

Universidad Interamericana
de Puerto Rico
Facultad de Derecho

Revista **Clave**

(rreh-vís-tah-klá-veh)

Revista de Estudios Críticos del Derecho

Tomo 3

Año 2008

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

TOMO 3

2008

NÚM. 1

Junta Editora

Año Académico 2007-2008

Helga L. Carrero Echevarría

Nancy E. Rivera Rivera

Luis A. Zayas Monge

Redactores

Primer Semestre, Año Académico 2007-2008

Eduardo Berríos Ortiz

Suzette Colón Cales

Melissa Domínguez

Berenie Irizarry

Iris A. Maldonado Rodríguez

Marilú Méndez

Luz Del Alba Quesada

Tamara M. Ramos

Alejandro L. Soriano Miranda

Redactores

Segundo Semestre, Año Académico 2007-2008

Eduardo Berríos Ortíz

Suzette Colón Cales

Félix J. Concepción Meléndez

Astrid E. Flores

Ilia García Pérez

Cristina Navarro Motta

Beatriz Nieves-Duhart

Lissette Ponce Javier

Marisara Quiñones

Carlos Portocarrero

Valerie Rivera

José Sabalier González

Jaime Zampierollo

Consejera Académica

Prof. Yanira Reyes Gil

REVISTA DE ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO (CLAVE)

TOMO 3	2008	NÚM. 1
---------------	-------------	---------------

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN

Junta Editora

PARTE I –ARTÍCULOS DE DERECHO LABORAL

TRASCENDENCIA DEL DERECHO LABORAL

Carlos Alá Santiago Rivera

EL NEOLIBERALISMO Y EL DERECHO DEL TRABAJO

Karin J. Robles Ramos

DESPIDO INJUSTIFICADO Y MESADA COMO REMEDIO EXCLUSIVO EN EL ARBITRAJE OBRERO PATRONAL: UN ANÁLISIS CRÍTICO

Luis A. Zayas Monge

LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE NO COMPETENCIA EN EL EMPLEO

Iris Alejandra Maldonado Rodríguez

PARTE II: VARIOS TEMAS

DERECHO CONSTITUCIONAL

IMPACTO DE LA UNICAMERALIDAD EN LOS PROCESOS LEGISLATIVOS

Ayleen Figueroa Vázquez

LA VIABILIDAD DE UNA ASAMBLEA LEGISLATIVA UNICAMERAL

Liza M. García Vélez

LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA: VEHÍCULO DE COACCIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES

Helga L. Carrero Echevarría

DERECHO DE FAMILIA

CUSTODIA COMPARTIDA EN PUERTO RICO: UN PECADO CAPITAL EN EL SIGLO XXI

Jesús J. Negrón Díaz

MADRES SUBROGADAS: UN MÉTODO DE ADOPCIÓN TEMPRANA

Isis Ramos

DERECHO DE LA PRUEBA

EVIDENCIA DE CARÁCTER Y HÁBITO: ANÁLISIS SOBRE LOS CAMBIOS PROPUESTOS POR EL COMITÉ ASESOR PERMANENTE DE LAS REGLAS DE EVIDENCIA

Zaida Maldonado

DERECHO Y LITERATURA

EL PROCESO DE ANGEL NIEVES: SEMEJANZAS A LA OBRA DE KAFKA Y EL DIVORCIO ENTRE LA LEY Y LA JUSTICIA

Nancy E. Rivera Rivera

PRESENTACIÓN

Con gran satisfacción, la Junta Editora de la Revista de Estudios Críticos del Derecho, CLAVE, publica este tercer tomo. En este, se recogen los artículos elaborados por los redactores del segundo semestre del año académico 2006-2007.

A través de los diversos temas presentados, la Revista propone acercamientos críticos a nuestra realidad jurídica y social. Los autores confrontan y cuestionan el estado de derecho vigente, pero a la misma vez, asumen la responsabilidad intelectual y ciudadana de ofrecer vías y propuestas alternativas a los asuntos en discusión.

El tema central abordado en el presente número es el Derecho Laboral. Cuatro (4) artículos conforman este tema central, los cuales se presentan en la Parte I de éste Número. La segunda parte está compuesta por varios artículos de temas generales en la cual se incluye el Derecho Constitucional, Derecho de Familia y un artículo que vincula al Derecho con la Literatura.

El tema del Derecho Laboral es abordado inicialmente por Carlos Alá Santiago. En su artículo "*Trascendencia del Derecho Laboral*" el autor, quien se desempeña además como Catedrático de la Escuela Graduada de Administración Pública de la Universidad de Puerto Rico, elabora una rigurosa y rica discusión sobre la trascendencia del derecho del trabajo y su importancia tanto histórica como actual. Destaca en este artículo, la defensa que hace el autor del movimiento obrero organizado como una de las más importantes fuentes materiales del derecho del trabajo, al plantear que la gestión histórica de este movimiento ha provocado la aprobación de innumerables leyes laborales. Como tema central de su escrito, Alá Santiago defiende la tesis de que la

finalidad del derecho del trabajo no es otra que no sea la de crear equilibrio entre los más fuertes y los más débiles, es decir, entre el capital y el trabajo.

En el artículo titulado “*El neoliberalismo y el derecho del trabajo,*” Karin J. Robles Ramos nos presenta una discusión sobre los riesgos y las amenazas que enfrenta el derecho del trabajo en el Siglo XXI frente al neoliberalismo y ciertas tendencias que emanan de este sistema, como lo son la privatización y la globalización. Robles elabora un análisis histórico del neoliberalismo. Lo define y discute sus efectos dentro del contexto histórico actual. Concluye que es una tendencia en retroceso que va en detrimento del trabajador y la sociedad en general. La autora propone una defensa férrea del Derecho del Trabajo, pues entiende que será la única forma de posibilitar que existan leyes que reglamenten las relaciones obrero patronales, estableciendo mínimos derechos a favor del trabajador y evitando que el trabajo se convierta en una simple mercancía.

Por otro lado, Luis A. Zayas Monge discute el remedio de la reposición con paga por despido injustificado en el arbitraje obrero patronal y los cambios que ha sufrido esta doctrina como consecuencia de las Sentencias del Tribunal Supremo en *U.A.W. v. A.E.E.L.A.*, Sentencia el 19 de septiembre de 2002 y *H.I.E.T.E.L. v. Celulares Telefónica*, 2006 TSPR 144 (2006). El autor ofrece un detallado análisis de ambas decisiones y sugiere que en nuestro más alto foro, existen actualmente dos tendencias en confrontación en torno a este tema. Lo más preocupante a juicio del autor, es que el Tribunal Supremo siga evitando trazar una norma clara y continúe decidiendo estas controversias por vía de Sentencias que no establecen una norma vinculante en derecho.

Finalizamos la parte dedicada al Derecho Laboral con el artículo de Iris Alejandra Maldonado Rodríguez titulado, “*La validez de las cláusulas restrictivas de no*

competencia en el empleo". En este artículo, la autora analiza las cláusulas de no competencia en el empleo a partir de tres dimensiones jurídicas fundamentales: la perspectiva del derecho constitucional; la perspectiva del derecho de contratos y mediante un análisis de las expresiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico en cuanto a esta materia.

Ya en la segunda parte de este tomo se presentan artículos de diferentes temas. Dos de estos presentan debates en torno a la unicameralidad en Puerto Rico. Primeramente, Ayleen Figueroa Vázquez elabora un artículo donde discute las fortalezas y debilidades, tanto del sistema bicameral actual, como un sistema unicameral. ¿Cómo se altera la aprobación de leyes en la legislatura unicameral?, ¿Cuánto control de la legislatura unicameral podrían ejercer los cabilderos?, ¿Cuán fácil o difícil sería ir por encima del veto del gobernador? y ¿Cómo se llevaría a cabo el proceso de rescindimiento del gobernador? La autora entiende que estas son preguntas que deberán ser aclaradas antes de establecer un sistema unicameral en Puerto Rico. Figueroa Vázquez expresa que los posibles cambios al sistema bicameral, deben ser analizados cuidadosamente para evitar cualquier desbalance en la separación de poderes y prevenir un trastoque de los poderes de las ramas de gobierno.

Por otra parte, Liza M. García Vélez presenta un análisis de la unicameralidad en Puerto Rico. Comienza con un análisis histórico sobre el tema en nuestro país, lo que aprovecha para ilustrarnos sobre los debates históricos en torno a este propuesto sistema legislativo. García Vélez enfatiza en la necesidad de la participación ciudadana en estos procesos, para asegurar que la unicameralidad, o el sistema bicameral actual, respondan a los intereses de la sociedad. Discute también ciertos retos constitucionales que deberá

enfrentar un posible sistema unicameral de ser implantado. Concluye, coincidiendo con Figueroa Vázquez, que en lugar de un sistema unicameral, nuestro sistema político está más bien necesitado de una reforma legislativa abarcadora y sustancial que permita una mayor eficiencia y le devuelva al pueblo la confianza en dicha institución política.

Helga L. Carrero Echevarría nos alerta sobre los riesgos que presentan las tecnologías y los métodos de vigilancia electrónica para el derecho constitucional a la intimidad. La tesis de este trabajo titulado “*La vigilancia electrónica: método de coacción de los derechos civiles*”, va dirigida a probar que a partir de la aprobación del “Patriot Act”, el estado queda facultado para intervenir de forma indiscriminada y arbitraria en contra de la sociedad. Como consecuencia, los derechos constitucionales y civiles de los ciudadanos, se están viendo seriamente lesionados. Carrero Echevarría hace también un interesante recorrido por otros contextos históricos en la historia política de Estados Unidos, donde se ha propuesto este tipo de legislación. La autora concluye que el estado no puede escudarse detrás de la seguridad nacional para obligar a la población a renunciar de manera involuntaria a los derechos que la misma Constitución les garantiza.

Este tomo cuenta también con dos importantes aportaciones de nuestros redactores en cuanto al Derecho de Familia se refiere, abordándose los temas de la custodia compartida y la reproducción asistida. Con el título de “*Custodia compartida en Puerto Rico: un pecado capital en el Siglo XXI*”, Jesús Negrón analiza por qué en Puerto Rico, el 99% de los casos de custodia en los tribunales son otorgados a la mujer. Explora los fundamentos jurídicos, sociales, culturales y políticos de esta tendencia y discute ciertos factores que apoyan la teoría de los beneficios de la custodia compartida. Negrón critica el hecho de que actualmente en Puerto Rico existe una presunción de que la madre

está mejor preparada o más dispuesta que el padre para asumir la responsabilidad del cuidado diario de los hijos y plantea la necesidad de cambiar esa noción. El autor hace una defensa de la custodia compartida como alternativa fundamental en las relaciones de padres e hijos, concluyendo que la misma puede lograr un aumento en la paternidad responsable, el cumplimiento de las obligaciones de los padres y la protección de sus respectivos derechos.

Por su parte, Isis Ramos explora los cambios en los conceptos de maternidad y paternidad que surgen a raíz de las técnicas de reproducción asistida. El hecho del parto, no necesariamente otorga la maternidad o paternidad, según la autora. ¿Cuántos padres, o cuántas madres, podrían surgir de un proceso de embarazo “*in vitro*” y qué derechos tendría cada quien con respecto al hijo nacido? ¿Otorga automáticamente la maternidad el hecho del parto? ¿Quién tiene autoridad para practicar el aborto? ¿Cómo interviene el derecho de contratos en este tipo proceso? Estas son interrogantes discutidas por Ramos en su artículo titulado “*Madres subrogadas: un método de adopción temprana*”. La autora concluye que la mejor manera en que el derecho puede adaptarse a los nuevos métodos de maternidad asistida, es tratándolos como métodos de adopción temprana, argumento que defiende y sustenta a lo largo de su escrito.

Zaida Maldonado propone en su artículo una mirada general a algunos de los principales cambios propuestos a las Reglas de Evidencia, por parte del Comité Asesor Permanente de las Reglas de Evidencia nombrado por el Tribunal Supremo de Puerto Rico. Maldonado evalúa los cambios propuestos al Capítulo IV de dicho cuerpo de reglas y analiza con mayor detenimiento la enmienda propuesta a la Regla de Evidencia

de Carácter y Hábito, Regla 20 (a), donde se propone añadir evidencia sobre el carácter de la víctima como excepción a la prueba de carácter.

Finalmente, aunque no por ello menos importante, Nancy E. Rivera Rivera nos presenta un interesante escrito en el cual el derecho y la literatura se unen para denunciar la pena de muerte. En este ensayo se discute el debate entre la Justicia y el Derecho. La autora utiliza como marco de referencia para este análisis el caso de Angel Nieves Díaz, puertorriqueño que fue ejecutado mediante inyección letal el 13 de diciembre de 2006 y la obra del escritor checo, Franz Kafka, “El Proceso”.

La Junta Editora de la Revista de Estudios Críticos del Derecho, CLAVE, agradece a todos los lectores su patrocinio a este proyecto, así como sus críticas, recomendaciones y correcciones, para continuar haciendo de éste un foro estudiantil que nos permita aportar a la construcción de una Patria de paz, justicia y solidaridad.

Helga L. Carrero Echevarría
Nancy E. Rivera Rivera
Luis A. Zayas Monge
Junta Editora Año Académico 2007-2008

TRASCENDENCIA DEL DERECHO LABORAL

Carlos Alá Santiago Rivera¹

Introducción

En este artículo, interpelamos la temática de la trascendencia del derecho del trabajo. En el mismo, hemos tratado de presentar la relevancia de esta rama del derecho y su importancia tanto histórica como en la actualidad. El término trascendencia lo hemos manejado como equivalente a importancia, pues precisamente no ocultamos el prejuicio del autor a favor de que se reconozca la contribución social que ha aportado y continúa aportando el derecho del trabajo en nuestra sociedad y en el ámbito internacional.

De igual forma, es importante reconocer que en este artículo hemos utilizado la expresión derecho del trabajo y derecho laboral de forma intercambiable para referirnos a la disciplina de estudios. Estamos conscientes, sin embargo, que la primera se utiliza y está mayormente difundida en la academia y la segunda tiene mayor raigambre en el ambiente de los practicantes de las relaciones laborales. También, es menester clarificar que aunque en algunos documentos históricos consultados se utilizan expresiones como derecho obrero, derecho corporativo, derecho industrial o derecho social, hoy resulta impropio su uso porque no reflejarían adecuadamente los contornos de la disciplina que es meritorio destacar. En el caso particular del derecho social, resulta inadecuado su uso porque éste incluye una perspectiva mucho más amplia que la propiamente laboral y podría confundir nuestra comprensión de los límites de la jurisdicción del derecho del

¹ Licenciado y Catedrático Escuela Graduada de Adm. Pública, UPR-Río Piedras.

trabajo, especialmente cuando en el ordenamiento jurídico de lo social, se vincula con mayor fuerza al derecho civil, el derecho criminal o penal y al derecho administrativo.

En el artículo veremos, como el derecho del trabajo ha tenido la protección de los trabajadores como un claro fundamento histórico social. Éste nació frente a la injusticia que provocó la revolución industrial y ha mantenido al movimiento obrero como un aliado natural hasta nuestros días. Precisamente, no es difícil reconocer, como veremos, que el movimiento ha sido una de las más importantes fuentes materiales de derecho del trabajo porque su gestión ha provocado la aprobación de innumerables leyes laborales. Así, al derecho del trabajo le ha tocado la gran responsabilidad histórica de crear equilibrio entre los más fuertes y los más débiles, entre el capital y el trabajo, aportando al fortalecimiento de los derechos individuales, a los del movimiento obrero organizado y promoviendo el desarrollo del intervencionismo social del Estado, para garantizar mayores libertades civiles dentro de sistemas democráticos y constitucionales.

Claro está, la preponderancia de la defensa a favor de grandes reivindicaciones de asuntos básicos como jornadas de trabajo, salario mínimo, salud y seguridad en el empleo, vacaciones y días de enfermedad ha quedado en el pasado porque se lograron ubicar en el acervo legislativo de la mayoría de los países civilizados. En ese sentido, hoy existen más legislación laboral y mayores mecanismos de protección social para los trabajadores. También, la libertad de acción sindical es un hecho. Existen además, enormes centrales sindicales esparcidas por todas partes en el planeta. Podríamos entonces afirmar que el reto del derecho del trabajo está configurado hoy alrededor de problemas político-jurídicos como la embestida del neoliberalismo que quiere acabar con la protección social que le ofrecen los estados a sus ciudadanos y los retos judiciales

presentados por problemas socio-económicos como el desempleo crónico y permanente, la pobreza, la emigración y la marginación de minorías que se desplazan a través de los países buscando trabajar. En otras palabras, en torno a la cuestión obrera, ésta ya no es el centro de gravedad de la cuestión social aunque vivimos tiempos de gran incertidumbre.

Nada de esto, resta trascendencia al derecho laboral precisamente porque a principios del Siglo 21 nos encontramos con sociedades que si bien, más o menos, están adelantadas tecnológicamente, siguen siendo sociedades incapaces de zanzar la distancia socio-económica que separa a los trabajadores de sus patronos. Y no hablemos de los desempleados porque el abismo todavía es mayor y más escandaloso. Tampoco, del gran poder multinacional y hegemónico del capital transnacional que hace inoperante y sobrepasa las normativas estatales y el derecho internacional no les resulta vinculante. Entonces, hoy la utopía de la consecución de un mayor equilibrio entre las dos partes tradicionales de una relación laboral se hace más vigente. De hecho, la necesidad se hace patente cuando contabilizamos los esfuerzos agresivos del capital por acabar con estructuras sociales que favorecen a los pobres y que son producto de la intervención estatal en sistemas de gobierno paternalistas.

La renovada misión del derecho del trabajo hoy, es establecer límites a las iniciativas de los patronos del sector privado, en el ámbito global, de reducir los costos y aumentar las ganancias haciendo más inseguras las condiciones de trabajo y sembrando incertidumbre entre las familias obreras de todo el planeta. De igual manera, está en orden limitar la indiferencia creciente entre los administradores públicos que quieren atriccionar “a la brava” el empleo en el sector para satisfacer las críticas y demandas de los empresarios de que existe un gigantismo gubernamental excesivo que es obligado

reducir para que el país pueda “competir” y progresar. Como si el competir fuera un valor sagrado que no pudiera ser fácilmente descartado por la opción de cooperación entre las naciones para lograr mayor justicia social. El derecho del trabajo hoy no tutela indigentes pero tampoco puede ser insensible o ubicarse como neutral en las luchas de los trabajadores contra sus patronos.

El derecho laboral también es ostensiblemente trascendente dado la posibilidad de su atención cuantitativa a la tercera parte de nuestra población. La fuerza de trabajo en Puerto Rico alcanza cerca de 1.2 millones de trabajadores. De éstos, más de un millón están empleados y técnicamente bajo el régimen de las relaciones jurídicas que atiende el derecho del trabajo. Cerca de 300,000 están organizados en sindicatos que negocian colectivamente y otros miles han formado organizaciones bonafides que aunque no negocian representan a sus miembros judicialmente. En términos del derecho colectivo del trabajo podemos afirmar que las juntas apelativas y de relaciones del trabajo atienden miles de casos relacionados a quejas y agravios, violación de prácticas ilícitas, procesos de negociación, mediación, arbitraje, entre otros asuntos obrero patronales.

Esa trascendencia tiene además características cualitativas porque no podemos negar la importancia que las relaciones laborales tienen para el ser humano. Tampoco se puede ocultar su importancia para la persona como sujeto social y económico. De igual forma, el derecho del trabajo tiene un significado vital para los intereses colectivos y generales de nuestra sociedad porque tanto la persona, como la sociedad no serían concebibles sin la acción transformadora del trabajo en la naturaleza.

Este artículo está dividido en varias secciones que tratan de destacar la importancia del derecho del trabajo. En las partes uno y dos, se discuten respectivamente

¿qué es el derecho del trabajo? y ¿cuál es su evolución histórica? incluyendo a Puerto Rico pero destacando el proceso en el exterior. En la tercera parte, se analizan los principios generales del derecho y se interpelan estos principios como fuente de derecho laboral. Las últimas dos partes atienden respectivamente una discusión, por cierto menos ambiciosa, que analiza la evolución del derecho individual del trabajo al derecho colectivo del trabajo y un análisis sobre los principios más relevantes del derecho internacional del trabajo. Finalmente, acompañamos el artículo con una extensa bibliografía sobre el tema de libros y artículos que están disponibles en Puerto Rico.

¿Qué es el derecho del trabajo?

Establecer cuáles son los orígenes del derecho del trabajo requiere no solo el análisis de sus fuentes reales y formales, sino el examen de los principios básicos que fundamentan, en principio, la evolución de la legislación laboral en políticas públicas. En palabras sencillas, el desarrollo del derecho laboral² se inicia con la aprobación de leyes laborales que tratan de mitigar los efectos, tempranos o tardíos de la sociedad industrial y la ideología liberal. El derecho vigente hasta principios del siglo 19 aparece disperso en múltiples textos legales aprobados en muy diversos momentos históricos. Las compilaciones, antecesores de los Códigos, serán los primeros pasos para facilitar su conocimiento. En ese sentido, cada país desarrolló mecanismos diferentes para organizar y consolidar esta legislación en políticas públicas dando paso a la consolidación del

² En este trabajo utilizo los términos derecho del trabajo y derecho laboral indistintamente. Ésta no es una falta de precisión lingüística sino la atención al desarrollo de la literatura. El primer término se utiliza mayormente en Europa y los países latinoamericanos. El segundo es utilizado más en los Estados Unidos, Canadá y Puerto Rico. Una tercera dispersión ocurre con la literatura inglesa que habla de derecho de relaciones industriales refiriéndose a lo que en América Latina y muchos países europeos son estudios sociológicos del derecho. Observamos además que los conceptos de Droit du Travail y Derecho Obrero se utilizan en Francia y los primeros escritos de esta disciplina en Alemania. Estos últimos, los utilizamos cuando nos referimos a esos países respectivamente.

derecho del trabajo. Entonces, más que contestar qué es el derecho del trabajo, hay que preguntarnos cómo evolucionó la práctica jurídica que hoy conocemos como derecho del trabajo. Este estudio sugiere un proceso, interesante pero complejo de por sí.

En Inglaterra se reglamentará el trabajo de los niños entre ocho y doce años a partir del 1841 y el trabajo femenino en 1874. Desde 1870, aparecen políticas sociales más definidas como el Trade Union Act (1871) que reconoció los sindicatos como entidades civilmente lícitas. Las primeras manifestaciones de la conformación abundante de normativa se inician en países como Francia y Alemania a finales del siglo 19 y principios del 20.³ Al respecto de lo sucedido en Europa, nos dice González Posada:

En Alemania se establecerá un sistema completo de seguros sociales (1880) y en España se regulará el trabajo en los talleres de los niños obreros a partir de 1873... En el Reino Unido tras el brevísimos paréntesis de la Ley Hume (1824) que derogó la Combination Act de 1800, se reconoce a los sindicatos en 1871; en Francia la ley Waldeck-Rousseau admite la existencia legal de las asociaciones (1884) derogando la Ley Chapelier (1791)... en Alemania el pleno reconocimiento... se realizará en 1916; en Italia tras la promulgación del Código Penal Zanardelli de 1895 que despenalizó la coalición, se admitirán la presencia legal de los sindicatos en 1922... y en España la libertad general de asociación se reconocerá a partir de 1869 con la revolución, si bien será la Ley de Asociaciones de 1887 lo que definitivamente abra el camino a las centrales obreras históricas.⁴

³ En Francia, por ejemplo, se aprobó la siguiente legislación: reglamentación de la ruptura abusiva del contrato de trabajo (1890); la cobertura obligatoria del riesgo de accidente de trabajo (1898); descanso semanal (1906); salario mínimo de trabajo a domicilio (1915); jornada de ocho horas (1919); legislación en materia de convenios colectivos (1919); riesgos de enfermedad, maternidad e invalidez (1928). G. Couturiere. *Droit du Travail*. Paris: PUF, 1990. p. 24-28 Otro ejemplo aplicable es Alemania donde durante el mismo periodo consta la firma de convenios colectivos (1873); leyes de protección del obrero (1891); Ley de protección al menor (1903); Ley de trabajo a domicilio (1911); reglamentos de convenios colectivos (1918); Ley de consejos de empresa (1920); Ley de tribunales de trabajo (1926); ley de colocación y seguro de paro (1927). De hecho en la misma Constitución de Weimar subyace el reflejo jurídico de políticas públicas a favor del derecho del trabajo. A. Hueck y H. C. Nipperdey. "Compendio de derecho del trabajo". *Revista de Derecho Privado*. Madrid, España, 1963. p. 29

⁴ González-Posada Martínez, Elías. **El derecho del trabajo: una reflexión sobre su evolución histórica**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1996. p. 36-37.

Existe un consenso entre los estudiosos que la revolución industrial, con todas sus consecuencias positivas y negativas, fue lo que dio origen al nacimiento del derecho laboral o del trabajo sobretodo en su segundo periodo a finales del siglo 19.⁵ Este derecho se desarrolló como una crítica, en todo caso, oposición activa y militante de principios individualistas suscritos por la contratación individual normada por el derecho civil. Ésta normativa, según la crítica esbozada por el incipiente derecho laboral, justificaba y garantizaba la explotación de la persona por la persona y de su subproducto: el trabajo subordinado, alienado y dependiente de los seres humanos. Precisamente, surge el derecho laboral cuando las partes no se podían autorregular justamente, porque existe un desequilibrio en la contratación y porque era preciso exigir el amparo del Estado como árbitro en el desarrollo de las nuevas relaciones contractuales.

Los progresos técnicos de la época van a producir cambios cualitativos en éstas relaciones contractuales. De las primeras innovaciones, cuentan las relacionadas con el uso de la energía eléctrica obtenida a partir de la caída del agua y su transportación a distancia a partir de 1882. Ésta requirió la invención del dínamo en 1871, la bombilla eléctrica en 1879 y el transformador en 1884. Así se posibilitó más hábilmente la aplicación de la fuerza motriz a la industria, la invención del motor de gasolina y las llantas para el desplazamiento de los autos. Finalmente, podemos destacar el uso de

⁵ Este consenso establece además, que el derecho civil moderno fue un producto de la Revolución Francesa, que ha juicio de algunos autores “cambió la estructura política y jurídica de la humanidad” Álvaro García Solano. **Derecho del Trabajo**. Colombia: Editorial Temis, 1981 p. 4; Sobre este asunto consultar, entre otros a: Jaime Montalvo Correa. **Fundamentos del Derecho al Trabajo**. Madrid: Editorial Civitas, 1975. p. 51 y siguientes; Alonso Olea, Manuel y María Emilia Casas Baamonde. **Derecho del trabajo**. Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1995; Ackerman Mario E. y Diego M. Tosca. **Tratado de derecho del trabajo**. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2005; Barajas, Santiago. **Derecho del trabajo**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1990; González-Posada Martínez, Elías. **El derecho del trabajo: una reflexión sobre su evolución histórica**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1996.

nuevos metales que impulsaron el desarrollo del teléfono y alimentaron, sin duda, la expansión de las bases de la sociedad capitalista.⁶

Los nuevos órdenes en la organización del trabajo produjeron nuevos controles y así controversias y enfrentamientos entre los intereses de patronos y obreros. Es distintivo de la época, y eso lo comparten muchos países del mundo, el desarrollo de políticas sociales estatales tendientes a reconocer la libertad de asociación de los trabajadores, lo que a nuestro juicio representa el primer estabón del derecho del trabajo moderno. Es decir, que de legislación liberal y dispersa se van conformando políticas públicas y sistemas de relaciones laborales, prototipos de los que encontramos hoy. Como veremos más adelante, Puerto Rico no está excluido de esos desarrollos, si consideramos que la Federación Regional de los Trabajadores, primer conglomerado de grupos artesanales, es tolerada por las fuerzas invasoras a partir del 1898.

Lo anterior, no niega que el trabajo humano, a lo largo de la humanidad, creó la necesidad de la aparición de la normativa que hoy constituyen una disciplina autónoma e independiente, conocida con el nombre de derecho del trabajo⁷ La finalidad primordial del derecho del trabajo es la de lograr justicia en las relaciones entre el patrono y los trabajadores. En términos del derecho positivo, este sentido imperfecto de “justicia capitalista” se limitaría **a dar y otorgar el derecho a la parte que lo tenga**, independientemente favorezca ésta al patrono sustentado en una inmoralidad. Así se menosprecia de salida una acepción mucho más sociológica y cercana al derecho natural que pregonaría que la justicia en las relaciones de trabajo debería ser **dar a cada quién lo**

⁶ Vladimir Lenin. Qué hacer? Obras Escogidas Tomo I, Moscú: Editorial Progreso, 1961. p. 140-145

⁷ Mario Deveali. Lineamientos de derecho del trabajo. 3ra. Ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1956. p. 14

que le corresponda por el fruto de su trabajo y productividad. Este sentido de “justicia capitalista” siempre es una coordinación calculada entre el orden económico y un desequilibrio social que garantiza la tenencia del capital y la plusvalía a un grupo reducido de ciudadanos. En ese sentido, es una justicia económica y social relativa al mantenimiento de las estructuras del poder, que ordenado metodológicamente mantiene un régimen de desigualdad entre los más pobres y los más ricos.

El objeto principal del derecho del trabajo, entonces, debería ser la reglamentación jurídica del trabajo como hecho social. Al derecho, sólo le interesa el trabajo en cuanto objeto de relaciones entre personas. No todo trabajo, aún siendo esfuerzo humano dirigido a la satisfacción de las necesidades de la persona, le interesa al derecho. El trabajo regulado por ley debe ser toda actividad humana libre, voluntaria y consciente enmarcada en un contrato del trabajo o cualquier relación jurídica que norme la cesión por una persona a otra de su trabajo, de su esfuerzo a cambio de bienes o compensación. Se excluye de esta reglamentación del derecho del trabajo, al trabajo obligatorio, el trabajo carcelario, el trabajo forzoso de los prisioneros de guerra que son impuestos por coacción externa directa. El concepto “libre” se utiliza aunque entendemos sus limitaciones al referirle al trabajo objeto de un contrato como uno que se ejerce en libertad. El contrato de trabajo es siempre una renuncia a la libertad. Con respecto a la “libertad” del trabajador al establecer un contrato, Max Weber nos dice:

El derecho formal de un trabajador, de concluir con cualquier empresario un contrato de trabajo de cualquier contenido, prácticamente no significa para el desocupado la menor libertad en la fijación de las condiciones de trabajo, y en modo alguno le garantiza la posibilidad de influir en la determinación de las mismas. Lo que de sus derechos formales resulta en primer término es simplemente, cuando menos, la posibilidad de los que

en el mercado son más poderosos – en este caso normalmente el patrono- de fijar a su arbitrio estas condiciones, ofrecerlas al desocupado para su aceptación o repulsa y en el caso normal de la urgencia económicamente más fuerte de la oferta de trabajo, imponerlas al solicitante. El resultado de la libertad contractual es, pues, en primera línea: la apertura de posibilidades de usarla, por medio de una hábil aplicación de la propiedad de los bienes en el mercado y salvando todas las barreras jurídicas, como medio para adquirir poder sobre otros.⁸

En términos similares se había expresado antes el filósofo alemán Carlos Marx estableciendo que el contrato de trabajo era a la misma vez intercambio de equivalentes y sanción de relaciones de apropiación específicas de dominantes contra dominados tras una supuesta igualdad jurídica formal. En las palabras de Marx: **“el contrato de trabajo supone la subsunción formal de los trabajadores en las relaciones de producción, con lo cual el derecho sólo secundariamente significaría protección y primariamente coerción.”**⁹ Así, podemos afirmar que la desigualdad originaria entre el trabajador y el empresario tiene su fundamento tanto en la diferenciada condición económica de ambos sujetos y en la relación jurídica o contrato que los vincula.

En un principio, el derecho del trabajo se limitaba a la reglamentación de las condiciones de trabajo y al estudio teórico del contrato de trabajo. Hoy incluye instituciones que no se refieren al trabajo en sí, sino a la protección del trabajador más allá del trabajo. Se incluye hoy día la reglamentación del trabajo independiente abandonando la concepción clásica que sólo se refería al trabajo subordinado. Lo central

⁸ Max Weber. Economía y Sociedad. Méjico: Fondo de Cultura Económica, 1984. p. 586

⁹ González-Posada op. cit. p. 33 citando textos del Capital y Salario Precio y Ganancia de Carlos Marx. Obras Escogidas II, Moscú: Progreso, 1976. p 76

no es el contrato del trabajo sino el hecho social del trabajo. Lo primero es importante pero no se debe cometer el error de singularizarlo de forma exclusiva.¹⁰

El derecho del trabajo tiene carácter dual, protector y normativo, considera tanto lo objetivo del trabajo, como el elemento subjetivo del trabajador. El derecho del trabajo es el conjunto de normas jurídicas que se aplican al trabajo como hecho social, para comprender, no sólo el derecho positivo, sino los principios que las inspiran. Su finalidad no debe limitarse a la relación jurídica, contractual o no, entre determinadas personas, sino también considerar esas personas en sus deberes y derechos frente a la colectividad y protegerlas en cuanto estén dedicadas a su trabajo. Esta área del derecho no soluciona en modo alguno el conflicto social permanente, de la existencia de un grupo fuerte y poderoso, una minoría que controla el poder económico y político y una gran mayoría que subsiste en virtud de la venta de su fuerza de trabajo, que se traduce en lucha de clases. Este derecho no altera de modo alguno la realidad del hecho económico de la sociedad capitalista que se apropia privadamente de la producción social de un país.¹¹

Al derecho del trabajo le es esencial la concepción del derecho al trabajo. Es decir, la noción que plantea el derecho al producto íntegro del trabajo y el derecho a una existencia digna. Dicho de otro modo, para los trabajadores el derecho del trabajo es importante porque teniendo solo su capacidad de esfuerzo personal para subsistir, la defensa que promueve esa práctica del derecho a ese bien les es de inapreciable valor. En esto estriba una gran diferencia entre el derecho del trabajo y el derecho civil. El Profesor G. Radbruch de la Universidad de Heidelberg en Alemania lo plantea muy bien:

¹⁰ Rafael Caldera. **Derecho del Trabajo**. Buenos Aires: Editorial El Ateneo, 1960. p. 76-80.

¹¹ Roberto de Zubiría C. **Derecho colombiano del trabajo**. Bogotá: Ediciones Librería Siglo XX, 1944. p. 28-29

El derecho obrero constituye una relación contra el espíritu del derecho civil. Éste sólo reconoce personas, sujetos jurídicos iguales que contratan entre sí, mediante libres decisiones por ambas partes; y nada sabe del trabajador situado en una posición de inferioridad frente al empresario. Nada sabe tampoco de la solidaridad del proletariado, que compensa o nivela esta inferioridad del poder individual frente al patrono; y de las grandes asociaciones profesionales, que mediante el contrato colectivo de trabajo son quienes propiamente lo concluyen, sino que mira exclusivamente a los contratistas individuales y al contrato de trabajo singular.¹²

Lo esencial de la práctica del derecho del trabajo, así concebido, es su mayor proximidad a la vida.

A diferencia del derecho civil que solo ve personas individuales, el derecho del trabajo interpela a empresarios, trabajadores, profesionales no como individuos sino como asociaciones, sindicatos y empresas. En ese sentido, no se limita al análisis de los contratos libremente concertados sino a las graves confrontaciones y luchas que constituyen el telón de fondo de muchos de estos contratos. En el derecho del trabajo se integra el hecho social del esfuerzo humano remunerado, el hecho político del que tiene que trabajar y el hecho jurídico del que está contratado para trabajar de manera que surge una cosmovisión amplia cuyas reglamentaciones primordialmente se fundamentan en el interés de la colectividad. En fin, se trata de un anhelo de proteger al más débil, al empleado frente a su patrono, para fomentar un balance social que permita mayor justicia social.

Las primeras expresiones del derecho del trabajo se materializaron sobre la normativa y los estudios del contrato de trabajo. Siendo éste el centro del análisis y portador indiscutible de valores ligados a la libertad de la persona durante el periodo de la

¹² G. Radbruch, según citado por Guillermo González Charry. Derecho del Trabajo. Bogotá: Editorial Temis, 1970. p. 9-12

ilustración.¹³ En un segundo momento, se trascendió el sujeto individual o su figura singular del trabajador dependiente de un contrato, paso a formar parte de una colectividad de sujetos afectados, naciendo así un proceso de agregación de intereses que se conocía antes como “asociacionismo” (sic) obrero y conocemos hoy como el movimiento obrero internacional. La acción sindical de estos grupos motivó un ordenamiento por parte del Estado que incluyó el reconocimiento y reglamentación del derecho sindical o colectivo.

Evolución histórica del derecho del trabajo

La doctrina de la Conspiración Criminal era el estado de derecho en los Estados Unidos a principios del siglo 19. Ésta establecía que la acción concertada de los trabajadores para mejorar sus condiciones de empleo y salario constituía una conspiración criminal ante la ley. De esta forma, tanto Filadelfia en 1806 y en Nueva York en 1825, dos grupos sindicales fueron encontrados culpables bajo esta doctrina.¹⁴ La doctrina nació en Inglaterra alrededor del 1349 y posterior a la escasez de mano de obra que fue uno de los resultados de la peste bubónica. Esta epidemia causó la muerte de una tercera parte de la fuerza laboral inglesa de ese tiempo. Para enfrentar la situación, el Estatuto de los Trabajadores promulgado en 1350 estableció que todas las personas, exceptuando los nacidos caballeros, incluyendo los estudiantes tenían que trabajar por salarios fijados los

¹³ G. Lyon-Caen. *Defense et illustration du Contract de Travail*. Archives de Philosophie du droit, Tomo III, 1968. p. 65-69.

¹⁴ Commonwealth v. Pulh (the Cordwainers Case), 3 Common & Gilmore; People v. Fisher, 14 Wendel 9, 12 Common Law Reports 517. Para examinar una revisión exhaustiva del derecho laboral ingles y Americano anterior a 1921 ver: Truax v Corrigan, 257 US 312 (Disenso del Juez Supremo Brandeis.

las autoridades locales. El Estatuto estableció además, penalidades criminales a todos los que lo incumplían.¹⁵

As it was unlawful for an individual to seek higher wages, any combination of persons seeking wage increases constituted a criminal conspiracy. Under the common law of the time, any conspiracy was unlawful.¹⁶

Esta doctrina estuvo vigente en Inglaterra hasta 1875 cuando la Revolución Industrial cambió la relación mercantilista tradicional entre los jornaleros y maestros artesanos por la de los trabajadores industriales y sus nuevos empleadores burgueses. Por casi 400 años, los jornaleros se mantuvieron en estricto control que el rey y su corte imponían a la reglamentación laboral, incluyendo sin limitarse a largas horas de trabajo, especificación de las ocupaciones, salarios fijos y prohibiciones de abandono del trabajo o la localidad sin previa aprobación. Bajo la doctrina, cualquier persona podía ser enlistada por la fuerza para la cosecha. Cualquiera que se opusiera sería encontrado culpable y enviado a la cárcel.¹⁷

La realidad económica de Estados Unidos forzó el abandono de la doctrina por la inaplicabilidad de los precedentes de las cortes inglesas a una sociedad donde existía mucha tierra disponible, la esclavitud y los jornaleros semi-libres forzados a trabajar. Tan temprano como 1842, la Corte Suprema de Massachussets rechazó la doctrina de la conspiración criminal.¹⁸ Las nuevas teorías del momento impulsadas por Adam Smith y su escrito la Riqueza de las Naciones hicieron coincidir la importancia de liberalización de los mercados con el principio de que las leyes de la oferta y la demanda gobernarían la

¹⁵ Statute of Laborers, 1350. Citado por Phillip F. Feldblum en "A short history of Labor Law 1349-1967" Labor Law Journal. February, 1993. p. 67

¹⁶ Rex v. Journeymen Tailors, 1721, 8 Mod. 10, 88 Engl. Reprint 9.

¹⁷ Feldblum, op. cit

¹⁸ Commonwealth v. Hunt, 4 Metc. 111

relación entre los trabajadores y sus patronos. La batalla, sin embargo, entre patronos y trabajadores continuó con nuevos escenarios de enfrentamientos donde los trabajadores presionaban por organizarse sindicalmente y los patronos trataban de restringir la acción sindical.

La doctrina de conspiración civil tomó el lugar de la conspiración criminal en la segunda parte del siglo 19. Ésta proveía la utilización de interdictos en el contexto de desacato a las cortes contra los trabajadores sin necesidad de probar los casos criminalmente. De esta forma, se aseguraba la celeridad de los procedimientos. En términos generales, el planteamiento legal era que el éxito de la organización sindical de los trabajadores los había convertido en un cuerpo con poder exagerado contra los patronos individuales. Por esa razón, se trataba de limitar el poder de las uniones y su capacidad organizativa a través de la intervención de las cortes.¹⁹ Desde 1866, se generalizó el uso de los interdictos en las huelgas. En ese periodo, el Tribunal Supremo determinó que el gobierno federal los podía utilizar bajo la justificación de que una huelga de los conductores de camión Pullman interfería con el gobierno interestatal y el envío de correo.²⁰ Los abusos de este mecanismo no se hicieron esperar.

