeso de Andrea fue participante de uno de estos programas de desvío que provee la Ley Núm. 54-1989. Tras su participación en el programa su récord criminal quedó

limpio.⁸⁷ La ineficacia del programa al que el agresor de Andrea asistió provocó que eventualmente el sujeto reincidiera en la conducta criminal, acabara de manera atroz con la vida de Andrea y más adelante con la suya propia.⁸⁸ Este evento levantó nuevamente los cuestionamientos a las disposiciones de la Ley Núm. 54-1989 y los programas de desvío que en ella se establecen y la manera en que estos se ejecutan. En respuesta a esto, el último esfuerzo realizado por parte del Senado de Puerto Rico fue la Resolución del Senado 282 con fecha del 22 de julio del 2021, en la que se ordena a la Comisión de las Mujeres del Senado de Puerto Rico realizar una investigación sobre el funcionamiento y efectividad de los programas de desvío en casos de violencia doméstica en Puerto Rico.⁸⁹

A esos efectos, se esboza en la Exposición de Motivos de la Resolución del Senado 282 que:

Los Programas de Desvío, según el Departamento de Corrección de Puerto Rico, son programas de tratamiento establecidos para que las personas convictas cumplan su sentencia fuera de la institución penal, y cuya finalidad es aliviar el problema de exceso de población correccional y promover la rehabilitación, resocialización y reintegración a la comunidad.

De la anterior definición, se desprende la pertinencia y necesidad de los programas de desvíos para lidiar con la sobrepoblación correccional y cumplir con el fin de nuestro ordenamiento jurídico dirigido y enfocado en la rehabilitación del(a) convicto(a) en Puerto Rico.

A esos fines, durante la celebración de las diversas vistas públicas celebradas por la Comisión de Asuntos de la Mujeres del Senado de Puerto Rico, así como en las ponencias recibidas e información de casos recientes, colige en un sinnúmero de ocasiones la preocupación en torno a la efectividad de los programas de desvío en la reducción de la reincidencia en casos de violencia de género en Puerto Rico. Esto se debe a que las agencias, a pesar de la existencia e implementación de política pública dirigida a erradicar y trabajar con la violencia de género en el país, *no cuentan con estadísticas ni estudios que le permitan conocer, si en efecto, los programas de desvío han sido o no efectivos en lograr reducir la reincidencia en casos de violencia de género.*⁹⁰

⁸⁷ No he podido obtener evidencia o información adicional sobre este caso debido a que, tal como expone la Ley Núm. 54-1989, el proceso se torna en uno confidencial y la sentencia queda sobreesida. Sin embargo, por lo notorio del caso y el nivel de publicidad que se le ofreció, la información ha sido publicada en varios medios de comunicación del país.

⁸⁸ Cristina del Mar Quiles, *supra* nota 6.

⁸⁹ R. del S. 282 de 22 de julio del 2021, 2da. Ses. Ord., 19na. Asam.

⁹⁰ *Id.* (énfasis suplido).

Las dudas sobre los programas de desvío hace tres décadas persisten hoy, pues no existen pruebas que sostengan su efectividad y la entidad encargada de su supervisión, la Junta Reguladora de los Programas de Reeducción y Readiestramiento para Personas Agresoras, que se creó en el 2000, ha estado inoperante la mayor parte del tiempo, sin producir un solo informe sobre los programas. Ni el Departamento de Corrección y Rehabilitación (DCR), la Oficina de Administración de Tribunales, ni la Oficina de la Procuradora de las Mujeres proveyeron datos sobre la cantidad de participantes, niveles de reincidencia o indicadores de éxito en la reeducación de personas agresoras.⁹¹

Cabe destacar que de esa investigación que se ordena en Resolución del Senado 282 no hay resultado alguno en estos momentos. Se intentó por diversos medios establecer comunicación con la Comisión de Asuntos de las Mujeres del Senado, con la intención de obtener su insumo al respecto, pero fue infructuoso. Esto es demasiado alarmante. A pesar de la existencia e implementación de política pública dirigida a erradicar y trabajar con la violencia de género en el país, no se cuenta con estadísticas ni estudios que revelen si los programas de desvío han sido o no efectivos en lograr reducir la reincidencia en casos de violencia de género.