La aprobación del Clayton Act en 1914 adelantó la percepción de que las uniones eran necesarias para proteger al trabajador individual organizándolo en sindicatos a través de los Estados Unidos. En ésta se reconocía que los trabajadores eran seres humanos y no mercancías. También, que no debía perseguirse los esfuerzos de los trabajadores en formar uniones, como si fueran conspiraciones que trataban de afectar el comercio bajo las leyes anti-monopolio. Las uniones se comenzaron a ver como una forma de balancear

¹⁹ Gompers v. Buck Stove Company, 221US 418

²⁰ In re Debs, 158 US 107

la desproporción del poder entre los patronos y sus empleados y un medio efectivo de mejorar las condiciones de empleo y salario.²¹ A esta ley, le siguieron varias leyes laborales beneficiosas al trabajador (Ley Wagner de 1935, Ley de los Ferrocarriles de 1937, la Ley Norris La Guardia de 1941) y que limitaron la práctica de los interdictos, autorizaron la organización de los trabajadores en sindicatos e impulsaron la negociación colectiva cuando sobrevivieron retos constitucionales. De forma similar, superaron las pruebas otra legislación social.²²

La Doctrina de Conspiración Criminal se mantuvo en Puerto Rico hasta principios del siglo 20. Ésta se impuso bajo el régimen de capitanes militares españoles que gobernaron la isla durante el siglo 19. Éstos mantuvieron un estricto control de los gremios artesanales, no reconocían el derecho al sufragio, ni a la libertad de prensa, ni la asociación de los trabajadores. Los derechos ciudadanos, en ese tiempo, estaban limitados a los propietarios, existía un registro de libretas de jornaleros que mantenían a éstos en una situación de semi-esclavitud y las leyes de la vagancia, contra la ociosidad y contratación compulsoria constituían el estado de derecho del régimen español en Puerto Rico. Una muestra de esta legislación ilustra el carácter represivo de esta normativa:

BANDO DE POLICÍA Y BUEN GOBIERNO
(PUBLICADO POR EL GOBERNADOR DON MIGUEL LOPES DE
BAÑOS, 1867)

"Todo vecino debe contar necesariamente con una propiedad que le provea los medios de subsistencia, ó bien ha de colocarse al servicio de otra persona que le proporcione recursos con que atender a sus necesidades. Las municipalidades abrirán un registro de todos los jornaleros de su

²¹ American Steel Foundries v. Tri-City Trades Council, 257 US 184.

²² Me refiero a la Ley de Seguro por Desempleo (Steward Machine Co. V. Davis, 57 S. Ct. 883); la Ley de Seguro Social y la de Normas Razonables del Empleo (Fair Labor Standard Act). US v. Darvy Lumbre Co. 61 S. Ct. 1151. 3 LC 51, 108. Citado en Feldblum, op. cit. 73

partido. Jornalero es aquél que careciendo de propiedad alguna, debe colocarse, durante el año o parte de él, al servicio de otro, mediante un salario. La Autoridad facilitara al jornalero una boleta donde constará el número del registro. Todo jornalero que no se provea de su correspondiente boleta en el término de un mes, pagará una multa de 2 reales. Todo jornalero que no se ocupe en ningún trabajo durante un mes seguido, será considerado como vago, y tratado como tal, a menos que no justifique una causa que legitime su conducta. El jornalero que viva en la ociosidad, origen de todos los vicios, será constreñido por las Autoridades a contratarse en una hacienda por el término de un año. Las mujeres campesinas que vivan en sus bohíos, sin que se les conozca ocupación honrada de qué subsistir, serán también obligadas por la Autoridad a contratarse en una hacienda.

Las opciones de ese tiempo eran claras: o tenías propiedad o te colocabas al servicio de otro para evitar ser considerado vago y tratado como tal. Es decir, el jornalero declarado vago perdía la libertad y era obligado a trabajar forzosamente para el Estado en obras públicas por espacio de un año. Otra ley que reglamenta el trabajo “libre” basado en la tan apreciada “autonomía de la voluntad” es el PROYECTO DE REGLAMENTO DE JORNALEROS publicado el 15 DE ABRIL DE 1874. Veamos algunos artículos de éste:

Artículo 7° En cada municipio se llevará escrupulosamente un registro de todos los jornaleros, oficiales y aprendices de artes mecánicas que existan en el partido, sin excepción de fueros desde la edad de dieciséis años hasta sesenta. En este registro se consignará la edad del bracero, el lugar de su residencia, la naturaleza y clase de trabajo a que se dedique; y se inscribirán en uno o más libros por orden alfabético: a cuyo fin se creará una dependencia especial, bajo la denominación de sección de jornaleros.

Artículo 10° Las justicias locales darán gratis a cada jornalero una libreta con expresión de su matrícula, según el modelo que se acompaña, la que conservarán con todo esmero.

Artículo 11 El jornalero que perdiere por algún incidente la libreta, acudirá enseguida a la Autoridad local de su pueblo, para que le facilite otra; y si no lo hiciere y fuere hallado sin ella, se considerará malicioso y voluntario el extravío, y esta falta se corregirá imponiendo al causante seis días de trabajo en cualquiera obra pública de las del distrito, ganando sólo

medio jornal; y se le proveerá de nueva libreta, consignando en ella las notas que resultaren del registro.

Artículo 20 Son horas laborables para los alquilados o jornaleros, desde la salida hasta la puesta del sol, con el descanso de dos horas en el intermedio, para una comida.

Artículo 26 El jornalero en cuyas libretas aparezcan notas desfavorables o no conste se haya dedicado al trabajo durante la semana, será amonestado por la Autoridad local. A la segunda falta sufrirá ocho días de obras públicas y después si no se enmienda será tratado como vago.

Nuevamente se devela el carácter represivo y unilateral de esta legislación. Vemos que la tenencia de la libreta era obligada, no tenerla se presumía malicioso y conllevaba el trabajo forzoso. Tenerla incluso podría legitimar el que el obligaran a trabajar en semi-esclavitud. El jornalero, que en su inmensa mayoría no sabían leer ni escribir, no tenía control de lo que su patrono o las autoridades anotaban en las libretas, prestándose esa práctica para todo tipo de abusos. Como podemos apreciar además, la jornada de trabajo se extendía de sol a sol.²³

Contradictoriamente, será posterior a la invasión norteamericana que el nuevo régimen militar va a tolerar la organización de los trabajadores y otras libertades sociales que emanaron de nueva legislación laboral. Precisamente, en 1899 se estableció en Puerto Rico la Federación Libre de los Trabajadores que será la impulsora de mucha legislación social y laboral que sentará las bases del desarrollo del derecho laboral en Puerto Rico incluyendo el reconocimiento de la organización y negociación colectiva de

²³ “El famoso caso sobre “conspiración para aumentar el jornal de los obreros” y la tentativa de disolución de la Federación Libre de Trabajadores” en Igualdad Iglesias de Pagán. **El obrerismo en Puerto Rico (1896-1905)**. San Juan: Ediciones Juan Ponce de León, 1973.

los trabajadores. A diferencia de Inglaterra y Estados Unidos, la mayor parte de esta legislación será aprobada en la primera mitad del siglo 20.²⁴

Principios Generales del Derecho

Existen dos grandes formaciones en la búsqueda de la naturaleza jurídica de los principios generales del derecho: la tesis filosófica apoyada en el derecho natural y la tesis organicista que se sostiene y vincula más concretamente al derecho positivo.²⁵ En términos generales, las fuentes de derecho del trabajo se han entendido en su aspecto formal, como una manifestación del derecho positivo. De esta forma, se ha relegado a un segundo grado las aproximaciones teóricas y jurídicas provenientes de las ciencias sociales que se aproximan más a las vertientes del derecho natural y muchos las califican erróneamente como reglas morales o abstracciones idealistas.

Las fuentes del derecho son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Éstos últimos están subordinados a las leyes y costumbres que han informado. En otras palabras, el ordenamiento jurídico está informado por los principios generales del derecho que tienen, a su vez, como fuente la ley y costumbre. Lo contradictorio es que existe resistencia en el derecho positivo a que los “principios” sean aplicados sin que previamente se incorporen al ordenamiento jurídico respaldados por reglas jurídicas o precedentes jurisprudenciales. Precisamente, si esto ocurre, se desvanece el principio cuando se incorpora a una ley dejando de ser fuente subsidiaria. ¿Para qué referirse al principio de “pacta sunt servanta” cuando es posible referirse al Art. 1044 del Código Civil? Sin duda, estos principios han sido fuente de derecho del trabajo.

²⁴ Esta parte merece un trabajo más extenso que elaboraremos en otro artículo limitado sobre el derecho del trabajo en Puerto Rico.

²⁵ José Mario Quirós Lobo. **Los principios generales del Derecho en la Doctrina Laboral**. España: Editorial Aranzadi, 1984. p. 13

En todo contrato, entre el que da el trabajo y quien lo presta, donde no existe estipulación escrita, se aplicarán la ley, la voluntad de las partes y el derecho consuetudinario -los usos y costumbres de la localidad- como fuentes del derecho para suplir la voluntad no manifestada. Con el tiempo, se ha reconocido que existen unas fuentes laborales con expreso reconocimiento de la legislación:

1. Las disposiciones legales y reglamentarias del Estado
2. Los convenios colectivos
3. La voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo lícito
4. Usos y costumbres locales y profesionales.²⁶

Los convenios colectivos constituyen, relativamente y en comparación con la longevidad de las otras fuentes, un nuevo cause de manifestación de la voluntad de las partes, que es una fuente genuina. Los convenios son también expresión de la voluntad de los interesados en una relación laboral concreta, que no deja de ser expresión clara de la voluntad porque se defienda o sea manifestada por medio de representantes.²⁷ En ese sentido, el movimiento obrero es una de las más importantes fuentes materiales de derecho del trabajo porque su gestión ha provocado la aprobación de innumerables leyes laborales.

La admisibilidad de los principios generales del derecho en el campo del derecho del trabajo ha requerido que la aplicación de los primeros se exprese en la ley u opiniones del Tribunal Supremo que así las acredite. En ese sentido, su aplicabilidad sólo puede tener lugar en norma expresa que resulte de aplicación al caso. En el ordenamiento laboral, los principios generales del derecho:

1. Tienen carácter de informadores y, a la vez, son fuente de derecho;

²⁶ Id. p. 21

²⁷ Quirós Lobo, *supra*. p. 22

2. Son fuente de derecho subsidiaria de segundo grado, solamente aplicable en ausencia o insuficiencia de ley o costumbre;
3. Como principios han de ser objeto de expreso reconocimiento por ley o por la jurisprudencia.²⁸

Del derecho individual del trabajo al derecho colectivo del trabajo

La evolución del derecho del trabajo no puede realmente apreciarse aisladamente de las luchas de las personas que trabajan, de la clase trabajadora. El mismo no es exclusivamente obra filantrópica de pensadores reformadores sino expresión tensa, de inconformidad y oposición de las luchas de los trabajadores por mejorar sus condiciones de vida y la sociedad en general en el ámbito nacional e internacional. En sentido general, podríamos establecer que la historia del derecho del trabajo es la historia de las luchas reivindicativas de la clase trabajadora contra las condiciones inhumanas que se reproducen en el modo de producción capitalista. En fin, es la concreción de estatutos legales y política pública laboral, de filo social, amasados durante la historia del enfrentamiento de los trabajadores contra sus patronos y hasta el mismo Estado, para exigir atención a sus necesidades y la protección de sus intereses.

Claro está, no pretendemos concluir que el marco legal del derecho del trabajo que se vive actualmente en la sociedad capitalista constituye una perfecta exposición de los derechos de los trabajadores y mucho menos una garantía de la efectiva protección de éstos. Sabemos que hay espacio de evolución hacia a una sociedad con normas e instituciones de contenido más favorable y mayor amplitud en la defensa de los más débiles. También conocemos, que en nuestra sociedad las normas jurídicas reflejan primero los intereses de los dueños de los medios de producción. Queramos o no, el derecho del trabajo constituye, también, una respuesta a las necesidades del desarrollo de

²⁸ Id. p. 25-26

la sociedad capitalista que ante nuevos retos históricos de cambio tecnológico, de organización y control del trabajo busca mantener y reproducir la fuerza laboral de manera menos violenta que en el pasado. Es indudable, además, que el derecho del trabajo tiene otro destino de corte ideológico y político: encauzar los reclamos de los trabajadores por canales aceptados socialmente e impuestos por el Estado para así controlar los movimientos reivindicativos de manera que no cuestionen las desigualdades de la sociedad en su conjunto.

La vinculación original que hemos sugerido entre el accionar de los trabajadores y el movimiento obrero y la evolución del derecho del trabajo lo que pretende es poner en perspectiva la contribución de la acción colectiva como fuente material en la construcción de un derecho menos positivista y más de orden natural donde se impone un poco de equidad y justicia en las relaciones desiguales entre patronos, el estado y los trabajadores. Esta contribución hace más trascendente el rol del derecho del trabajo hoy día porque trata de que se reconozca al trabajo socialmente como una manifestación natural de la naturaleza de la persona que aporta a la vida de la humanidad y es la causa misma de su progreso.

Hemos visto que las primeras leyes laborales fueron el resultado de amplios movimientos populares orientados a reformas políticas de carácter general muy particular. Éstas ampliaron las funciones estatales e invocaron el intervencionismo del Estado en el campo económico y social. Su carácter esencial oscilaba entre la protección del salario, la disminución de la jornada del trabajo, restringir el trabajo de niños y mujeres con la doble intención de proteger la salud y la moralidad concedida estrechamente en la época. Posteriormente, vimos la conformación de políticas laborales

de protección social y legal que impulsadas, entre otros factores, por la clase obrera organizada en sindicatos ha venido a constituir una rama especializada del derecho.

Como rama especializada, en el derecho del trabajo se van fundiendo dos necesidades. En primer lugar, un tratamiento jurídico adecuado a las mismas realidades económicas y sociales que se dan en el mundo del trabajo. En segundo lugar, la conformación de principios filosóficos y políticos distintos a los del derecho privado en general y en particular del derecho civil y su concepción del contrato. En estos dos ramos del derecho se situaron en un primer momento las leyes protectoras de los trabajadores que fueron el umbral de la disciplina legal que hoy reconocemos como derecho del trabajo. Es necesario apuntar, que en cierta forma ha culminado el proceso de especialización y autonomía del derecho del trabajo. Sin embargo, no sucede lo mismo con su desarrollo interno que continuará evolucionando de acuerdo a los movimientos sociales y transformaciones que se escenifican en cada sociedad.

Las relaciones sociales en el trabajo se clasifican en dos grandes grupos: las relaciones individuales de trabajo y las relaciones colectivas del trabajo. Éstas se identifican por la forma en que actúan los trabajadores, ya sea individual o colectivamente. A cada una de éstas corresponde la aplicación de las correspondientes normas del derecho del trabajo.

El derecho individual incumbe a un sujeto frente a su patrono, el trabajador individual. Su objeto es reglamentar derechos, obligaciones, situaciones e intereses que tienen que ver con este trabajador como persona concreta y determinada frente a su

respectivo patrono.²⁹ El derecho colectivo del trabajo trata las relaciones colectivas del trabajo.³⁰ Es decir, son los trabajadores unidos formando asociaciones o sindicatos para proteger su trabajo y protegerse. La organización y accionar de los sindicatos, incluyendo su conflictividad al relacionarse con sus patronos o con el gobierno se conforman jurídicamente o se enmarcan en los estudios del derecho del trabajo. Hemos visto que el fenómeno social que conocemos como sindicalismo y el movimiento obrero que se crea, han sido gran parte de la fuerza impulsora y determinante para a promoción y aprobación de las normas e instituciones más fundamentales que constituyen el derecho del trabajo hoy día.

En la mayoría de los países al derecho colectivo del trabajo lo comprende: (1) toda la reglamentación legal que verifica la fundación, organización, funcionamiento de los sindicatos (derecho de organización sindical); (2) la reglamentación que atiende la iniciación, desarrollo y solución de conflictos colectivos del trabajo (derecho a huelga y otras actividades concertadas); (3) la reglamentación que garantiza los contratos colectivos del trabajo (derecho a negociar colectivamente) y (4) la legislación que norma las instituciones que administran las leyes laborales y la revisión judicial de los tribunales.

²⁹ Algunos libros sobre el tema que se pueden consultar son: Lapouble Chero, Agustín. **Manual teórico-práctico del derecho individual del trabajo: doctrina, legislación, modelos de demandas laborales.** Lima: Cultural Cuzco, 1998; Rivas Mena, Benildo. **Derecho individual del trabajo: relaciones de carácter particular.** Cali, Colombia: Editorial XYZ, 1981; Valdés Sánchez, Germán G. **Comentarios al régimen laboral individual colombiano.** Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1984; Valladares Castillo, Francisco. **Manual de derecho individual del trabajo y seguridad social.** Managua, Nicaragua: BITECSA, 2001.

³⁰ Algunos libros sobre el tema que se pueden consultar son: Chicas Hernández, Raúl Antonio. **Derecho colectivo del trabajo.** Guatemala: Litografía. Orión, 2002; Escudero Castro, Silvio. **Curso de derecho colectivo del trabajo.** Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional, 1988; Sainz Muñoz, C. **Perfiles de derecho colectivo del trabajo.** Venezuela: Talleres de Lito-Jet, 1987.

Principios de derecho internacional del trabajo

El derecho internacional del trabajo es el conjunto de normas y principios propios del derecho del trabajo que emanan de fuente internacional. Como tal, forma parte del derecho internacional público aceptado por la comunidad internacional.³¹ Los fundamentos del derecho internacional del trabajo tienen sus raíces en la lucha contra la competencia desleal entre los Estados. Entonces, la normativa internacional surge para criticar la comercialización de mercadería producida sobre bases injustas de compensación salarial y condiciones de trabajo no adecuadas para garantizar bajos costos. El impulso a estos fundamentos lo permitió la fundación de la Organización Internacional del Trabajo al elaborarse el Tratado de Versalles que puso punto final a la Ira guerra mundial.³² Sobre las aportaciones de la OIT al desarrollo del derecho del trabajo internacional dedicaremos otros segmentos adelante.

Las deplorables condiciones en que se desarrollaba el trabajo hace dos siglos, como reseñamos anteriormente, han sido el motor impulsor de cierta conciencia internacional a favor del establecimiento de normas laborales mínimas de carácter universal. Estas normas no vinculan los estados nacionales a menos que éstos opten por adoptar en sus países las mismas. Las fuentes del derecho internacional del trabajo son las normas de las Naciones Unidas; las normas adoptadas por organismos internacionales regionales, los contratos bilaterales y los acuerdos de la Organización Internacional del Trabajo según ratificados por los estados miembros.

³¹ Charis Gómez, Roberto. Derecho internacional del trabajo con referencia al derecho sindical mexicano. México: Porrúa, 1994. p. 15

³² Id., p. 37-48

Muchas de estas normas de las Naciones Unidas emanan de documentos relativos a la defensa de los derechos humanos: 1. la Declaración Universal de los Derechos Humanos;³³ 2. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;³⁴ 3. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁵ y 4. El Estatuto de Refugiados.

La **Declaración Universal consagró los siguientes derechos laborales**: no-discriminación en el empleo, seguridad social, derecho al trabajo y a la libre elección del trabajo, protección contra el desempleo, igual salario por trabajo igual, libertad sindical, remuneración equitativa, limitación de la jornada de trabajo, vacaciones, seguros sociales, protección a la maternidad y al trabajo de los menores.³⁶ La declaración no es un tratado que obligue a los países del mundo pero es un ideal común que ha inspirado los valores de la defensa de los derechos humanos y muchos principios del derecho del trabajo. Por su parte, el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** comprometió a los estados firmantes a someter informes periódicos sobre medidas que hayan adoptado y progresos realizados con el fin de asegurar el respeto a los siguientes derechos: discriminación en el empleo, derecho al trabajo, salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, limitación de la jornada de trabajo, vacaciones, derecho a fundar sindicatos, derecho a huelga ejercido en conformidad con las leyes del país, seguridad social, protección de la maternidad y al trabajo de menores.³⁷ Finalmente, en el **Pacto**

³³ Adoptada en la Sesión Plenaria 183 de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948);

³⁴ Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1966, aunque tardó una década entera en entrar en vigor.

³⁵ Aprobado en la misma fecha y en igualdad de condiciones de efectividad que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

³⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos. *supra*, Artículos 7, 23, 24 y 25.

³⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *supra*, Artículos 6, 7, 8, 9, 10, 16, 19 y 21.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos se prohíbe enérgicamente el trabajo forzoso u obligatorio y se consagra el derecho a formar sindicatos.³⁸

Con relación a las normas adoptadas por organismos internacionales regionales, nos referimos aquí a las adoptadas por el Consejo de Europa, el Consejo Nórdico, Consejo de Oriente Medio y África y la Organización de los Estados Americanos (OEA). El primero de éstos, suscribió en 1961 normas sobre el derecho al trabajo en general, la sindicalización, la negociación colectiva, la seguridad social, la protección de la familia y a los trabajadores emigrantes en la **Carta Social de Europa** aprobada en Turín, Italia, 1961 y que entró en vigor en 1965. También incluyen disposiciones para la protección del trabajo la Convención Europea sobre Derechos Humanos de 1972 y la Carta de Roma del 27 de marzo de 1957.³⁹

El **Consejo Nórdico** suscrito por los países escandinavos, acordó el 1954 un Convenio de Mercado de Trabajo Común que permite la libertad recíproca en cada uno de los países signatarios. En este tratado, se subscriben normas avanzadas de seguridad social aplicables a todo trabajador de la región irrespectiva su procedencia. Por su parte, en el Oriente Medio se firmó la **Convención Árabe sobre las Normas del Trabajo** en 1967. Esta fue aprobada por la Liga Árabe y la Organización Árabe del Trabajo. Con una vinculación más lejana a los derechos laborales aunque vinculados a éstos se aprobó en África la Convención General sobre Seguridad Social en 1971 y en 1981 se acordó una Carta de los Derechos del Hombre y de los Pueblos por la Organización de Unidad Africana (OUA).

³⁸ Supra, Artículos 8, 28, 41 y 45.

³⁹ Nicolás Válticos. *Droit Internationale du Travail*. 10 ed. Paris: Dalloz, 1983. p. 143-144

En materia de derecho del trabajo, la OEA ha producido tres documentos importantes: (1) la **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**; (2) la Convención Americana sobre Derechos Humanos; (3) la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. En la Declaración Americana se consagraron los siguientes derechos laborales: el derecho al trabajo, el derecho a una justa retribución, el derecho al descanso y a su aprovechamiento, el derecho a la seguridad social, el derecho de asociación y protección de la maternidad y la infancia.⁴⁰ La Convención se refiere entre otros derechos humanos en general, al derecho de asociación. Ésta fue aprobada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.⁴¹

Finalmente, la **Carta Internacional Americana de Garantías Sociales** constituye un verdadero modelo de código de trabajo para los estados americanos. En el Artículo 1ro de la Carta se señala lo siguiente:

La presente Carta tiene por objeto declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase y constituye el mínimo de derechos de que ellos deben gozar en los Estados Americanos, sin perjuicio de que las leyes de cada uno puedan ampliar esos derechos o reconocerles otros más favorables.⁴²

Los principios esenciales de derecho del trabajo consignados en la Carta pueden resumirse en los siguientes:

1. La carta constituye un mínimo de derechos para los trabajadores.
2. Protege por igual a hombre y mujeres.
3. El trabajo es una función social y debe ser protegido por el Estado.
4. El trabajo no debe considerarse como artículo de comercio.

⁴⁰ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. 9na Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, abril de 1948. Artículo 1, 5 y 7.

⁴¹ Carta de la Organización de Estados Americanos, Artículo 112. La Convención fue ratificada por 11 países y entró en vigor el 18 de julio de 1978.

⁴² Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. IX Conferencia de la OEA. Bogotá, Colombia. Marzo-Mayo de 1948. Artículo 1.

5. Todo trabajador debe tener la posibilidad de una existencia digna.
6. No debe hacerse distinción entre trabajo manual, técnico e intelectual para el efecto de las prestaciones sociales.
7. No debe haber diferencias en la remuneración por razón de sexo, raza, credo o nacionalidad del trabajador.
8. Los derechos reconocidos a los trabajadores no son renunciables.
9. Las leyes que reconocen estos derechos, los obligan y benefician a nacionales y extranjeros.
10. El trabajador tiene derecho a seguir su vocación y dedicarse a la actividad que le acomode.
11. El trabajador tiene libertad de cambiar de empleo
12. El trabajador tiene derecho a la educación.
13. Los trabajadores tienen derecho a participar en la equitativa distribución del bienestar nacional.
14. Deben preservarse eficazmente la vida, higiene, moralidad y bienestar del trabajador en la ejecución de sus labores.
15. La ley de cada Estado debe tener normas sobre contrato individual y contrato colectivo de trabajo.
16. Todo trabajador tiene derecho a devengar un trabajo mínimo.
17. Los trabajadores tienen derecho a una prima anual (seguro médico)
18. El salario y las prestaciones sociales son inembargables.
19. El salario debe pagarse en efectivo y en moneda legal.
20. Los trabajadores tienen derecho a participar de las utilidades de las empresas.
21. Debe establecerse la jornada de ocho horas.
22. Todo trabajador tiene derecho a un descanso semanal remunerado.
23. Todo trabajador tiene derecho a unas vacaciones anuales remuneradas.
24. Debe protegerse el trabajo de las mujeres y los menores.
25. Habrá indemnización por el despido injusto del trabajador.
26. Las leyes reglamentarán el contrato de aprendizaje.
27. El trabajo a domicilio estará sujeto a la legislación social.
28. Los trabajadores domésticos tienen derecho a protección.
29. Los empleados públicos tienen derecho a ser amparados en la carrera administrativa.
30. Los trabajadores intelectuales independientes deben ser protegidos por la ley.
31. Los trabajadores y empleados tienen derecho a asociarse libremente.
32. Los trabajadores tienen derecho a la huelga.
33. El Estado debe tomar medidas de previsión y seguridad sociales.
34. Los trabajadores tienen derecho a un sistema de seguro social obligatorio.
35. La mujer trabajadora tiene derecho a protección por maternidad.
36. Los trabajadores tienen derecho a que el Estado ejerza inspección técnica sobre las condiciones de trabajo.
37. En cada Estado debe haber jurisdicción especial del trabajo.⁴³
38. Es deber del Estado promover la conciliación y el arbitraje para la solución pacífica de los conflictos colectivos.

⁴³ Id., Artículo 2 y siguientes.

39. El trabajador rural debe ser objeto de protección especial del Estado
40. En los países donde haya población indígena, el Estado tiene la obligación de protegerla.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es fuente por excelencia del derecho del trabajo internacional. La OIT es un organismo especializado las Naciones Unidas cuyo objetivo fundamental es “la promoción del mejoramiento respecto a las condiciones del trabajo en el ámbito mundial mediante las negociaciones entre gobiernos, empleadores y trabajadores.” Esto lo llevan a cabo sobre la base metodológica del tripartismo, o representación proporcional de cada sector en las deliberaciones.⁴⁴ La Carta Magna de la OIT en materia de la protección del trabajo en el ámbito internacional es la **Declaración relativa a los Fines y Objetivos de la Organización**. En ésta se adoptaron siete recomendaciones y se aportaron principios generales. Los principios en materia del trabajo que se adoptaron en esa Conferencia se resumen de la siguiente forma:⁴⁵

1. El trabajo no es una mercancía;
2. La libertad de expresión y asociación es esencial para el progreso constante;
3. La pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos y los representantes tripartitos deben participar en discusiones libres para promover el bienestar común.
4. La paz permanente sólo puede basarse en la justicia social;
5. Se reconoce la obligación de la OIT de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan:
 - a. Lograr el pleno empleo y la elevación del nivel de vida;
 - b. Emplear trabajadores en ocupaciones en que puedan tener satisfacción y contribuir al máximo al bienestar común;
 - c. Conceder oportunidades de formación profesional y medios para el traslado de trabajadores;

⁴⁴ Cada país tiene cuatro representantes, 2 nombrados por el gobierno, 1 por los empleadores y 1 por los trabajadores. Carta de las Naciones Unidas, Artículo 57.

⁴⁵ Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. XXVI Reunión. Aprueba la Declaración relativa a los Fines y Objetivos de la Organización, 10 de mayo de 1944. Ciudad de Filadelfia, Estados Unidos de América. Se conoce como la Declaración de Filadelfia.

- d. Adoptar, en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, medidas destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esta clase de protección
- e. Lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la cooperación de empleadores y de trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia de la producción, y la colaboración de trabajadores y empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas;
- f. Extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesitan y prestar asistencia médica completa;
- g. Proteger la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones;
- h. Proteger la infancia y la maternidad;
- i. Suministrar alimentos, vivienda y medios de recreo y cultura adecuados;
- j. Garantizar iguales oportunidades educativas y profesionales.

La OIT produce cuatro tipos de normas que constituyen el derecho internacional del trabajo: (1) las normas de fondo contenidas en su Constitución; (2) los convenios internacionales del trabajo; (3) las recomendaciones (4) las resoluciones y conclusiones de reuniones especiales. Las primeras están en el preámbulo de la Constitución y fueron adoptados de la Declaración de Filadelfia de 1944 que discutimos anteriormente.⁴⁶ Los convenios son instrumentos internacionales de índole laboral que emanan de la OIT, se adoptan por representantes tripartitos en la Conferencia Internacional del Trabajo y obligan, aunque no se ratifiquen por un país miembro a someter su texto a las autoridades competentes y mantener informada la OIT sobre el estado de la legislación interna en materia del Convenio.⁴⁷ Los Convenios son considerados verdaderos tratados-leyes de índole multilateral que al ser ratificados obligan al Estado firmante.

Por otra parte, las Recomendaciones internacionales del trabajo tienen la intención de orientar o proponer determinadas medidas internas en materia de política social. Estas

⁴⁶ Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo. Actas Provisionales, Conferencia Internacional del Trabajo (CIT). 86va Reunión. Ginebra, junio de 1998, 20A.

⁴⁷ Constitución OIT. Artículo 19, Número 5, letras b y c.

se utilizan cuando una necesidad laboral general no es posible conciliarla en un convenio; como complemento de un convenio internacional del trabajo o cuando es imposible establecer una política internacional común porque las prácticas de los diversos países son heterogéneas. Finalmente, las resoluciones y conclusiones de reuniones especiales representan valiosas pautas que orientan los Estados miembros y a la misma Asamblea General de la OIT.⁴⁸

El derecho del trabajo internacional ha sido siempre un promotor del ideal de mejores relaciones sociales en el trabajo. Las Naciones Unidas, a través de su agencia especializada la Organización Internacional del Trabajo ha sido el motor de este proyecto social que ha influenciado a la mayoría de los países del mundo a adoptar normativas laborales que tiendan a crear condiciones cada vez más dignas para los trabajadores y sus familias. La utopía esbozada es clara: el desarrollo de los países no puede ser sustentado en la explotación de los más débiles en la cadena de producción.

Conclusión

Esta reflexión sobre la trascendencia del derecho del trabajo se puede concluir esbozando la tesis central de que éste es tan relevante o importante hoy, como lo fue en sus esfuerzos tempranos de mitigar los impactos negativos de la sociedad industrial y la ideología liberal en la vida de las familias trabajadoras. La revolución industrial, sin duda, provocó el nacimiento del derecho laboral como una respuesta militante a las injusticias y a los principios individualistas que caracterizaron la normativa inscrita posteriormente sobre la contratación individual en el código civil.

⁴⁸ Id., Recomendaciones (p. 124) y las reuniones especiales (p. 108 y siguientes, B.)

Hemos dicho que de la legislación social y dispersa que se aprobó a principios del siglo 19, se fueron conformando políticas públicas y sistemas de relaciones laborales, a finales de ese siglo, promovidos en parte por los mismos trabajadores organizados en sindicatos. Esto para atender los cambios cualitativos en las relaciones contractuales que produjeron los progresos técnicos de la época, con sus nuevos controles en la organización del trabajo y renovadas controversias y enfrentamientos entre los intereses patronales y obreros. En ese vaivén normativo, se desarrolló lo que hoy constituye una disciplina autónoma e independiente, conocida con el nombre de derecho del trabajo

Una segunda conclusión del escrito es que la finalidad primordial del derecho del trabajo ha sido la de lograr justicia en las relaciones entre el patrono y los trabajadores. Justicia que no puede limitarse al adagio del derecho positivo de **dar y otorgar el derecho a la parte que lo tenga**, independientemente de que sea una inmoralidad, sino un acercamiento más sociológico al derecho natural donde el requisito para lograr la justicia sea **dar a cada quién lo que le corresponda por el fruto de su trabajo y productividad**.

La tercera conclusión de este artículo es que al derecho del trabajo le es esencial la concepción más amplia del derecho al trabajo que funde la noción del derecho a una existencia digna con el reclamo que las personas podrían lograrla si recibieran el producto íntegro del valor de su trabajo. Dicho de otro modo, quien tiene solo su capacidad de esfuerzo personal para vender y subsistir, no se le debería arrebatar, en juego deshonesto, la totalidad de la plusvalía que genera su trabajo.

En este análisis, precisamente, estriba otra gran diferencia, que anotamos como cuarta conclusión, entre el tratamiento que da el derecho del trabajo y el derecho civil a

los contratos. Por esa razón, se argumentó anteriormente, que el derecho civil solo ve personas individuales, los propietarios, mientras el derecho del trabajo interpela no sólo a individuos sino a grupos. Entonces, el análisis no se limita a pregonar la autonomía de la voluntad del que libremente contrata, sino las graves confrontaciones y luchas que constituyen el telón de fondo de este sistema de contratación. Desde nuestro punto de vista, el contrato de trabajo es siempre una renuncia a la libertad.

En la evolución del derecho del trabajo que presentamos, encontramos como la doctrina de la conspiración criminal, estado de derecho a principios del siglo 19, en muchos países cedió ante la liberalización de los mercados y los postulados de que las leyes de la oferta y la demanda gobernarían la relación entre los trabajadores y sus patronos. Por esa razón, lo importante resultaba ser el limitar el poder de las uniones y su capacidad organizativa en vez de impedir que los trabajadores intentaran transformar sus condiciones de empleo y salario, criminalizando estas acciones.

La intervención de las cortes y el uso de interdictos se convirtieron en una herramienta muy efectiva del capital para detener las huelgas y protestas sindicales. Estas estrategias no detuvieron el desarrollo del movimiento obrero, ni la práctica de la negociación. Así, los convenios colectivos continúan constituyendo hoy, un nuevo cause de manifestación de la voluntad de las partes, que es una fuente genuina del derecho del trabajo. De igual forma, concluimos que el movimiento obrero se ha mantenido como una de las más importantes fuentes materiales de derecho del trabajo, al ser responsable de la aprobación de innumerables leyes laborales

La evolución del derecho del trabajo, nuestra quinta conclusión, no puede realmente apreciarse aisladamente de las luchas de las personas que trabajan, porque la

historia de este derecho, es la historia de las luchas reivindicativas de la clase trabajadora contra las condiciones inhumanas que se reproducen en el modo de producción capitalista. Por otro lado, el derecho del trabajo constituye una respuesta a las necesidades del desarrollo de la sociedad capitalista de establecer nuevos controles del trabajo para mantener y reproducir la fuerza laboral de manera menos violenta que en el pasado. Esta situación, por demás contradictoria no niega, ni desmerece la vinculación original entre el accionar de los trabajadores y el movimiento obrero y la evolución del derecho del trabajo hacia la construcción de un derecho menos positivista y más de orden natural donde se posibilite un poco de equidad y justicia en las relaciones desiguales entre patronos, el estado y los trabajadores.

En este escrito, hemos distinguido dos grandes formaciones en la búsqueda de la naturaleza jurídica de los principios generales del derecho: la tesis filosófica apoyada en el derecho natural y la tesis organicista que se sostiene y vincula más concretamente al derecho positivo.

Finalmente, en nuestra sexta conclusión, se refuerza en favor de la trascendencia del derecho del trabajo, analizando la relevancia, como hecho social, del derecho internacional del trabajo. Es decir, la importancia del conjunto de normas y principios propios que emanan de fuente internacional y han sido clave para influenciar a otros países en la adopción y mantenimiento de leyes sensibles al bienestar y protección de los derechos de las personas que trabajan. Identificamos en el escrito, que las fuentes del derecho internacional del trabajo son las normas de las Naciones Unidas; las normas adoptadas por organismos internacionales regionales, los contratos bilaterales y los

acuerdos de la Organización Internacional del Trabajo según ratificados por los estados miembros.

Como modelo de lo antes dicho, analizamos la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, como un verdadero modelo de Código de Trabajo para los Estados Americanos. La Carta tiene por objeto declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase y constituye el mínimo de derechos de que ellos deben gozar en esta región. De igual forma, distinguimos a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como fuente por excelencia del derecho del trabajo internacional que promueve el mejoramiento de las condiciones del trabajo en el ámbito mundial mediante las negociaciones tripartitas, entre gobiernos, empleadores y trabajadores. De la OIT, aclaramos que emanan cuatro tipos de normas que constituyen el derecho internacional del trabajo: (1) las normas de fondo contenidas en su Constitución; (2) los convenios internacionales del trabajo; (3) las recomendaciones y (4) las resoluciones y conclusiones de reuniones especiales.

Hemos visto seis conclusiones de orden cualitativo que refuerzan nuestra tesis de la renovada trascendencia del derecho del trabajo hoy. Existe además, una séptima conclusión que señala un valor cuantitativo al reconocer que el número de habitantes técnicamente bajo la tutela del régimen de derecho del trabajo sobrepasa la tercera parte de la población de muchos países, incluyendo Puerto Rico. Sin descontar la atención a controversias de derecho colectivo del trabajo que es imperativo atender para que la sociedad pueda funcionar y el derecho del trabajo atiende sin menoscabo del resto de sus obligaciones sociales.

Bibliografía

1. Alberto Acevedo Colón. **Legislación Protectora del Trabajo Comentada**. (Séptima Edición Revisada). San Juan: Ramallo Printing, 2005.
2. Joan Agustí et al. **Leyes básicas del trabajo**. Hamburgo: Universidad de Ciencias Económicas y Políticas, 1990.
3. Rafael Alburquerque. **La reglamentación del trabajo**. Santo Domingo, República Dominicana: Editora Corripio, 1990.
4. Rafael J.Alfonzo Guzmán. **Estudio analítico de la Ley del trabajo venezolana**. Caracas: Contemporánea de Ediciones, 1988.
5. _____. **Nueva didáctica del derecho del trabajo**. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1995.
6. Manuel Alonso Olea. **De la servidumbre al contrato de trabajo**. Madrid: Editorial Tecnos, 1979. (clásico)
7. Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas Baamonde. **Derecho del trabajo**. Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1995.
8. Jaime Arcila Urrea. **Lecciones de derecho procesal del trabajo**. Medellín: Ediciones Previas, 1988.
9. Mario E. Ackerman y Diego M. Tosca. **Tratado de derecho del trabajo**. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2005.
10. Stanley Aronowitz and Jonathan Cutler. **Post-Work**. New York: Routledge, 1998.
11. Rafael Ballén. **Teoría general del derecho del trabajo** / Rafael Ballén. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Forum Pacis, 1994.
12. Santiago Barajas. **Conceptos básicos del derecho del trabajo**. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1995.
13. _____. **Derecho del trabajo**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1990.
14. Francisco Benita Fernández. **Contratación laboral: normas a partir del Estatuto de los trabajadores**. Madrid, España: Servicio de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1982.
15. Roberto Bergalli. **Sentido y razón del derecho del trabajo: enfoques socio-jurídicos para la sociedad democrática**. Barcelona: Hacer Editorial, 1992.
16. Efrén Borrajo Da Cruz. **Derecho comparado del trabajo: Curso 1986-87**. Madrid: Centro Iberoamericano de Relaciones, 1987.
17. Miguel Borrell Navarro. **Análisis práctico y jurisprudencial del derecho mexicano del trabajo**. México, D.F: Editorial SISTA, 1994.
18. Néstor de Buen Lozano. **Derecho procesal del trabajo**. México: Porrúa, 1998.
19. _____. **Derecho del trabajo**. México, D.F.: Editorial Porrúa, 1996
20. Edgardo Cáceres Castellanos. **Derecho del trabajo hondureño: ensayos homenajes-ponencias**. Tegucigalpa, Honduras: Editorial Sofía, 1992.
21. Rafael Caldera. **Derecho del Trabajo**. Buenos Aires: Editorial El Ateneo, 1960.
22. Germán E. Cascante Castillo. **Teorías generales del derecho del trabajo**. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, 1999.
23. Roberto Charis Gómez. **Derecho internacional del trabajo con referencia al derecho sindical mexicano**. México: Porrúa, 1994.

24. Raúl Antonio Chicas Hernández. **Derecho colectivo del trabajo**. Guatemala: Litografía. Orión, 2002.
25. Mario de la Cueva. **El nuevo derecho mexicano del trabajo**. México: Editorial Porrúa, 1990.
26. Mario Deveali. **Lineamientos de derecho del trabajo**. 3ra. Ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1956.
27. Gonzalo Diéguez. **Lecciones de derecho del trabajo**. Madrid: Marcial Pons, 1995.
28. Rolando Echeverría Morataya. **Derecho del trabajo I** Guatemala: Impresos D&M, 2001.
29. _____. **Derecho del trabajo II: Un curso de acuerdo al programa de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**. Guatemala Impresos D&M, 2004
30. Escudero Castro, Silvio. **Curso de derecho colectivo del trabajo**. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional, 1988.
31. Phillip F. Feldblum en “A short history of Labor Law 1349-1967” **Labor Law Journal**. February, 1993.
32. Demetrio Fernández Quiñones. “Derecho laboral” **Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico**. Núm. 67, 1998. p. 749-772
33. Carlos Fuentes Puelma. **Estudios sobre derecho del trabajo y relaciones laborales**. Valparaíso : Edeval, 1996.
34. Gabriel García Becedas. **Introducción al derecho español del trabajo: caracteres y fundamento**. Madrid : Civitas, 1993.
35. Ramón A García Gómez. **La responsabilidad en materia laboral y otros temas de derecho del trabajo**. Santiago, República Dominicana: P.U.C.M.M., 1990.
36. Álvaro García Solano. **Derecho del Trabajo**. Colombia: Editorial Temis, 1981
37. James Paul Gee et. al. **El nuevo orden laboral: lo que se oculta tras el lenguaje del neoliberalismo**. Barcelona: Ediciones Girona, 2002.
38. Guillermo González Charry. **Derecho del Trabajo**. Bogotá: Editorial Temis, 1970.
39. Elías González-Posada. **El derecho del trabajo: una reflexión sobre su evolución histórica**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1996.
40. William B Gould. **Nociones de derecho norteamericano del trabajo**. Madrid: Tecnos, 1991.
41. David M. Helfeld. “La política laboral constitucional del 1952: sus principios esenciales y los factores que la influenciaron.” **Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico**. Núm.72, 2003. p. 143-162
42. _____. “Sumario Análisis del Término 2001-02 del Tribunal Supremo de Puerto Rico.” **Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico**. Núm.72, 2003. p. 459-495
43. Lupo Hernández Rueda. **Manual de derecho del trabajo**. Moca, República Dominicana: Editora Dalis, 1997
44. Héctor Humeres Magnan. **Derecho del trabajo y de la seguridad social**. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1997.
45. H. Hueck y C. Nipperdey. “Compendio de derecho del trabajo”. **Revista de Derecho Privado**. Madrid, España, 1963. p. 29

46. Igualdad Iglesias de Pagán. **El obrerismo en Puerto Rico (1896-1905)**. San Juan: Ediciones Juan Ponce de León, 1973
47. Agustín Lapouble. **Manual teórico-práctico del derecho individual del trabajo: doctrina, legislación, modelos de demandas laborales**. Lima: Cultural Cuzco, 1998.
48. Vladimir Lenin. **¿Qué hacer?** Obras Escogidas Tomo I, Moscú: Editorial Progreso, 1961
49. Antonio Martín Valverde. et al. **Derecho del trabajo**. Madrid: Tecnos, 1995. _____ “Fronteras y zonas grises del derecho del trabajo en la jurisprudencia actual, 1980-2001.” **Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales**, núm. 38, 2002.
50. Carlos Molero Manglano. et. al. **Manual de derecho del trabajo**. 3ra. Ed. Civitas Ediciones, Madrid, España, 2003.
51. Carlos Marx. **Salario Precio y Ganancia**. Obras Escogidas II, Moscú: Progreso, 1976.
52. José Luis Monereo Pérez. **Introducción al nuevo derecho del trabajo: una reflexión crítica sobre el derecho flexible del trabajo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
53. Jaime Montalvo Correa. **Fundamentos del Derecho al Trabajo**. Madrid: Editorial Civitas, 1975
54. Albiol I.Montesinos. et. al. **Manuales Derecho del Trabajo – Tomo I: Fuentes y Relaciones Colectivas**. 5ta Edición. Valencia: Editorial Tirant Le Blanch, 2003.
55. Alfredo Montoya Melgar. et al. **Comentarios al estatuto de los trabajadores**. Pamplona: Aranzadi, 1995.
56. _____ **Derecho del Trabajo**. 26 Ed. Madrid. España: Editorial Tecnos., 1999.
57. Manuel Montt Balmaceda. **Principios de derecho internacional del trabajo: la O.I.T.** Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 1998.
58. Antonio Ojeda Avilés. **Compendio de derecho sindical**. Avilés. Madrid: Tecnos, 1998.
59. Manuel Alonso Olea, y María Emilia Casas Baamonde. **Derecho del trabajo**. Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1995.
60. Teodosio A. Palomino. Coordinador. **El Derecho del trabajo en las constituciones de Iberoamerica**. Perú: Editorial Juris Laboral, 1999.
61. Bernardo Ramírez Zuluaga. **Derecho colectivo del trabajo**. Antioquia, Colombia: Colegas, 1993.
62. Carlos Alá Santiago Rivera. et. al. “La institucionalización de la Sociología del Trabajo en América Latina y el Caribe”. **Sociología del Trabajo (España)** Siglo XXI, Número 32, Invierno 1997-98. p. 131-152.
63. _____ con Juan José Castillo, Elsa Planell Larrinaga **Estudios del Trabajo en el Caribe**. San Juan: First Book Publishing, junio 1998.
84. Max Weber. **Economía y Sociedad**. Méjico: Fondo de Cultura Económica, 1984
Charles Zeno Santiago. **Tratado de derecho del trabajo**. San Juan, P.R.: Publicaciones JTS, 2003.

EL NEOLIBERALISMO Y EL DERECHO DEL TRABAJO

Por: Lic. Karin J. Robles Ramos⁴⁹

Introducción

El Derecho del Trabajo es producto de un proceso de evolución histórica influenciado por la divergencia de ideas y el pensamiento político, económico y social. En este proceso, la contribución de las luchas de los trabajadores por mejorar sus condiciones de empleo es altamente relevante y reveladora. Estas fueron las que posibilitaron la transformación de la postura implantada durante el período liberal hacia una nueva visión más justa y equilibrada del Derecho del Trabajo, a través del Estado Benefactor.

La evolución del Derecho del Trabajo se proyecta en la dignidad conferida a los trabajadores a través de legislaciones que han posibilitado mejores, aunque no suficientes y todavía injustas, condiciones de vida y empleo. Si se visualiza a “grosso modo” este trayecto histórico, se puede observar la figura del trabajador u obrero en distintas concepciones ideológicas y económicas. Algunos ejemplos podrían resultar ilustradores: (1) durante la antigüedad al trabajador se le trataba como un esclavo; (2) en la Edad Media como un vasallo sujeto a servidumbre en relación con el señor feudal; (3) durante la vigencia del liberalismo, como un individuo con capacidad para entrar libremente en una relación contractual con su patrono, pero sin la posibilidad de hacer huelgas, agruparse y mucho menos contratar colectivamente; (4) en el período del Estado Benefactor, el trabajador se visualizaba como un ser humano completo más allá del

⁴⁹ La autora trabaja como Oficial Jurídico en el Tribunal Apelativo.

enfoque exclusivamente pecuniario, por lo cual se le reconocen unos derechos para mejorar sus condiciones de empleo y vida.

A pesar de los avances que ha tenido el Derecho del Trabajo, éste aún no ha alcanzado su plenitud ni madurez. Lo contradictorio con este planteamiento es que hoy día, en el siglo XXI, el Derecho del Trabajo tiene el riesgo de desaparecer o de modificarse sustancialmente, y no precisamente para beneficiar al sector débil de la relación contractual, los empleados. La corriente política económica, que se ha propagado por el mundo entero, denominada como neoliberalismo tiene esta fatal encomienda.

El neoliberalismo es una corriente de pensamiento político-económico cuya principal finalidad es afectar los derechos de los trabajadores, creando un marco unilateral donde la parte beneficiada es el capital. Su orientación va dirigida a reducir los controles estatales para que el sector privado pueda actuar en un ámbito laboral de mayor flexibilidad. Esto, sin importar que se afecten las protecciones laborales que nuestro sistema gubernamental le ha reconocido y provisto a los trabajadores.

Esta corriente política económica del neoliberalismo es un ejemplo de un desarrollo combinado y regresivo. Es un retroceso a los planteamientos ideológicos del liberalismo que sirvieron como base para la formación social del siglo XVIII. A la vez que asume y utiliza la tecnología del siglo XXI para tratar nuestra sociedad laboral de hoy con las mismas actuaciones retrógradas e injustas del siglo XVIII. Durante este artículo, se le otorgará validez a estas premisas.

En la primera parte de este escrito, y sus respectivas sub-partes, se discutirán las corrientes política económicas denominadas liberalismo, estado benefactor y

neoliberalismo. Sobre cada una de estas doctrinas se evalúa el impacto que tuvieron en el Derecho del Trabajo. Respecto al neoliberalismo también, se estudian la globalización, como mecanismo encargado de expandir dicha ideología, y la privatización como su componente práctico. En la segunda parte, se hará a los fundamentos del neoliberalismo y su impacto en el Derecho del Trabajo. En la tercera parte, se presentan las conclusiones de este escrito. Finalmente, se incluye una bibliografía detallada alusiva al tema de estudio.

¿Qué es el Neoliberalismo? Del Liberalismo al Neoliberalismo

A través de la historia, ha sido notable que la economía de muchos países del mundo ha padecido problemas relacionados con la pobreza, la mala y desigual distribución de las riquezas y de la propiedad. Esto se reduce a que unos pocos mantienen el poder del capital, mientras la mayoría reduce su existencia a la dependencia de un trabajo que le posibilita obtener un sueldo para el sustento de su familia. Este funcionamiento económico, político y social ha sido lo que ha permitido que prevalezca la desigualdad social.

A pesar de las variadas corrientes de pensamiento económico político que se han desarrollado durante siglos para responder a realidades o épocas históricas determinadas, la disparidad fundamentada en la frase “unos pocos con mucho y la mayoría con poco”, no ha dejado de prevalecer. Esto ha sido así porque cada una de las corrientes doctrinarias ha respondido exclusivamente a una situación concreta social. Es decir, cada cambio en las condiciones históricas de la sociedad de un país, ha impuesto la necesidad imperiosa de modificar o sustituir la base teórica que le otorgaba validez. En otras palabras, los gobiernos han atendido los problemas sociales económicos de forma

reaccionaria y no de forma pro-activa. Se han orientado a resolver la generalidad del problema y no su realidad, el cual se reduce a proveer justicia e igualdad social. Una de estas tendencias o doctrinas que surgió con la idea de mantener esta filosofía de vida fue el liberalismo. Veamos.

A. El Liberalismo y su Impacto en el Derecho del Trabajo

El liberalismo es una doctrina política que se formuló en el siglo XVIII. Su teórico más importante lo fue Adam Smith. Dicha corriente tenía como finalidad cuestionar las restricciones feudales del comercio y la producción; socavar los regímenes patrimoniales; permitir el libre intercambio del trabajo por salarios; y convertir la riqueza en capital. Desde sus comienzos, el liberalismo, “en su búsqueda de mercados abiertos, la privatización de propiedades y la ampliación de las relaciones de productos, fue una ideología de los países capitalistas que podían competir eficazmente en el mercado mundial.”⁵⁰ Sus principios básicos pueden resumirse de la siguiente forma: “(a) el individuo es la fuente de sus propios valores morales; (b) el proceso de comercio e intercambio entre individuos tiene tanto propiedades de eficiencia para lograr el bienestar colectivo, como de exaltación de la libertad; (c) el mercado es un orden espontáneo para la asignación de recursos; el intercambio entre las naciones no sólo acrecentará la riqueza mediante la división internacional del trabajo, sino que también tenderá a reducir las tensiones políticas y la guerra y (d) la política pública debería limitarse a las pocas preocupaciones comunes de los individuos, la libertad, la seguridad, la justicia, etc.”⁵¹

⁵⁰ Petras James, **Neoliberalismo en América Latina: La Izquierda Devuelve el Golpe**. Homo Sapiens Ediciones, Argentina. pág. 10. (1997).

⁵¹ Gray John. **Liberalismo**. Madrid, Ediciones Alianza. pág. 20. (1994).

A este momento, la pregunta pertinente sería: ¿Qué impacto tuvo la corriente de pensamiento Liberal en el Derecho del Trabajo? Durante el período del Liberalismo el Derecho del Trabajo estaba enmarcado en tres dimensiones: el factor económico, la ideología política o liberalismo político y el factor jurídico. El factor económico estuvo representado por el “laissez faire” o dejar hacer, el cual planteaba la existencia de una libertad general para realizar cualquier actividad profesional. Esto reducía el marco de acción del monarca a “vigilar el respecto de las leyes de la naturaleza, o sea el orden natural, sin intervenir en su ejecución.”⁵²

Por otro lado, la ideología política del liberalismo estaba orientada a la individualidad, la libertad y la igualdad. Esto significaba que el Estado no podía intervenir en la contractualización de las relaciones de trabajo efectuadas entre el patrono y el trabajador. El proveer privilegios a alguna de las dos partes contratantes violaría los principios de igualdad, individualidad y la libertad de voluntades. De esta forma, el Liberalismo Político sentaba las bases para que:

“el Estado favoreciera la libertad de comercio y de industria, en provecho de los trabajadores autónomos (libertad individual) y garantizara la libertad de trabajo en las relaciones entre empleadores y trabajadores. Esto proponía la idea de que el Estado tampoco debía intervenir en la determinación de las relaciones de trabajo entre empleadores y trabajadores.”⁵³

Finalmente, el factor jurídico tenía su justificación en la doctrina de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual. Esta doctrina establecía que tanto el trabajador como el empleador podía dar por terminado el contrato de trabajo. Además, imposibilitaba que el Estado interviniera al momento de establecerse el contrato de

⁵² Castillo Cascante, Germán E. **Teorías Generales del Derecho del Trabajo**. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S. A. pág. 58. (1999).

⁵³ Castillo Cascante, Germán E. **Teorías Generales del Derecho del Trabajo**. Ibid. pág. 59.

trabajo, de forma que éste sólo podía intervenir para salvaguardar el orden público y las buenas costumbres.

El liberalismo era una corriente que sólo avalaba la individualidad de la contractualización laboral. Siempre mantuvo su posición en contra de los acuerdos laborales entre patrono y asociaciones profesionales, lo que hoy se denomina sindicatos o uniones. Tampoco consideraba válido el que una asociación de trabajadores pudiera obligar al patrono a negociar colectivamente, cuando éste no estaba dispuesto a hacerlo.

La idea detrás de esta perspectiva laboral liberal era que se debía suprimir a las agrupaciones profesionales porque eran contrarias a la libertad individual. En ese sentido, rechazaban los acuerdos colectivos porque éstos suponían la existencia de agrupaciones de trabajadores para negociar con el patrono. Esta dual relación de factores provocó que la doctrina liberal prohibiera totalmente que se negociara colectivamente las condiciones de trabajo de los empleados. Su planteamiento constante era que estas condiciones laborales debían ser acordadas individualmente, entre cada empleado y el patrono. Lo contrario pondría en desventaja o desigualdad al patrono ante la masa de trabajadores que pretendieran negociar con él cualquier asunto de trabajo. En definitiva, su filosofía giraba únicamente el contrato individual era el medio apropiado para establecer las relaciones de trabajo entre las partes contratantes. Para los liberales, la creación de un convenio colectivo desvirtuaba sus principios laborales de igualdad y libertad.

Las preguntas obligadas serían: ¿Realmente existía una igualdad y libertad contractual entre un patrono con poder adquisitivo y control del capital y unos empleados pobres y desposeídos del capital que requerían de un trabajo para generar un sueldo que

les facilitara mantener a sus respectivas familias? ¿Sería esta ideología liberal una utopía cuya finalidad era ofrecerle ventaja al patrono ante la necesidad de trabajo de los empleados? Indudablemente, no puede haber una libertad contractual o un acuerdo de voluntades real cuando un patrono y unos empleados se encuentran en desigualdad económica y social. No es lo mismo que un patrono contrate con un empleado desposeído del capital, a que negocie con otro patrono en igualdad de condiciones. Indiscutiblemente, el acuerdo de voluntades o libertad contractual será más viable cuando un patrono negocia con otro patrono. Esta cita de Paul Durand puede resultar esclarecedora:

“La protección obrera debía encontrarse en el derecho de no contratar, pero el asalariado está colocado en una situación de dependencia económica, sus ingresos dependen de su trabajo y no puede determinar indefinidamente la conclusión del contrato: tarde o temprano el empleador dictará la ley de su contrato.”⁵⁴

A consecuencia de esta desventaja entre los patronos y los empleados es que el liberalismo dismanteló y afectó el Derecho del Trabajo. A continuación se discute las consecuencias del liberalismo en el Derecho del Trabajo.

La doctrina liberal impactó negativamente el Derecho del Trabajo y por ende la estabilidad de la sociedad laboral del siglo XVIII, desde dos perspectivas: (1) la económica y la (2) humana. Desde el punto de vista económico, bajo esa tendencia el trabajo no era seguro. El patrono era el que definía qué empleos iba a crear y cuál era la tasa de desempleo que debía mantener, de acuerdo a las condiciones económicas. El trabajo era inseguro porque “el materialismo liberal de economía no garantizaba el

⁵⁴ Gómez José María, **América Latina y el (Des) orden Global Neoliberal: Hegemonía, Contrahegemonía, Perspectivas**. Buenos Aires, CLACSO. pág. 265. (2004).

aprendizaje o la formación profesional, no fijaba salarios máximos ni mínimos, no prohibía trabajar de noche, no prohibía el trabajo los domingos, entre otros.”⁵⁵

En fin, el liberalismo sometió el trabajo a las leyes de la competencia y el patrono para competir en condiciones óptimas optó por lo que más le convenía, reducir el salario de los trabajadores. ¿Será esto un ejemplo de igualdad, libre voluntad de contratación y justicia social? Sin duda, no. Esta es una muestra de que la ideología liberal era unidireccional, orientada al amasamiento del capital por parte de los patronos a costa de la seguridad y estabilidad económica de los trabajadores.

El liberalismo también tuvo un impacto negativo social y humano para los trabajadores y sus respectivas familias. Algunos ejemplos de este planteamiento son los siguientes:

”(1) Al aplicar las leyes de oferta y demanda a los precios de las habitaciones, éstas alcanzaron montos muy elevados que imposibilitaba que cada familia de trabajadores tuviera su propio hogar. Esto provocó que familias de 5 a 6 miembros se amontonaran en piezas húmedas de 2 y 3 metros cuadrados. (2) El precio de las habitaciones alcanzaba la tercera parte del salario total de los trabajadores. (3) Las jornadas de trabajo eran de 15 horas diarias. (4) Se desarrolló el trabajo de las mujeres y de los niños de 5 a 6 años de edad, porque eran más barato. El sueldo de las mujeres representaba la cuarta parte del salario de un varón; mientras el salario de un niño equivalía a una décima parte del sueldo de un adulto. (5) En los reglamentos internos de las fábricas se establecen multas, que eran deducidas del salario ya insuficiente del trabajador.”⁵⁶

Para finales del siglo XIX, y como consecuencia de los abusos que provocó esta corriente del liberalismo, el mismo entró en decadencia. Su derrumbamiento fue

⁵⁵ Davis Ffrench, Ricardo. **Entre el Neoliberalismo y el Crecimiento con Equidad**. Buenos Aires, Argentina. Siglo XXI, Editores Argentina S. A. pág. 61. (2004).

⁵⁶ Davis Ffrench, Ricardo. **Entre el Neoliberalismo y el Crecimiento con Equidad**. Ibid. pág. 62.

provocado, “primero por el desencadenamiento de la Primera Guerra Mundial y segundo por el colapso del capitalismo durante la década de 1930 que continuó hasta la década de 1970.”⁵⁷ Específicamente, su decaimiento se debió a la revolución keynesiana que implicó la generalización del Estado de Bienestar.

B. El Estado Benefactor⁵⁸ y su Impacto en el Derecho del Trabajo

Esta nueva corriente del pensamiento denominado Estado Benefactor o enfoque keynesiano, cuyo mayor exponente era John Maynard Keynes, surgió a partir de mediados del siglo XIX. Este pensamiento, que formó parte del denominado Intervencionismo Estatal, asumió importancia como doctrina económica cuando el capitalismo estuvo en su etapa más gloriosa y estable, específicamente en el período después de la segunda guerra mundial. Su filosofía político económica estaba dirigida a la responsabilidad de proveerle a todo ciudadano de una nación el acceso a aquellos servicios que les posibilitara mejorar sus condiciones de vida.

Entre los postulados teóricos que Keynes pensaba eran cónsonos con la situación vigente del capitalismo se encontraban los siguientes: “(1) cuando aumenta la ocupación aumenta también el ingreso global real de la comunidad; (2) el incremento de la inversión generaría nuevos aumentos de empleos, resolviendo el proceso de desocupación, expandiéndose el mercado de consumo y evitando la sobreproducción; (3) el Estado tiene que intervenir en la economía para que el equilibrio del empleo se alcance; (4) una socialización bastante completa de las inversiones será el único medio de aproximarse a

⁵⁷ Petras James, *Neoliberalismo en América Latina: La Izquierda Devuelve el Golpe*, op.cit.

⁵⁸ Los postulados del socialismo que promovían la igualdad en la sociedad no son materia de discusión en este trabajo. Sin embargo, tenemos que anotar, que muchos beneficios establecidos en el socialismo fueron posteriormente adoptados por el capitalismo, a través de la corriente política económica denominada Estado Benefactor, para superar la crisis que sufrió en los años 30. Me refiero a los beneficios de salud, el seguro social, los fondos de retiro, el desempleo, entre otros.

la ocupación plena; (5) el Estado tendrá que ejercer una influencia orientadora sobre la propensión a consumir a través de un sistema de impuestos, fijando la tasa de interés o quizás por otros medios; (6) el Estado actuará como un agente económico.”⁵⁹

La corriente del Estado Benefactor se desarrollo producto de varias consideraciones: (1) la toma de conciencia de los obreros respecto a su vida en circunstancias de miseria; (2) factores ideológicos; (3) factores políticos; (4) factores jurídicos y (5) factores económicos. Cada una de estas reflexiones contribuyó en la evolución positiva del Derecho del Trabajo.

Respecto al primer punto, la toma de conciencia de los obreros, éstos se percataron de la miseria social en la que se encontraban y decidieron optar por mejorar sus circunstancias de vida. Ante lo cual, optaron por promover luchas para reivindicar y cambiar sus condiciones de trabajo. Es en este período que se desarrollan las negociaciones y convenios colectivos.

El factor ideológico de esta corriente de pensamiento se basaba en la concepción de que el trabajo no sólo tiene implicaciones pecuniarias sino que de éste también se derivan consecuencias sociales y humanas. Es decir, el contrato de trabajo trasciende a la vida social siendo más que factores puramente económicos y de beneficio exclusivo y prioritario para el patrono.

Dentro de los factores políticos que le dieron validez al Estado Benefactor se encuentran: (1) el derecho al sufragio universal por parte de los obreros y (2) la organización política de los trabajadores. Una vez los empleados u obreros alcanzaron el derecho al voto era necesario que los políticos contaran con el voto de éstos para llegar al

⁵⁹ Hernández Alcides. **El neoliberalismo en Honduras**. Tegucigalpa, Honduras. Editorial Guaymuras. pág. 32-34. (1987).

poder. En ese sentido, para lograr controlar el poder los políticos debían escuchar las peticiones de los trabajadores, y no solamente escucharlas sino ponerlas en práctica. Por otra parte, esta necesidad de tomar en cuenta las necesidades de los trabajadores se hizo más patente cuando éstos comenzaron a organizarse en sindicatos.

Desde la perspectiva jurídica, se produjo una crítica al supuesto de la autonomía de la voluntad. La doctrina del Estado Benefactor planteaba que la autonomía de la voluntad, según estructurada por los liberales, no proveía una igualdad entre las partes del contrato. En ese sentido, la igualdad es un espejismo, es una ficción. Su posición doctrinal es que lo que ocurría en la relación contractual entre el patrono y el empleado era que el primero oprimía al segundo. Ante tal supuesto, no cabe otra proposición “entre el fuerte y el débil, entre el rico y el pobre, entre el maestro y el servidor, es la libertad quien oprime y es la ley quien libera.”⁶⁰ Siendo de este modo, era permitido e inevitable que el Estado interviniera en esta relación de total desigualdad. Sobre el particular, se ha expresado que: “la igualdad jurídica no es nada si no está acompañada de la igualdad económica, y el Estado debe velar por su tutela, reestablecer el equilibrio de las partes.”⁶¹

Finalmente, el factor económico es el que le otorga sentido a las relaciones colectivas de trabajo. La concepción del Estado Benefactor es que si existe un trabajo que implique estar subordinado a alguien, es necesario que se permitan las negociaciones colectivas porque siempre el trabajador va estar en desventaja ante el poder del capital. Siendo así, su única salvaguarda es la protección de sus intereses por parte del colectivo.

⁶⁰ Gómez José María, **América Latina y el (Des) orden Global Neoliberal: Hegemonía, Contrahegemonía, Perspectivas**. Op. cit. pág. 276.

⁶¹ Castillo Cascante, Germán E. **Teorías Generales del Derecho del Trabajo**. Ibid. pág. 87.

Como parte de sus acciones para contrarrestar los abusos laborales y sociales propiciados por la doctrina liberal, el intervencionismo estatal desarrolló legislaciones para proteger a los niños que laboraban durante el período liberal. Las primeras normativas en la segunda mitad del siglo XIX estaban dirigidas a proteger a los niños. El propósito de la misma era “prohibir el trabajo de los niños menores de 8 años, establecer que los niños entre 8 y 12 años sólo podían trabajar 8 horas diarias, que los niños entre 12 a 16 años sólo podían laborar 12 horas y que los de 16 años hacia delante sólo podían trabajar de 16 a 17 horas diarias.”⁶² A pesar de que esta legislación fue mal elaborada y aplicada porque no amplió el margen de protección a favor de los niños, la misma representó un cambio de mentalidad hacia una mayor intervención por parte del Estado en las relaciones de trabajo establecidas entre el patrono y el empleado.

Otros límites que el intervencionismo estatal le estableció a la libertad contractual fueron: “(1) se prohibió el trabajo nocturno de los niños y de las mujeres; (2) se prohibió que las mujeres trabajaran en lugares insalubres o peligrosos; (3) se redujo la jornada de trabajo a 8 horas diarias; (4) se concede un período previo antes de consumir la ruptura del contrato de trabajo, el cual se otorga cuando se va a despedir al empleado injustificadamente; (5) si la ruptura del contrato era unilateral, pero además abusiva y causaba daños y perjuicio al trabajador, éste podía reclamar una indemnización; (6) es preciso reconocer a los sindicatos para que exista igualdad entre empleadores y trabajadores; (7) la huelga se convirtió en un derecho constitucional; (8) la conciliación se debía llevar al arbitraje obligatorio en caso de que las partes no pudieran ponerse de acuerdo; (9) se le otorga a los empleados una protección contra los accidentes del trabajo;

⁶² Navarro Vicenc. *Neoliberalismo y Estado de Bienestar*. Barcelona, España. Editorial Ariel, S. A. págs. 94-95. (1997).

(10) se consideraban a los sindicatos como representantes de la profesión y, por lo tanto, titulares de la negociación colectiva, pudiendo negociar a nombre de los miembros de una profesión; (11) en el 1919, se creó la Organización Internacional del Trabajo para tratar de armonizar la legislación de los diferentes países industrializados; (12) se creó la figura del Inspector del Trabajo para velar que se aplicara la legislación industrial establecida para proteger los derechos de los trabajadores; (13) los empleados tuvieron derecho a 15 días de vacaciones; (15) se visualiza al individuo como propietario del empleo que ocupa y, en consecuencia, no puede ser privado de él sin justa causa.”⁶³

Como es notable, el Estado Benefactor vino a cambiar todos los postulados retrógrados del Liberalismo. Las únicas tres consideraciones del Liberalismo que permanecieron durante el intervencionismo estatal fueron: (1) la libertad contractual prevaleció en todas las circunstancias en las que el Estado no hubiera establecido normas protectoras del trabajo; (2) el derecho del patrono a despedir discrecional y unilateralmente y (3) los reglamentos internos sobre las normas de trabajo elaborados unilateralmente por el patrono y a cuyas condiciones debía someterse el trabajador que prestaba sus servicios.

Este enfoque keynesiano predominó en la política económica hasta mediados de los años setenta. A través del mismo, se pudo observar que los gobiernos aplicaron, como fundamento de la política económica, “el manejo de la demanda agregada y una política de gastos que tenía múltiples funciones, entre otras, garantizar el pleno empleo, estimular el proceso de crecimiento en las economías de mercado y permitir el acceso a la

⁶³ Castillo Cascante, Germán E. **Teorías Generales del Derecho del Trabajo**. Op. cit. págs. 87-94.

educación, la sanidad, la vivienda, las pensiones y al seguro de desempleo, entre otros, a la población de bajos ingresos.”⁶⁴

La crisis económica de los años setenta altera de manera fundamental la perspectiva de la intervención del Estado y afectará además la naturaleza de la teoría keynesiana. De hecho, el axioma prevaleciente en ese momento era "el Estado no es la solución, es el problema", atribuyendo al exceso de intervención del Estado el desempleo masivo, la inflación, la debilidad del crecimiento, lo que por supuesto preparaba el campo para la crítica a la intervención estatal en los asuntos económicos. Bajo estas premisas es que surge la corriente del neoliberalismo.

C. El Neoliberalismo⁶⁵ y su Impacto en el Derecho del Trabajo

“El neoliberalismo es una filosofía y una doctrina económica, política y social que para fundamentar y argumentar sus posiciones y acciones sobre la propiedad, el intercambio de bienes y sobre la sociedad y su gobierno, recurre a una visión del hombre como un ser individual, cuyo fin esencial es de carácter económico, centrado en el interés propio, en estado original de perfecta libertad, que tiene como medio y fin de su quehacer, actuar en el mercado.”⁶⁶ Como es notable dentro de la ideología del neoliberalismo persisten las ideas liberales clásicas como lo son: (1) la importancia del individuo, (2) el papel limitado del Estado y (3) el valor del mercado libre. Esto

⁶⁴ Bresser Pereira, Luis C, Maravall, José María. **Las reformas económicas en las nuevas democracias: Un enfoque socialdemócrata**. Madrid, Ediciones Alianza, pág. 45. (1993).

⁶⁵ Como nota informativa, esta filosofía política económica denominada neoliberalismo fue elaborada y estudiada por diversa escuelas. Las mismas fueron: (1) la Escuela Monetarista o Escuela de Chicago, (2) la Escuela de la Elección Pública, (3) La Teoría del Capital Humano, (4) El Movimiento de los Derechos de Propiedad, (5) Escuela de la Economía de Oferta; (6) Capitalismo Radical, (7) Escuela Institucionalista y (8) Escuela de P. Samuelson. Una discusión sobre estas escuelas puede ser encontrada en: Central Latinoamericana de Trabajadores. **Neoliberalismo y Movimiento de los Trabajadores**. Sao Paulo, Brazil. Fondo Latinoamericano de Ediciones Sociales. pág. 60-63. (1993).

⁶⁶ Central Latinoamericana de Trabajadores. **Neoliberalismo y Movimiento de los Trabajadores**. Sao Paulo, Brazil. Fondo Latinoamericano de Ediciones Sociales. pág. 58. (1993).

obviamente para fortalecer y otorgarle validez a su planteamiento central: la intervención gubernamental usualmente no funciona, mientras el mercado siempre responde y es superior a las intervenciones económicas y sociales del poder público.

Esta corriente política económica no es un fenómeno nuevo en el desarrollo del capitalismo. El mismo tuvo su origen en las concepciones del liberalismo económico que en un momento dado fueron el soporte sobre el cual se configuró lo que hoy se conoce como el modelo capitalista. Esta corriente de pensamiento político económico surgió como antítesis al keynesianismo, durante el siglo XX. Específicamente, el neoliberalismo empezó a construirse en el año 1940 con importantes teóricos como Friedrich Hayek o Milton Friedman, que se encargaron de restaurar la ideología liberal fundamentándose en su continuo rechazo a la intervención del Estado frente a su persistente defensa a favor de la libre economía de mercado.

La influencia internacional de esta doctrina se hizo patente en el año 1973, período en que se suscitó la crisis del petróleo. Esto contrario a Estados Unidos donde las políticas económicas neoliberales llegaron tres años antes, “cuando la crisis económica adquirió la forma de altos niveles de desocupación, inflación y un mercado deterioro internacional de la economía norteamericana.”⁶⁷ A pesar de la incursión de la doctrina en el ámbito internacional, no fue hasta 1980, con Ronald Reagan como presidente de Estados Unidos y Margaret Thatcher como Primer Ministro del Reino Unido, que el neoliberalismo logró su plenitud. Ambos gobernantes centraron sus energías en desarmar a la extinta Unión Soviética. Finalidad que consiguieron durante la década del 1990 y

⁶⁷ Manfred Wannofel (Ed.), **Ruptura en las relaciones laborales: Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, México, Paraguay**. Editorial Nueva Sociedad, Caracas, (1ra Ed.), págs. 187-209. (1995).

que les permitió propagar la filosofía neoliberal por todo el mundo; sin que la influencia socialista de la Unión Soviética los pudiera combatir.

Neoliberalismo, Globalización y Privatización

Del estudio del neoliberalismo no se puede abstraer el análisis del fenómeno de la globalización ni el de la privatización. El primero tiene que ver con “el dominio del capital proveniente de los países más desarrollados sobre los capitales nacionales, a la intensificación de las redes de comunicación internacional y al desarrollo de un mercado global sin fronteras.”⁶⁸ Ante esta premisa, resulta lógico pensar que la globalización es el brazo ejecutor del neoliberalismo. Es decir, el mecanismo o instrumento que posibilitó el que las políticas económicas del neoliberalismo se expandieran por todo el mundo.

Sin duda, la globalización fue la que contribuyó a que durante la década de los ochenta los países del Tercer Mundo se vieron forzados a aceptar la doctrina neoliberal en su filosofía política económica. Sus fuerzas internacionales globalizadoras, el Fondo Monetario y el Banco Mundial, establecieron la pauta del comportamiento político económico de estos gobiernos. Por su imposición de las políticas neoliberales, estos países comenzaron a modificar su visión del estado de bienestar, desreglamentar su economía, generar un excedente de exportación destinado al pago de sus deudas y reestructurar sus economías siguiendo los lineamientos neoliberales, como son: la privatización de las empresas públicas, el recorte del gasto público, la reducción de los costos laborales y la protección social.”⁶⁹ En fin, para poder competir mejor con las grandes potencias mundiales, estos países se encargaron de obtener más productividad de

⁶⁸Reyes Colón, Linda. “**Neoliberalismo, Globalización y Pobreza en Puerto Rico**”. Unidad de Investigaciones Económicas. Publicaciones Puertorriqueñas. San Juan, Puerto Rico. pág. 21. (1999).

⁶⁹ Reyes Colón, Linda. “**Neoliberalismo, Globalización y Pobreza en Puerto Rico**”. Ibid. pág. 21-22.

los trabajadores, pagándoles salarios bajos y no proveyéndoles una adecuada protección social.

Lo más alarmante es que esto es una reacción en cadena. Es decir, “al importar los productos con mano de obra barata desarrollados por los países subdesarrollados se destruyen más y más los puestos de trabajo no cualificados en los países desarrollados que producen estos productos.”⁷⁰ Es más, “la destrucción de estos puestos de trabajo fuerza a los trabajadores antes empleados en la elaboración de productos, ahora importados de los países subdesarrollados, a buscar trabajo incrementando la demanda de puestos de trabajo, ejerciendo así una presión para la disminución de los salarios de los que están todavía empleados.”⁷¹ Esto significa que también el mundo empresarial de los países desarrollados, para poder competir con los países subdesarrollados, tendrá la necesidad de reducir los salarios, los puestos y las condiciones de empleo y vida de los trabajadores. Como se evidencia, la globalización del neoliberalismo provoca la erradicación del compromiso social y por ende la traición de los trabajadores al eliminar empleos, reducir los salarios y afectar sus condiciones de trabajo y vida, por el mero objetivo exclusivamente económico de poder ser competitivo en el mercado laboral para amasar mayor cantidad de capital. Como dice Mafalda: “Nadie puede amasar una fortuna, sin hacer harina a los demás.”

Por su parte, la privatización es el acto de vender al sector privado bienes o servicios provistos por el ente gubernamental. Ésta “es producto de una visión y de una convicción de que es preciso disminuir el campo de intervención del Estado reduciendo, hasta llegar a la abolición, la propiedad pública de los medios de producción de bienes o

⁷⁰ Navarro Vicenc. **Neoliberalismo y Estado de Bienestar**. Op. cit. págs. 191.

⁷¹ Schmith Douglas, **Inequality and Globalization, Economic Policy Institute**, Washington D. C. pág. 105. (1996).

servicios.”⁷² La privatización es la puesta en práctica de uno de los planteamientos ideológicos del neoliberalismo, el cual es que el Estado debe reducirse al máximo y darle paso al ente privado para controlar la economía del país. Esta opción política económica forma parte, junto con la reformulación de la política social del estado benefactor, del proceso mundial de reorganización del estado neoliberal.

El planteamiento neoliberal de la privatización es uno inclusivo. Es decir, éste no se limita a las agencias públicas básicas del Estado, sino que también incluye la privatización de la salud, la seguridad social, la educación y la seguridad pública. Campos que tradicionalmente han sido considerados como parte de la responsabilidad primaria del Estado. La argumentación de los liberales para estas acciones se fundamentan en lo siguiente: “(1) el sector público no es capaz de reaccionar de la misma forma que el sector privado porque pertenece tanto al mundo de lo político como de lo económico; (2) el propósito de la privatización es favorecer una mayor competitividad de la economía y dejar camino a la famosa “mano invisible” del mercado; (3) el financiamiento de las empresas públicas o mixtas representa una carga tan pesada para el Estado por su ineficiencia, que representa un desequilibrio en la política presupuestaria; (4) la privatización favorece una administración interna más eficiente ya que los administradores públicos, en el mejor de los casos, reciben una mayor remuneración que el resto del personal, pero no están incentivados por el reparto de la ganancia para los accionistas, para ellos y para los trabajadores.”⁷³ En fin, la razón de los gobiernos liberales para estas acciones se basan en la necesidad de abandonar teorías económicas superadas y adaptarse a las doctrinas modernas del libre mercado. Este

⁷² Central Latinoamericana de Trabajadores. **Neoliberalismo y Movimiento de los Trabajadores**. Op. cit. pág. 86.

⁷³ Central Latinoamericana de Trabajadores. **Neoliberalismo y Movimiento de los Trabajadores**. Ibid.

planteamiento es altamente discutible porque ni teórica ni empíricamente se ha probado que el mercado por sí mismo logra la mejor distribución de los recursos.

Lo fatal detrás de estas perspectivas políticas económicas es que la privatización viene acompañada de un proceso de desreglamentación que propone el abandono de políticas específicas para sectores de la economía. La propaganda es que la mejor política del Estado es no intervenir y dejar el control de los servicios y bienes públicos al mercado. Esta posición es totalmente errada. “En primer lugar, porque tal mercado no es libre, sino manejado por un puñado de grandes corporaciones transnacionales, donde el abandono de un activo papel económico del Estado no es liberar el mercado, sino abandonarlo a otro poder, el de las grandes corporaciones multinacionales. En segundo lugar, porque la historia ha demostrado que el mercado por sí mismo no genera desarrollo y mucho menos justicia social.”⁷⁴ La finalidad de las políticas neoliberales puestas en práctica, a través de la privatización y la completa libertad de mercado, son nefastas porque se reducen a igualar las entidades públicas con las privadas, desnaturalizando y renunciando a regular y conducir un proyecto gubernamental de desarrollo dirigido a establecer justicia social. Esto por lo tanto, redundará en un impacto negativo en los trabajadores. Éstos pasarán por el proceso de ser despedidos, o reubicados en empleos temporeros privados, o si permanecen en la empresa, se le afectarán las condiciones laborales que fueron obtenidas por sus propias luchas colectivas.

Fundamentos del Neoliberalismo y su Impacto en el derecho del trabajo

⁷⁴ Picard Arroyo, Alberto. “Las Privatizaciones y el Sentido de la Empresa Pública” en el libro *La Privatización en México: Consecuencias Sociales y Laborales de Enrique de la Garza Toledo*. Instituto de Estudios de la Revolución Democrática. México. pág. 303. (1998).

El fundamento principal del neoliberalismo es que “la intervención del Estado en la economía capitalista debe limitarse a facilitar la acumulación privada, mantener la estabilidad económica (por ejemplo, contener la inflación) y promover la libre competencia.”⁷⁵ Esto significa que el modelo neoliberal utiliza la estructura gubernamental para lograr cambios significativos y beneficios para el capital, que de ordinario no pueden ser alcanzados mediante las relaciones de libre mercado. Algunos ejemplos de estos cambios son: reducción en los derechos que tienen los trabajadores, la atrición del empleo público y privado, el control de la actividad sindical, entre otros.

El objetivo fundamental de la política económica neoliberal, es propiciar el funcionamiento flexible del mercado eliminando todos los obstáculos que se levantan a la libre competencia. El neoliberalismo ha hecho suya la teoría del libre cambio en todas sus versiones y se ha apoyado en unas u otras para justificar su concepción del mundo como un gran mercado donde todos compiten en condiciones de igualdad entre cada país, según sus posibilidades. Esto supone no solamente la exposición de la economía a la competencia internacional, sino la adopción de tipos de cambio flexible y en fin el desmonte de todo tipo de protecciones, estímulos y ayudas a los trabajadores.

El neoliberalismo tiene diversas concepciones filosóficas sobre los distintos factores que emergen dentro de una sociedad. Las mismas están centradas en el planteamiento original de que la relación fundamental debe darse entre el individuo, la libertad y el libre mercado. A continuación se discutirán las concepciones filosóficas que tiene el neoliberalismo respecto: al Estado; la Justicia Social, la Solidaridad, el Bien

⁷⁵ Manfred Wannöfel (Ed.), **Ruptura en las relaciones laborales: Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, México, Paraguay**. Editorial Nueva Sociedad, Caracas, Id.

Común, el Trabajo, el Salario, el Sindicalismo; y como éstas impactan el Derecho del Trabajo y por ende a la clase trabajadora.

La concepción neoliberal del Estado se reduce a visualizar al mismo como un ente que no interviene, no reglamenta, no participa en los procesos económicos y que sólo se limita a posibilitar que se logre el flujo de libre mercado. Específicamente, el neoliberalismo concibe al Estado de la siguiente forma:

(1) El Estado debe funcionar como una empresa, el gobierno como un buen administrador y los ciudadanos como consumidores que demandan bienes y servicios básicos; (2) el Estado debe ser mínimo en extensión, pero fuerte en autoridad para cobrar los impuestos mínimos, para desarrollar sus funciones esenciales y para limitar la fuerza gremial de intervención en la vida económica, flexibilizando las relaciones laborales y reglamentando los derechos sindicales; (3) el Estado es un agente exógeno a la economía que no tiene que planificar, invertir, administrar, producir, intervenir en excesivas y minuciosas regulaciones, o ser banquero o benefactor social, pero eso sí, debe tener función de gendarme de la propiedad y de la acumulación y asumir el rol de promotor de la inversión privada y de la negociación con el capital extranjero; (4) El Estado no puede garantizarle a los individuos su bienestar social porque esto afecta la competitividad de la economía.”⁷⁶

En fin, los neoliberales visualizan el Estado como una entidad inexistente, y por tanto irreal, que sólo deja de ser ficticia cuando éstos lo necesitan para sus propios beneficios económicos. Un componente político social que no puede intervenir entre la relación patrono – empleado y que por tanto no le compete establecer ninguna legislación, que de acuerdo a los neoliberales, establezca una disparidad entre el poder del capital y el trabajador.