A treinta y tres años de la creación e implementación de la Ley Núm. 54-1989, continuamos sin conocer datos que validen si la tipificación de delitos constitutivos de violencia de género y su mecanismo de desvío para reeducar y rehabilitar al agresor o la agresora han sido efectivos o si, por el contrario, habría que eliminarlos por su ineficacia, como se propuso en la Resolución conjunta del Senado en el proceso de legislación.⁹² Si los programas no están en el funcionamiento adecuado no existe posibilidad de que la persona agresora reciba la ayuda necesaria para mejorar su conducta agresiva y para que cumpla con los requisitos del programa de desvío al que se somete a cambio de no quedar restringido o restringida de su libertad. Máxime cuando se trata de una medida punitiva obligatoria que no propende a que la persona agresora determine y acepte que tiene un problema conductual que debe ser atendido. Como efecto secundario del funcionamiento ineficaz de los programas continuaremos viviendo en una sociedad en la que es peligrosa la vida en pareja. Además, se continuará la transgresión de tan importantes mandatos constitucionales que se establecieron para procurar la seguridad de las víctimas y de otras potenciales parejas del agresor, y la rehabilitación de personas que, por alguna razón que está fuera de nuestro alcance, escogen ser personas agresivas y recurren al maltrato para controlar a su pareja. La defensa de la vida y seguridad de los constituyentes, así como la rehabilitación de la persona, son derechos humanos fundamentales que el

⁹¹ *Id.*

⁹² *Supra*, en la nota 35.

Estado debe garantizar al emplear todos los esfuerzos posibles para que tanto la persona víctima, el agresor y el resto de la sociedad puedan sentirse seguros y en salud.

El Derecho es indeterminado y, a su vez, es un campo de batalla donde se dan luchas políticas que no son políticamente neutrales y correctas.⁹³ Sin embargo, la contradicción entre lo legislado, lo escrito y lo puesto en práctica, de acuerdo con la intención del legislador, casi nos obliga a deconstruir para volver a construir efectivamente otros postulados legales que sean empleados de manera efectiva y que no permanezcan en un documento sin utilidad alguna.⁹⁴ Toda vez que, este no debería ser terreno de guerras políticas, ideológicas ni de incertidumbre, máxime cuando de la vida y la seguridad de las personas se trata. Las buenas definiciones son similares a las buenas fotografías en un álbum de recuerdos; se explican por sí solas. Si, por el contrario, no se puede explicar en palabras simples y demostrar prueba del significado y efectividad de los conceptos que se utilizan, queda en evidencia una gran dificultad cognitiva que demuestra una peligrosa ausencia de comprensión profunda, razonable o suficiente sobre las ideas expresadas. Toda expresión escrita o hablada bajo tales condiciones convierte el contexto del argumento en uno superficial y confuso, que, por ende, pierde contenido, coherencia, fiabilidad y credibilidad.⁹⁵ Algo similar sucede con los programas de desvío establecidos en el artículo 3.6 de la Ley Núm. 54-1989.

⁹³ Stefan Sciaraffa, *Critical Legal Studies: A Marxist Rejoinder*, 5 CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS 201, pág. (1999), <https://www.cambridge.org/core/journals/legal-theory/article/abs/critical-legal-studies/4D5DFCD65766F3F5A915D92434C0F7F> (traducción suplida).

⁹⁴ Alvaro Núñez Vaquero, *Teorías críticas del derecho: observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica*, 26 ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO 413, 415 (2010), <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjTrN3NnY33AhU1s zEKHdTgAU0QFnoECAwQAQ&url=https%3A%2F%2F dialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F3313283.pdf&usg=AOvVaw3jnra-9i2P9cocXu9LAXnt>.

⁹⁵ ANGIE VÁZQUEZ, HISTORIA DE LA PSICOLOGÍA 8 (2010).