Los valores de justicia social, solidaridad y bien común están íntima y estrechamente entrelazados y tienen que ver con la visualización del mundo no desde una

⁷⁶ Hamelinck Luc, **Neoliberalismo: Presentación Crítica de la Situación en los Países más Desarrollados**. Bruselas, Bélgica, pág. 72-75. (1991).

perspectiva individual, como lo conceptualiza el neoliberalismo, sino desde una colectiva. Esto para establecer un ambiente de equidad donde todos trabajen para el bienestar común y no se perpetúe la disparidad, donde unos pocos continúen siendo cada vez más ricos, a costas de las mayorías más desamparadas, y otros continúen siendo cada vez más pobres. Estas premisas son totalmente contrarias con las concepciones neoliberales. Su visión sobre estos conceptos sociales puede resumirse de la siguiente forma:

“(1) en economía, sacarle a unos para darle a otros sobre una base de justicia social común, es contrario a la libertad económica; (2) el bien común es, en el mejor de los casos, el resultado no querido y no buscado de las iniciativas individuales; (3) si se equipara bien común y justicia social, la verdadera injusticia social sería la falta de reconocimiento que tiene el resultado económico del esfuerzo personal; (4) la solidaridad es trabajar para incrementar la riqueza; (5) las políticas de solidaridad social son negativas y deben ser llevadas al mínimo vital tanto para los enfermos como para los minusválidos, los jubilados y los pensionados debido a que debilitan el sentido de responsabilidad de los individuos y ejercen una presión muy fuerte en las deducciones obligatorias, perjudicando por tanto el ahorro, la inversión, la competitividad y la rentabilidad de las empresas; (6) el único sistema capaz de crear riqueza es el capitalismo de mercado libre y éste no entiende ni de solidaridad, ni de igualdad social; (7) la solidaridad social es un principio de mínima responsabilidad social para hacer posible la libertad económica.”⁷⁷

Respecto a las legislaciones que les proveen seguridad social a los empleados, cómo se puede observar, éstas también se ven amenazadas con las políticas neoliberales. Las pensiones para los jubilados, las compensaciones por incapacidad laboral, las vacaciones, el seguro social, seguro por desempleo, las licencias por enfermedad, entre otras, todas pueden ser eliminadas con esta corriente política económica. Los neoliberales quieren acabar con estas seguridades de los empleados porque plantean que

⁷⁷Laurell, Asa Cristina. **Estado y Políticas Sociales en el Neoliberalismo**. Ediciones Frederick Ebert, México. pág. 51-52. (1992).

perjudican la competitividad de las empresas y disminuyen el dinamismo económico. Su recomendación es “privatizar la seguridad social haciendo de este modo que se reduzca la protección obligatoria y aumente la responsabilidad individual.”⁷⁸ Esta propuesta se reduce a la siguiente premisa: si el empleado quiere que se le responda por su incapacidad laboral, que se compre su propio seguro de incapacidad.

El neoliberalismo reduce el concepto Trabajo a una simple analogía de trabajador – productividad. Es la perspectiva puramente económica y monetaria de cuánto valor agregado aporta este trabajador dentro del proceso de fabricación o elaboración de un producto o servicio. Concretamente, el neoliberalismo “considera al trabajo como capital humano e identifica esta riqueza humana con la calificación profesional, con la idoneidad y suficiencia del trabajador para la vida económica dentro del capitalismo competitivo.”⁷⁹ Esta corriente valora el trabajo, refiriéndose al trabajo de los empleados, exclusivamente como una mercancía que se mantiene si le posibilita aumentar sus ingresos y se desecha si significa más un costo que una ganancia.

En ese sentido, la doctrina neoliberal no cree en el establecimiento de un salario mínimo para los empleados. Su concepción es que el salario debe ser establecido acorde al mercado. Para establecerlo utilizan las siguientes consideraciones: “(1) la competencia entre los ofertantes de trabajo (los trabajadores); (2) la competencia entre los demandantes de trabajo (los patronos o empresarios); y (3) la rentabilidad marginal de la productividad del trabajo.”⁸⁰ Es obvio, que ante estos parámetros, el salario no puede ser pagado por encima de los estándares de productividad del trabajo, ni puede ser

⁷⁸ Central Latinoamericana de Trabajadores. **Neoliberalismo y Movimiento de los Trabajadores**. Op. cit. pág. 95.

⁷⁹ Lucena, Héctor y Calero, Fernando. **Las Relaciones de Trabajo en los Noventa**. Ediciones ILDIS, Caracas, Venezuela. pág. 25. (1990).

⁸⁰ Levine, Barry B. **El Desafío Neoliberal**. Editorial Norma. Colombia. pág. 197. (1992).

establecido por el Estado. Esto porque los neoliberales tienen la concepción errada de que al determinar un salario mínimo justo se provocaría la inflación, la recesión, el desempleo y finalmente el estancamiento en el Producto Interno Bruto.

La propuesta neoliberal implica que la abundancia de empleos y el salario variaran al compás de la oferta y la demanda. La seguridad de las familias de los trabajadores podrán ser afectadas porque de acuerdo a la fluctuación del mercado tendrán dinero o no para pagar la luz, el agua, su vivienda, su alimentación. En fin, sus condiciones de vida y trabajo estarán reglamentadas por las fuerzas de la oferta y la demanda. Sobre el particular plantea Friedman:

“El principio más elemental de la economía constituye la clave para entender la situación: la ley de la demanda, es decir, cuanto mayor sea el precio de un producto, un número menor de personas estará dispuesto a comprarlo. Encarezcamos el trabajo de cualquier actividad y la cifra de puestos de trabajo en ese sector se reducirá....reduzcamos la cifra de carpinteros o pilotos, y alcanzarán salarios mayores.”⁸¹

Este planteamiento de la variabilidad del salario de acuerdo a la oferta y demanda de la fuerza de trabajo, si la oferta es mayor habrá menor salario y si es menor habrá mayor salario, indudablemente es un elemento que no tan sólo se encargará de aumentar brutalmente el desempleo sino que también incrementará la pobreza de las familias de los empleados.

Por último, los neoliberales piensan que los sindicatos deben ser eliminados porque atentan contra la libertad de trabajo, la libre contratación y la libre fijación de las condiciones de trabajo entre el patrono y el empleado. Además, desvalorizan a los sindicatos porque piensan que éstos son los responsables, junto a la protección del

⁸¹ Friedman Milton, **Libertad de Elegir**. Ediciones Grijaldo. Barcelona, España. pág. 98-99. (1980).

Estado, de que exista el desempleo. Esto porque al exigir que los patronos le aumenten los salarios a los trabajadores, impide que el sector privado pueda contratar a una mayor cantidad de empleados. Por esto, los neoliberales plantean que “las restricciones que existen actualmente en el mercado de trabajo (salario mínimo, jornadas de trabajo reducidas, estabilidad, jubilaciones, vacaciones, entre otros), resultado de las conquistas del movimiento sindical, deben ser eliminadas o reducidas al mínimo y, en todo caso, ser dejadas a la libre competencia entre los trabajadores.”⁸²

La planificación de los neoliberales de exterminar al movimiento sindical para eliminar las protecciones que tienen los trabajadores, es uno peligroso. Esto implicaría que derechos, obtenidos a través de la constitución o por la aprobación de alguna ley, como la huelga, la negociación colectiva, el salario mínimo, la reducción en las jornadas de trabajo, entre otros, se verían altamente afectados. Además, se evitaría que los trabajadores mejoraran sus condiciones de trabajo, de acuerdo a los cambios en los costos de vida, porque las mismas dependerían de los vaivenes de la oferta y la demanda.

Como es notable, la propuesta del neoliberalismo es sencilla: dismantelar el Derecho del Trabajo, con todas las protecciones que éste representa para los trabajadores, en beneficio de la estabilidad económica del capital. A través de estos discursos aberrantes, lo que persiguen los neoliberalistas es que las condiciones de trabajo sean establecidas de acuerdo al “equilibrio” existente entre la oferta y la demanda de los factores productivos. Además, estos tecnócratas persiguen el flexibilizar las condiciones de trabajo, sacrificando la estabilidad económica y social de los trabajadores, por la material finalidad de que las empresas puedan ser más eficientes y competitivas.

⁸² Spyropoulos, George. **Sindicalismo y Sociedad: Problemas Actuales del Sindicalismo en el Mundo**. Ediciones Humanistas. Buenos Aires, Argentina. pág. 224-225. (1991).

Indudablemente, para estos tecnócratas la sociedad se visualiza en términos de números y centavos y no por la necesidad humana.

Esta discusión sobre el neoliberalismo ha reflejado ciertas características principales de esta corriente de pensamiento. Las mismas pueden ser resumidas de la siguiente forma: (1) defensa de un mercado altamente competitivo; (2) aceptación de la intervención del Estado en la economía sólo como árbitro o promovedor de la libre competencia; (3) aval a la reducción de costos laborales, como por ejemplo menores sueldos, por igual producción, disminución de los empleos, reducción en las condiciones de trabajo y vida de los empleados; (4) oposición a la formación de monopolios y oligopolios; (5) oposición a la fijación compulsiva de salarios por el Estado; (6) rechazo a la reglamentación de precios por el Estado, ya que deben fijarse en base a la relación oferta y demanda; (7) oposición a la creación compulsiva de empleo; (8) oposición al gasto público burocrático; (9) defensa al libre comercio internacional; (10) defensa a la libertad de contratación del trabajo y la libre movilidad de los factores de producción; (11) defensa a la concepción individualista fundada en el libre mercado; (12) apoyo en la reducción o eliminación de las legislaciones protectoras de los trabajadores.

Es inevitable percatarse de que el neoliberalismo es la continuación y extensión de la visión liberal del siglo XVIII. Ambas corrientes de pensamiento político económico son similares en algunas de sus concepciones ideológicas, tales como: “(1) el mercado y no el Estado debe ser el único distribuidor de salarios y capital; (2) favorecen la desreglamentación total; (3) están opuestos a todo tipo de reglamentación, entre las cuales

se destacan las laborales; (4) favorecen la auto-regulación del mercado; y (5) piensan que el mejor gobierno es el que gobierna menos.”⁸³

Sin duda, el neoliberalismo, es la forma de retornar o resucitar a una doctrina del pasado en el siglo XXI. Es perpetuar la ideología de la “mano invisible del mercado”, del “dejar hacer o dejar pasar”, del Estado reducido al mínimo en su intervención con el sector privado, del Estado que deja al mercado la regulación de todo el proceso económico y del Estado que permite que el poder del capital se enriquezca, cada vez más, a costa de los más pobres y desamparados.

Conclusiones

Al momento de iniciar el estudio de este tema se tenía una concepción general de lo que era la corriente del neoliberalismo y su impacto en el Derecho del Trabajo. Conforme el artículo avanzaba en su desarrollo era evidente que las políticas neoliberales son una gran amenaza para la permanencia, estabilidad y evolución del Derecho del Trabajo. Este fenómeno político económico realmente es más fuerte y devastador que el liberalismo del siglo XVIII. Esto porque no tan sólo incorpora sus propias tendencias sino que hace suyas las nociones del liberalismo.

En ese sentido, el neoliberalismo es una vuelta a las formas retrógradas del pasado, ahora en el siglo XXI. Es revivir el *laissez faire*, el dejar hacer; el permitir que sea el sector privado el que controle la economía del país; es flexibilizar el Derecho del Trabajo en beneficio de los intereses del patrono; es abogar por una economía de libre mercado que permita la competencia; es el dejar que prevalezca el poder del capital sobre la justicia social.

⁸³ Petras James, *Neoliberalismo en América Latina: La Izquierda Devuelve el Golpe*. Op. cit. pág. 10-11.

Al evaluar estas premisas puede afirmarse que la primera conclusión de este artículo es que la doctrina del neoliberalismo, como manifestación del capitalismo, fue creada para promover y justificar la reconcentración de la riqueza, la reorientación del Estado a favor del capital, sacrificando los derechos que hasta ahora los trabajadores han conquistado a través de sus propias luchas. Es la propuesta de un modelo basado en el materialismo, en el lucro, el egoísmo, la competencia, la concepción de la vida humana en términos económicos, la justificación de la expansión y la explotación.

La globalización fue el instrumento que permitió que las políticas económicas del neoliberalismo se expandieran por todo el mundo. Mientras, la privatización fue la primera manifestación y aplicación de las prácticas neoliberales. Sus acciones estaban orientadas a plantear que existía un gigantismo gubernamental, que el Estado debía limitar su marco de gestión y que era conveniente, para ser más competitivos y efectivos, que el sector privado controlara la economía del país. El proyecto neoliberal, impulsado a través de la privatización, perseguía igualar el Gobierno a la empresa privada, provocando la transfiguración del ente gubernamental para que éste terminara por renunciar a un proyecto real de un desarrollo económico con enfoque social. En ese sentido, la segunda conclusión de este artículo es que el neoliberalismo pretende convertir al Gobierno en una entidad privada cuya finalidad sea exclusivamente facilitarle al poder del capital hacer más y más riqueza.

La pregunta obligada sería: ¿por qué el sector privado quiere asemejar al Gobierno a una empresa? La respuesta es sencilla, para limitar su marco de acción y para mantenerlo controlado con el argumento de que para absorber a los empleados es necesario flexibilizar el Derecho del Trabajo. Esto es un círculo vicioso porque, por un

lado, el sector privado acepta asumir la responsabilidad de crear puestos para los trabajadores, mientras, por otro lado, argumenta que para hacerlo el Estado debe flexibilizar el Derecho del Trabajo porque de lo contrario se afectará la economía.

Como se ha establecido durante este artículo, los neoliberales quieren acabar con las seguridades de los empleados bajo un planteamiento totalmente grosero y acomodaticio, que éstas perjudican la competitividad de las empresas y disminuyen el dinamismo económico. Sobre estas premisas, validan su concepción de que el salario y los empleos deben variar al compás de la oferta y la demanda. Es decir, si la empresa está bien se mantendrán los empleos, pero si está mal adiós y mucho gusto. Esto claro está, sin ninguna repercusión negativa para sus finanzas. Por esto, es la insistencia del capital de flexibilizar la legislación del trabajo, entre éstas eliminar la Ley Núm. 80, 1976, según enmendada.

Bajo esta misma línea, los neoliberales quieren desaparecer a los sindicatos porque atentan contra la libertad de trabajo, la libre contratación y la libre fijación de las condiciones de trabajo entre el patrono y el empleado. ¿Que libertad puede existir en un contrato laboral efectuado entre el poder del capital y un simple y humilde trabajador desposeído del capital? Ninguno. Otra vez, sus planteamientos son egocéntricos y ausentes de contenido.

Ante lo establecido, la tercera conclusión de este escrito es que la propuesta del neoliberalismo persigue rehacer el Derecho del Trabajo, con todas las protecciones que éste representa para los trabajadores, en beneficio de la estabilidad económica del capital. Esto significa eliminar el salario mínimo, aumentar la jornada de trabajo, eliminar las licencias de vacaciones y enfermedad, eliminar los derechos de los pensionados. En fin,

desmantelar el Derecho del Trabajo. Lo que no saben los neoliberales, o quizás lo que pretenden obviar, es que el Derecho del Trabajo tiene su origen en la defensa de los derechos de los trabajadores. Éste surgió como reacción a las injusticias y a la opresión que sufrieron los trabajadores durante el período del liberalismo. Ahora los neoliberales pretenden rehacer la historia y reenfocar el Derecho del Trabajo para beneficio del poder del capital. Sus pretensiones son irrisibles, absurdas y no tienen base en la realidad, la cual es que el más desvalido siempre será el trabajador, que no tiene acceso a la riqueza, y no el patrono que representa el poder del capital.

La cuarta conclusión que permite esta reflexión temática es que los trabajadores son seres humanos y no meros factores económicos que los capitalistas pueden estar utilizando o no conforme les convenga. Estos tienen la facultad de obrar y crear su propio bienestar. También, tienen el derecho de ganarse el pan con el sudor de su frente. En ese sentido, cualquier componente social que con sus políticas neoliberales impida que los trabajadores alcancen niveles satisfactorios de ocupación, debe ser rechazada porque no tiene legitimidad ni contribuye a paz social.

Hoy día, se cuenta con derechos sociales que como parte de la legislación laboral protegen al trabajador frente al poder del capital. Estos surgieron producto de los esfuerzos y luchas colectivas de los trabajadores. Hoy esos derechos están en peligro ante la nueva embestida del capital, el neoliberalismo. Ante esta realidad, y para otorgarle validez a los esfuerzos de los trabajadores del período del liberalismo, la legislación protectora del trabajo tiene que ser protegida con la unidad y valentía de los trabajadores y todos los componentes sociales que favorezcan, como premisa de vida, la justicia social.

Es por esto, que la quinta conclusión de este artículo va dirigida a plantear que, ante las políticas neoliberales, el Derecho del Trabajo tiene aún más relevancia y trascendencia. El momento histórico en que se encuentra la temática laboral hace imperativo adoptar la posición de una defensa férrea al Derecho del Trabajo que es el que posibilita el que existan leyes que reglamenten las relaciones obrero patronales, estableciendo mínimos derechos a favor del trabajador y evitando que el trabajo se convierta en una simple mercancía. Asumir una postura contraria sería permitirle entrada amplia y segura a las políticas del neoliberalismo y exterminar los derechos mínimos de los trabajadores; validando con estas actuaciones el poder del capital sobre la justicia social. Esto sería peligroso e infortunado para aquellos que sólo dependen de su salario para poder vivir.

Referencias

Libros/Revistas/Documentos

1. Acevedo Colón, Alberto. **Legislación Protectora del Trabajo Comentada.** (Séptima Edición Revisada). San Juan: Ramallo Printing, (2005).
2. Adams Vega, Alexander S. “La reducción del gasto gubernamental: Base del plan de beneficio de retiro temprano, su impacto en el derecho laboral de los empleados públicos de edad avanzada.” **Revista de Derecho Puertorriqueño.** Núm. 45, p. 147- 162. (2005).
3. Aguirre, José Antonio. **La Constitución Económica, en: Cuadernos del Pensamiento Liberal.** N° 4. Unión Editorial. Madrid. (1986).
4. Ahumada López, José Eduardo, et als. **Guía Práctica de Legislación Laboral.** Madrid, España. Ediciones Cinca. (2006).
5. Alonso Olea, Manuel y María Emilia Casas Baamonde. **Derecho del trabajo.** Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, (1995).
6. Asociación Latinoamericana de Educación Radiofónica. **Las fortalezas de los neoliberales: sus puntos fuertes y las condiciones que los favorecen.** Quito, Ecuador. (1992).
7. BALL, Carlos. **Venezuela: el triste caso de un gobierno rico y un país paupérrimo, en: El Desafío Neoliberal.** El Fin del Tercermundismo en América. A.A.V.V. Grupo Editorial Norma. Santa Fe de Bogotá. (1992).
8. Ballén, Rafael. **Teoría general del derecho del trabajo** Rafael Ballén. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Forum Pacis, (1994).
9. Barajas Montes de Oca, Santiago. **Conceptos básicos del derecho del trabajo.** México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, (1995).
10. Barajas, Santiago. **Derecho del trabajo.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, (1990).
11. Bergalli, Roberto. **Sentido y razón del derecho del trabajo: enfoques socio-jurídicos para la sociedad democrática.** Barcelona: Hacer Editorial, (1992).

12. Borón Atilio A., Gambina Julio y Minsburg Naúm. **Tiempos violentos: neoliberalismo, globalización y desigualdad en América Latina**. Buenos Aires, Argentina. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. (2004).
13. Burgos Delgado, Jesús. **El movimiento obrero y sus perspectivas ante las tendencias económicas, políticas e ideológicas del neoliberalismo**. Río Piedras, Puerto Rico. La Federación de Maestros de Puerto Rico, (1995).
14. Bresser Pereira, Luis C, Maravall, José María. **Las reformas económicas en las nuevas democracias: Un enfoque socialdemócrata**. Madrid, Ediciones Alianza. (1993).
15. Castel Robert. **La metamorfosis de la cuestión social: Una crónica del Asalariado**. Buenos Aires, Argentina. Editorial Paidós. (1997).
16. Castillo Cascante, Germán E. **Teorías Generales del Derecho del Trabajo**. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S. A. pág. 58. (1999).
17. Central Latinoamericana de Trabajadores. **Neoliberalismo y Movimiento de los Trabajadores**. Sao Paulo, Brazil. Fondo Latinoamericano de Ediciones Sociales. (1993).
18. Central Latinoamericana de Trabajadores. **Solidaridad: Camino de Liberación**. Sao Paulo, Brazil. Fondo Latinoamericano de Ediciones Sociales. (1993).
19. Correa Montalvo, Jaime. **Fundamentos del Derecho al Trabajo**. Madrid, España. Editorial Civitas. (1975).
20. Davis Ffrench, Ricardo. **Entre el Neoliberalismo y el Crecimiento con Equidad**. Buenos Aires, Argentina. Siglo XXI, Editores Argentina S. A. pág. 61. (2004).
21. Delgado Zayas, Ruy, **Apuntes para el estudio de la Legislación Protectora del Trabajo en el derecho puertorriqueño**”. Ramallo Printing, San Juan, (2001).
22. Diéguez, Gonzalo. **Lecciones de derecho del trabajo**. Madrid: Marcial Pons, (1995).
23. Dietz James, **Historia Económica de Puerto Rico**, Río Piedras, Puerto Rico. Ediciones Huracán, (1989).
24. Duggan Lisa. **The twilight of equality?: Neoliberalism, cultural politics, and the attack on democracy**. Boston. Beacon Press. (2003).

25. Equipo Jesuita Latinoamericano de Reflexión Filosófica. **Ética y economía: economía de mercado, neoliberalismo y ética de la gratuidad.** Buenos Aires, Argentina. Editorial Bonum. (1998).
26. Fariña, Juan M. **El derecho comercial en el mundo globalizado: neoliberalismo, inversiones extranjeras, filiales, la República Argentina y el CIADI.** Buenos Aires, Argentina. Ad-Hoc. (2005).
27. Friedman Milton, **Libertad de Elegir.** Ediciones Grijaldo. Barcelona, España. pág. 98-99. (1980).
28. Fuentes Puelma, Carlos. **Estudios sobre derecho del trabajo y relaciones laborales.** Valparaíso: Edeval, (1996).
29. GALLO, Ezequiel. **Notas sobre Liberalismo Clásico, en: Reporte.** N° 20. Centro de Estudios de Economía y Educación, A.C. Madrid. Verano (1992).
30. Gee, James Paul et. als. **El nuevo orden laboral: lo que se oculta tras el lenguaje del neoliberalismo.** Barcelona: Ediciones Girona, (2002).
31. Gómez José María, **América Latina y el (Des) orden Global Neoliberal: Hegemonía, Contrahegemonía, Perspectivas.** Buenos Aires, CLACSO. pág. 265. (2004).
32. González-Posada Martínez, Elías. **El derecho del trabajo: una reflexión sobre su evolución histórica.** Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, (1996).
33. Gray John. **Liberalismo.** Madrid, Ediciones Alianza. (1994).
34. Hamelinck Luc, **Neoliberalismo: Presentación Crítica de la Situación en los Países más Desarrollados.** Bruselas, Bélgica, (1991).
35. Harriet Caballero, Francisco Javier. **El derecho a la equidad en el marco del neoliberalismo.** 36 Rev. Jur. UIPR. 161 (2001).
36. Helfeld, David M. “La política laboral constitucional del 1952: sus principios esenciales y los factores que la influenciaron.” **Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico.** Núm.72, p. 143-162. (2003).
37. Hernández Alcides. **El neoliberalismo en Honduras.** Tegucigalpa, Honduras. Editorial Guaymurás, (1987).
38. Higgins Consuegra, José. **Neoliberalismo, diálogos y otros temas.** Barranquilla, Colombia. Universidad Simón Bolívar. (1996).

39. **Informe de Comisión Especial Designada por el Gobernador, Presidente del Senado y Cámara de Representantes.** 10 de mayo de 2006.
40. Iranzo Consuelo y Richter Jacqueline. **La Privatización: ¿Ruptura en las Relaciones Laborales?**. Caracas, Venezuela. Centros de Estudios del Desarrollo. Universidad Central de Venezuela. (1999).
41. Irizarry Aníbal, **Necesidad de Impulsar y Lograr Cambios Urgentes a la Legislación Laboral de Puerto Rico Para que el País Pueda Ser Competitivo en esta Nueva Etapa de la Globalización de Mercados**, San Juan, Puerto Rico. (1997).
42. Klak Thomas. **Globalization and Neoliberalism: the Caribbean context.** Lanham: Rowman & Littlefield. (1998).
43. Lander Edgardo. **Neoliberalismo, sociedad civil y democracia: Ensayos sobre América Latina y Venezuela.** Caracas, Venezuela. Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico. (1995).
44. Laurell, Asa Cristina. **Estado y Políticas Sociales en el Neoliberalismo.** Ediciones Frederick Ebert, México. (1992).
45. Levine, Barry B. **El Desafío Neoliberal.** Editorial Norma. Colombia. (1992).
46. López Ruyol, Ebenecer. **El ABC del movimiento obrero**, Puerto Rico: Instituto Técnico Sindical, Inc., (2002).
47. Lucena, Héctor y Calero, Fernando. **Las Relaciones de Trabajo en los Noventa.** Ediciones ILDIS, Caracas, Venezuela. (1990).
48. Maceran Arthur. **¿Neoliberalismo o democracia?: Estrategia económica, mercados y alternativas para el siglo XXI.** Barcelona, España. Intermón Oxfam, (2001).
49. Manfred Wannofel (Ed.), **Ruptura en las relaciones laborales: Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, México, Paraguay.** Editorial Nueva Sociedad, Caracas, (1ra Ed.), (1995).
50. Manglano Molero, Carlos, et. als. **Manual de Derecho al Trabajo.** Madrid, España. Ediciones Civitas. (2003).
51. Marini Mauro Ruy, et als. **América Latina: Hacia una nueva teorización.** México. Instituto de Investigaciones Económicas, UNAM. (1993).

52. Martín Jacques. **¿Tercera vía o neoliberalismo?** Barcelona, España. Icaria, (2000).
53. Maya López, Margarita. **Lucha popular, democracia, neoliberalismo: Protesta popular en América Latina en los años de ajuste.** Caracas, Venezuela. Editorial Nueva Sociedad. (1999).
54. Melgar Montoya, Alfredo. **Derecho del Trabajo.** Madrid, España. Editorial Tecnos. (2003).
55. Monereo Pérez, José Luis. **Introducción al nuevo derecho del trabajo: una reflexión crítica sobre el derecho flexible del trabajo.** Valencia: Tirant lo Blanch, (1996).
56. Montesinos Albiol Ignacio, et als. **Derecho del Trabajo.** Valencia, España. Guada Impresores, S.L. (2003).
57. Montt Balmaceda, Manuel. **Principios de derecho internacional del trabajo: la O.I.T.** Santiago de Chile: Editorial Jurídica, (1998).
58. Navarro Vicenc. **Neoliberalismo y estado del bienestar.** Barcelona, España. Ariel. (1997).
59. Perus Cueva, Marcos. **Contribución a la historia del pensamiento económico, neoliberalismo y crisis.** México. Instituto de Investigaciones Económicas, UNAM. (1990).
60. Petras James, **Neoliberalismo en América Latina: La Izquierda Devuelve el Golpe.** Homo Sapiens Ediciones, Argentina. (1997).
61. Picard Arroyo, Alberto. **“Las Privatizaciones y el Sentido de la Empresa Pública” en el libro La Privatización en México: Consecuencias Sociales y Laborales de Enrique de la Garza Toledo.** Instituto de Estudios de la Revolución Democrática. México. (1998).
62. **Plan de Desarrollo Económico y Transformación de Gobierno para Puerto Rico.** (Octubre, 2006).
63. Ramírez Vásquez, Gilberto. **El neoliberalismo en la constitución colombiana.** Medellín, Colombia. (1994).
64. Reich Serrate, Carlos. **Interpelación al Neoliberalismo.** La Paz, Bolivia. Empresa Editora Siglo, (1989).

65. Reyes Colón, Linda. **“Neoliberalismo, Globalización y Pobreza en Puerto Rico”**. Unidad de Investigaciones Económicas. Publicaciones Puertorriqueñas. San Juan, Puerto Rico. (1999).
66. Rivera Torres, Alejandro. **Los Retos de la Clase Obrera Puertorriqueña ante la Ofensiva Patronal Neoliberal: Apuntes para una Discusión Urgente**. 33 Rev. Jur. UIPR. 339 (1999).
67. Sader Emir y Gentili Pablo. **La trama del neoliberalismo: mercado, crisis y exclusión social**. Buenos Aires, Argentina. Oficina de Publicaciones del CBC, Universidad de Buenos Aires. (1997).
68. Sierra Jerónimo. **Los pequeños países de América Latina en la hora neoliberal**. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México; Costa Rica: Universidad Nacional Heredia de Costa Rica; S.I.: Instituto de Investigaciones de las Naciones Unidas para el Desarrollo Social; Caracas, Venezuela. Editorial Nueva Sociedad. (1994).
69. Silva Patricio. **Estado, neoliberalismo y política agraria en Chile, 1973-1981**. Amsterdam. Publicaciones Foris. (1987).
70. Schmith Douglas, **Inequality and Globalization**, Economic Policy Institute, Washington D. C. (1996).
71. Soros, George. **La Crisis el Capitalismo Global**. México: Plaza Janes, (1999).
72. Sotelo, Adrián. **La reestructuración del mundo del trabajo: Superexplotación y nuevos paradigmas de la organización del trabajo**. México: Editorial Itaca, (2003).
73. Spyropoulos, George. **Sindicalismo y Sociedad: Problemas Actuales del Sindicalismo en el Mundo**. Ediciones Humanistas. Buenos Aires, Argentina. (1991).
74. Torres Santomé, Julio. **Educación en tiempos de neoliberalismo**. Madrid, España. Ediciones Morata. (2001).
75. Watson Tony. **Trabajo y Sociedad: Manual Introductorio a la Sociología del Trabajo, Industrial y de la Empresa**. Barcelona, España. Editorial Hacer. (1995).
76. Zeno Santiago Charles y Bermúdez Pérez Victor M. **Tratado de Derecho del Trabajo**. San Juan, Puerto Rico. Publicaciones JTS. (2003).

DESPIDO INJUSTIFICADO Y MESADA COMO REMEDIO EXCLUSIVO EN EL ARBITRAJE OBRERO PATRONAL: UN ANÁLISIS CRÍTICO

Luis A. Zayas Monge

*A mi entrañable amigo
Anselmo Lugo Reyes*

I. Introducción

Lo que en Puerto Rico comúnmente se conoce como “la mesada”, es el remedio que se le concede a un empleado cuando es despedido de una empresa por razones injustificadas. La mesada, así como lo que constituye despido injustificado, se encuentran definidos en la Ley de Despido Injustificado, Ley Núm. 80 de 30 de mayo de 1976, según enmendada, 29 L.P.R.A., sec. 185 et. seq.⁸⁴

Esta ley establece dos tipos de causales de despido justificado a saber: 1) causales por conducta incorrecta del empleado y 2) causales por razones económicas de la empresa.⁸⁵ La Ley Núm. 80 establece que no se considera justa causa para el despido, “aquel que se hace por mero capricho del patrono o sin razón relacionada con el buen y normal funcionamiento del establecimiento.” En consonancia con esta definición, el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha expresado que “constituye justa causa para el despido... la que tiene su origen no ya en el libre arbitrio del patrono, sino en razón vinculada a la ordenada marcha y normal funcionamiento de una empresa”, *Secretario del Trabajo v. I.T.T.*, 108 D.P.R. 536 (1979).

El remedio de la mesada consiste de una indemnización que se determina de acuerdo a los años de servicio que el empleado afectado haya trabajado con la empresa.

⁸⁴ El autor es estudiante de tercer año de la Escuela de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

⁸⁴ Para propósitos de este artículo, al referirnos a esta ley, utilizaremos indistintamente los términos de “Ley de Despido Injustificado”, o “Ley Núm. 80”.

⁸⁵ Acevedo Colom, Alberto. *Legislación Protectora del Trabajo Comentada, Octava Edición Revisada*. (2005).

Actualmente, a partir de la enmienda introducida mediante la Ley Núm. 128 del 7 de octubre de 2005, la indemnización por despido injustificado es la siguiente:

- (a) El sueldo correspondiente a dos meses por concepto de indemnización, si el despido ocurre dentro de los primeros cinco (5) años de servicio; el sueldo correspondiente a tres (3) meses si el despido ocurre luego de los cinco (5) años hasta los quince (15) años de servicio; el sueldo correspondiente a seis (6) meses si el despido ocurre luego de los quince (15) años de servicio.
- (b) Una indemnización progresiva adicional equivalente a una (1) semana por cada año de servicio, si el despido ocurre dentro de los primeros cinco (5) años de servicio; dos (2) semanas por cada año de servicio, si el despido ocurre luego de los cinco (5) años hasta los quince (15) años de servicio; tres (3) semanas por cada año de servicio, luego de haber completado quince (15) años o más de servicio.

Como norma general, la mesada constituye el remedio exclusivo al que tiene derecho un empleado que ha sido despedido injustificadamente de la empresa.⁸⁶ Esta ley no le concede al trabajador el derecho a ser reinstalado en su empleo. Sin embargo, en el ámbito de las relaciones obrero patronales, el remedio al despido injustificado ha recibido un tratamiento jurídico distinto. En las empresas privadas o corporaciones públicas cobijadas bajo las leyes de relaciones del trabajo federal o estatal, el despido es materia de discusión en los procedimientos de quejas y agravios de los convenios colectivos suscritos entre patronos y sindicatos. Por medio del arbitraje obrero patronal, una determinación de despido puede ser revocada por un árbitro de entender que la medida disciplinaria fue injustificada. Esto, claro está, condicionado a ciertos requisitos que el ordenamiento jurídico ha ido incorporando a través de la jurisprudencia. Como discutiremos más adelante, existe en Puerto Rico una amplia experiencia jurisprudencial en torno al arbitraje obrero patronal. Dentro de ésta, se ha reconocido a los árbitros

⁸⁶ Para una revisión de la legislación que provee la reposición del empleado en casos de despido, véase: Acevedo Colom, Alberto en *Legislación Protectora del Trabajo, Octava Edición Revisada* (2005), a las págs. 165 – 174.

amplias facultades para conceder remedios. En los casos de despido injustificado, dicha facultad se ha traducido en el reconocimiento a la autoridad del árbitro para ordenar la reposición, con o sin paga retroactiva, del empleado afectado.

Esto constituye una medida de justicia mucho más abarcadora que la provista por la Ley de Despido Injustificado. Importantes tratadistas y académicos coinciden en reconocer que los empleados con derecho a la negociación colectiva gozan de una protección mayor en casos de despido injustificado, que los empleados a los que sólo les cobija la indemnización que provee la Ley Núm. 80. En este sentido, se ha expresado lo siguiente:

[E]n adición, el remedio de reposición en casos de despido injustificado es objeto de negociación colectiva diariamente en nuestro país, y en los casos en que media un convenio colectivo a estos efectos, este remedio resulta más abarcador que según lo dispone la legislación vigente. En el campo del arbitraje obrero patronal la restitución o reposición en el empleo es una de las reclamaciones y controversias más comunes.⁸⁷

El Profesor Charles Zeno Santiago, cataloga de “indefensión”, el estado en el que se encuentran los trabajadores a quienes sólo les cobija la Ley de Despido Injustificado, en comparación con los empleados que gozan de los derechos de un convenio colectivo.

Al respecto nos comenta:⁸⁸

[E]ste caso [*Santiago v. Kodak Caribbean, Ltd.*, 129 D.P.R. 763 (1992)] dramatiza el estado de indefensión en que se encuentran los trabajadores que trabajan en la empresa privada en Puerto Rico a tiempo indeterminado con relación a trabajadores unionados o que trabajan en el sector público. Específicamente, planteamos que los empleados protegidos por la Ley Núm. 80, aún cuando prevalezcan en sus actuaciones, sólo tienen derecho a una

⁸⁷ Id., a la pág. 165.

⁸⁸ Zeno Santiago, Charles. *El Despido y la Política Social en Nuestro Estado de Derecho*. 34 Rev. Jur. U.I.P.R. 2 (2000).

compensación monetaria ínfima, pero no a retener el empleo, contrario a los otros empleados antes mencionados.

También, se ha reconocido la distinción entre los derechos que provee la Ley Núm. 80 a los empleados en su capacidad individual, y los que le corresponden a un empleado unionado por virtud del convenio colectivo. Por ejemplo, en *Wolf v. Neckwear Corp*, 80 D.P.R. 537 (1958), el Tribunal Supremo de Puerto Rico expresó: “[N]aturalmente, en dichos convenios colectivos de trabajo, la ausencia de causa justa da derecho a la reposición y al pago de los salarios dejados de devengar, y no se trata pues de una simple cuestión de mesada.” En *J.R.T. v. Securitas, Inc.* 111 D.P.R. 580 (1981), el Tribunal también expresó:

¿Cómo es que puede interpretarse que la legislación sobre la mesada ha obedecido por décadas al propósito de impedir que un árbitro, bajo un acuerdo de sumisión que no limite claramente sus poderes, ordene la reposición de un empleado y el pago de los sueldos dejados de percibir, más intereses? En Puerto Rico hemos distinguido tajantemente entre los derechos bajo un convenio colectivo y los derechos de mesada.

Además, la jurisprudencia ha reconocido que los convenios colectivos pueden proveer mayores beneficios de los que concede la ley, ver *J.R.T v. Vigilantes*, 125 D.P.R. 581 (1990). Sin embargo, en el caso *U.A.W. v. Asociación de Empleados del E.L.A.*, decidido mediante Sentencia el 19 de septiembre de 2002, el Tribunal Supremo de Puerto Rico dio un insospechado giro a la norma anterior. Se revocó un laudo en el cual el árbitro había determinado que el despido estuvo injustificado, ordenando la reinstalación del empleado, más todos los haberes dejados de percibir. El Supremo determinó que el remedio a conceder estaba limitado a la mesada, según lo establecido por la Ley Núm.

80. Contrario a la norma prevaleciente hasta entonces, nuestro más alto foro rechazó la reposición con paga, interpretando que no era un remedio conforme a derecho.

Precisamente esta decisión, junto a el caso *H.I.E.T.E.L. v. Celulares Telefónica, Inc.*⁸⁹ son las que nos proponemos analizar en este trabajo. Pretendemos mediante este artículo, exponer lo que a nuestro juicio, son los errores de derecho en los que incurrió el Tribunal Supremo al emitir estas sentencias y discutir las consecuencias jurídicas de ambas decisiones. Nuestra propuesta va dirigida a defender el argumento de que el estado de derecho previo, aun cuando no estuviera exento de críticas, creaba un balance adecuado entre el trabajador sindicalizado y el patrono. Para esto, analizaremos los fundamentos de ambas decisiones y lo compararemos con las normas jurídicas elaboradas por el mismo Tribunal Supremo de Puerto Rico en torno a esta controversia. Luego, estableceremos nuestras conclusiones y propuestas. Comencemos pues, con un análisis del caso *U.A.W. v. A.E.E.L.A.*, supra.

II. El Caso U.A.W. v A.E.E.L.A. Sentencia el 19 de septiembre de 2002

A. Resumen:

El caso trata sobre una determinación de despido impuesta a un empleado de la empresa. Luego de los trámites de rigor a través de los procedimientos de quejas y agravios establecidos por el convenio colectivo, la Unión sometió la querrela al procedimiento de arbitraje. Así las cosas, en la vista de arbitraje las partes sometieron mediante el acuerdo de sumisión, la siguiente controversia a ser dirimida por el árbitro:

[Q]ue el árbitro determine si el despido del querellante, Carmelo González González, estuvo o no justificado. De determinar que no lo estuvo, que el árbitro emita el remedio adecuado.

⁸⁹ 2006 TSPR 144. Sentencia del 18 de septiembre de 2006

El convenio colectivo establecía que las determinaciones del árbitro serían conforme a derecho. El árbitro determinó que no se logró probar ninguna de las faltas que el patrono le imputó al empleado. Concluyó que el despido no fue justificado y ordenó al patrono reponer en su puesto al empleado y pagarle todos los haberes dejados de percibir desde la fecha en que se decretó el despido.

Inconforme, el patrono solicitó revisión del laudo ante el Tribunal de Primera Instancia. Éste alegó que el árbitro se excedió en su autoridad al conceder el remedio de reinstalación y paga retroactiva. Cuestionó además, la determinación de que el despido fue sin justa causa. Alegó que a la luz del convenio colectivo vigente y el acuerdo de sumisión entre las partes, el único remedio que procedía en el caso, era el dispuesto por la Ley de Despido Injustificado.

El foro de instancia declaró sin lugar la solicitud de revisión. De la misma forma determinó el Tribunal Apelativo, al no considerar la solicitud de revisión del patrono. Finalmente, A.E.E.L.A acudió al Tribunal Supremo de Puerto Rico mediante recurso de Certiorari. Originalmente, el alto foro denegó la expedición del recurso. Sin embargo, en revisión, el alto foro decidió acogerlo.

Posteriormente, el Tribunal Supremo revocó el laudo. Determinó que el remedio correspondiente para el despido injustificado era la indemnización que provee la Ley Núm. 80. El alto foro se apoyó en que el convenio colectivo establecía que el laudo del árbitro tenía que ser conforme a derecho y que el remedio concedido por el árbitro no fue consistente con esta exigencia. Concluyó que la reposición con paga podía tener validez, si las partes no hubieran pactado que el laudo fuera conforme a derecho, o si el remedio hubiera sido establecido de forma específica en el convenio colectivo. Ausente en el

convenio el lenguaje expreso concediendo dicho remedio, el Tribunal Supremo concluyó que el árbitro excedió su autoridad al emitir su decisión, pues las partes no le habían otorgado tal facultad.

B. Análisis de los fundamentos de la decisión:

El Tribunal Supremo basó su sentencia en tres fundamentos principales: 1) la interpretación de lo que constituye un laudo “conforme a derecho”; 2) la interpretación sobre el alcance de la facultad del árbitro para conceder remedios y 3) si la reposición con paga es o no un remedio válido en derecho, a la luz de los hechos del caso. Aunque guardan una estrecha relación entre sí, analizaremos separadamente cada uno de estos factores, con el objetivo de propiciar una discusión amplia del tema.

1. Significado de “laudo conforme a derecho”:

Como norma general, los tribunales guardan una gran deferencia a las decisiones de los árbitros. El tribunal limita sustancialmente su facultad de revisar un laudo cuando éste no dispone que el mismo tenga que ser emitido conforme a derecho. Cuando el convenio colectivo o la sumisión entre las partes no requiere que el laudo sea conforme a derecho, la jurisprudencia ha establecido que el laudo sólo podrá ser impugnado si se demuestra la existencia de fraude, conducta impropia del árbitro, falta del debido proceso de ley, ausencia de jurisdicción, omisión de resolver todas las cuestiones en controversia, o que el laudo resulte contrario a la política pública.⁹⁰ Esto obedece a que en estos casos, la determinación del árbitro no tiene que limitarse exclusivamente al derecho sustantivo vigente, por lo que la discreción del árbitro para adjudicar una controversia, así como su facultad para conceder remedios, es mucho más amplia.

⁹⁰ *J.R.T. v. New York & Porto Rico Steamship Co.*, 69 D.P.R. 782 (1949).

Sin embargo, cuando el convenio colectivo, o el acuerdo de sumisión establecen que el laudo tendrá que ser conforme a derecho, la norma de auto-limitación no aplica con el mismo rigor. El tribunal deberá revisar si el árbitro, al emitir el laudo, incurrió en errores al aplicar el derecho vigente. En estos casos, el árbitro está limitado por las normas de derecho sustantivo y las doctrinas legales prevalecientes.⁹¹ La función del árbitro en estos casos es análoga a la función que ejerce un tribunal de primera instancia. Así, los errores en la aplicación del derecho pueden ser revisados de la misma forma que el foro apelativo revisa las determinaciones de un tribunal primario, *Condado Plaza v. Asociación de Empleados*, ante. El Profesor Demetrio Fernández nos comenta al respecto:⁹²

La intervención judicial en la revisión de laudos de arbitraje se justifica cuando las partes someten el asunto al árbitro para que se resuelva **conforme a derecho**. La obligación de decidir *conforme a derecho* puede surgir del convenio colectivo (cita omitida) o del acuerdo de sumisión. La consecuencia de sujetar el laudo a que sea *conforme a derecho* es la excepción de la política judicial de auto-restricción en la revisión de los laudos de arbitraje. (Énfasis en el original).

En síntesis, podemos concluir que en Puerto Rico existe una política de deferencia judicial hacia la revisión de los laudos de arbitraje. Sobre todo, en los casos en que no se exige que el laudo sea conforme a derecho. No obstante, si del convenio colectivo o de la sumisión, surge que las partes han pactado expresamente que el laudo tendrá que ser conforme a derecho, esta deferencia cede ante la exigencia de que la determinación del árbitro tenga que ajustarse al derecho sustantivo vigente.

⁹¹ Id.

⁹² Fernández Quiñones, Demetrio. *El Arbitraje Obrero Patronal*, Forum (2000), a la pág. 564.

Ahora bien, ¿qué significa “conforme a derecho”? En *J.R.T. v. Hato Rey Psychiatric Hospital*, 119 D.P.R. 62 (1987), el Tribunal Supremo de Puerto Rico discutió este asunto y estableció que:

[a]l condicionar un laudo a que sea conforme a derecho significa que el árbitro no puede ignorar las normas interpretativas de derecho sustantivo emitidas por los Tribunales Supremos de Estados Unidos y Puerto Rico en el campo de derecho laboral, y que se reputarán persuasivas las decisiones de los tribunales de primera instancia y de agencias administrativas, y los laudos y escritos de reputados árbitros.

En *Condado Plaza v. Asociación de Empleados de Casinos*, 149 D.P.R. 347 (1999), el Tribunal añadió que al interpretar el convenio colectivo, el árbitro no está limitado a su contenido, sino que debe hacerlo a la luz de las normas interpretativas del derecho sustantivo federal y local. El cuerpo de normas sustantivas que rigen en el campo del arbitraje obrero patronal, ha sido establecido casi en su totalidad, por la vía judicial. Dicho en otras palabras, la expresión legislativa para reglamentar el campo del arbitraje obrero patronal es mínima.

El Profesor David M. Helfeld ilustra con evidente claridad esta realidad mediante el siguiente comentario:

[P]uede concluirse que los legisladores están conformes con el cuerpo de normas que el Tribunal Supremo ha creado durante el transcurso de medio siglo o, por lo menos, que no existe un alto grado de descontento o de presión suficiente para estimular la intervención legislativa en este campo. Durante este período se ha construido el equivalente a un código sobre la base de *N.Y. & P.R. S/S [J.R.T. v. New York & Porto Rico Steamship Co., 69 D.P.R. 782 (1949)]*. Este cuerpo de normas sirve para dirigir la conducta de los árbitros, además de servir de guía a los líderes sindicales, a los gerentes patronales y a sus respectivos representantes legales. [...]

La creación por parte del Tribunal Supremo de un cuerpo de normas de arbitraje fue posible por tres razones: la práctica común de incorporar cláusulas de arbitraje en los convenios colectivos, la existencia de un cuerpo de árbitros experimentados que habían ganado la confianza de los sindicatos y patronos, y la preferencia de los patronos y sindicatos a favor del establecimiento de un sistema de justicia industrial relativamente autónomo con respecto a los tribunales.⁹³

La conclusión de este autor es que el “cuerpo de normas” existente en el arbitraje obrero patronal, ha sido una creación del propio Tribunal Supremo de Puerto Rico por la vía del “common law”, o derecho común. Esto, debido a que nuestro ordenamiento jurídico carece de normas estatutarias que reglamentan el campo. Por lo tanto, el derecho prevaleciente dentro de esta materia, al cual deben acudir los árbitros para adjudicar controversias obrero patronales, es en esencia, aquel señalado en *J.R.T. v. Hato Rey Psychiatric*, supra. Dentro del cuerpo de normas desarrollado por el Tribunal Supremo de Puerto Rico, la reposición con paga como remedio a un despido injustificado, ha sido extensamente reafirmada.

En *U.A.W. v. A.E.E.L.A.*, supra, al determinar que el remedio exclusivo era la mesada, el Tribunal Supremo estableció, contrario a lo que había sido la norma anterior, que cuando se exige que el laudo sea conforme a derecho y el convenio colectivo no disponga específicamente la reposición con paga, la única fuente de derecho que debe sustentar el remedio al árbitro en un caso de despido injustificado, es la Ley Núm. 80. De esta manera, se excluyeron todas las “normas de derecho sustantivo” federal y local que el propio Tribunal Supremo reconoció en *J.R.T. v. Hato Rey Psychiatric*, supra. En otras

⁹³ Helfeld, David M. *La Jurisprudencia creadora: Factor Determinante en el Desarrollo del Derecho de Arbitraje en Puerto Rico*. 70 Rev. Jur. U.P.R. 1 (2001).

palabras, que “conforme a derecho” para efectos de esta decisión, consiste de un solo estatuto como fuente jurídica: la Ley de Despido Injustificado.

2. La autoridad del árbitro y su facultad para conceder remedios:

En este caso, el Tribunal Supremo determinó que el árbitro no podía ordenar la reposición y la paga retroactiva del empleado. La decisión se basó en que el convenio colectivo no proveía dicho remedio, como tampoco requería que el despido fuera por justa causa. Por lo tanto, concluyó que el árbitro se excedió en la autoridad conferida por el convenio colectivo al alterar y modificar el acuerdo entre las partes.

No obstante, parece ser que la doctrina prevaleciente hasta entonces planteaba lo contrario. La autoridad del árbitro para resolver una querrela o agravio entre las partes emana de dos fuentes principales: 1) del convenio colectivo y 2) del acuerdo de sumisión. En *J.R.T. v. N.Y. & P. R. Steamship Co.*, supra, el Tribunal Supremo de Puerto Rico expresó que “el convenio colectivo, proveyendo el arbitraje de disputas obrero patronales o la sumisión de arbitraje, son el factor determinante de la jurisdicción de los árbitros”. El Profesor Demetrio Fernández expresa:⁹⁴

Como regla general, se hace necesario que el árbitro examine cuidadosamente los límites del acuerdo de sumisión y del convenio colectivo, para cerciorarse de la validez de su designación y del ámbito y alcance de su propia autoridad.

En *Sonic Knitting Industries v. I.L.G.W.U.*, 106 D.P.R. 557 (1977), el Tribunal Supremo hizo un análisis de la jurisprudencia federal, local y de prestigiosos tratadistas sobre el tema del arbitraje obrero patronal. Llegó a la conclusión de que el desarrollo jurisprudencial había venido ampliando la facultad del árbitro para conceder remedios. El alto foro concluyó que un árbitro debe tener considerable latitud en la confección de

⁹⁴ Fernández Quiñones, Demetrio. *El Arbitraje Obrero Patronal*. Forum (2000), a la pág. 54.

un laudo. Expresó que no sería razonable que ese juzgador tuviera el poder para entender en una controversia entre patrono y unión, sin la correspondiente autoridad para conceder el remedio adecuado. A esta latitud en la confección del remedio, sólo se le exige que sea consustancial y afin a los propósitos de la ley y el convenio colectivo, *S.I.U. de P. R. v. Otis Elevator*, 105 D.P.R. 832 (1977).

Contrario a la Sentencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico en *U.A.W. v. A.E.E.L.A.* supra, la jurisprudencia anterior demuestra que es evidente que la inexistencia de remedios específicos para casos de despido en el convenio colectivo, no es impedimento para que el árbitro pueda conceder el remedio de la reposición con paga si considera que el despido es injustificado.

Hemos establecido que la autoridad del árbitro para entender en la controversia, así como su facultad para emitir remedios, emanan tanto del convenio colectivo como de la sumisión. En este caso, el convenio no imponía al árbitro limitación alguna en la confección del remedio. No obstante, el Tribunal entendió que la ausencia de lenguaje específico constituía un impedimento al árbitro para conceder dicho remedio. Al decidir de esta manera, el Tribunal Supremo limitó la amplia latitud reconocida al árbitro en *Sonic Knitting*, supra, para conceder un remedio adecuado.

La decisión es también contradictoria porque el propio acuerdo de sumisión le confería al árbitro autoridad para “emitir el remedio adecuado”. Esto constituye un desacertado rechazo a la norma que históricamente había reconocido la reposición con paga como un remedio comúnmente utilizado en casos de despido injustificado. Desde nuestra perspectiva, es lamentable que el Tribunal Supremo, a través de esta Sentencia, insinúe que el remedio de la reposición con paga no es consustancial y afin a los

propósitos de la ley y el convenio colectivo, según la norma reconocida en *S.I.U. de P.R. v. Otis Elevator*, supra.

3. La reposición con paga como remedio:

Las “normas sustantivas de derecho”, establecidas por la jurisprudencia como guías y doctrinas que reglamentan el campo obrero patronal, han reconocido el remedio de la reposición, con o sin paga retroactiva, en casos en que un árbitro determina que el despido de un empleado ha sido injustificado.

El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha reconocido la autoridad del árbitro de conceder el remedio específico de la reposición del empleado con o sin paga retroactiva a través de varias decisiones. En *Wolf v. Neckwear Corp.*, supra, nuestro más alto foro expresó que en los convenios colectivos, “la ausencia de justa causa da derecho a la reposición y al pago de los salarios dejados de devengar”. En *J.R.T. v. Caribbean Towers*, 99 D.P.R. 595 (1971), el árbitro ordenó la reposición con paga del empleado despedido. El Tribunal Supremo sostuvo la validez del laudo y expresó que el árbitro tenía facultad para resolver como lo hizo ya que no había en el acuerdo de sumisión ni en el convenio colectivo, nada que impidiera al árbitro modificar la penalidad. En *Colón Molinary v. Autoridad de Acueductos y Alcantarillados*, 103 D.P.R. 143 (1974), se confirmó un laudo de arbitraje en el cual se modificó una destitución por una suspensión de un año, ordenando el pago retroactivo desde el tiempo que excedió el año de suspensión. En *S.I.U. de Puerto Rico v. Otis Elevator*, 105 D.P.R. 832 (1977), se confirmó un laudo en el cual el árbitro concluyó que la sanción de despido impuesta a un empleado estuvo injustificada. El árbitro modificó la acción de despido, reintegrando al empleado sin paga retroactiva. En el esolio 10 de esta Opinión, se establece que “el

árbitro tiene autoridad para variar una sanción disciplinaria impuesta por un patrono si considera que la misma es muy severa y drástica.” Por otra parte, en *Condado Plaza Hotel & Casino v. Asociación de Empleados de Casino*, supra, se confirmó un laudo en el cual el árbitro ordenó la reposición con paga de unos empleados que habían arrojado un resultado positivo al uso de sustancias controladas. En este caso, el Tribunal expresó que la implantación de un programa de detección de sustancias controladas en la empresa es materia de negociación entre las partes. Al determinarse que el patrono implantó unilateralmente dicha política sin haber negociado con la unión, la destitución de los empleados quedaba por lo tanto anulada. El Profesor Fernández expresa lo siguiente en torno a este tema:

Si el árbitro determina que el patrono carecía de justa causa para el despido, procederá a diseñar el remedio adecuado. (Cita omitida).⁹⁵

Más adelante, el autor añade:

Le compete también al árbitro decidir si el empleado reinstalado debe recibir paga atrasada y cuál es el período adecuado... Es lógico pensar que un empleado despedido injustificadamente deba recibir paga atrasada por el período que comprende desde el despido hasta la reinstalación;... De todos modos, cuando el árbitro decide que el despido fue impropio, puede ordenar la reinstalación con paga atrasada, total, parcial o ninguna.⁹⁶

Obsérvese que la reposición con paga en casos de despido injustificado ha sido un remedio históricamente aceptado en nuestro ordenamiento jurídico. Tanto la jurisprudencia como los tratadistas han reafirmado que dicho remedio es común y razonable dentro del campo del arbitraje obrero patronal. Por esta razón, resulta

⁹⁵ Fernández Quiñones, Demetrio. *El Arbitraje Obrero Patronal. Forum* (2000), a la pág. 221.

⁹⁶ Id., a la pág. 222.

inconsistente la conclusión del Supremo en *U.A.W. v. A.E.E.L.A.*, supra, de que el remedio de reposición con paga no era uno conforme a derecho.

C. Resumen sobre los señalamientos de error:

A manera de resumen, recapitulemos sobre lo que, a juzgar por nuestro análisis, son los errores cometidos por el Tribunal Supremo de Puerto Rico en esta Sentencia.

Primero, al resolver que la única fuente de derecho del árbitro para la concesión del remedio era la que provee la Ley Núm. 80, supra, el Tribunal Supremo excluyó e ignoró la normativa que la propia jurisprudencia había establecido por los pasados 50 años. El Tribunal cometió a nuestro juicio, un grave error, al establecer en este caso que “las normas sustantivas de derecho” a las cuales se refirió en *J.R.T. v. Hato Rey Psychiatric*, supra, se reducen a sólo una, la Ley de Despido Injustificado.

Segundo, la jurisprudencia ha sostenido nuestro argumento de que el convenio colectivo no tiene que contener lenguaje específico de reposición con paga en casos de despido injustificado. También es norma reiterada aquella que ha reconocido al árbitro amplia facultad para conceder el remedio adecuado.⁹⁷ No se exige que el remedio a conceder emane de manera expresa del convenio colectivo. Basta que sea consustancial y afín a los propósitos de la ley y el convenio colectivo para que sea válido en derecho, según la norma establecida en *S.I.U. de P. R. v. Otis Elevator*, supra.

Finalmente, el Tribunal Supremo erró al concluir que, de acuerdo a los hechos del caso, el remedio de la reposición con paga no es un remedio conforme a derecho. La extensa jurisprudencia aquí citada demuestran todo lo contrario: que es norma reiterada

⁹⁷ *Sonic Knitting Industries v I.L.G.W.U.*, 106 D.P.R. 557 (1977).

en el arbitraje obrero patronal el reconocimiento de la reposición con paga como remedio en casos de despido injustificado.

III. El caso H.I.E.T.E.L. v Celulares Telefónica, 2006 TSPR 144 (2006)

A. Resumen:

En este caso también se emitió una decisión mediante Sentencia que constituye una secuela del debate iniciado en el caso *A.E.E.L.A.* En *H.I.E.T.E.L.*, supra, se utilizaron los mismos fundamentos que en el caso anterior aunque se llegó a resultados distintos. Ciertos hechos, que discutiremos más adelante, justifican las diferencias en el resultado de ambos casos.

La controversia trata sobre una acción de despido que fue modificada por el árbitro, ordenando la reposición con paga del empleado. La compañía impugnó el laudo ante el Tribunal de Primera Instancia. Ésta alegó que el árbitro erró al determinar que el despido no estuvo justificado y que de ser injustificado el despido, no correspondía el remedio de reposición con paga por ser contrario a lo dispuesto por la Ley Núm. 80.

El Tribunal de Primera Instancia emitió sentencia en la que modificó el laudo, eliminando la parte que ordenaba la reposición del empleado con la paga dejada de recibir. El foro de instancia concluyó que el empleado sólo tenía derecho al remedio concedido por la Ley de Despido Injustificado debido a que el mismo tenía que ser conforme a derecho.⁹⁸

Ante esta determinación, la unión presentó un recurso ante el Tribunal de Apelaciones. Alegó en síntesis, que el Tribunal de Primera Instancia erró al revocar parcialmente el laudo eliminando la reposición y la paga retroactiva, sustituyendo el

⁹⁸ Obsérvese cómo los tribunales comienzan a adoptar la norma establecida en *U.A.W. v. A.E.E.L.A.*, aun cuando ésta decisión, por constituir una Sentencia, no es vinculante.

remedio por el de la Ley Núm. 80. El foro apelativo confirmó la sentencia de instancia. Añadió este foro, que el convenio colectivo suscrito entre las partes, no le confería poder al árbitro para conceder un remedio más amplio que el que concede la Ley Núm. 80.

Finalmente, la unión acudió al Tribunal Supremo de Puerto Rico.⁹⁹ En el recurso de revisión, señaló el siguiente error:

Erró el Honorable Tribunal de Apelaciones al negarse a reconocer la facultad del Árbitro de otorgar los remedios de reposición y paga de los haberes dejados de devengar por el empleado Nelson Maldonado desde la fecha de su despido a pesar de que este tipo de remedio está explícitamente contemplado en el Convenio Colectivo en varias de sus disposiciones y no existe como tal una prohibición expresa por las partes contra el mismo.

En una decisión que contó con una opinión de mayoría y una opinión minoritaria de conformidad, el Tribunal Supremo revocó la sentencia dictada por el Tribunal Apelativo, ordenando al empleado la reposición en su empleo con el pago de los haberes dejados de devengar.

B. Análisis de los fundamentos de la decisión:

A pesar del resultado distinto, los fundamentos de esta Sentencia no entraron en contradicción con los del caso *U.A.W. v. A.E.E.L.A.*, supra. De hecho, podríamos concluir que los fundamentos de *U.A.W. v. A.E.E.L.A.* sirvieron de base a la Sentencia dictada en *H.I.E.T.E.L.* Veamos.

La Opinión de Conformidad de la mayoría, compuesta por los Jueces Rodríguez, Fuster Berlingeri y Hernández Denton, comenzó por establecer la siguiente controversia:

En un caso de despido injustificado, ¿se excede en sus facultades el árbitro que al momento de emitir el laudo, el cual debe ser conforme a derecho, concede como remedio la reposición y paga retroactiva del empleado despedido, apartándose del remedio

⁹⁹ En este caso el Secretario del Trabajo compareció mediante la presentación de un alegato como "*Amicus Curiae*".

exclusivo de la mesada que confiere la Ley de Despido Injustificado, Ley Núm. 80 de 30 de mayo de 1976, 29 L.P.R.A. sec. 185a et. seq. (“Ley Núm. 80”)?

De entrada, una lectura de la controversia sugiere que existe una presunción de que el remedio exclusivo en un caso de despido en el cual se requiera que el laudo sea conforme a derecho, es la mesada que provee la Ley Núm. 80. En este sentido, confirma la pauta establecida por *U.A.W. v A.E.E.L.A.*, supra, en cuanto a la exclusividad de dicho remedio.

Los fundamentos de la decisión del Tribunal Supremo en esta Sentencia fueron los siguientes: a) cuando se exige que un laudo sea conforme a derecho y el árbitro determina que el despido fue injustificado, viene obligado a conceder el remedio único y exclusivo de la mesada que provee la Ley de Despido Injustificado; b) por lo tanto, un árbitro excede sus facultades si al exigírsele por el convenio o el acuerdo de sumisión que resuelva conforme a derecho, concede un remedio diferente al que provee la Ley Núm. 80. c) no obstante, si las partes expresamente pactan, ya sea en el convenio colectivo o en el acuerdo de sumisión, que el árbitro tendrá facultad para conceder remedios más abarcadores que los que dispone la Ley Núm. 80, dichos remedios serán válidos a manera de excepción.

El hecho de que se resolviera que el árbitro tenía facultad para ordenar el remedio de reposición con paga obedece, no a una diferencia en el fundamento de derecho con respecto al caso *U.A.W. v A.E.E.L.A.* supra, sino a una diferencia en los hechos de cada caso. En *H.I.E.T.E.L.*, supra, quedó establecido que las partes, por medio de lenguaje incluido en varias cláusulas del convenio colectivo, habían plasmado la intención de otorgar al árbitro la facultad de conceder el remedio de reposición con paga en casos de

despido injustificado. El Tribunal concluyó que, habiendo una intención expresa en el convenio colectivo de facultar al árbitro a conceder dicho remedio, el laudo emitido por el árbitro fue conforme a derecho.

En principio, entendemos que los señalamientos críticos que comentamos con relación al caso *U.A.W. v. A.E.E.L.A.*, supra, son aplicables al caso *H.I.E.T.E.L. v. Celulares Telefónica*. Por lo tanto, no redundaremos en una repetición de dichos señalamientos. No obstante, en este último caso, los Jueces de mayoría incluyen un argumento que merece nuestra atención, y el cual no fue discutido directamente en la Sentencia de *A.E.E.L.A.* Sobre la Ley de Despido Injustificado como fuente de derecho, se expresa lo siguiente:

[L]a HIETEL nos invita a adoptar lo dispuesto en la Ley Núm. 80 para aquello que le es de beneficio y descartar la misma cuando no le satisface. Este proceder no parece razonable. La referencia a resolver conforme a derecho incorpora de la ley lo que es **justa causa** así como también la mesada como **remedio** exclusivo al despido sin causa justificada, pues ello fue lo que proveyó el legislador. (Énfasis nuestro).

El comentario surge como reacción al alegato de la unión. El Tribunal insinúa cierto oportunismo del sindicato cuando solicita acudir a la definición de justa causa para despido que establece la Ley Núm. 80, mientras rechaza al mismo tiempo el estatuto como fuente de derecho en cuanto a la concesión del remedio. Sin embargo, a juzgar por la jurisprudencia pertinente, nos parece igualmente errada la posición asumida por los jueces de mayoría en torno a este planteamiento.

El uso de la definición de justa causa para despido que provee la Ley de Núm. 80, es la fuente jurídica que ha servido de fundamento a las decisiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico con relación al despido. Como mencionáramos, dicha definición fue

adoptada y posteriormente reiterada por nuestro más alto foro en *Secretario del Trabajo v. I.T.T.*, supra. La definición de justa causa, a tenor con la ley y la jurisprudencia, es una sola. Por esa razón, los patronos y los sindicatos utilizan dicha definición para nutrir la letra de sus convenios colectivos. También es referencia jurídica obligada para los árbitros cuando tienen ante sí controversias relacionadas con casos de despido. El Profesor Demetrio Quiñones valida nuestro argumento mediante la siguiente expresión:¹⁰⁰

El principio de justa causa aplicado en las decisiones y laudos resueltos por los árbitros del Negociado de Conciliación y Arbitraje, está determinado por el acuerdo de sumisión. Si las partes le requieren al árbitro que resuelva conforme a derecho, él vendrá obligado a aplicar las normas y doctrinas legales prevalecientes en esta jurisdicción. Ello implica que el árbitro tendrá que recurrir a la Ley de Despido Injustificado, **para obtener la definición sobre justa causa que ha establecido el Tribunal Supremo.** (Énfasis nuestro).

El autor establece que se acude a la Ley de Despido Injustificado para obtener la definición de justa causa, la cual ha sido adoptada y debidamente clarificada por el Tribunal Supremo de Puerto Rico en los casos de despido. Sin embargo, no establece que se recurre a esta ley para proveer el remedio.

Conforme a la jurisprudencia aquí citada, hemos reiterado que las normas de derecho sustantivo del arbitraje obrero patronal no prescriben una fórmula única o rígida de remedios a conceder por el árbitro. El remedio a conceder dependerá, entre otras cosas, del convenio colectivo, del acuerdo de sumisión, de las normas sustantivas de derecho y de los hechos específicos del caso, incluyendo factores atenuantes y

¹⁰⁰ Fernández Quiñones, Demetrio. *El Arbitraje Obrero Patronal*. Forum (2000), a la pág. 217.

agravantes.¹⁰¹ Los remedios en el arbitraje obrero patronal para casos de despido son diversos. Éstos, a manera de ejemplo, pueden consistir de reposición con paga, reposición sin paga, reposición con paga parcial y modificación del despido por una acción disciplinaria menor, entre otras. La gama de remedios puede tener su explicación en el origen de las normas sustantivas de derecho aplicables al arbitraje obrero patronal, las cuales provienen casi exclusivamente de la jurisprudencia y de normas generales que han sido elaboradas a partir de casos y controversias en específico.

En este sentido, no coincidimos con los planteamientos que hacen los jueces de mayoría sobre la alegada inconsistencia de la unión en torno a la aplicabilidad de la Ley Núm. 80 al principio de justa causa y al remedio. Si bien es cierto que dicha ley es fuente de derecho reiterada en cuanto a la definición de justa causa para despido, no puede decirse lo mismo del remedio que dispone. En el arbitraje obrero patronal, las normas sustantivas elaboradas por la jurisprudencia han establecido una serie de remedios a los casos de despido injustificado, que se caracterizan por su diversidad. Éstos son más amplios y abarcadores que el remedio de mesada al que se reduce la Ley Núm. 80.

C. La opinión de conformidad de minoría de los Jueces Rebollo y Fiol Matta

Por su parte, los Honorables Jueces Rebollo y Fiol Matta, esbozaron una opinión de conformidad de minoría. Coincidieron en el resultado con los Jueces de mayoría, pero elaboraron una extensa y rigurosa crítica a los fundamentos de éstos. Dicha opinión, la cual suscribimos en sus fundamentos y conclusiones, constituyó un importante referente

¹⁰¹ Véase a manera de ejemplo: Domínguez González, Brunilda. *Atenuantes y Agravantes en un Despido por Lenguaje Insultante Contra un Supervisor*. XVI Rev. del Trabajo 50 (1992).

que nutrió nuestro esfuerzo por ilustrar los señalamientos críticos que hemos discutido en este escrito. Los honorables Jueces de la opinión de minoría, comienzan por configurar una controversia distinta que consiste en lo siguiente:

[s]i, en un caso de despido injustificado, en el cual las partes someten una sumisión en la que se le solicita al árbitro que provea el “remedio adecuado” en caso en que determine si, en efecto, el despido del empleado fue injustificado: ¿puede el árbitro conceder como remedio la reposición con paga atrasada o está limitado a otorgar la mesada que reconoce la Ley80?

De entrada, obsérvese que no está presente la presunción de exclusividad del remedio de la Ley Núm. 80, como se establece en la controversia configurada por la opinión mayoritaria. En ésta, el asunto central a resolver es si el árbitro tiene autoridad para conceder el remedio de reposición con paga, o si por el contrario, la Ley Núm. 80 le impone una limitación a la concesión del remedio.

Uno de los señalamientos centrales de la opinión de minoría es denunciar como error la interpretación de que la exigencia de que el laudo sea conforme a derecho, constituye una limitación a los poderes del árbitro en otorgar remedios. La minoría se basó en la norma creada por *Sonic Knitting*,¹⁰² y *Condado Plaza v. Asociación*,¹⁰³ supra, para establecer que es norma reiterada la amplia facultad del árbitro para conceder el remedio adecuado, siempre que éste surja de la sumisión o del convenio. De este razonamiento, se desprende otro error señalado por la minoría. Consiste en cuestionar el fundamento de que el remedio exclusivo en casos de despido injustificado y en un laudo conforme a derecho, es la mesada que provee la Ley Núm. 80. Al rechazar este

¹⁰² 106 D.P.R. 557 (1977).

¹⁰³ 149 D.P.R. 347 (1999).

argumento, en la opinión minoritaria los jueces citan el caso *Challenger Caribbean v. U.G.T.* 903 F. 2d. 857 (1990) y expresan:

En ese caso, el Tribunal de Distrito Federal para el Distrito de Puerto Rico, había anulado un laudo porque entendía que el árbitro se había extralimitado en sus poderes al ordenar la reinstalación y la paga atrasada de los empleados, porque el único remedio al que tenían derecho los empleados era la mesada de la Ley 80. El Primer Circuito revocó la decisión razonando que los remedios de la Ley 80 eran diferentes a los del Convenio Colectivo. Por lo tanto, como la alegación de la Unión fue que el despido, aunque violaba la Ley 80 también violaba el Convenio Colectivo, el Tribunal resolvió que el laudo ordenando la reinstalación y el pago de haberes dejados de percibir, emanaba del convenio y era conforme a derecho, por lo que fue confirmado.¹⁰⁴

La minoría cuestiona que los remedios tengan que estar sujetos por obligación a una ley que le imponga al árbitro el curso de acción a tomar. Plantean que no toda controversia posible está cobijada por una ley, por lo que catalogan el razonamiento de los Jueces de mayoría como un “absurdo”. En este sentido, expresan:¹⁰⁵

[S]i pensamos en todas las posibles controversias a las que pueden enfrentarse los árbitros - las cuales no siempre tendrán que ver con un alegado despido injustificado - tendríamos que concluir que, limitar el remedio que puede conceder un árbitro a lo que establece una ley en particular, es un absurdo. Ello implicaría que, para cada situación particular que pueda ser sometida a arbitraje, el árbitro estaría obligado a buscar la ley específica que controle dicha situación. Dicho ejercicio sería inútil ya que en el procedimiento de arbitraje se atienden controversias tales como, i.e. subcontratación, traslados, antigüedad, vacaciones, eliminación de plazas, etc. que quedarían en el limbo en cuando al aspecto remedial, porque muchas de dichas controversias no están cubiertas por leyes especiales. Esto inevitablemente equivaldría a eliminarle todo sentido práctico a los convenios colectivos y al arbitraje obrero patronal. (Énfasis nuestro).

¹⁰⁴ *H.I.E.T.E.L. v. Celulares Telefónica*, 2006 TSPR 144, (Sentencia), a la pág. 9.

¹⁰⁵ *Id.*, a la pág. 18.

En la opinión minoritaria se insiste en que la frase “conforme a derecho”, no puede ser interpretada de manera limitada. En contraposición, plantean que el árbitro goza de amplia facultad para emitir el remedio adecuado, utilizando las fuentes de derecho creadas por la ley y la jurisprudencia.

Por lo tanto, expresan que el remedio de reposición con paga está incluido dentro de las facultades remediales del árbitro, pues ha sido norma reiterada por la jurisprudencia. Además, ha sido el remedio común y más usado por los árbitros en los casos de arbitraje por despido ilegal.¹⁰⁶ La siguiente expresión ilustra el sentir de la minoría en cuanto a este aspecto de la controversia:

[s]e desprende con meridiana claridad que la frase conforme a derecho nunca ha sido interpretada por este Tribunal como una limitación a las facultades remediales del árbitro. Todo lo contrario, nunca hemos cuestionado la facultad que tienen los árbitros a conceder la reposición y la paga retroactiva como remedio. La única limitación en cuanto al remedio que diseñe un árbitro, es que el mismo no viole el convenio colectivo o el acuerdo de sumisión.

En síntesis, el ataque de la minoría a la opinión mayoritaria, se podría reducir a cuestionar la visión limitada de la facultad del árbitro para conceder remedios; en la interpretación también limitada del significado del término “conforme a derecho” y como consecuencia de éste último señalamiento, la oposición a que en el arbitraje obrero patronal, cuando se decide una controversia sobre despido y el laudo debe ser conforme a derecho, el único remedio posible está limitado a la mesada provista por la Ley Núm. 80.

IV. Conclusión

A nuestro juicio, las opiniones de mayoría y minoría en la Sentencia de *H.I.E.T.E.L.* supra, representan los dos polos del debate en torno a este asunto. Por un

¹⁰⁶ Fernández, Demetrio. Id., a la pág. 221.

lado, se encuentra la posición de los Jueces de mayoría que defienden la tesis de la autoridad limitada del árbitro en cuanto a su facultad para conceder remedios. Igualmente limitada es su interpretación sobre el significado de “conforme a derecho”. Dicha interpretación se reduce a otorgar carácter de exclusividad al remedio de la mesada que provee la Ley de Despido Injustificado. La mayoría también defiende el argumento de que la autoridad del árbitro para otorgar remedios más abarcadores a los que provee la mesada, tiene que estar expresamente establecida en el convenio colectivo o en el acuerdo de sumisión.

En contraposición, los Jueces Rebollo y Fiol Matta, quienes concurrieron en opinión minoritaria, defienden una visión abarcadora y amplia en torno a la autoridad y facultades del árbitro. Le asignan una interpretación igualmente abarcadora al concepto de “conforme a derecho”. En virtud de dicha interpretación, plantean que en casos de despidos, las normas sustantivas creadas por la jurisprudencia han reiterado la reposición, con o sin paga retroactiva, entre otras alternativas, como remedios válidos en derecho. La minoría sostiene la tesis de la autoridad implícita del árbitro para conceder el remedio adecuado. Esta visión sostiene que como regla general, cuando se exige que el laudo sea conforme a derecho, el árbitro goza de amplia latitud en la confección del remedio adecuado, salvo por lenguaje específico en el convenio colectivo que limite dicha facultad. No tiene que existir autorización expresa para conceder un remedio adecuado, siempre y cuando ésta emane del convenio, de la sumisión, y del propio derecho vigente. En este sentido, los Jueces de minoría son defensores de todo el acervo jurisprudencial desarrollado por el Tribunal Supremo de Puerto Rico a partir de la decisión de *J.R.T. v. N.Y. & Porto Rico Steamship Co.* 69 D.P.R. 782 (1949).

¿Cuál de estas dos visiones prevalecerá finalmente? Esta respuesta le corresponde contestarla al Tribunal Supremo de Puerto Rico. Sin embargo, entendemos que es la visión de la minoría en *H.I.E.T.E.L.*, supra, la que debe prevalecer. A nuestro juicio, la visión limitante de la facultad del árbitro para conceder remedios, le impide a éste adecuar los remedios a los hechos del caso y sus particularidades, a la prueba, a circunstancias atenuantes, agravantes, y a todos aquellos factores que inciden sobre su determinación. Además, ésta visión podría crear un desbalance perjudicial para el trabajador, quien se vería desprovisto del remedio de mayor justicia en un caso de despido injustificado, que consiste en su regreso al empleo, y en la recuperación del ingreso del que fue privado por causa de una actuación ilegítima del patrono.

A pesar de la posición que aquí asumimos, creemos que lo más peligroso es la incertidumbre en la cual se encuentran los actores del campo obrero patronal como consecuencia de la resistencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico a expresarse clara e inequívocamente sobre esta controversia. El alto foro debe enfrentar la indefinición por ellos creada asumiendo una posición, ya sea creando una nueva norma jurídica, reafirmando la existente, o introduciendo ciertas modificaciones al estado de derecho actual. Éste es el verdadero reto que enfrenta el ordenamiento jurídico en torno a este dilema. Esperamos que en un futuro inmediato, teniendo en cuenta que hay otros casos sobre esta controversia esperando por una determinación del Tribunal Supremo,¹⁰⁷ el foro aproveche la oportunidad para trazar, mediante Opinión, una norma determinada en torno a este tema.

¹⁰⁷ Ver nota al calce núm. 21 de *H.I.E.T.E.L. v Celulares Telefónica*, 2006 TSPR 144, a la pág. 6.

V. Bibliografía

Libros:

1. Acevedo Colom, Alberto. *Legislación Protectora del Trabajo Comentada, Octava Edición Revisada*. (2005).
2. Draznin, Anne L. *Discipline And Discharge in Arbitration, 2001 Supplement*. BNA Books (2001).
3. Elkouri And Elkouri. *How Arbitration Works, Sixth Edition*. BNA Books (2003).
4. Fernández Quiñones, Demetrio y Romany, Celina. *Derecho Laboral: Casos y Materiales, Tomo II*. Editorial de la Universidad de Puerto Rico (1987).
5. Fernández Quiñones, Demetrio. *El Arbitraje Obrero Patronal*. Forum (2000).
6. Zeno Santiago, Charles y Bermúdez Pérez, Víctor. *Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo I*. Publicaciones JTS (2003).

Artículos:

1. Domínguez González, Brunilda. *Atenuantes y Agravantes en un Despido por Lenguaje Insultante Contra un Supervisor*. XVI Rev. del Trabajo 50 (1992).
2. Helfeld, David M. *La Jurisprudencia creadora: Factor Determinante en el Desarrollo del Derecho de Arbitraje en Puerto Rico*. 70 Rev. Jur. U.P.R. 1 (2001).
3. Torres Rivera, Alejandro. *El despido y el derecho a la reposición y la paga retroactiva en casos en que el convenio colectivo requiera que el laudo sea conforme a derecho: una aproximación desde el arbitraje obrero patronal*. Artículo sin publicar. (17 de octubre de 2006).
4. Zeno Santiago, Charles. *El Despido y la Política Social en Nuestro Estado de Derecho*. 34 Rev. Jur. U.I.P.R. 2 (2000).

Leyes:

1. *Ley de Indemnización por Despido Injustificado, Ley Núm. 80 del 30 de mayo de 1976*. 21 L.P.R.A. sec. 185.
2. *Ley para enmendar la Ley de Despido Injustificado, Ley Núm. 128 del 7 de octubre de 2005*.

3. *Reglamento Para el Orden Interno de los Servicios de Arbitraje del Negociado de Conciliación y Arbitraje del Departamento del Trabajo y Recursos Humanos de Puerto Rico, del 21 de enero de 1983, según enmendado.*

Decisiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico:

1. *Autoridad de Edificios Públicos v. Unión Independiente*, 130 D.P.R. 983 (1992).
2. *Challenger Caribbean v. U.G.T.* 903 F. 2d. 857 (1990).
3. *Colón Molinary v. A.A.A.*, 103 D.P.R. 143 (1974),
4. *Condado Plaza Hotel & Casino v. Asociación de Empleados de Casino de Puerto Rico*, 149, D.P.R. 347 (1999).
5. *Hermandad Independiente de Empleados Telefónicos v. Celulares Telefónica*, 2006 T.S.P.R. 144 (Sentencia).
6. *J.R.T. v. Caribbean*, 99 DPR 595 (1971).
7. *J.R.T. v. Hato Rey Psychiatric Hospital*, 119 D.P.R. 62 (1987).
8. *J.R.T. v. National Packing*, 112 D.P.R. 162 (1982).
9. *J.R.T. v. New York & Porto Rico Steamship Co.* 69 D.P.R. 782 (1949).
10. *J.R.T. v Otis Elevator*, 105 D.P.R. 195 (1976).
11. *J.R.T. v Securitas, Inc.*, 111 D.P.R.580 (1981).
12. *J.R.T. v Vigilantes*, 125 D.P.R. 581 (1990).
13. *Pérez v. Autoridad de Fuentes Fluviales*, 87 D.P.R. 118 (1963).
14. *S.I.U. de P.R. v. Otis Elevator*, 105 D.P.R. 832 (1977).
15. *Secretario del Trabajo v. I.T.T.* 108 D.P.R. 536 (1979).
16. *Sonic Knitting Industries v. I.L.G.W.U.*, 106 D.P.R. 557 (1977).
17. *Unión Internacional de Trabajadores v A.E.E.L.A.*, Sentencia del 19 de septiembre de 2002.
18. *Wolf v. Neckwear Corp*, 80 D.P.R. 537 (1958).

LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE NO COMPETENCIA EN EL EMPLEO

Iris Alejandra Maldonado Rodríguez

Introducción

La funcionalidad o legitimidad del derecho de un país se sustenta en la medida en que el mismo corresponda a la realidad social e individual de las personas que constituyen ese pueblo.¹⁰⁸

La realidad social actual, es que los cambios son constantes y cada vez más acelerados. La tecnología da pasos agigantados. La información es cada vez más fácil de acceder a través de los distintos medios de comunicación. Es cuestión de segundos, para que una nueva noticia se haga pública a través del Internet o la televisión. Dichos cambios muchas veces menoscaban derechos fundamentales de los seres humanos.

Cuando entran en conflicto distintos derechos fundamentales (i.e. derechos constitucionalmente reconocidos), es deber de los tribunales de justicia, sopesarlos de manera, que se garanticen según han sido establecidos. El escrutinio judicial, que utiliza el tribunal, al sopesar los intereses en conflicto, es el escrutinio estricto.¹⁰⁹

Este es el reto que se presenta en este trabajo. Se evalúa la validez de las llamadas cláusulas de no competencia en los contratos de empleo. En términos, de la existencia de una posible violación de los derechos constitucionales de los individuos que las aceptan frente a los patronos, que en muchas ocasiones disfrutan de una posición ventajosa a la de los primeros. El reto, por su parte, aflora ante la inexistencia de legislación que las regule directamente; y ante la insuficiencia de las escasas normas

¹⁰⁸ Cita de Eugenio María de Hostos tomada del escrito Antonio Fernós, Historia del Derecho Puertorriqueño, p. 10.

¹⁰⁹ *Arroyo v. Rattan Specialties, Inc.*, 117 D.P.R. 35 (1986).

establecidas por el Tribunal Supremo de Puerto Rico, como intérpretes exclusivos de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.

Las cláusulas de no competencia en los contratos de empleo, limitan la libertad de un empleado para prestar servicios a ciertas empresas de la competencia una vez termina su relación con el patrono actual. Éstas surgen directamente del aumento desmedido en la competencia entre las diversas empresas, la necesidad de mantener empleados competentes y diestros, profesionales que se han especializado en industrias particulares. Las restricciones que establecen dichas cláusulas, en muchas ocasiones, laceran el derecho al trabajo que poseen los individuos que las aceptan. Derecho que incluye la opción de poder contratar y renunciar alguna relación empleado/patrono. Por tal motivo, es necesario armonizar el derecho laboral con el derecho positivo y constitucional. Se trata de equilibrar el derecho al trabajo, el derecho a la libre contratación y la política pública que respalda la libre competencia.¹¹⁰

Naturaleza de las cláusulas de no competencia

Las cláusulas de no competencia constituyen un acuerdo entre dos personas mediante el cual una se obliga a no competir con la otra. Estas cláusulas pueden formar parte de contratos de compraventa en los cuales se dispone de una empresa o de sus activos, para que el vendedor no compita con el comprador de la empresa, de contratos de empleo para que el empleado no compita con el patrono al terminar la relación de empleo o pueden hacerse en forma independiente como promesas, como la de no presentar limitaciones en una subasta o no introducirse en determinado mercado o industria.¹¹¹ Las

¹¹⁰ Zeno Santiago y Bermudez Pérez, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Publicaciones J.T.S., 2003, p. 212

¹¹¹ Jorge Adame Goddard, *¿Deben ser Válidas las Cláusulas de No Competencia en el Derecho Mexicano?* www.Juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/102/art/art1.htm

cláusulas de no competencia excluyen completamente el ejercicio de una determinada actividad comercial, industrial o profesional con ciertas limitaciones de tiempo y lugar, según discutiremos más adelante.¹¹² Las mismas, constituyen una restricción al comercio, al derecho a libre contratación y al derecho de todo trabajador a escoger y a renunciar a una ocupación.

En el ámbito laboral, se trata de cláusulas que limitan la libertad de un empleado para prestar servicios a ciertas empresas de la competencia una vez termina su relación con el patrono actual.¹¹³

Un contrato de empleo, que contenga una cláusula de no competencia, puede suscribirse en uno de tres momentos determinados:

- Antes o al momento de la contratación del empleado.
- Durante la relación de empleo.
- Con posterioridad a la terminación de la misma.

Dentro de los distintos tipos de cláusulas de no competencia que pueden formularse como respuesta a la necesidad particular que reclama el patrono, se encuentran:

- Acuerdo de Confidencialidad
- “*Non Solicitation of Customers*”

Primero, las cláusulas restrictivas de confidencialidad, suscritas en el contrato de empleo, exigen el silencio del obligado para proteger información íntima, comercial o

¹¹² Ibid.

¹¹³ Alberto Acevedo Colón, *Legislación Protectora del Trabajo Comentada*, Ramallo Printing BROS., 1999, San Juan, p. 223

confidencial y de esta manera salvaguardar la competitividad del negocio.¹¹⁴ Normalmente, se considera información confidencial o privilegiada, como la clientela y los secretos comerciales.

Por otro lado, las cláusulas denominadas, “*non solicitation of customers*”, impiden que un empleado se apropie de los clientes de su patrono.¹¹⁵

Las cláusulas de no competencia en un contrato de empleo, constituyen una obligación de no hacer, en un contrato de adhesión.¹¹⁶

La jurisprudencia ha reconocido que el contrato de empleo es uno típico de adhesión.¹¹⁷ Los contratos de adhesión son los que en lugar de un proceso de oferta y aceptación realizada caso a caso, se celebran a base de ofertas uniformes, según un modelo de antemano, dirigidas a todas las personas a las que pueda interesar la cosa o servicio ofrecido.¹¹⁸ Es decir, el contrato lo prepara una de las partes contratantes, el patrono. Por tal razón, el Tribunal Supremo de Puerto Rico, ha establecido que en casos de cláusulas oscuras o ambiguas, la interpretación de las mismas, se hace en conformidad con el Art. 1240 del Código Civil. Dicho articulado establece que: “la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”. Es decir, se interpretará en la forma más favorable para la parte débil, el empleado. También ha expresado, que esta norma de interpretación no es absoluta, sólo aplica a casos en los que las cláusulas sean ambiguas u oscuras. En

¹¹⁴ Luis H. Sánchez Caso, *El Contrato de la Mordaza: Apuntes sobre el Acuerdo de Confidencialidad en una Relación de Empleo*, 39 Rev. Jur. U.I.P.R. 811 (2005).

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Santiago v. Kodak Caribbean*, 92 J.T.S. 11, pág 9165.

¹¹⁸ José Puig Brutau, *Fundamentos del Derecho Civil, T II, Vol. I*, 3ra ed., Bosch, Barcelona, 1988, p. 404

ausencia de ambigüedad u oscuridad, el contrato debe ser interpretado según sus términos.¹¹⁹

En cuanto a la obligación que nace de las cláusulas de no competencia, como mencionamos anteriormente, es una de no hacer (i.e. no competir). Esta obligación es reglamentada en el Art. 1041 del Código Civil que dispone que: “toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”. En esta obligación, una parte se compromete a no llevar a cabo actos que legítimamente podría realizar.

Cuando se incumpla una obligación de no hacer, el tribunal “podrá decretar que se deshaga lo mal hecho”, restituir el *status quo*. Así se dispone, en los Artículos 1051 y 1052 de nuestro Código Civil. Sin embargo, este remedio, en los casos de violación a una cláusula de no competencia, puede que no sea el adecuado. Resulta ser inadecuado porque la inobservancia de la obligación (i.e. divulgar información privilegiada), implica un incumplimiento absoluto, donde deshacer lo llevado a cabo es imposible.¹²⁰ Aquí, sólo procede el cumplimiento por equivalencia, a través de la indemnización por los daños sufridos, constitutiva ésta de una retribución monetaria que tenga una aproximación a la lesión causada.¹²¹ La retribución puede ir desde la lesión a la competitividad, hasta los ingresos dejados de ganar.¹²² En los demás casos, la parte

¹¹⁹ *Arthur Young & Company*, 136 D.P.R. 157 (1994); *CRUV v. Peña Ubiles*, 95 D.P.R. 311, 314 (1967); *Casanova v. P.R. AMER. Ins. Co.*, 106 D.P.R. 689, 697 (1978); *González v. Coop. de Seguros de Vida de P.R.*, 117 D.P.R. 659 (1986).

¹²⁰ Luis H. Sánchez Caso, *El Contrato de la Mordaza: Apuntes sobre el Acuerdo de Confidencialidad en una Relación de Empleo*, 39 Rev. Jur. U.I.P.R. 811 (2005), p. 814.

¹²¹ Cita del caso *García v. Shiley Caribbean*, 122 D.P.R. 193, 206 (1988) obtenida del artículo Luis H. Sánchez Caso, *El Contrato de la Mordaza: Apuntes sobre el Acuerdo de Confidencialidad en una Relación de Empleo*, 39 Rev. Jur. U.I.P.R. 811 (2005), p. 814.

¹²² *Ibid.*

afectada puede solicitar y obtener un *injunction* para pedir el cumplimiento específico de la obligación.¹²³

En cuanto a la validez de las cláusulas de no competencia, debemos recordar que como punto de partida se deben evaluar, al amparo del Art. 1207 del Código Civil, que las mismas no sean “contrarias a la ley, a la moral, ni al orden público.”¹²⁴ Segundo, que concurren los elementos esenciales del contrato, recogidos en el Art. 1213 del Código Civil. Los mismos son:

- Consentimiento de los contratantes.
- Objeto cierto que sea materia del contrato.
- Causa de la obligación que se establezca.

Por último, al considerar la particularidad de las cláusulas de no competencia, se debe velar que se cumplan los requisitos promulgados jurisprudencialmente, según discutiremos con posterioridad.

Las cláusulas de no competencia a la luz del Derecho Contractual puertorriqueño

La fuente del derecho contractual que impera en Puerto Rico es el Código Civil proveniente de España. En el mismo, impera la política pública de la libertad de contratación. Es decir, el principio de la autonomía de la voluntad. Esto implica que los pactos a los que pueden llegar los contratantes están tan sólo limitados por su imaginación, siendo la voluntad de las partes la ley suprema entre ellos.¹²⁵ Ahora bien, la libertad de contratación no es absoluta, está limitada por los principios contenidos en el Código Civil, Artículos 1207 y 1213, esbozados anteriormente. Por tanto, la voluntad de

¹²³ *García v. World Wide Ent.*, 132 D.P.R. 378 (1992); *Arthur Young & Co. v. Vega*, 136 D.P.R. 157 (1994).

¹²⁴ Art. 1207 del Código Civil de Puerto Rico.

¹²⁵ *Arthur Young & Co. v. Vega*, 136 D.P.R. 157 (1994)

los contratantes cede ante el interés público, en cuanto los contratos no pueden ser contrarios a la ley, la moral ni al orden público. Así también, todo contrato debe tener como pilar principal el principio de buena fe contractual. El principio de buena fe está contenido en el Art. 1210 del Código Civil. El mismo establece que: “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.” Por último, todo contrato para ser válido tiene que cumplir con los requisitos de consentimiento, causa y objeto.

Los contratos de trabajo, han sido objeto de reglamentación rigurosa por parte del Estado. El fin de tan estricta regulación es el de evitar que el trabajador entre en una relación contractual injusta, por miedo a perder el único medio que posee para ganarse la vida dignamente. En un contrato de trabajo, el empleado se obliga a ejecutar una obra o a brindar un servicio a cambio de una compensación económica, por un término fijo o indeterminado.¹²⁶ Como mencionamos anteriormente, las cláusulas de no competencia, pueden formar parte de un contrato de empleo.

El contrato de empleo, en conjunto con las cláusulas de no competencia incluidas en el mismo, tienen que cumplir con los elementos esenciales del contrato (i.e. consentimiento, causa y objeto). Primero, se requiere el consentimiento, que constituye la voluntad contractual, que significa coincidencia de voluntades. Este requisito es el que se ve más amenazado por las cláusulas de no competencia. Dada la desigualdad de poder entre el patrono y el empleado, los derechos constitucionales del trabajador podrían

¹²⁶ Luis H. Sánchez Caso. *El Contrato de la Mordaza: Apuntes sobre el Acuerdo de Confidencialidad en una Relación de Empleo*. 39 Rev. Jur. U.I.P.R. 811 (2005), p. 816.

transgredirse.¹²⁷ El empleado podría acceder a renunciar a su derecho constitucional de seleccionar y renunciar libremente de su empleo, al verse obligado por la necesidad de ganarse la vida y proveerle un sustento digno a su familia. En este caso, existe un potencial realmente palpable de menoscabo al derecho de los trabajadores a escoger y renunciar libremente a su empleo, según discutiremos más adelante. Este hecho es de suma importancia cuando un tribunal evalúa la validez de las cláusulas de no competencia. Así ha sido reconocido por el Tribunal Supremo de Puerto Rico, al expresar que los tribunales tienen que ser “especialmente estrictos al asegurar de que el empleado firmó libre y voluntariamente el contrato” cuando se vislumbra dicho derecho constitucional.¹²⁸

En cuanto al objeto, nos referimos a la obligación contraída, a que nos estamos obligando. El contrato de empleo, contiene obligaciones recíprocas, donde el trabajador se obliga a prestar una labor y el patrono a remunerarla. Las cláusulas de no competencia, por su parte, también deben ser de naturaleza recíproca donde el trabajador se obliga a no competir con el patrono cuando termine su relación obrero-patronal y el patrono se obliga a prestar una compensación adecuada.

Finalmente, todo contrato tiene que tener causa. El Código Civil no expresa lo que constituye causa. Su alcance y naturaleza ha sido delimitado por la jurisprudencia y la doctrina.

La causa es el motivo o fin por el cual las partes contratan. El Tribunal Supremo de Puerto Rico en el caso de *San Juan Credit, Inc. v. Ramírez Carrasquillo*, 113 D.P.R. 181 promulgó que “el Art. 1226 del Código Civil, nos dice que en los contratos onerosos,

¹²⁷ Ibid, p. 817

¹²⁸ *Arthur Young & Co. v. Vega*, 136 D.P.R. 157 (1994)

se entiende por causa, para cada parte, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte”. En un contrato de trabajo, que es uno oneroso, la causa para el patrono sería el trabajo de su empleado, y para éste último, la remuneración o salario acordado. En el caso de un acuerdo de no competencia, por su parte, la causa para el patrono sería que el empleado no competencia con él, y para el empleado, recibir la contraprestación acordada.¹²⁹

Las cláusulas de no competencia a la luz del Derecho Constitucional

Antes de exponer el tema que nos proponemos discutir en detalle, a continuación se presentan, las distintas disposiciones constitucionales que se deben considerar al efecto de determinar la validez de las cláusulas de no competencia. Primero, la Sección 1, del Artículo II de la Constitución de Puerto Rico establece que “la dignidad del ser humano es inviolable”.

Segundo, la Sección 16, del Artículo II de la Constitución de Puerto Rico, por su parte establece que:

“Se reconoce el derecho de todo trabajador 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. Sólo 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.”

Tercero, la Sección 7, del Art. II de la Constitución de Puerto Rico, establece:

“Se reconoce como derecho fundamental del ser humano el derecho a la vida, a la libertad y al disfrute de la propiedad. No existirá la pena de muerte. Ninguna persona será privada de su libertad o

¹²⁹ Luis H. Sánchez Caso. *El Contrato de la Mordaza: Apuntes sobre el Acuerdo de Confidencialidad en una Relación de Empleo*. 39 Rev. Jur. U.I.P.R. 811 (2005), p. 819.

propiedad sin el debido proceso de ley, ni se negará a persona alguna en Puerto Rico la igual protección de las leyes. No se aprobarán leyes que menoscaben las obligaciones contractuales. Las leyes determinarán un mínimo de propiedad y pertenencias no sujetas a embargo.”

Cuarto, la Sección 9, del Art. II de la Constitución de Puerto Rico, establece:

“No 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.”

Como podemos observar, todos los derechos implicados forman parte del Art. II de la Constitución de Puerto Rico o Carta de Derechos. Así, la Carta de Derechos de la Constitución la cual contiene los derechos civiles; derechos considerados como inherentes a todo ser humano. Como tal, tienen la más elevada jerarquía entre las leyes del país. Y no sólo no pueden ser enmendados por la Asamblea Legislativa de Puerto Rico sin el consentimiento expreso del pueblo, sino que la propia Constitución dispone que ninguna enmienda a la misma podrá abolir la Carta de Derechos. Están por lo tanto, investidos de una enorme protección e inviolabilidad legal, cuyo guardián oficial y autorizado es el Tribunal Supremo de Puerto Rico. Por lo que, las decisiones de éste sobre derechos civiles son ley.¹³⁰

Los derechos civiles poseen las siguientes características:¹³¹

- *Legales* porque son establecidos por las leyes del país como normas que se pueden hacer cumplir en los tribunales.
- *Constitucionales*, parte de la ley más importante del país, que sólo puede ser enmendada por la acción concurrente de la mayoría de los miembros de la Asamblea Legislativa junto con el voto de la mayoría del pueblo.

¹³⁰ Jaime B. Fuster. *Los derechos civiles reconocidos en el sistema de vida puertorriqueño*, 2da ed., 1972, p. 15.

¹³¹ *Ibid*, p. 23-24

- *Vitales* porque son elementos de gran importancia para la vida humana, según lo demuestra su larga historia, su amplia prevaencia en todas las partes del mundo y sus justificaciones.
- *Universales* porque son derechos que le pertenecen a todas las personas del país. Debe recordarse además que como derechos humanos, pertenecen a todos los miembros de la humanidad en todas las partes del mundo.
- *Personales* porque constituyen facultades y prerrogativas que se le atribuyen a cada persona, por su condición de ser humano, para ser disfrutado por cada uno en su propio desarrollo.
- *Progresivos* ya que se han desarrollado gradualmente y que seguirán evolucionando a medida que progrese la inteligencia y la sensibilidad humana.
- *Limitados* ya que son derechos que se ejercen dentro de la sociedad, en la vida en comunidad y por lo tanto, sólo se pueden disfrutar teniendo en cuenta los derechos del prójimo, de los otros ciudadanos, y el bienestar general de la comunidad.

Estos derechos son necesarios para el desarrollo de la personalidad de cada ser humano. Son necesarios para que podamos vivir una vida digna y feliz.

Las cláusulas de no competencia ponen en disputa dos de los derechos civiles. El derecho de todo trabajador de seleccionar y renunciar libremente a su empleo frente al derecho al uso y disfrute de la propiedad privada. Estos derechos, además de civiles inherentes, han sido clasificados, a su vez, como derechos económicos, necesarios para tener el alcance a ciertas pertenencias y recursos económicos que satisfagan las urgencias biológicas y espirituales de la naturaleza humana. Es decir, necesarios para asegurar a toda persona la subsistencia, a través de bienes que le permita vivir con desahogo y dignidad.¹³²

El derecho al trabajo, se fundamenta en el hecho de que el trabajo constituye un elemento indispensable en la vida de toda persona. Es el medio que tiene una persona

¹³² Ibid, p. 57-59

para obtener lo necesario para vivir, a la vez que contribuye al bienestar de la sociedad en términos económicos y morales. Cabe señalar, que no se trata de tener derecho a obtener un trabajo, sino a seleccionar y a renunciar a un empleo cuando quiera. El Tribunal Supremo de Puerto Rico, a tales efectos, expresó que el derecho a un empleo, a devengar ingresos y a tener una vida justa y decente es un principio inalienable del hombre.¹³³

El derecho a la propiedad, por su parte, incluye el derecho que tiene todo dueño de un objeto a usarlo, disfrutarlo y disponer de él con amplísima libertad.¹³⁴ Los derechos de propiedad son derechos limitados. De esta manera, los derechos de los trabajadores, expuestos anteriormente, y contenidos en la Sección 16 de la Carta de Derechos de la Constitución, constituyen limitaciones al derecho de propiedad. Al establecer ciertas obligaciones que el patrono debe cumplir se imponen límites a lo que éste puede hacer con su propiedad económica. La protección de los derechos básicos y fundamentales del obrero es la causa de esta limitación al derecho de propiedad del patrono. En consecuencia, el dueño de un negocio o empresa, no puede coartar a voluntad el derecho de renunciar, pagar salarios más bajos a los que fija la ley, o expulsar a un trabajador de su empleo por organizar una unión.¹³⁵

El Tribunal Supremo de Puerto Rico, en el caso, *Arroyo v. Rattan Specialties, Inc.*, 117 D.P.R. 35, 62 (1986), confirma lo anterior al establecer que en ausencia de circunstancias especiales que configuren intereses apremiantes del Estado, nuestra sociedad requiere que inclinemos la balanza a favor de la protección de los derechos del

¹³³ Cita del caso *Amy v. Adm. Deporte Hípico*, 116 D.P.R. 414 tomada del libro de Acevedo Colón, *Legislación Protectora del Trabajo Comentada*, Ramallo Printing BROS., 1999, San Juan, p. 223

¹³⁴ *Ibid*, p. 73

¹³⁵ *Ibid*, p. 74

obrero a la intimidad, dignidad y a estar protegido contra riesgos para su integridad personal en el trabajo frente del derecho del patrono al disfrute de su propiedad privada.

Como regla general, en nuestro sistema constitucional, los derechos fundamentales de los individuos (i.e. personales) gozan de la más alta jerarquía. Pero como el hombre vive en comunidad estos derechos no son absolutos, sino que se ven limitados por el bienestar de la colectividad.

Además de estar limitados, los derechos fundamentales son renunciables. La renuncia de los derechos concedidos por las leyes, incluida la Constitución, se contempla en el Art. 4 del Código Civil de Puerto Rico. A tales efectos, establece que “los derechos concedidos por las leyes son renunciables, a no ser esta renuncia contra la ley, el interés o el orden público o en perjuicio de tercero.” En conformidad a este articulado, el Tribunal Supremo de Puerto Rico, reconoció que “los derechos constitucionales, en general, y en particular, los derechos del trabajador, son renunciables.”¹³⁶

Una renuncia es válida y vinculante si el que posee el derecho tiene conciencia del mismo y manifiesta, de manera expresa o tácita, su intención de dimitirlo. En el caso particular de los derechos constitucionales fundamentales, la misma tiene que ser expresa, voluntaria y efectuada con pleno conocimiento de causa. Por esto, el riesgo de perder o no obtener el empleo y la posición de desventaja que ocupa el trabajador frente al patrono, impiden que se pueda lograr una renuncia de derechos constitucionales realmente voluntaria y libre, según discutiéramos anteriormente cuando hablamos de la voluntariedad del consentimiento.¹³⁷

¹³⁶ *Dolphin Int'l v. Ryder Truck Line*, 127 D.P.R. 869, 878 (1991)

¹³⁷ Citas de los casos *Fenning v. Tribunal Superior de P.R.*, 96 D.P.R. 615, 622 (1968); *Eastern Sands, Inc. v. Roig Comercial Bank*, 140 D.P.R. 703, 719-720; *Pueblo en interés del menor R.G.G.*, 123 D.P.R. 443, 465 (1989); *Pagán*

Normativa actual con relación a las cláusulas de no competencia

La normativa que impera en Puerto Rico, con relación a las cláusulas de no competencia, es la que ha sido adoptada jurisprudencialmente. La misma, recopila diferentes doctrinas desarrolladas por los tribunales de diferentes estados de la nación americana, del derecho común. Esto a pesar de que todo el andamiaje de nuestro derecho contractual proviene del Derecho Civil Español. La adopción de las doctrinas del derecho común, se debe a que el enfoque de éstas, concuerdan mejor con la aspiración imperante en nuestra jurisdicción de protección de los derechos constitucionales. A grandes rasgos, el derecho común salvaguarda más el derecho al trabajo, mientras el derecho civil español reviste de más valor el derecho que posee el patrono y coloca al empleado en una posición subordinada. Aunque, en el derecho civil español, también se requieren unos elementos similares como lo es la necesidad de acreditar un interés legítimo por parte del patrono y la necesidad de una compensación adecuada para que el acuerdo sea válido.¹³⁸

Como mencionamos anteriormente, ante la ausencia de legislación que regule la materia de las cláusulas de no competencia, es el Tribunal Supremo de Puerto Rico el que se ha expresado con relación a éstas. Así han reconocido su validez y establecido los elementos que tienen que tener para ser ejecutables.

La validez de las cláusulas restrictivas, las reconoce, el Tribunal Supremo de Puerto Rico, por primera vez en el caso *Dolphin v. Ryder*, 127 D.P.R. 869 (1991). En

Hernández v. U.P.R., 107 D.P.R. 720, 738 (1978); *Arroyo v. Rattan Specialties, Inc.*, *supra* obtenidas del artículo de Luis H. Sánchez Caso, *El Contrato de la Mordaza: Apuntes sobre el Acuerdo de Confidencialidad en una Relación de Empleo*, 39 Rev. Jur. U.I.P.R. 811 (2005), p. 815.

¹³⁸ Para más detalle favor de referirse al libro de Zeno Santiago y Bermudez Pérez, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Publicaciones J.T.S., 2003, p. 212-226. El mismo contiene una presentación excelente de las doctrinas prevalecientes en los diferentes estados y en el derecho civil español.

este caso, el tribunal promulga que mediante la celebración de un contrato, se pueden establecer las condiciones razonables de trabajo que regirán la relación obrero-patronal. Añade además que, dicho contrato no puede ir contra lo establecido en las leyes protectoras del trabajo, ni puede ser producto de una presión u opresión indebida por parte del patrono.”

Los requisitos básicos, con los cuales tienen que cumplir estas cláusulas para ser válidas, son adoptadas por el Tribunal Supremo de Puerto Rico en el caso *Arthur Young & Co. v. Vega*, 136 D.P.R. 157 (1994). Entre estos, se resalta nuevamente, el principio de la buena fe contractual, y adopta el principio de razonabilidad del derecho americano. Así, la validez de una cláusula restrictiva, está supeditada a que:

- El patrono acredite tener un interés legítimo que necesite proteger mediante el acuerdo para evitar un daño. El daño debe ser uno real. Para evaluar este elemento, se tiene que considerar la posición del empleado en la empresa y si está facultado para competir efectivamente con su patrono en el futuro.
- El objeto de la prohibición se limite a actividades similares a las del patrono, sin necesidad de hacer referencia a funciones específicas del empleado.
- El término de la prohibición de no competencia no exceda de doce meses, siendo cualquier exceso innecesario y contrario al orden público por restringir de forma excesiva e injustificada la libertad de trabajo del empleado y la libertad de selección del público en general.
- Se especifique los límites geográficos o clientes afectados por la prohibición. El área geográfica debe ser la estrictamente necesaria donde la competencia ocasiona daños reales al patrono. Los clientes deben limitarse a aquellos que el empleado atendió personalmente durante un período de tiempo razonable o en un período inmediatamente anterior a la renuncia y que al renunciar seguían siendo clientes del patrono. En este punto, se debe evaluar la naturaleza de la industria involucrada y el posible interés relacionado para saber si los clientes son conocidos o no.
- El patrono ofrezca una contraprestación adecuada a cambio de la firma del acuerdo de no competir por parte del empleado. Una contraprestación adecuada pueden ser beneficios adicionales en el trabajo, la obtención del

empleo deseado, disfrute de cambios sustanciales de similar naturaleza en las condiciones de empleo. La mera permanencia en el empleo no constituye compensación adecuada.

- El contrato de empleo que contenga la cláusula de no competencia, cumpla con los elementos esenciales del contrato: consentimiento, objeto y causa.
- Conste por escrito.

Si el acuerdo no cumple con alguna de estas condiciones, el pacto es nulo. Todo esto fue reiterado posteriormente, en los casos *Aconi Telecommunications v. NOA*, 136 D.P.R. 579 y en *PACIV, Inc. v. Pérez Rivera*, 2003 TSPR 84.

Conclusión

Después de la exposición presentada anteriormente, podemos concluir que cuando estamos ante la interrogante de si una cláusula de no competencia contenida en un contrato de empleo es o no válida se debe hacer un análisis desde el punto de vista del derecho contractual y otro desde el punto de vista del derecho constitucional.

En términos contractuales, partimos de la premisa de que son válidas como regla general. Entonces evaluamos que el contrato suscrito tenga todos los elementos esenciales establecidos por el Código Civil de Puerto Rico. Entiéndase, consentimiento, objeto y causa. El consentimiento debe responder a los principios de autonomía de la voluntad y de buena fe.

Desde el punto de vista constitucional, también se consideran válidas, pero en caso de que sea cuestionada su validez, existe la necesidad de que los tribunales realicen un balance de intereses, en el que medie un escrutinio estricto. Es decir, que se sopesen los intereses en disputa de suerte que prevalezca la justicia. Considerando que los derechos de propiedad ceden ante los derechos que están bajo el derecho a la vida, como

son los derechos de los trabajadores. Además se debe evaluar si el empleado renunció a sus derechos de manera expresa, voluntaria y con pleno conocimiento de causa.

En cuanto a la necesidad de atemperar el impacto de alguno de los derechos en disputa frente al otro me parece que el desarrollo jurisprudencial que adoptó el tribunal en el caso de *Arthur Young & Co. v. Virgilio Vega*, supra, constituye un comienzo favorable. De todos modos, sobrevive la necesidad de definir mejor los requisitos establecidos. Por ejemplo, se debe establecer con mayor claridad lo que constituye área geográfica a los fines de nuestra jurisdicción considerando nuestra extensión geográfica.

También se deben establecer requisitos que protejan el comercio y la política pública de la libertad de competencia, que es vital para la economía y por tanto, para la sociedad en general. Esto puede unirse a la necesidad de establecer lo que constituye área geográfica para efectos del espacio comprendido en determinada cláusula de no competencia. Si el área establecida es tan amplia que cubre todo Puerto Rico, se presentaría el problema de la emigración de profesionales diestros a otros países, en detrimento de nuestra economía y comercio. Por otro lado, también si todas las empresas poderosas aplican sin restricción de ninguna índole dichas cláusulas, mantendrían para sí todos los empleados diestros, dejando a los pequeños comerciantes sin herramientas necesarias para su desarrollo. Los empleados de calidad son un activo valioso que contribuyen al éxito y calidad de la empresa o negocio.

BIBLIOGRAFÍA

1. Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico
2. Código Civil de Puerto Rico
3. Zeno Santiago y Bermúdez Pérez, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Publicaciones J.T.S., 2003
4. Jorge Adame Goddard, *¿Deben ser Válidas las Cláusulas de No Competencia en el Derecho Mexicano?*, www.Juridicas.unam.mx/publica/rev/boletín/cont/102/art/art1.htm
5. Alberto Acevedo Colón, *Legislación Protectora del Trabajo Comentada*, Ramallo Printing BROS., 1999, San Juan, p. 223
6. Luis H. Sánchez Caso, *El Contrato de la Mordaza: Apuntes sobre el Acuerdo de Confidencialidad en una Relación de Empleo*, 39 Rev. Jur. U.I.P.R. 811 (2005).
7. José Puig Brutau, *Fundamentos del Derecho Civil*, T II, Vol. I, 3ra ed., Bosch, Barcelona, 1988, p. 404
8. Jaime B. Fuster, *Los derechos civiles reconocidos en el sistema de vida puertorriqueño*, 2da ed., 1972, p. 15.
9. *Arthur Young & Company*, 136 D.P.R. 157 (1994).
10. *CRUV v. Peña Ubiles*, 95 D.P.R. 311, 314 (1967).
11. *Casanova v. P.R. AMER. Ins. Co.*, 106 D.P.R. 689, 697 (1978).
12. *González v. Coop. de Seguros de Vida de P.R.*, 117 D.P.R. 659 (1986).
13. *García v. World Wide Ent.*, 132 D.P.R. 378 (1992).
14. *Amy v. Adm. Deporte Hípico*, 116 D.P.R. 414
15. *Dolphin Int'l v. Ryder Truck Line*, 127 D.P.R. 869, 878 (1991).

16. *Fenning v. Tribunal Superior de P.R.*, 96 D.P.R. 615, 622 (1968).
17. *Eastern Sands, Inc. v. Roig Comercial Bank*, 140 D.P.R. 703, 719-720
18. *Pueblo en interés del menor R.G.G.*, 123 D.P.R. 443, 465 (1989).
19. *Pagán Hernández v. U.P.R.*, 107 D.P.R. 720, 738 (1978).
20. *Aconi Telecommunications v. NOA*, 136 D.P.R. 579.
21. *PACIV, Inc. v. Pérez Rivera*, 2003 TSPR 84.
22. *Arroyo v. Rattan Specialties, Inc.*, 117 D.P.R. 35, 62 (1986).
23. *San Juan Credit, Inc. v. Ramírez Carrasquillo*, 113 D.P.R. 181.
24. *Santiago v. Kodak Caribbean*, 92 J.T.S. 11, pág 9165.

IMPACTO DE LA UNICAMERALIDAD EN LOS PROCESOS LEGISLATIVOS

Ayleen Figueroa Vázquez¹³⁹

En nuestra sociedad, donde existe la forma democrática de gobierno, el voto es el ejercicio de poder mediante el cual el pueblo expresa su voluntad. Por virtud de ese mandato del pueblo, la Asamblea Legislativa ha presentado varias medidas proponiendo diferentes modelos para cambiar la Asamblea Legislativa bicameral a un sistema unicameral. Pero, ¿Qué es la unicameralidad? Por sistema unicameral se entiende, un sistema parlamentario compuesto por una sola cámara o cuerpo legislativo.¹⁴⁰ En Puerto Rico, la unicameralidad implicaría la eliminación de uno de los cuerpos legislativos, concentrando todas las funciones, poderes y deberes en una sola cámara o parlamento.

En el análisis de dichas propuestas legislativas, los argumentos a favor y en contra han surgido del proceso de vistas públicas, de los informes de comisión, de los estudios que ha realizado el gobierno de Puerto Rico en el pasado y del debate público promovido por la prensa del país. Las fortalezas y debilidades de uno y otro sistema han sido discutidas, con especial énfasis en los ahorros que dicho cambio significaría para el gobierno. Sin embargo, la discusión debe ser ampliada en asuntos tan importantes como el proceso de análisis de proyectos de ley en las comisiones legislativas, el cabildeo en la asamblea unicameral, el poder de ir sobre el veto del gobernador y el poder de residenciamiento de la legislatura. Estos son importantes poderes que tiene la Asamblea Legislativa actual. La aprobación de proyectos de ley y su paso por las comisiones legislativas, diseñan la política pública y dejan establecida la intención de las leyes de

¹³⁹ La autora es estudiante de tercer año de la Escuela de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

¹⁴⁰ El Nuevo Día en línea. Editorial. *¿Qué es la unicameralidad?* 8 de mayo 2006. pág 6. Accedido el 30 de agosto de 2006; <http://www.adendi.com>.

Puerto Rico. Por su parte, el cabildeo representa un importante poder que tiene el ciudadano para reclamar aquello que le beneficia. El poder de ir sobre el veto así como el poder de residenciamiento de la legislatura, tienen vital importancia en la vida del país. El impacto o cambios que el nuevo sistema tenga sobre estos poderes, debe ser cuidadosamente analizado en vías de minimizar cualquier desbalance en la separación de poderes. Para prevenir un posible trastoque de los poderes de las ramas de gobierno, hay que aclarar entre otras: ¿Cómo se alteraría la aprobación de leyes en la legislatura unicameral?, ¿Cuánto control de la legislatura unicameral podrían ejercer los cabilderos?, ¿Cuán fácil o difícil sería ir por encima del veto del gobernador? y ¿Cómo se llevaría a cabo el proceso de residenciamiento del gobernador?

El mandato del pueblo

La Ley Núm. 477 de 23 de septiembre de 2004 dispuso para la celebración de un referéndum sobre la preferencia del pueblo en cuanto a continuar con el sistema legislativo bicameral o cambiar a un sistema unicameral. El resultado del referéndum que se celebró el 10 de julio de 2005, demostró una clara victoria de la opción de la unicameralidad con un total de 83.8 por ciento de los votos, aunque solo votó el 22.3 por ciento del electorado.¹⁴¹ Dicho resultado implicaba que la Asamblea Legislativa debía aprobar mediante una resolución concurrente una propuesta de unicameralidad para enmendar la Constitución del Estado Libre Asociado y presentarla al pueblo. Según el mandato de la Ley Núm. 477, *supra*, mediante un nuevo referéndum a celebrarse el 9 de julio de 2007, el pueblo puertorriqueño votaría nuevamente para establecer o no el modelo de unicameralidad presentado ante sí.

¹⁴¹ Puerto Rico. Comisión Estatal de Elecciones. *Certificación*. San Juan. 20 de julio de 2005.

La aprobación de esta ley, refleja cierta insatisfacción ciudadana con el deterioro de la Asamblea Legislativa actual, motivado en parte por las actuaciones de los políticos, la continua publicidad negativa que los medios de comunicación presentan y los constantes tranques que el gobierno compartido ha causado. La Asamblea Legislativa tal como la conocemos, enfrenta el reto de rediseñarse, según le ordena la Ley Núm. 477, *supra*, indistintamente de si sus integrantes desean o no cambiar el sistema.

Historia de nuestra legislatura

El proceso legislativo llevado a cabo por nuestra Asamblea Legislativa es responsable por la redacción, discusión y aprobación de las leyes que constituyen la política pública. Nuestro sistema legislativo se compone de dos cuerpos, la Cámara de Representantes de 51 miembros y el Senado de 27 miembros. Todos ellos electos cada cuatro años por votación directa.¹⁴² Este sistema, que fue adoptado por nuestra Convención Constituyente, podría decirse que es el único sistema que hemos conocido.

En Puerto Rico, bajo la Carta Autonómica de 1897 regía un sistema de gobierno en el cual existía un Parlamento, compuesto por la Cámara de Representantes de quince (15) miembros y un Consejo de Administración. Mediante la aprobación de la Ley Foraker de 1900, el sistema legislativo estuvo compuesto por el Consejo Ejecutivo o Cámara Alta de 11 miembros y la Cámara de Delegados o Cámara Baja compuesto por 35 miembros para los siete distritos representativos. En 1917, el sistema legislativo que estableció la Ley Jones se dividía en la Cámara de Representantes de 39 miembros y el

¹⁴² Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Art. III, Sec. 2

Senado compuesto por 19 miembros.¹⁴³ Tras la aprobación de la Constitución del Estado Libre Asociado en 1952, se adoptó el sistema republicano de gobierno, con separación de poderes de tres ramas: ejecutiva, legislativa y judicial, cuyo sistema legislativo es el que conocemos.¹⁴⁴

Unicameralidad v. Bicameralidad

La discusión sobre la composición de nuestro sistema legislativo se ha dado en Puerto Rico en varias ocasiones. Antes de la aprobación de nuestra Constitución, la Comisión de la Rama Legislativa de la Asamblea Constituyente recomendó la aprobación del sistema bicameral:

“Luego de pesar detenidamente estos argumentos, vuestra comisión considera que debe mantenerse en nuestro país un sistema de dos cámaras. Durante los últimos cincuenta años ésa ha sido la forma de organización legislativa de Puerto Rico. Bajo este régimen se han creado valiosas tradiciones y prácticas que no deben destruirse. El trámite indispensable de las medidas legislativas de una a otra cámara y el doble examen a dichas medidas que el sistema bicameral supone, exigen un estudio más detenido de ellas y evitan situaciones hijas de la irreflexión.”¹⁴⁵

Entre los aspectos positivos de la unicameralidad, se ha señalado que es un sistema más económico, especialmente por su composición. También se ha señalado que el sistema representativo en la unicámara promueve la integración de diferentes distritos, lo que a su vez propicia mejor acceso a la legislatura de sectores marginados. Es decir, une distritos más pequeños a otros más grandes, lo que promueve que los pueblos más

¹⁴³ Puerto Rico. Cámara de Representantes. Informe de la Comisión de Revisión Constitucional y de Derechos Civiles. *Estudio Ordenado por la R. de la C. 537 para Analizar si el Poder Legislativo de Puerto Rico debe estar integrado por una o dos Cámaras*. Noviembre de 1984

¹⁴⁴ Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Art. I, Sec. 2

¹⁴⁵ Puerto Rico. Comisión de la Rama Legislativa de la Asamblea Constituyente. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente*. 28 de diciembre de 195, pág. 2579

pequeños se beneficien del progreso de los más desarrollados.¹⁴⁶ Otro aspecto de la unicameralidad que ha sido considerado como positivo es que evita la duplicidad de esfuerzos, porque la legislación pasa por un proceso simple sin tener que ir a un segundo cuerpo a ser investigado de nuevo.¹⁴⁷

Este punto necesariamente toca el aspecto económico, pues al reducirse la cantidad de comisiones, se reduce también el personal técnico, los asesores y el presupuesto de las comisiones. En general, se reducen los gastos administrativos y operacionales pues no habría duplicidad de oficinas, actas y expedientes, secretaría, reglas y calendario, sargento de armas y otros. La unicameralidad ha sido presentada como un sistema que es más económico, más dinámico en la aprobación de leyes, más representativo y que elimina las rivalidades entre los cuerpos legislativos.

Por su parte, quienes abogan a favor de la bicameralidad alegan que este sistema se ha perfeccionado a través del tiempo, y que tiene raíces profundas en la historia puertorriqueña. El sistema bicameral se divide en distritos más pequeños, lo que según se alega también beneficia la representatividad.¹⁴⁸ Además, su sistema de cotejo promueve análisis más profundo de la política pública, evitando perjuicio de la aprobación de medidas “en la oscuridad de la noche”.¹⁴⁹ Del mismo modo, se ha dicho que evita la aprobación de medidas producto de las pasiones del momento. También se ha mencionado que al estar la legislatura compuesta por dos cuerpos, asegura la fiscalización

¹⁴⁶ Id.

¹⁴⁷ Puerto Rico. Cámara de Representantes. *Informe de la Comisión de Revisión Constitucional y de Derechos Civiles*. Estudio Ordenado por la R. de la C. 537 para Analizar si el Poder Legislativo de Puerto Rico debe estar integrado por una o dos Cámaras. Noviembre de 1984

¹⁴⁸ Puerto Rico. Senado de Puerto Rico. *Ponencia del Hon. Antonio Fas Alzamora sobre en relación a la Unicameralidad ante la Comisión de Gobierno y Asuntos Laborales*. 7 de julio de 2006.

¹⁴⁹ Puerto Rico. Comisión de la Rama Legislativa de la Asamblea Constituyente. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente*. 28 de diciembre de 195, pág. 2590.

de la rama legislativa, pues un cuerpo es fiscalizador del otro, asegurando así también el balance de poder.¹⁵⁰ Además, se ha mencionado que está mejor protegida contra los intereses especiales de los cabilderos, que dos cámaras son más difíciles de corromper y que reduce la tendencia despótica en el gobierno.¹⁵¹

De un análisis de las medidas sobre unicameralidad presentadas hasta el momento y las respectivas ponencias de las vistas públicas celebradas, resulta evidente que la mayor parte de la discusión se ha enfocado en cuál deberá ser la composición de esta nueva legislatura, y en los pros y contras económicos de ambos sistemas. Sin embargo, para tomar una decisión responsable y bien fundamentada hay que analizar también otras áreas vitales de los poderes de la rama legislativa como lo es el análisis de proyectos de ley en las comisiones legislativas.

Análisis de Proyectos de Ley en Comisiones Legislativas

El trámite de las medidas que se convierten en ley, comienza con la investigación de un asunto a resolverse, mejorarse o crearse, estableciendo así la política pública. Este trámite legislativo comienza con la presentación de la medida ante la oficina de actas o trámite, donde se le asigna un número. La medida pasará el requisito de primera lectura ante el pleno del cuerpo legislativo. Una vez la medida es asignada a la correspondiente comisión, se celebrarán vistas públicas o ejecutivas, citando a deponentes para contar con el beneficio de la opinión de las diferentes partes afectadas o interesadas en la medida. Eventualmente, la comisión que evalúa la medida someterá un informe recomendando o no la aprobación de la misma. Una vez el informe sobre la evaluación de la medida ha

¹⁵⁰ Id. a la pág. 2589

¹⁵¹ Informe del Estudio Ordenado Por la R. de la C. 537 para Analizar si el Poder Legislativo de Puerto Rico Debe Estar Integrado Por Una o Dos Cámaras, Comisión de Revisión Constitucional y de Derechos Civiles, noviembre de 1984. pág. 140

sido presentado en la oficina de actas, se presenta al cuerpo, donde una vez debatida, se lleva a votación. De aprobarse, se envía al cuerpo hermano donde recorrerá exactamente el mismo trámite, hasta que, de aprobarse por ambos cuerpos, es enviada a Fortaleza para la firma o veto del Gobernador.¹⁵²

Este proceso puede tomar días o años. La continuidad del trámite dependerá de la disponibilidad de la información necesaria para el cabal análisis de la medida, entre otros factores influyentes. Este es básicamente el proceso de aprobación de leyes en la Asamblea Legislativa Bicameral.

Un mandato de unicameralidad conlleva cambios significativos al trámite que sigue una legislación para su aprobación. Aunque ninguno de los proyectos presentados hasta el momento ha incluido detalles sobre el trámite legislativo en la asamblea unicameral, pues el trámite interno es parte de los reglamentos que aprueba cada cuerpo, se puede suponer que la medida presentada seguirá un trámite muy similar al actual. La diferencia será que una sola comisión evaluará y presentará un informe recomendando o no la medida y pasará al cuerpo para su aprobación o rechazo. No teniendo que ser aprobada por otro cuerpo, se expedita su trámite. Sin embargo, al acortarse el proceso cabe preguntarse, ¿Qué representa este cambio en términos de efectividad y calidad de la legislación?

La calidad de la legislación

La actual Asamblea Legislativa cuenta con más de treinta comisiones entre los dos cuerpos. En un sistema unicameral, la medida no tendría que pasar por comisión dos veces. Podría esperarse que el resultado sea un proceso rápido y ágil. Sin embargo, el

¹⁵² Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Art. III, Secs. 17-19

hecho de que una medida sea aprobada en menos tiempo, también significa que será evaluada por menos personas. Recordemos que en el sistema actual, una segunda comisión analiza y enmienda las medidas, sirviendo esto de filtro y cotejo.

En un sistema unicameral, no existiría el cotejo que representa que un segundo cuerpo evalúe la medida, lo que podría representar una mayor probabilidad de veto de la medida si la calidad del trabajo se viera afectada. Después de todo, el Gobernador está obligado a firmar o vetar, y errores en la legislación sólo logran asegurar el veto de la medida. Además, el doble cotejo sirve de protección contra las presiones indebidas y evita la aprobación de medidas sin el análisis adecuado¹⁵³ o por compromisos ajenos a los mejores intereses del pueblo al que se representa. En ese sentido, surge del diario de la Convención Constituyente que:

“El trámite indispensable de las medidas legislativas de una a otra cámara y el doble examen de dichas medidas que el sistema bicameral supone, exigen un estudio más detallado de ellas y evitan actuaciones hijas de la irreflexión.”¹⁵⁴

Sin embargo, en 1982, la Comisión de Revisión Constitucional y de Derechos Civiles, presidida entonces por Cirilo Tirado Delgado realizó un estudio para determinar la conveniencia de que la legislatura estuviera compuesta por una o dos cámaras. Entre los hallazgos de ese informe, se dijo que:

“El sistema bicameral no se justifica ni por el argumento de los frenos y contrapesos, ni porque dos cámaras puedan analizar mejor un proyecto de ley al mantenerse separadas ni mucho menos por el aspecto económico...en nuestro sistema se suscitan tranques y demoras innecesarias en los asuntos legislativos debido a la acción

¹⁵³ Puerto Rico. Comisión de la Rama Legislativa de la Asamblea Constituyente. Puerto Rico. Comisión de la Rama Legislativa de la Asamblea Constituyente. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente*. 28 de diciembre de 1951, pág. 2579.

¹⁵⁴ Id.

de fuerzas opuestas o iguales y existe la posibilidad de una gran crisis si un cuerpo legislativo logra neutralizar al otro.”¹⁵⁵

Es importante reconocer que de cambiarse a un sistema unicameral deberán diseñarse métodos que garanticen que la calidad del trabajo legislativo no se vea afectado. Sobre este asunto, el 27 de octubre de 1995, la Comisión Especial para el Estudio de la Necesidad y Conveniencia de una Legislatura Unicameral, creada por Orden Ejecutiva del entonces Gobernador Pedro Roselló González, rindió un informe en el que se reconoció que el sistema unicameral permite el estudio y evaluación cuidadosa de legislación. Ello sería posible si se estableciera un proceso de doble cotejo mediante un sistema de investigación antes y después que se presenta una medida. Esto implicaría crear un cuerpo de asesoramiento técnico adecuado, organizando comisiones y subcomisiones que asuman un rol determinante en la doble consideración de la legislación¹⁵⁶.

Por otro lado, durante las vistas públicas de la Comisión de Gobierno del Senado llevadas a cabo en el 2006, el Senador Antonio J. Fas Alzamora sugirió establecer un sistema en que la medida sea trabajada primeramente por la comisión sustantiva. Esta comisión celebrará vistas públicas compulsorias, para que luego la medida pase a una comisión revisora. La segunda comisión garantizará un mejor escrutinio de la legislación y celebrará vistas adicionales si fuera necesario.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Puerto Rico. Cámara de Representantes. *Informe de la Comisión de Revisión Constitucional y de Derechos Civiles. Estudio Ordenado por la R. de la C. 537 para Analizar si el Poder Legislativo de Puerto Rico debe estar integrado por una o dos Cámaras*. Noviembre de 1984

¹⁵⁶ Puerto Rico. Gobernador Pedro Roselló. *Orden Ejecutiva de 24 de abril de 1995 que crea la Comisión para estudiar la deseabilidad de un Poder Legislativo Unicameral para Puerto Rico*. San Juan, 1995.

¹⁵⁷ Puerto Rico. Senado de Puerto Rico. *Ponencia del Hon. Antonio Fas Alzamora en relación a la Unicameralidad ante la Comisión de Gobierno y Asuntos Laborales*. 7 de julio de 2006.

Esta propuesta es importante, pues de acogerse facilitaría el doble cotejo de la medida en el sistema unicameral. Sin embargo, la discusión ha sido mínima, y la falta de una propuesta más amplia y detallada sobre el modelo de unicameralidad a acogerse hace que desconozcamos si se consideraría establecer algún mecanismo de doble cotejo interno de las medidas. Después de todo, el más importante enfoque de la unicameralidad es proveer un sistema más económico y simple y una de las críticas a la bicameralidad es la duplicación de recursos. No obstante, un proyecto de ley que tenga visos de inconstitucionalidad, sea incompatible con la política pública establecida o tenga indicios de que pueda causar perjuicio es un proyecto destinado al veto. Es imprescindible que si se acoge el sistema legislativo unicameral se provean métodos que garanticen el análisis responsable del trabajo legislativo y minimicen los errores en el trámite. La importancia de ello estriba en que los proyectos se convierten en las leyes que gobiernan nuestras propiedades, negocios, servicios de salud, nuestras relaciones interpersonales. En general, gobiernan nuestro diario vivir.

El Cabildeo en la Asamblea Legislativa Unicameral

Otro aspecto que tiene impacto sobre los procesos legislativos es el cabildeo. Es de conocimiento general que la Asamblea Legislativa en ocasiones enfrenta la agresiva presión de grupos de interés que cabildean a favor o en contra de las iniciativas legislativas. El cabildeo es la acción de negociar o gestionar con habilidad y astucia para presionar a los legisladores a fin de inclinar a favor de algún grupo de interés específico la decisión en la discusión de las leyes. La actividad se desarrolla en casi todos los países donde existe un Congreso, y es ejercida en forma abierta o encubierta¹⁵⁸.

¹⁵⁸ *Diccionario Universal de Términos Parlamentarios.*

En el libro *Dynamics of Democracy*, se indica que “la acción de realizar *lobby* tiene su origen en el siglo XVII en Inglaterra, en donde la gente que deseaba influir en las decisiones de gobierno reunía a los miembros del Parlamento en un gran *lobby* o pasillo, ubicado fuera del salón del pleno de la Casa de los Comunes, para exponer su caso”.¹⁵⁹

Hoy día el cabildeo comprende esfuerzos de comunicación o publicidad con el propósito de afectar, enmendar, derrotar, propiciar o impulsar un asunto para sí o para un cliente. En los Estados Unidos, al igual que en Puerto Rico, el cabildeo es una actividad protegida por la ley, con base en la prohibición constitucional de aprobar leyes que limiten la libertad de expresión o prensa. De hecho, en *The Federalist Papers*,¹⁶⁰ James Madison concluyó que considerando sus aspectos positivos y negativos, los grupos de cabildeo son esenciales en cualquier democracia real y las restricciones, de ser necesarias, deben conseguirse mediante la plena competencia entre los diferentes grupos y a través de la aplicación de frenos y contrapesos legales y por otros medios.

El poder del cabildeo se extiende hasta lograr manipular la opinión pública, estimulando el debate social y político y alertando al legislador sobre los costos políticos que puede tener su acción sobre alguna legislación.¹⁶¹ De ahí que muchas de las decisiones que toman los legisladores tienen base tanto en sus propias convicciones y su deber de representar a sus constituyentes, así como por la influencia de grupos de presión poderosos e influyentes.

¹⁵⁹ P. Squire, J. Lindsay, C. Covington y E. Smith, *Dynamics of Democracy*, Atomic Dog Pub., Cincinnati, 2001, p. 336.

¹⁶⁰ Hamilton, Alexander; Madison, James; and Jay, John. *The Federalist*. Edited by Jacob E. Cooke. Middletown, Conn.: Wesleyan University Press, 1961.

¹⁶¹ Yaniré Batista Orama. “*El Cabildeo: ¿Derecho Constitucional o Subterfugio para la Corrupción?*”. 42 Rev. D.P. 47. (2003).

Sin embargo, hay otra cara del cabildeo. En la Asamblea Legislativa bicameral, por la cantidad de legisladores y la existencia de dos cuerpos legislativos, los grupos de presión no terminan su trabajo con la aprobación de la medida en el primer cuerpo. Una vez la medida alcanza el segundo cuerpo, los cabilderos se concentran en este para lograr sus propósitos. El proceso no es fácil, especialmente en asuntos controversiales, donde grupos opuestos cabildean a la misma vez. Las empresas, los sindicatos, organizaciones y grupos de intereses diversos contratan a los cabilderos para defender sus intereses particulares, aunque no siempre el resultado refleja el mejor interés social ni legal. Esto se debe a que puede existir presión directa sobre los legisladores mediante la manipulación de los electores para lograr objetivos diversos, así como ofreciendo apoyo electoral y económico para la reelección de los legisladores. El cabildeo se hace mediante visitas frecuentes a las oficinas de los legisladores, llamadas constantes para expresar sus posturas sobre algún asunto, cartas, largas listas de firmas, material informativo, expresiones en los medios de comunicación y en general dejando sentir su presencia en el Capitolio.¹⁶²

De aprobarse la Asamblea Legislativa Unicameral, los cabilderos se podrán concentrar en ejercer presión intensa sobre el único cuerpo legislativo, donde una vez se apruebe o derrote la medida ya no tendrá que pasar a un segundo cuerpo. Esto podría tener el efecto de que se logre mayor influencia sobre las decisiones de los legisladores. Al tratarse de un sólo cuerpo legislativo, la concentración del poder de los llamados grandes intereses sobre la legislatura podría ser determinante en cuanto a qué se convierte o no en ley. El cuerpo legislativo podría estar demasiado vulnerable a la presión de los

¹⁶² Id.

grupos de interés que no siempre representan el mejor interés de la ciudadanía. El resultado también podría ser que se legisle para el mejor postor y no por el mejor interés del pueblo. Ello podría ser así porque después de todo, un cabildero es una persona a quien se le paga para persuadir al legislador e influir la política pública

Aunque se desconoce con exactitud qué efecto tendrían los grupos de presión sobre la Asamblea Legislativa Unicameral, debe considerarse seriamente como uno de los aspectos que inciden en la nueva composición de la legislatura. Será necesaria la atención de este tema, mediante el estudio, discusión y legislación para asegurar que la acción de cabildear mantenga su utilidad social. Sin embargo, la presión de los cabilderos no debe tener más peso ante un legislador, que el deber de legislar para el pueblo, según el sistema representativo se lo ordena.

Poder de ir por encima del veto del gobernador

El veto según el Diccionario Universal de Términos Parlamentarios es “la facultad que tienen los jefes de Estado para oponerse a una ley o decreto, que el Congreso le envía para su promulgación; es un acto en el que el Ejecutivo participa en la función legislativa. Esto forma parte del sistema de contrapesos entre el ejecutivo y el parlamento; así mientras el presidente puede vetar la legislación, el parlamento puede superar ese veto con un voto de dos tercios de ambas cámaras”¹⁶³.

La Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, en su Artículo III, Sección 19, establece que cuando el Gobernador devuelva un proyecto, la cámara que lo reciba consignará las objeciones del Gobernador en el libro de actas. Ambas cámaras podrán reconsiderar el proyecto, que de ser aprobado por dos terceras partes del número

¹⁶³ Diccionario Universal de Términos Parlamentarios, Pág. 1064

total de los miembros que componen cada una de ellas, se convertirá en ley. Es decir, para ir por encima del veto del Gobernador, actualmente se necesitan 34 votos en la Cámara de Representantes y 18 votos en el Senado.

Esta disposición esta íntimamente ligada a la doctrina de separación de poderes, en la cual cada rama tiene límites en el ámbito de sus funciones y poderes. La doctrina de separación de poderes busca evitar la concentración de poder en cualquiera de sus ramas.¹⁶⁴ Según el estudio *“Presidential Influence: The Success of Vetoes and Veto Overrides,”*¹⁶⁵ preparado por profesores de la Universidad de Florida, el poder del veto “override” ha sido tradicionalmente considerado como uno que se ejerce con el único objetivo de lograr la aprobación de cierta legislación. Se asume que el objetivo siempre es lograr la legislación porque de no aprobarse, podría tener un costo político en términos de política pública. Sin embargo, no siempre es ese el objetivo detrás del ejercicio de ir sobre el veto del gobernador. Es usual que el intento de la legislatura de ir por encima del veto envuelva una lucha de fuerzas partidistas. En ocasiones, los intentos de ir sobre el veto son meramente una manera de asumir una posición con la intención de informarlo al público, en vez de buscar el resultado legislativo.

En el pasado se ha experimentado cómo la legislatura ha servido de “sello de goma” del poder ejecutivo, es decir, solo se ha prestado a acatar los requerimientos del poder ejecutivo. No obstante, durante el presente cuatrienio, debido al efecto que ha tenido el gobierno compartido, realmente se ha evidenciado la importancia y poder que el ejercicio de ir sobre el veto representa. Durante los primeros dos años del mandato del

¹⁶⁴ Carmen M Llull Vera, *“La Separación de Poderes en Puerto Rico: ¿Existe entre las Ramas Ejecutiva y Legislativa?”* 41 Rev. D.P. 275 (2002).

¹⁶⁵ Conley, Richard S., Kreppel Amie. *Presidential Influence: The Success of Vetoes and Veto Overrides*. University of Florida. Accedido el 20 de marzo de 2007: <http://web.clas.ufl.edu/users/kreppel/types.PDF>

gobernador Aníbal Acevedo Vilá, varias medidas han sido reconsideradas por uno o ambos cuerpos en un intento de ir sobre el veto del Gobernador. De estas, dos medidas han logrado obtener los votos necesarios para convertirse en ley. Una de dichas medidas fue la Resolución Conjunta de la Cámara 139, que buscaba mantener abierta y operacional el área de enfermería, hospedaje y las áreas de rehabilitación física del Centro de Rehabilitación Vocacional ubicado en el Centro Médico en Río Piedras. La medida fue vetada por el Gobernador, en medio de un reclamo de que la ley sería académica.¹⁶⁶ La misma fue reconsiderada por la Cámara de Representantes, donde obtuvo 34 votos a favor y 14 en contra, y en el Senado obtuvo 18 votos a favor y 8 en contra, convirtiéndose en ley.

En las dos ocasiones en que la legislatura ha logrado obtener los votos para ir por encima del veto del gobernador, ha sido la legislatura quien ha tenido la palabra final sobre cuál es la política pública que prevalece.

En una Asamblea Legislativa Unicameral, cuando el cuerpo aprueba la medida, la aprueba con el voto partidista mayoritario o con votos bipartitas, creando una súper mayoría, en cuyo caso, ya están más seguros los votos para el veto "override". No habrá un segundo cuerpo donde ir a cabildear los votos necesarios. Cabe preguntarse entonces, si de existir este cuatrienio la legislatura unicameral, en el escenario del gobierno compartido, ¿sería la legislatura la que establecería la política pública o plan de gobierno, en una especie de gobernación desde la unicámara? ¿Cuánto más poder tendría la legislatura sobre el gobernador? Debido a que sólo habría un cuerpo legislativo, sería

¹⁶⁶ La Fortaleza. Hon. Anibal Acevedo Vilá. *Veto expreso RCC 139*. Obtenido de Internet el 14 de marzo de 2007: <http://www.oslpr.org/buscar/>, <http://www.oslpr.org/2005-2008/veto/veto-RCC0139.pdf>

más fácil conseguir los votos necesarios para ir por encima del veto. Si se dotase a la unicámara del poder de establecer por sí misma la política pública del gobierno, ello significaría un desbalance en la separación de poderes.

En ese sentido, también surge la interrogante sobre el poder que tendrá el presidente de la Asamblea Legislativa. Se debe considerar el impacto que tendrá sobre la política puertorriqueña la creación de un poder legislativo representado por el presidente de la Asamblea Legislativa Unicameral o Parlamento. Esta nueva figura de la política, tendrá bajo su mandato los poderes que ahora se dividen en dos cuerpos. El cuerpo legislativo, con todo el poder concentrado, no dependerá de la votación en un segundo cuerpo al ejercer sus poderes. El Presidente tendrá el control sobre la Rama Legislativa.

En el escenario del gobierno compartido, el Presidente podría provocar tranques entre los poderes ejecutivo y legislativo, tal y como ha sucedido recientemente, pero no tendría la presión o fiscalización de una segunda cámara. Podría convertirse en una figura antagónica al gobernador, de la cual el ejecutivo dependería totalmente para la aprobación de las medidas legislativas que sometan, la aprobación del presupuesto del país, el nombramiento de los miembros del gabinete y de todos los poderes que actualmente están divididos entre los dos cuerpos. Este presidente sería electo por los legisladores y tendrá la facultad de decidir cuales asuntos son atendidos y cuales no.

El hecho de dotar a la rama legislativa de más poder, no en todos los escenarios tiene que ser negativo. Por años la legislatura ha estado sometida al poder ejecutivo. En Puerto Rico, la experiencia ha sido que cuando el mismo partido controla al mismo tiempo, la gobernación y la mayoría en la Cámara y en Senado, la separación de poderes

es prácticamente inoperante entre la rama legislativa y la ejecutiva.¹⁶⁷ No obstante, con la experiencia actual del gobierno compartido, se ha evidenciado que sin la cooperación de la legislatura, se hace muy difícil que el gobernador pueda implantar su plan de gobierno. El resultado de dotar a la legislatura de tanto poder podría empeorar la ingobernabilidad.

Ciertamente, es un asunto que no ha sido objeto de amplia discusión pública durante el debate sobre la conveniencia del sistema unicameral. Por ser de vital importancia y en vías de proteger nuestro sistema democrático de gobierno, de aprobarse el cambio a una Asamblea Legislativa Unicameral, se deben considerar mecanismos para proteger y garantizar la separación y el balance de poder entre las Ramas Ejecutiva y Legislativa.

Residenciamiento

El poder de residenciamiento que ostenta la Asamblea Legislativa, surge de la Constitución del Estado Libre Asociado, en su Artículo III, Sección 21:

“La Cámara de Representantes tendrá el poder exclusivo de iniciar procesos de residencia y con la concurrencia de dos terceras partes del número total de sus miembros formular acusación. El Senado tendrá el poder exclusivo de juzgar y dictar sentencia en todo proceso de residencia; y al reunirse para tal fin los Senadores actuarán a nombre del pueblo y lo harán bajo juramento o afirmación. No se pronunciará fallo condenatorio en un juicio de residencia sin la concurrencia de tres cuartas partes del número total de los miembros que componen el Senado y la sentencia se limitará a la separación del cargo. La persona residenciada quedará expuesta y sujeta a acusación, juicio, sentencia y castigo conforme a la Ley. Serán causas de residencia la traición, el soborno, otros delitos graves, y aquellos delitos menos grave que impliquen depravación moral. El Juez Presidente del Tribunal Supremo presidirá todo juicio de residencia del Gobernador”.

¹⁶⁷ Carmen M Lull Vera. “La Separación de Poderes en Puerto Rico: ¿Existe entre las Ramas Ejecutiva y Legislativa?” 41 Rev. D.P. 275 (2002).

El residenciamiento es uno de los poderes más importantes de la Rama Legislativa. Remover al Gobernador de su cargo, es revocar un mandato que la ciudadanía ha manifestado mediante el voto. Por su trascendental impacto en la vida pública de un país, el residenciamiento se lleva a cabo por un proceso cuidadosamente diseñado. En el sistema legislativo bicameral, el proceso se divide entre los dos cuerpos. El cuerpo que vota para formular acusación no es el mismo que juzga y dicta sentencia. Cuando la Cámara de Representantes evalúa si formular una acusación, necesitará el voto de dos terceras partes de sus miembros. Pero no serán esos mismos legisladores los que escucharán la prueba y juzgarán, pues es al Senado a quien compete dicha tarea.

No obstante, en la Asamblea Legislativa Unicameral, el mismo cuerpo que presenta cargos lleva a cabo el juicio. En el caso de nuestra legislatura, de carácter altamente partidista, dar a un cuerpo este inmenso poder se podría prestar para el abuso de dicho poder. Aunque se desconozca cuantos miembros finalmente tendría la Asamblea Legislativa Unicameral, se debe considerar cambiar a tres cuartas partes de los legisladores la cantidad de votos necesarios para formular acusación. De esta forma, se podría minimizar la posibilidad de procesos motivados por meras rivalidades políticas. En la alternativa, se deben evaluar otros métodos que provean las garantías necesarias para que el residenciamiento sea un proceso imparcial. Este proceso legislativo al igual que los anteriores, debe ser cuidadosamente evaluado en el escenario de la unicameralidad.

Conclusión

Ciertamente, es preocupante la falta de datos claros sobre cómo serán los procesos legislativos en la Asamblea Legislativa Unicameral. No debe descartarse que esa falta de datos o simpleza de la discusión del tema pudiera ser un motivo para la poca participación del referéndum del pasado 10 de julio de 2005. Interrogantes como las que plantea este artículo no han recibido una adecuada contestación. En la práctica, es indudable que la unicameralidad altera el esquema constitucional actual cuyo diseño busca salvaguardar el balance de poderes entre las ramas del gobierno. Muchas de estas características de la unicameralidad que no superan al sistema bicameral en sus beneficios serían subsanables si como parte de la discusión se evalúan alternativas viables y se definen más detalladamente los parámetros de lo que sería una Asamblea Legislativa unicameral. El propósito sería asegurar que los procesos legislativos no trastoquen la separación de poderes ni causen los indeseables tranques entre las ramas de gobierno. No podemos tomar una decisión sin antes aclarar tantas lagunas.

A esos fines, se hacen cuatro recomendaciones que pueden ayudar a minimizar estos conflictos en el caso de que se aprobara el sistema unicameral. Primero, la aprobación de medidas debe incluir procesos de doble cotejo y revisión que aseguren la calidad de la legislación y minimicen los errores en los proyectos de ley, resoluciones y resoluciones conjuntas. Segundo, el cabildeo en la Asamblea Legislativa unicameral debe ser más regulado. Es importante salvaguardar el derecho a cabildar, pero sin que se vea afectada la confianza del pueblo en su gobierno. Los legisladores siempre deben dar mayor valor a las necesidades y prioridades de sus constituyentes sobre los intereses de entes privados. Tercero, el proceso de ir por encima del veto del gobernador, debe ser

aprobado por tres cuartas partes de los miembros del cuerpo legislativo. Flexibilizar demasiado el veto “override” no debe ser una consecuencia del sistema unicameral, puesto que ello va en contra de la separación de poderes. Cuarto, el poder de residenciamiento, al ejercerse, debe contar con el voto de tres cuartas partes del cuerpo. Además, es importante que se provean métodos que garanticen un proceso imparcial, ya que los mismos legisladores que presentan cargos dictarían sentencia.

Somos del criterio de que si lo que se desea es lograr ahorros en los costos de la legislatura y mejorar la calidad del trabajo, es necesario realizar una reforma legislativa profunda que no trastoque la separación de poderes. Esta reforma, podría abarcar desde mejorar la calidad de la legislación, reducir los gastos administrativos de la legislatura reduciendo comisiones, reducir personal y legisladores y estableciendo topes a los salarios y dietas de los legisladores. De todas formas, los ahorros que se logren, no aseguran que la calidad del legislador cambie. Queda en manos del pueblo puertorriqueño servir de filtro sobre quienes nos representan. El cambio deberá ser sustancial. Sin embargo, ante la espera por que la legislatura apruebe un proyecto sobre unicameralidad, y ante la inminencia de la fecha de vencimiento para aprobar dicha propuesta, surge la duda sobre si realmente se abrirá paso la unicameralidad. No obstante, es imperativo que la misma legislatura tome acción para que los puertorriqueños vean cambios sustanciales en su sistema legislativo que tantas insatisfacciones les ha dado.

Bibliografía

1. Alicia Reyes Hernández, “*El trabajo legislativo en Puerto Rico: ¿a tiempo parcial o a tiempo completo?*”. 45 Rev. D.P. (2006)
2. Carmen M Llull Vera, “*La Separación de Poderes en Puerto Rico: ¿Existe entre las Ramas Ejecutiva y Legislativa?*”_41 Rev. D.P. 275 (2002).
3. Conley, Richard S., Kreppel Amie. *Presidential Influence: The Success of Vetoes and Veto Overrides*. University of Florida. Accedido el 20 de marzo de 2007: <http://web.clas.ufl.edu/users/kreppel/types.PDF>
4. *Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico*.
5. *Diccionario Universal de Términos Parlamentarios*. Definición de Veto y de Cabildeo. Accedido el 12 de marzo de 2007. <http://www.cddhcu.gob.mx/bibliot/publica/otras/diccejur/diccion.htm>
6. Editorial *¿Qué es la unicameralidad?* El Nuevo Día. Accedido el 13 de marzo de 2007. www.adendi.com/asp?num=16023&year=2006.
7. Hamilton, Alexander; Madison, James; and Jay, John. *The Federalist*. Edited by Jacob E. Cooke. Middletown, Conn.: Wesleyan University Press, 1961.
8. Hernández Colón Rafael. “*On Unicameralism*”. Caribbean Business. San Juan. 9 de junio de 2005. pág.14.
9. La Fortaleza. Hon. Anibal Acevedo Vilá. *Veto expreso RCC 139*. Accedido el 14 de marzo de 2007: <http://www.oslpr.org/2005-2008/veto/veto-RCC0139.pdf>
10. Ley del Referéndum sobre el Sistema Cameral de la Asamblea Legislativa, Ley Núm. 477 de 23 de septiembre de 2004, según enmendada, 16 L.P.R.A. secs. 1 et seq.
11. Puerto Rico. Cámara de Representantes. R. de la C. 2475. *Para ordenar a la Cámara de Representantes del Estado Libre Asociado de Puerto Rico la creación de la Comisión Especial de la Cámara de Representantes para la redacción de una propuesta de establecer un sistema unicameral en la Asamblea Legislativa de Puerto Rico; definir sus funciones; establecer su composición y para otros fines*. 8 de Julio de 2005.
12. Puerto Rico. Cámara de Representantes. Informe de la Comisión de Revisión Constitucional y de Derechos Civiles. *Estudio Ordenado por la R. de la C. 537 para Analizar si el Poder Legislativo de Puerto Rico debe estar integrado por una o dos Cámaras*. Noviembre de 1984.

13. Puerto Rico. Gobernador Pedro Rosselló. *Orden Ejecutiva de 24 de abril de 1995 que crea la Comisión para estudiar la deseabilidad de un Poder Legislativo Unicameral para Puerto Rico*. San Juan, 1995.
14. Puerto Rico. Senado de Puerto Rico. *Ponencia del Hon. Antonio Fas Alzamora sobre en relación a la Unicameralidad ante la Comisión de Gobierno y Asuntos Laborales*. 7 de julio de 2006.
15. Rosario Frances. “*Pros y Contras de la Unicameralidad*”. El Nuevo Día. Accedido el 21 de marzo de 2007. www.adendi.com/asp?num=2613&year=2005.
16. Servicios Legislativos de Puerto Rico. *La Asamblea Legislativa y el Proceso Legislativo, Manual de la Oficina de Servicios Legislativos*. San Juan. Febrero de 2003.
17. Trias Monje José. *Historia Constitucional de Puerto Rico*. Editorial Universidad de Puerto Rico. Río Piedras. 1982.
18. Villanueva Eduardo. “*La unicameralidad: una alternativa constructiva*”. Claridad. Accedido el 29 de marzo de 2007. www.claridadpuertorico.com/articulo.php?id=1837
19. Rosario Frances. “*Debate sobre el futuro de la Legislatura*”. El Nuevo Día. Accedido el 19 de marzo de 2007. www.adendi.com/asp?num=9947&year=2005
20. Yaniré Batista Orama. “*El Cabildeo: ¿Derecho Constitucional o Subterfugio para la Corrupción?*”. 42 Rev. D.P. 47. (2003).

LA VIABILIDAD DE UNA ASAMBLEA LEGISLATIVA UNICAMERAL

Liza M. García Vélez¹⁶⁸

Introducción

A partir del 10 de julio de 2005 un evento electoral en la Isla abrió un nuevo escenario que representa no sólo un cambio legislativo, sino un cambio social para Puerto Rico. Se ha creado un movimiento para exigir que se respete el derecho al voto de los ciudadanos que a través de su sufragio favorecieron que la legislatura puertorriqueña se convierta en un sistema de un solo cuerpo.

Esta no es la primera vez que se plantea un cambio en la estructura de la Asamblea Legislativa, pero definitivamente cada momento histórico es distinto y hay que evaluarlo dentro del contexto social, político, legislativo y jurídico vigente. Los argumentos son diversos en relación a cuándo, cómo y por qué debe actuarse. Algunos argumentan que no fue la mayoría de los electores los que votaron en un referéndum cumpliendo con un mandato de ley. Otros reclaman que el resultado es lo importante y tienen que cumplirlo.

Sin entrar por el momento en consideraciones sustantivas, mi propósito es hacer un recorrido del trasfondo histórico del tema de la unicameralidad, señalar los pasos que se han dado en busca de mejorar la inconformidad que tiene la ciudadanía con la legislatura. Además, hacer un análisis sobre la Ley Núm. 477 de 23 de septiembre de 2004 y cómo han respondido los Tribunales de Puerto Rico a los reclamos presentados dentro de la separación de poderes.

¹⁶⁸ La autora es estudiante egresada de la Escuela de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

La unicameralidad es la práctica de tener un parlamento o congreso compuesto de una sola cámara. El término unicameral es utilizado en los países que optaron por un sistema bicameral, para designar a una iniciativa, una votación, o un acontecimiento, que se da en solo una de las cámaras que componen el poder legislativo.¹⁶⁹

Antecedentes Históricos del Sistema Cameral

Antes de entrar al preámbulo de nuestra Constitución es necesario hacer referencia a los antecedentes históricos que influyeron en el proceso. La Carta Autonómica de 1897 establecía que el Gobierno de Puerto Rico se compondría de un parlamento insular dividido en dos cámaras y de un Gobernador General.¹⁷⁰ La representación insular se componía de dos cuerpos con iguales facultades, la Cámara de Representantes y el Consejo de Administración. La Cámara de Representantes constaba de un representante por cada 25,000 habitantes, elegidos cada cinco años y podían ser reelegidos indefinidamente. El Consejo de Administración tenía 15 miembros, ocho elegidos, renovados por mitad cada cinco años, y siete vitalicios nombrados por el Rey. Exposición de Motivos de la Ley Núm. 477 de 23 de septiembre de 2004, 16 L.P.R.A. sec. 971, pág. 2.

El 12 de abril de 1900, el Congreso de Estados Unidos aprobó la Ley Foraker mediante la cual se organizó el gobierno en Puerto Rico bajo el régimen norteamericano. Esta Ley disponía que los poderes legislativos residirían en una Asamblea Legislativa compuesta de dos Cámaras: el Consejo Ejecutivo y la Cámara de Delegados. El Consejo Ejecutivo estaba integrado por once miembros, de los cuales cinco, por lo menos, eran

¹⁶⁹ En el diccionario de la Real Academia Española no aparece la palabra unicameralidad. Esta definición es de <http://es.wikipedia.org/wiki/Unicameralidad>.

¹⁷⁰ La Carta Autonómica se le concedió a Puerto Rico el 25 de noviembre de 1897 mediante decreto real.

puertorriqueños. Los otros seis eran los mismos norteamericanos jefes de departamentos. La Cámara de Delegados estaba compuesta por 35 miembros, electos por sufragio cada dos años. Toda proyecto de ley podía originarse en cualquiera de las dos cámaras, pero su aprobación final por el Congreso tenía que contar con la mayoría de los votos en cada uno de los cuerpos y con el consentimiento del gobernador.¹⁷¹

La Ley Jones, aprobada el 2 de marzo de 1917 proveyó la separación de poderes en la estructura de gobierno. La Rama Legislativa estaba compuesta por dos Cámaras: el Senado y la Cámara de Representantes. Una de las más importantes reformas fue la creación del Senado electivo que había sido la demanda constante de los puertorriqueños al Congreso. El Senado se compondría de 19 miembros, dos por cada distrito senatorial y cinco por acumulación, elegidos por cuatro años. La Cámara de Representantes tendría 39 representantes, un representante por cada distrito representativo y cuatro por acumulación.

Entre los años 1950 y 1952, la Asamblea Constituyente sesionó de forma permanente para la creación de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Se formó la Comisión de la Rama Legislativa, que tenía a su cargo todos los asuntos y controversias sobre la adopción de la Asamblea Legislativa. Luis Negrón López presidía la comisión que sesionó entre el 11 de octubre de 1951 hasta el 28 de diciembre de 1951, fecha en la cual se sometió el informe final al pleno de la Asamblea Constituyente.¹⁷²

¹⁷¹ Castro Arroyo María de los Ángeles y María Dolores Luque de Sánchez, *Puerto Rico en historia el rescate de la memoria*, Primera Edición, Editorial La Biblioteca, Puerto Rico, 2001. págs. 318, 323, 334.

¹⁷² *Informe Final de la Comisión de Revisión Constitucional y de Derechos Civiles, sobre si el Poder Legislativo de Puerto Rico debe estar integrado por una o dos Cámaras*, R. de la C. 537, 10 de diciembre de 1984, pág. 102-103. Véase Resolución de la Cámara 2475 del 8 de julio de 2005.

La Comisión de la Rama Legislativa de la Convención Constituyente concluyó en su informe cuatro razones que sostienen el sistema unicameral: 1) evitar pérdidas de tiempo y conflictos entre dos cámaras; 2) económico; 3) duplicación innecesaria de la representación popular y 4) combinación entre la representación de distritos pequeños con la de otros más amplios. Igualmente, enumeraron cuatro razones a favor de la Asamblea Legislativa bicameral: 1) permite una consideración más cuidadosa de los proyectos; 2) una sola cámara puede adoptar medidas precipitadas; 3) es más difícil de influir y corromper que la cámara única; y 4) hace posible la representación de distritos más pequeños.¹⁷³ Se expresaron así:

“Luego de pesar detenidamente estos argumentos, nuestra Comisión considera que debe mantenerse en nuestro país el sistema de dos cámaras. Durante los últimos cincuenta años esa ha sido la forma de organización legislativa utilizada en Puerto Rico. Bajo este régimen se han creado valiosas tradiciones y prácticas que no deben destruirse. El trámite indispensable de las medidas legislativas de una a otra cámara y el doble examen de dichas medidas que el sistema bicameral supone exigen un estudio más detenido de ellas y evitan actuaciones hijas de la irreflexión.”¹⁷⁴

El 25 de julio de 1952 culminaron los trabajos de la Convención Constituyente y se creó la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, que hasta hoy no ha sufrido ningún cambio. El Art. III de la Constitución recoge en cada una de sus secciones las disposiciones que reglamentan al poder legislativo. La Sección 1 expresa: “El poder legislativo se ejercerá por una Asamblea Legislativa, que se compondrá de dos Cámaras – el Senado y la Cámara de Representantes – cuyos miembros serán elegidos por votación directa en cada elección general.” Bajo el ordenamiento constitucional aprobado la legislatura puertorriqueña se compone de 51 Representantes y 27 Senadores.

¹⁷³ Trías Monge, José, *Historia Constitucional de Puerto Rico*, Vol. III, págs. 140, 142.

¹⁷⁴ Informe de la Comisión de la Rama Legislativa: Convención Constituyente de Puerto Rico, Capitolio, 1951, pág. 6.

La Escuela de Administración Pública de la Universidad de Puerto Rico fue la organización que preparó el primer informe para la adopción de un sistema unicameral en Puerto Rico. El estudio fue titulado como “Informe Preliminar Sobre la Rama Legislativa” y se recomendó la unicameralidad a los delegados de la Convención Constituyente.

Estudiosos del tema han expresado que la adopción del sistema bicameral en la Isla tuvo su base en cuestiones puramente políticas. Algunas de las razones que trascendieron son que Puerto Rico se había acogido a una tradición bicameralista y Estados Unidos ejercía presión para que no se cambiara. Además, las minorías en la Asamblea Constituyente fueron muy conservadoras al momento de oponerse a la bicameralidad. Unido a esto, la rivalidad existente entre el presidente de la Cámara, Samuel R. Quiñones y el presidente del Senado, Ernesto Ramos Antonini influyó, ya que ninguno quería ceder su presidencia.

La figura de Luis Muñoz Marín era muy importante y no le interesaba crear disputas internas en su partido. Por lo cual no impulsó la unicameralidad. Así mismo, los legisladores no favorecieron la unicámara, porque, de haberse aprobado muchos de ellos hubiesen quedado fuera de sus escaños. Otro problema que enfrentó el sistema unicameral fue el temor de muchos políticos de que el Congreso de los Estados Unidos no aprobara el texto de la Constitución si esta contenía cambios radicales.¹⁷⁵

¹⁷⁵ Véase para más información Luis Pérez Bonilla, *Conveniencia de una Asamblea Legislativa unicameral para Puerto Rico*. LIV Rev. Jur. U.P.R. 711, 723 (1985).

La trayectoria del unicameralismo en Puerto Rico

Después de 55 años de haberse aprobado la Constitución de Puerto Rico se han presentado alrededor de 100 medidas legislativas desde el año 1955 hasta el 2005 relacionadas con reformas, estructuración y cambios en los procedimientos de la Asamblea Legislativa. A pesar que ninguna medida ha prosperado es preciso señalar dos informes gubernamentales que se han realizado en la Isla sobre la Unicameralidad.

El 24 de mayo de 1982, los representantes Severo Colberg Ramírez y Cirilo Tirado Delgado, presentaron la Resolución 537 para ordenar un estudio sobre el poder legislativo y cómo debía estar integrado, por una o dos cámaras. Como resultado de esta Resolución surgió un informe preliminar y el 30 de abril de 1984 se dio el informe final de la Comisión de Revisión Constitucional y Derechos Civiles.

El informe realiza un recorrido por la jurisdicción americana y la experiencia en Washington y Nebraska con el sistema unicameral. A la vez, hace una lista extensa del sistema legislativo que poseen otros países desde América del Norte hasta África y las Dependencias Británicas. En la segunda parte del informe final presentan un recuento histórico del sistema legislativo puertorriqueño. Al entrar al análisis crítico de uno y otro sistema discuten una encuesta hecha por la Asociación de Legisladores Americanos que se oponían al sistema unicameral por un 59 por ciento.

La mayoría de los deponentes se expresaron a favor de realizar un cambio en el sistema legislativo de Puerto Rico, por entender, que no hay justificación, ni base histórica para que hayan dos cámaras. Exponen que la unicameralidad le daría más uniformidad, economía y sobre todo no se duplicarían los esfuerzos. Las conclusiones y recomendaciones fueron recogidas en 86 puntos. Mencionaremos los más sobresalientes:

“[l]a situación política, social y económica de Puerto Rico no justifica la existencia del sistema legislativo actual, o sea, el bicameral. El sistema bicameral en Puerto Rico se estableció en forma arbitraria. El sistema unicameral le daría mucho más poder a la Asamblea Legislativa. El mal está fundamentalmente en el sistema de selección de candidatos. El establecer el sistema unicameral en Puerto Rico no haría una mejor legislatura a menos que se hicieran unos cambios con anterioridad a la adopción de ese sistema. El cambio de un sistema unicameral traería un serio disloque.”¹⁷⁶

Los miembros de la Comisión concluyeron que se debería enmendar la Constitución con el propósito de reorganizar la composición y operación de las tres ramas de gobierno. Indicaron que “no se debe envolver al país en este momento con ese debate, donde hay tantas cosas importantes, porque aun asumiendo que el sistema unicameral sea más ventajoso, es bien difícil cambiar en un periodo tiempo tan breve hábitos y patrones políticos y sociológicos que se han formado a luz del sistema bicameral”.

Este informe recoge las posiciones a favor y en contra de la unicameralidad. Sin embargo, el análisis y las conclusiones son contradictorios. Por un lado, expresan los indiscutibles beneficios del sistema unicameral y lo inapropiado de haberse establecido la bicameralidad en Puerto Rico. De otra parte, concluyen que no es el momento para un cambio, se necesitan más estudios, hay que educar a los políticos, al pueblo y no hay un consenso.¹⁷⁷

La Orden Ejecutiva Núm. 23 del 24 de abril de 1995 emitida por el Ex – Gobernador, Pedro Rosselló González, dio paso al segundo informe gubernamental, esta vez presentado por la Secretaria de Estado, Norma Burgos Andujar. El Informe fue

¹⁷⁶ Los puntos señalados fueron el 2, 7, 37, 40, 51, 56.

¹⁷⁷ Puerto Rico. Cámara de Representantes y Senado de Puerto Rico. R. de la C. 537. *Informe Final de la Comisión de Revisión Constitucional y de Derechos Civiles, sobre si el Poder Legislativo de Puerto Rico debe estar integrado por una o dos Cámaras*. 10 de diciembre de 1984.

titulado “*Comisión Especial para el Estudio de la Necesidad y Conveniencia de una Legislatura Unicameral y de los Instrumentos de Participación Ciudadana Directa conocidos como Reclamo e Iniciativa*”. Este escrito recoge nuevamente las ventajas y desventajas de cada sistema, así como, las ponencias de estudiosos, líderes y políticos que se han expresado a favor y en contra.

Para el 1988 se realizaron cambios en el funcionamiento de la Asamblea Legislativa. Los legisladores aprobaron la Ley de legislador a tiempo completo y se estableció la segunda sesión ordinaria para los años que no se celebran elecciones generales.¹⁷⁸ Del mismo modo, para evitar que se legislara de noche acordaron normas en cuanto al horario de las sesiones. A pesar de esto, el informe menciona que el poder legislativo parece no llenar las expectativas y necesidades de nuestra sociedad, pues la opinión pública clama por una legislatura más compacta, económica y eficiente.

El escrito abunda en los instrumentos de participación ciudadana, los mecanismos procesales para las enmiendas constitucionales y las recomendaciones. Algunas de las conclusiones fueron: “[e]ncontramos que la transformación de nuestro sistema legislativo requiere: (a) cambiar de bicameralidad a unicameralidad, (b) especificar su composición, (c) establecer la forma de elegir a sus miembros”.¹⁷⁹

Se recomendó que mientras se mantenga el sistema bicameral, se revisen las deficiencias identificadas y se adiestren a los legisladores en cuestiones constitucionales, estatutarias, de formulación de política pública y legislación. El informe culmina:

¹⁷⁸ Ley Núm. 138 del 22 de Julio de 1988.

¹⁷⁹ *Informe de la Comisión Especial para el estudio de la Necesidad y Conveniencia de un sistema Legislativo Unicameral*, 1996, pág. 43.

“La Comisión Especial le propone al Gobernador que, de aceptar nuestras recomendaciones, remita en la próxima sesión ordinaria de la Asamblea Legislativa los anteproyectos de Resoluciones Concurrentes que las viabilicen. Los cambios propuestos en esas Resoluciones Concurrentes deben tener vigencia a partir del año 2000.”

De esta forma el primer mandatario, acoge el informe como un compromiso de gobierno.

Para el 1996 se habían realizado en Puerto Rico tres estudios que recomendaban cambiar nuestro sistema legislativo bicameral por uno de una sola cámara. No obstante, los resultados de los informes, ni la Asamblea Legislativa ni el Ejecutivo han tomado acción para lograr el cambio del sistema bicameral a unicameral. Desde la Convención Constituyente se han buscado justificaciones para el sistema bicameral. Las ventajas, desventajas, conclusiones y recomendaciones son parecidas en cuanto a su contenido.

Por tanto, la realidad nos indica que no se necesitan más estudios sobre el tema, sino que se requiere un compromiso verdadero. No se puede utilizar el tema para abanderizar a unos pocos. Se requiere que el pueblo entienda cual es el proceso que se está dando y la importancia de la participación activa de la ciudadanía en un proceso de enmiendas constitucionales. Veamos por qué.

La Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, en su Artículo VII, reconoce dos métodos para enmendar la Constitución por: referéndum o Asamblea Constituyente. La Sección 1 del Artículo VII establece el proceso a seguir cuando se utilice el mecanismo de referéndum. La disposición requiere la aprobación de por lo menos dos terceras partes de los miembros de cada cámara legislativa. Para las proposiciones de enmiendas se deberá votar separadamente y tendrán sus términos de

vigencia. El referéndum limita a tres proposiciones de enmienda en un mismo proceso. Hay sólo dos límites expresos al proceso de enmienda constitucional, eliminar la Carta de Derecho o la forma republicana de gobierno.

El Tribunal Supremo de Puerto Rico en *Berrios Martínez v. Rosselló González*, 137 D.P.R. 195 (1994)¹⁸⁰ se enfrentó a una impugnación constitucional de la Ley Habilitadora del Referéndum a la Constitución de 1994. La Ley ordenaba la celebración de un referéndum para que los electores se expresaran sobre varias enmiendas constitucionales. La controversia era que el referéndum atendía más de tres enmiendas a la Constitución, contrario al Artículo VII, Sección 1 de la Constitución.¹⁸¹

El Tribunal Supremo reconoció la existencia de los límites implícitos al proceso de revisión constitucional. Según la opinión citando a don Pedro de Vega, las limitaciones implícitas son:

“aquellas cuya existencia solo puede ser deducida indirectamente, bien como una consecuencia lógica de los presupuestos en que descansa el sistema constitucional considerado en su conjunto, bien como correlato de las singulares cualificaciones que se producen en determinados preceptos de la Constitución”. *Berrios Martínez v. Rosselló González*, 137 D.P.R. 195 (1994)

Este caso resolvió que la Ley era inconstitucional en relación con la disposición de límite de término de los funcionarios, porque contenía tres proposiciones de enmienda en una sola. El Tribunal Supremo utilizó como criterio principal, la singularidad del propósito de enmienda para determinar que constituía una proposición de enmienda. Se expresó:

¹⁸⁰ 94 J.T.S. 127 (1994).

¹⁸¹ Las enmiendas propuestas eran: limitar el derecho a fianza; fijar en 9 el número de jueces del Tribunal Supremo y eliminar la disposición que permite la variación a solicitud del propio tribunal; limitar los cargos electivos de gobernador, legislador y alcalde.

[S]e trata de una sola proposición si el texto contiene los detalles necesarios para lograr un “propósito único” de forma que para lograr ese objetivo sea indispensable que todos sean aprobados o rechazados a la vez. Si no existe esta interdependencia, o si los cambios no son de tal naturaleza que se pueda esperar razonablemente que un elector desee votar uniformemente en cuanto a todos ellos, se trata en realidad de más de una enmienda. De esta manera se evita la confusión entre los electores y se asegura que los cambios en la Constitución representen la voluntad libre e informada del electorado.”¹⁸²

El Tribunal reconoció que la estabilidad de la Ley Suprema es esencial en el desarrollo de las instituciones y principios que se organizan en ella. En su opinión expresó que cuando se pretenda llevar a cabo un proceso de enmienda a la Constitución, debe estarse al margen de toda pasión súbita y juicio pasajero. De esta manera se invitará a un análisis sosegado y cuidadoso de las proposiciones a enmiendas a la Constitución. Cuando el Tribunal Supremo dirimió este caso se dividió la decisión 4-2-1. Los jueces Naviera y Rebollo López emitieron votos disidentes, interpretaron que se trataba de una sola enmienda. El criterio rector es la singularidad de propósitos, aunque se le pueden unir a ésta, proposiciones incidentales necesarias para proveer un único objetivo. El juez Negrón García no se expresó sobre el particular, pero disintió de la opinión mayoritaria. Hoy, con una conformación distinta en el Tribunal Supremo de Puerto Rico y una coyuntura política diversa es difícil predecir como se dividirán los jueces asociados en una determinación de esta índole. Por el momento, esta es la jurisprudencia aplicable a las proposiciones constitucionales.

El segundo mecanismo es la Asamblea Constituyente, la Sección 2 del Artículo VII, autoriza la convocatoria y dispone:

¹⁸² *Berrios Martínez v. Rosselló González*, supra, pág. 276.

“La Asamblea Legislativa podrá, mediante resolución concurrente aprobada por dos terceras partes del número total de los miembros de que se compone cada cámara, consultar a los electores capacitados si desean que se convoque a una convención constituyente para hacer una revisión de esta Constitución. La consulta se hará mediante referéndum que se celebrará al mismo tiempo que la elección general; y si se deposita a favor de la revisión una mayoría de los votos emitidos sobre el particular, se procederá a la revisión en Convención Constituyente elegida en la forma que se disponga por ley. Toda revisión de esta Constitución deberá someterse a los electores capacitados en referéndum especial para su aprobación o rechazo por la mayoría de los votos que se emitan.”

Este mecanismo procesal está abierto a tratar cualquier asunto, limitado sólo por lo dispuesto en el Artículo VII Sección 3. Don José Trías Monge tipifica este método como de “revisión general” de la Constitución.¹⁸³ Estudiosos del tema han interpretado que cuando los constituyentes desearon limitar el número de enmiendas a la Constitución se utilizó el referéndum especial de la Sección I. Para actuar sin limitación alguna sobre el texto de Constitución, se proporcionó el mecanismo de Asamblea Constituyente. Estos argumentos son respaldados por un análisis constitucional norteamericano que señala que la Asamblea Constituyente es soberana y no está sujeta a limitaciones.¹⁸⁴

Se ha argumentado mucho sobre la posibilidad de una Convención Constituyente “limitada”, aunque algunos señalan que este mecanismo no admite limitaciones. Los debates se sostienen en interpretaciones judiciales norteamericanas, que autorizan limitar la convención si el electorado así lo ha avalado.¹⁸⁵ Esto fundado en la idea de que quien

¹⁸³ Trías Monge José, *Historia Constitucional de Puerto Rico*, Ed. Universidad de Puerto Rico, Vol. 3, 1982, pág. 259.

¹⁸⁴ Dood, W., *The Revision and Amendment of State Constitution*, (1910); Dood, W., *Amending the Federal Constitution*, 30 Yale L.J. 321 (1921) y Heller, F., *Limiting a Constitutional Convention: The State Precedents*, 3 Cardozo L. Rev. 563 (1982).

¹⁸⁵ *Staples v. Gilmer*, Va. 1945, 33 S.E.2d 49, 50. Este caso ha sido utilizado para validar convenciones limitadas, que poseen el mismo proceso enmendatorio que en Puerto Rico. También, *Opinion of the Justices of the Supreme Court in response to a question propounded by the Governor of Delaware*, 264 A 2d. 342 (1970); *Gatewood v. Mathews*, 403 S.W. 2d 716 (1966).

puede lo más puede lo menos. El análisis sugiere que si el pueblo es soberano para escoger enmendar la Constitución, también puede establecer los parámetros que se van a considerar a través de ese mandato. El pueblo podrá ratificar con su voto la celebración de una Constitución Limitada, basado en la esencia de la primacía particular de nuestro electorado.

De utilizarse este mecanismo, sugerimos una evaluación y discusión individual para el tema. Asimismo, recoger cuales serían los argumentos que esbozaría el tribunal para aceptarlo o denegarlo. Para efectos de nuestro análisis, evaluaremos el mecanismo que por disposición de ley esta en vigor actualmente, el cual propone las enmiendas constitucionales a través del Referéndum Especial.

El Debate de la Unicameralidad

En el año 2004, la Cámara de Representantes retomó el tema de la viabilidad de un cambio en el sistema cameral. El 26 de marzo de 2004 se presentó en el Senado de Puerto Rico el Proyecto del Senado 2672. Los autores de la medida fueron el presidente del cuerpo, Antonio J. Fas Alzamora y el senador Eduardo Báez Galib. El Senado lo aprobó, sin haber celebrado vistas públicas sobre el mismo, en votación final 20 a favor, 8 en contra y 1 abstenido. El 12 de julio de 2004 se aprobó en la cámara baja con 29 votos a favor y 16 en contra. Tres días más tarde el cuerpo de origen concurre con las enmiendas y pasa a Fortaleza para la consideración de la gobernadora, Sila María Calderón, quien firma la Ley Núm. 477 de 23 de septiembre de 2004.

Esta Ley es conocida como “Ley del Referéndum sobre el Sistema Cameral de la Asamblea Legislativa” y dispuso la celebración de dos referéndums. El primero se llevaría a cabo el día 10 de julio de 2005, en el cual se someterá al pueblo una propuesta

para que exprese su preferencia en cuanto a mantener un sistema bicameral o cambiar a un sistema unicameral.¹⁸⁶ El resultado de esa consulta le daría un mandato expreso a la Asamblea Legislativa. Se le propondrá al electorado que se enmiende la Constitución de Puerto Rico mediante el método de referéndum,¹⁸⁷ que se llevaría a cabo el día 9 de julio de 2007. Este segundo referéndum se celebrará si la Comisión Estatal de Elecciones certificara que en el primer referéndum se favoreció el sistema unicameral. Su propósito principal será aceptar o rechazar las proposiciones de enmiendas constitucionales aprobadas por la Asamblea Legislativa mediante Resolución Concurrente y de esta forma establecer el sistema unicameral en Puerto Rico a partir del 2 de enero de 2009.¹⁸⁸

La Ley es firmada 40 días antes de las elecciones generales del 2004. Las elecciones del 2 de noviembre de 2004 fueron muy cerradas, la madrugada de la noche del evento fue certificado como gobernador preliminarmente, el Lcdo. Aníbal Acevedo Vilá. Según dispone la ley, se comenzó un recuento, por el estrecho margen entre los candidatos. Los números indicaban que el resultado final no cambiaría.

Comenzando así, la impugnación de las papeletas estatales. Los perjudicados alegaban que eran nulas aquellas papeletas con tres marcas, para el candidato a gobernador y comisionado residente y bajo insignia de un partido. Tras varias semanas de discusiones político – legales, el pueblo de Puerto Rico continuaba confundido por los procesos jurídicos paralelos con determinaciones totalmente opuestas.¹⁸⁹

Como resultado del evento electoral se constituyó el mal llamado “gobierno compartido”, compuesto por un Gobernador del Partido Popular Democrático y una

¹⁸⁶ Véase el título de la Ley Núm. 477 de 23 de septiembre de 2004.

¹⁸⁷ Según dispuesto en la Sección 1 del Artículo VII de la Constitución del E.L.A.

¹⁸⁸ Ver el Artículo 25 en el texto decretativo de la Ley Núm. 477 de 23 de septiembre de 2004.

¹⁸⁹ Juan Santiago Nieves. *Elecciones 2004: Crónica y Reflexión*, 39 Rev. Jur. U.I. P.R. 315 (2005).

mayoría parlamentaria en la Asamblea Legislativa del Partido Nuevo Progresista. Todavía estamos sintiendo las consecuencias de esa configuración política, ya que ha desatado una crisis política, económica, gubernamental y social incalculable.

Tal y como se había dispuesto, en julio de 2005 se celebraría el referéndum sobre el sistema cameral. Organizaciones civiles y seguidores de la unicameralidad comenzaron una campaña a favor del cambio de sistema legislativo. Los opositores participaron pasivamente de los debates y actividades, tal vez preyendo que no actuarían sobre el particular. Las instituciones políticas no movieron su maquinaria electoral en apoyo al referéndum.

El 10 de julio de 2005, votaron 546,809 electores de los 2.4 millones de electores hábiles, lo que representó el 22.3% del electorado.¹⁹⁰ La alternativa del mandato prevaleció con el 83.4% de los votos. No hay duda de que el electorado puertorriqueño, se expresó mayoritariamente a favor del cambio de un sistema legislativo bicameral hacia uno unicameral. Aunque, definitivamente fue el evento electoral de este tipo de más baja participación en la historia de la Isla.

Luego hubo un largo proceso de espera y cabildeo por parte de personas que apoyan la unicameralidad y las constantes exigencias del pueblo a través de los medios de comunicación, cartas, correos electrónicos y marchas, entre otras. En la Asamblea Legislativa se presentaron diversas propuestas para el sistema unicameral. El Senado presentó una medida sustitutiva, que tiene el propósito de unir varias iniciativas legislativas sobre un mismo tema para considerarlas en conjunto. El Sustitutivo recoge

¹⁹⁰ Para ver escrutinio general <http://ref05.ceepur.org/escrutinio2005>.

siete medidas aprobadas en el Senado para la segunda consulta sobre un sistema unicameral.¹⁹¹

Confesamos que tenemos serios problemas con la validez de este mecanismo legislativo, porque incluye proyectos y resoluciones concurrentes en una misma pieza. Usualmente los sustitutos son utilizados en proyectos de ley que persiguen un mismo fin, requeriría un análisis más detallado, pero de su faz podría interpretarse que no es del todo válida. Sin embargo, nadie levantó ese argumento y el 19 de diciembre de 2006 se derrotó con 17 votos a favor, 7 en contra y 3 abstendidos. De esta forma se devolvió a la Comisión de Reglas y Calendarios del Senado.¹⁹²

El 16 de enero de 2007 el Senado reconsideró el sustitutivo y lo aprobó con el aval de dos terceras partes de sus miembros en la que se estableció una propuesta de enmienda a la Constitución para establecer un sistema unicameral. Tras la aprobación de en el Senado, la medida pasó a la consideración de la Cámara de Representantes. De esta forma fue sometido al Cuerpo mediante el método de descargue, esto es, se lleva al hemiciclo para consideración, sin haber pasado por el análisis en comisión ni vistas públicas.

La primera ronda del debate se extendió por más de siete horas, a pesar que se había anticipado por los propios representantes que la medida no sería aprobada. Pasadas las diez de la noche, los debates sobre la medida no habían culminado, entre recesos, después de una discusión de aproximadamente doce horas, el Sustitutivo fue derrotado con 21 votos a favor, 28 en contra y 1 abstenido. Esa misma noche se solicitó su reconsideración y fue derrotada nuevamente, 19 votos a favor y 30 en contra. La medida

¹⁹¹ Sustitutivo de las R. Conc. del S. 2, 39, 64, 77, 78 y los P. del S. 1462 y 1671.

¹⁹² Ver trámite legislativo del proyecto sustitutivo el 19 de diciembre de 2006.

necesitaba el voto favorable de 34 de los 51 representantes, es decir, dos terceras partes de los integrantes del cuerpo, según requiere la Constitución. Como la medida fue reconsiderada, no podrá volverse a presentar para votación durante la presente sesión, porque así lo dispone el reglamento del Cuerpo.

La Cámara de Representantes no sólo derrotó los proyectos de la unicameralidad del Senado sino que el presidente del cuerpo, José Aponte Hernández, también llevó al hemicycle los proyectos camerales sobre el tema y los dejó en asuntos pendientes. Provocando esto que no se le de el análisis en vistas públicas y queden pendientes de acción posterior.

Como hemos mencionado antes, si era favorecido el sistema unicameral, ello constituiría un mandato a la Asamblea Legislativa para celebrar un segundo Referéndum el 9 de julio de 2007. En esta consulta se presentaría al pueblo de Puerto Rico las enmiendas constitucionales necesarias para establecer el cambio ordenado por el electorado. La creación de un sistema unicameral en la Isla requiere enmendar varias disposiciones de la Constitución. Hemos identificado las siguientes secciones: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 21 y 22 del Artículo III, las Secciones 4, 5, 6, 9, 10 del Artículo IV, la Sección 2, 6, 7, 8, 11 del Artículo V, la Sección 17 del Artículo VI, las Secciones 1 y 2 del Artículo VII, la Sección 1 y 2 del Artículo VIII de los Distritos Senatoriales y los Representativos.

La Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico se compone de 93 Secciones, dividida en 9 Artículos.¹⁹³ Según nuestro análisis el total de Secciones a

¹⁹³ Se debe excluir el Artículo 9 sobre la transición luego de la aprobación de la Constitución.

enmendarse debe ser 34, lo que representa alrededor del 40% por ciento del contenido de la Constitución.

Entre las disposiciones que requieren cambios, hay que enfatizar en las que se refieren al número de miembros y los requisitos necesarios para ser miembro de la Asamblea Legislativa. No podemos pasar por alto la representación de las minorías, el proceso de residencia y el procedimiento de residenciamiento. Cada cuerpo tiene requerimientos y funciones distintas. Hay que decidir de cuántos miembros va a estar conformado el sistema unicameral, la edad mínima y si se añadirían exigencias adicionales. Ha surgido la interrogante sobre si todos los escaños van a ser separados para los partidos políticos o se creará un bloque para candidatos independientes.

De repente todos estos cambios resultarían lógicos y fáciles de implantar pero, ¿que pasaría con las personas que discrepen en la edad, preparación y experiencia que debe tener un candidato? Esto sin entrar en la consideración de la justa representatividad de los ciudadanos y las minorías. Definitivamente evaluar cada uno de los cambios de las enmiendas constitucionales conlleva un grado mayor de dificultad que el meramente ir a un referéndum a favorecer una propuesta. Requiere un análisis de la totalidad de nuestro sistema de gobierno y sobre la “democracia” del país.

Tenemos que considerar que habrá electores que deseen el sistema unicameral, pero diverjan en relación al número, los requisitos o los procesos que la propuesta presente. Estaríamos entonces, ante la controversia que ha sido planteada en diversas ocasiones sobre la opinión del caso Berríos Martínez, sobre si la totalidad de estas enmiendas cumplen con el requisito de singularidad de propósito. Tanto la opinión como el Artículo VII de la Sección 1, supone que el electorado pueda familiarizarse con las

enmiendas propuestas y ejercer una decisión informada y con conocimiento de causa sobre su voto.

Partidarios del cambio han esbozado que la adopción del sistema unicameral esta justificada como una sola enmienda. Aunque se tengan que enmendar un sinnúmero de disposiciones, porque cumplen un propósito único y están íntimamente relacionadas. Se ha expuesto¹⁹⁴ que el derecho está en cambio constante y los tribunales pueden variar su criterio en cualquier momento. Más aun, cuando las enmiendas constitucionales podrían afectar las disposiciones de la Rama Judicial. Nos explicamos.

Tomemos como ejemplo el proceso de rescindimiento.¹⁹⁵ En ese escenario cada cuerpo ejerce una función particular, que podríamos decir es de fiscal y juez. La Cámara de Representantes necesita el voto afirmativo de dos terceras partes de sus miembros para poder acusar y el Senado, separadamente, exige que voten tres cuartas partes de sus miembros, para poder condenar.

Lo que nos obliga a preguntarnos, ¿cómo será el proceso bajo el sistema unicameral? ¿Cuál será la nueva proporción para el rescindimiento? ¿Vamos a dejar la nueva Asamblea Legislativa sin inherencia sobre el particular? De ser así, ¿en que Rama del sistema republicano de gobierno recaerá esta importante función? Examinamos los detalles y consideramos que esta disposición, unida a otras de gran dificultad y envergadura son cambios significativos, pero muy lejanos del asunto único que se pretende realizar con el cambio de sistema cameral. Negamos que estos asuntos sean una cuestión técnica y no una alteración fundamental a nuestra Constitución.

¹⁹⁴ Informe de la Comisión Especial para el estudio de la Necesidad y Conveniencia de un sistema Legislativo Unicameral, Mecanismos Procesales, 1996, págs. 396-407.

¹⁹⁵ Según el Informe de la Comisión de 1996.

¿Es el momento para la unicameralidad?

El proceso hacia un cambio en el sistema legislativo puertorriqueño ha estado cargado de marcadas diferencias ideológicas, del monopolio partidista, de diversidad de propuestas. Los propulsores de un sólo sistema han recurrido a la Rama Judicial en auxilio de su reclamo, ante el resultado adverso que tuvo la consideración de las medidas sobre la unicameralidad en la legislatura.

A principios del año 2006, algunos ciudadanos instaron sendas demandas y recursos judiciales. El propósito principal era obligar a la Cámara de Representantes a actuar sobre el cambio de sistema cameral y la aprobación de un proyecto que atienda la situación.¹⁹⁶ Según rotativos del país, los argumentos esbozados por los demandantes están fundamentados en que: “cuando se trata de derechos fundamentales y de funciones de carácter imperativo por virtud de una ley o constitución, procede una petición de mandamus para ordenar a una Legislatura a cumplir con su deber ministerial”.¹⁹⁷

Por otra parte, el Lic. Richard Marcus, abogado de la Cámara de Representantes expuso que una Asamblea Legislativa no puede obligar a otra.¹⁹⁸ Como se ha discutido en la sección anterior, la Ley Núm. 477 de 23 de septiembre de 2004, fue aprobada por la Asamblea Legislativa Decimocuarta y es la Decimoquinta Asamblea quien tiene que culminar esa disposición legal.¹⁹⁹ Así mismo, levantaron la defensa de inmunidad parlamentaria.

¹⁹⁶ Los defensores de la unicameralidad interpusieron un recurso de mandamus. El juez Oscar Dávila Suliveres fijó para el 20 de febrero de 2007, la vista para dictar sentencia en el pleito. Además, varios residentes de distintos pueblos solicitaron una vista urgente para obligar a la legislatura a actuar.

¹⁹⁷ El Nuevo Día, Claman intervención del tribunal, sábado 20 de enero de 2007, Israel Rodríguez Sánchez.

¹⁹⁸ El Lic. Marcus expresó: "una Legislatura no puede limitar el poder de las Legislaturas posteriores para derogar, enmendar o aprobar leyes. Tampoco los tribunales pueden hacerlo".

¹⁹⁹ La orden emitida se titula "Orden dejando sin efecto el desistimiento de los demandantes contra el Senado" y reza "el litigio no plantea conflictos sobre los hechos. Más bien debemos resolver la controversia de derecho: de si a los

El Colegio de Abogados requirió al Tribunal de Primera Instancia de San Juan intervenir como amigos de la corte en el pleito presentado. Se solicitó que se dictara sentencia declarando que los cuerpos legislativos tienen la obligación de cumplir con el mandato electoral a favor de una sola cámara. El Alegato del Amicus Curiae sostuvo que:

“[A]unque esta controversia está imbuida en el proceso político, existe espacio para la intervención del poder judicial de suerte que la manifestación popular en un proceso democrático no se vea totalmente burlada. . . De igual modo, el Colegio sostiene respetuosamente que la doctrina de cuestión política no puede impedir que este Tribunal desempeñe en este caso su función como último intérprete de la Constitución. Si se aceptase esta defensa de forma absoluta se eliminaría la capacidad del poder judicial para intervenir en un conflicto de importancia crucial y se privaría al pueblo de un mecanismo eficaz para poner en vigor su expresión popular.”²⁰⁰

Ambas demandas presentadas fueron desestimadas el 13 de febrero de 2007 en una sentencia de nueve páginas firmada por el juez Oscar Dávila Suliveres del Tribunal de Primera Instancia de San Juan. El fundamento principal es que la controversia presentada no debe ser atendida por el sistema jurídico sino por el campo político. Explicó el magistrado que la ley que dio vida al referéndum “no es autoejecutable y que sólo constituyó un ejercicio para consultar el sentir de la población en cuanto al tema del sistema cameral que debe imperar en Puerto Rico”.²⁰¹ Por lo tanto, la Rama Judicial está vedada de ordenar el cumplimiento específico de este asunto. El tribunal deja en manos

demandantes les asiste el derecho, mediante el vehículo procesal correspondiente, a una sentencia contra la Cámara de Representantes y el Senado de Puerto Rico, y su miembros para que consideren y aprueben medidas legislativas, para que se pueda viabilizar el establecimiento de un sistema unicameral en nuestro país en el año 2009”.

²⁰⁰ Ver Alegato del Amicus Curiae del Colegio de Abogados de Puerto Rico en el caso civil núm. KPE06-4655(906) sometido el 30 de enero de 2007, págs. 2-3.

²⁰¹ El Nuevo Día. *Se lava las manos Dávila Suliveres*, miércoles 14 de febrero de 2007, Andrea Martínez.

del debate político la solución a esta controversia. Sin embargo, en caso que no se efectúe el mandato enviado, los electores podrán dar su sentencia el día de las elecciones.

Un grupo de electores inconformes ante la determinación del Tribunal de Primera Instancia, presentaron una certificación en el Tribunal Supremo. La solicitud de intervención requiere que se obligue a los legisladores a aprobar alguna medida que inicie el cambio de sistema legislativo. Por otro lado, radicaron una apelación ante el Tribunal de Apelaciones, tratando de agotar todas las instancias judiciales y revertir la decisión a su favor. Los peticionarios arguyen que se están violentando sus derechos constitucionales al no aprobarse la legislación necesaria.²⁰² El Tribunal Apelativo confirmó la decisión del tribunal inferior en la cual se desestimó la demanda civil. Ante esta determinación los ciudadanos acudieron en alzada a través de un recurso de revisión al Tribunal Supremo. El planteamiento presentado no ha variado desde su exposición en el Tribunal de Primera Instancia. Está apoyado en que los tribunales estadounidenses han obligado a las legislaturas de sus estados cuando se trata de un derecho fundamental.²⁰³

Seguidores de la unicameralidad, con el pasar de los meses, han logrado levantar en el país su voz de protesta. Los favorecedores de este sistema, sin duda alguna han ganado nuevos adeptos con la ciudadanía que tienen una gran insatisfacción con la labor de la legislatura. Los llamados sectores de la sociedad civil, los defensores de la unicámara, algunos políticos, grupos sindicales, trabajadores y profesionales, entre otros han aunado esfuerzos para exigir un sólo reclamo a favor del cambio legislativo. Han utilizado diversos tipos de manifestaciones desde la típica carta por correo al legislador hasta las sonadas marchas y el llamado a la desobediencia civil.

²⁰² El Nuevo Día. *Reclaman ante el Supremo acción por la unicámara*, jueves 1 de marzo de 2007, Frances Rosario.

²⁰³ Primera Hora. *Unicámara bajo decisión suprema*, jueves 3 de mayo de 2007, Oscar Serrano, pág. 19, Panorama.

A pesar de todos estos esfuerzos no existe una organización sólida, sino que cada grupo favorece la unicameralidad desde su perspectiva. Como pasa usualmente cuando se acumulan muchos líderes se crean divisiones y los seguidores del sistema unicameral no han sido la excepción. Empresarios influyentes y ciudadanos en general han empezado abandonar el barco, reclamando que hay una corriente de agendas políticas individuales intolerables.²⁰⁴

Indiscutiblemente, en el proceso de conseguir cambios en el sistema legislativo, los unicameralistas han tenido grandes logros, pero también muchas dificultades. Los reveses judiciales son parte del sistema democrático en el que vivimos y las diferencias de criterio son totalmente legítimas en una sociedad. Ciertamente los cambios significativos generan resistencia, por eso hay que integrarlos por completo en el sistema y no de forma individual. Hay que considerar que existen unas leyes, estatutos y términos que requieren un cumplimiento estricto, no pueden ser detenidos por meras luchas legales, políticas o ideológicas. Veamos unos ejemplos.

En primer lugar, la Ley dispone que la legislatura tenía hasta el 9 de abril de 2007 para presentar legislación para enmendar la Constitución. La medida legislativa que propondría la configuración de la nueva Asamblea Legislativa tendría que estar aprobada 90 días antes de la fecha en que ocurra la consulta para las enmiendas constitucionales, la cual estaba señalada para el 9 de julio de 2007.

Segundo, la Cámara de Representantes cuenta con una distribución electoral establecida por una junta especial en el 2000. De adoptarse un cambio en el sistema legislativo se alteraría la redistribución electoral vigente. Sería necesario convocar otra

²⁰⁴ El Nuevo Día, *Unicameralistas divididos*, lunes 16 de abril de 2007, Frances Rosario.

junta para revisar y crear una nueva que atienda a todos los ciudadanos. La próxima junta de redistribución es en el 2010, ya que se convoca cada 10 años.

Tercero, el 1 de junio de 2007 comienzan la presentación de candidaturas para los partidos políticos. De recibir una decisión favorable del Tribunal Supremo para el cambio de sistema cameral, ¿podremos uniformar todo el proceso electoral para lograr la unicameralidad para el año 2008? Desde nuestra perspectiva la respuesta es en la negativa. Pero existe la posibilidad de implantarlo según surjan las dificultades en el camino. En fin si pasamos de un cambio en el sistema contributivo de un día para otro, que cambiemos toda nuestra representación electoral para algunos sería insignificante.

Estas son algunas de las situaciones que tendríamos que considerar si se realizara un cambio en el sistema legislativo. Es imperante reconocer que la disposición legal que dio paso a los eventos electorales nada establece sobre otras áreas que deben ser atemperadas ante la posibilidad del cambio. El esperado cambio al sistema unicameral, de lograrse, debe estar cimentado sobre bases firmes. Hay que proponer una agenda de trabajo de futuro para que la solución al final del camino sea estable y confiable.

Conclusión

A través de este escrito pudimos conocer el trasfondo histórico de nuestro sistema bicameral. A la vez, analizamos los estudios académicos y gubernamentales realizados en distintas décadas y por administraciones diferentes. El propósito primordial era tener claro que se ha realizado y hacia donde debemos dirigirnos.

Indudablemente el estudio académico que se utilizó como instrumento de trabajo en la Asamblea Constituyente recomendaba la adopción de un sistema unicameral para Puerto Rico. En contra de todos los argumentos presentados prevalecieron otras

presiones, convirtiéndose así nuestra Asamblea Legislativa en una bicameral. Pasados los años y con un escenario distinto, dos estudios realizados concluyen que lo más beneficioso para el país es la implementación de una sola cámara. Sin embargo, en contra de las recomendaciones emitidas, nunca era el momento apropiado, siempre había que posponer el cambio. La única explicación lógica a estas repetidas contradicciones es que nadie quería ser el responsable de ese cambio. Primero, porque son temerosos al cambio. Segundo, no quieren cargar sobre sus hombros la responsabilidad de un colapso en el sistema actual. Tercero, ningún legislador ni candidato político ha querido cortar el cordón umbilical que los une a sus puestos, a sus partidos, a sus ideologías y a sus sueldos.

Es inexcusable que no recojamos las principales virtudes y defectos de cada sistema para así sustentar una opinión. El sistema unicameral resultaría: más económico al erario, brindaría mayor eficiencia y proporcionalidad legislativa. Las fortalezas del bicameralismo son: doble cotejo en el trabajo legislativo, es más difícil de corromper, las funciones no están concentradas en un solo cuerpo, permite una mejor representación de áreas y grupos. Las debilidades de cada sistema son en general cada una de las premisas mencionadas, pero a la inversa. Una sola cámara tendría demasiado poder, la calidad legislativa se reduciría y sería más susceptible a ser cautiva de los grandes intereses. A la bicameralidad se le atribuye: ser muy onerosa, realizar duplicidad de funciones y promover la dependencia de puestos electivos.²⁰⁵

²⁰⁵ Para ver en detalle las ventajas y desventajas de los sistemas pueden consultar el Informe Final de la Comisión de Revisión Constitucional y de Derechos Civiles, sobre si el Poder Legislativo de Puerto Rico debe estar integrado por una o dos Cámaras, R. de la C. 537, 10 de diciembre de 1984, págs. 130-133. También el Informe de la Comisión Especial para el estudio de la Necesidad y Conveniencia de un sistema Legislativo Unicameral, Tomo I, de 1996, págs. 42-44.

Teniendo entonces todo el trasfondo de ambos sistemas legislativos concluyo que Puerto Rico no necesita un cambio en el sistema cameral actual. Estamos carentes de una reforma legislativa verdadera e inmediata. Para lograr una transformación de la Asamblea Legislativa necesitamos seres humanos comprometidos con una sana administración pública. Es inaceptable que se llegue a la legislatura con el único fin de obtener privilegios y pretender retener un escaño perpetuo. No es suficiente cortar los gastos de celulares y tributar el diez por ciento de las dietas recibidas para el fondo de mejoras catastróficas. Se espera mucho más que eso.

Por tanto, mi opinión es que debe permanecer el sistema bicameral con una amplia reforma legislativa. Además, la investigación realizada me ha convencido que las enmiendas constitucionales de ser necesarias deben ejecutarse utilizando el mecanismo de la Asamblea Constituyente. Sin embargo, mis conclusiones no son acordes con la situación actual de la Isla.

Nuestro sistema democrático abrió un proceso que hay que culminar sin más posposición. Se legisló y se convocó al pueblo de Puerto Rico para que ejerciendo su derecho al voto, decidiera el futuro de la Asamblea Legislativa. En cumplimiento de esa disposición legal los electores de forma expresa y válida ordenaron a la Legislatura presentar sus propuestas para la adopción de un sistema unicameral. Pero los legisladores han rebatido cualquier presunción de que son cumplidores de las leyes y que le darán entero crédito al voto de los electores. Es insólito que ignoren el sufragio, si ese mismo voto los llevó a sus posiciones.

Los partidos políticos se han convertido en gran estorbo para la sociedad. Partidizar los procesos ha prostituido el verdadero sentido de los eventos electorales, que

debe ser conocer la voluntad del pueblo y cumplirla. Lamentablemente ante la hipocresía de aquellos que dicen llamarse líderes, hay que hacer valer nuestros derechos.

Los tribunales tienen la función de velar por el cumplimiento de las leyes y por los derechos de los ciudadanos. A pesar que al momento de culminar este artículo se desconoce la determinación que hará el Tribunal Supremo de Puerto Rico sobre la unicameralidad, los tribunales inferiores han considerado que el derecho al voto en este contexto es una cuestión política, que le corresponde a otra rama del sistema republicano de gobierno resolver.

Aunque respetuosamente difiero de las decisiones del sistema jurídico sobre este particular, no todo está perdido. Tenemos dos alternativas: la primera, esperar los próximos comicios electorales y pasar factura a los que han ignorado su determinación. Segundo, aprender de los procesos históricos, sociales y judiciales, para ser parte de un cambio social y jurídico.

Bibliografía

Acevedo Héctor Luis, “Sobre la política del poder y el poder de la política”, revisado enero de 2005, Universidad Interamericana de Puerto Rico, Introducción al Estudio de la Política.

Andrea Martínez (miércoles 14 de febrero de 2007), “Se lava las manos Dávila Suliveres”, El Nuevo Día. Accedido el (12 de mayo de 2007); <http://www.adendi.com/>.

Berrios Martínez v. Gobernador II, 137 DPR 195 (1994).

¿Bicameralismo o Unicameralismo?, en La Nueva Constitución de Puerto Rico (Edición facsimilar de la primera edición publicada en 1954), Escuela de Administración Pública de la Universidad de Puerto Rico (San Juan, Editorial Universidad de Puerto Rico, 2005), p.293.

Castro Arroyo María de los Ángeles y María Dolores Luque de Sánchez, Puerto Rico en historia el rescate de la memoria, Primera Edición, Editorial La Biblioteca, Puerto Rico, 2001. págs. 318, 323, 334.

Carmen Arroyo Colón (20 de enero de 2007). “Para el próximo cuatrienio la unicameralidad”. El Nuevo Día. Accedido el (12 de mayo de 2007); <http://www.adendi.com/>

Colegio de Abogados. Alegato del Amicus Curiae. Caso Civil núm. KPE06-4655(906). 30 de enero de 2007.

Comisión Estatal de Elecciones. Accedido el (12 de mayo de 2007); <http://ref05.ceepur.org/escrutinio2005>.

Const. de P.R., Art. I, Sec. 2.

Const. de P.R., Art. II, Sec. 1.

Const. de P.R., Art. III, Secs. 1, 2 y 3.

Const. De P.R. Art., VII, Secs. 1.

Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de Puerto Rico, Equity Pub. Corp., 1961, Vol. 4, pág. 2579.

Dood, W., The Revision and Amendment of State Constitution, (1910).

Dood, W., Amending the Federal Constitution, 30 Yale L.J. 321 (1921).

Francés Rosario (jueves 1 de marzo de 2007). “Reclaman ante el Supremo acción por la unicámara”. El Nuevo Día. Accedido el (12 de mayo de 2007); <http://www.adendi.com/>.

Francés Rosario (lunes 16 de abril de 2007). “Unicameralistas divididos”. El Nuevo Día. Accedido el (12 de mayo de 2007); <http://www.adendi.com/>.

Gatewood v. Mathews, 403 S.W. 2d 716 (1966).

Gorrín Peralta Carlos Iván, Ponencia ante la Comisión Especial para la Reforma Legislativa de la Cámara de Representantes sobre la adopción del sistema unicameral, vista pública, San Juan, 11 de junio 2003.

Governor of Delaware, 264 A 2d. 342 (1970).

Heller, F., Limiting a Constitutional Convention: The State Precedents, 3 Cardozo L. Rev. 563 (1982).

Israel Rodríguez Sánchez (sábado 20 de enero de 2007). “Claman intervención del tribunal”. El Nuevo Día. Accedido el (12 de mayo de 2007); <http://www.adendi.com/>.

Juan Santiago Nieves, Elecciones 2004: Crónica y Reflexión, 39 Rev. Jurídica U. Inter. P.R. 315 (2005).

La Nueva Constitución de Puerto Rico: Informes a la Convención Constituyente, Escuela de Administración Pública, Editorial de la U.P.R., 1954, pág. 295.

Ley Núm. 49 de 2 de agosto de 1994; 16 L.P.R.A. sec. 956.

Ley del Referéndum sobre el Sistema Cameral de la Asamblea Legislativa, Ley Núm. 477 de 23 de septiembre de 2004, 16 L.P.R.A. sec. 971.

Luis Pérez Bonilla, Conveniencia de una Asamblea Legislativa unicameral para Puerto Rico, LIV Rev. Jur. U.P.R. 711, 723 (1985).

Muñoz Rivera Luis, Ponencia presentada ante la Comisión Especial para el estudio de la necesidad y conveniencia de una legislatura unicameral. San Juan, 11 de septiembre de 1995.

Noel Colón Martínez, “Porque dos cámaras legislativas”, El Nuevo Día (San Juan), 27 de abril de 2005, pág. 84.

Opinion of the Justices of the Supreme Court in response to a question propounded by the

Oscar Serrano, “Unicámara bajo decisión suprema”, Primera Hora (San Juan), jueves 3 de mayo de 2007, pág. 19.

Puerto Rico. Cámara de Representantes y Senado de Puerto Rico. R. de la C. 537. Informe Final de la Comisión de Revisión Constitucional y de Derechos Civiles, sobre si el Poder Legislativo de Puerto Rico debe estar integrado por una o dos Cámaras. 10 de diciembre de 1984.

Puerto Rico. Departamento de Estado. Informe de la Comisión Especial para el estudio de la Necesidad y Conveniencia de un sistema Legislativo Unicameral. San Juan, 1996.
Puerto Rico. Cámara de Representantes. R. de la C. 799. 30 de abril de 1993.

Puerto Rico. Cámara de Representantes. R. Conc. de la C. 15. 30 de abril de 1993.

Puerto Rico. Cámara de Representantes. R. Conc. de la C. 76. 31 de enero de 1996.

Puerto Rico. Cámara de Representantes. R. de la C. 537. 24 de mayo de 1982.

Puerto Rico. Cámara de Representantes. R. de la C. 2475. 8 de julio de 2005.

Puerto Rico. Cámara de Representantes. Mensaje de Presupuesto de la Cámara de Representantes del año fiscal 2006-2007. 4 de junio de 2006.

Rafael Fabre Carrasquillo, Unicameralidad, Sí o No: Análisis Jurídico de la viabilidad de adoptar un sistema legislativo unicameral en Puerto Rico 38 Rev. Der. P.R. 167 (1999).

Trías Monge José, Historia Constitucional de Puerto Rico, Ed. Universidad de Puerto Rico, Vol. 3, 1982, pág. 259.

Staples v. Gilmer, Va. 1945, 33 S.E.2d 49, 50.

Una sola Cámara, ¿Qué es unicameralidad?, en <http://unicameralidad.org/portal/> (última visita: 13 de febrero de 2006).

LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA: VEHÍCULO DE COACCIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES

Por: Helga L. Carrero Echevarría²⁰⁶

“Think for yourself,
and let others enjoy the privilege
to do so, too”
Voltaire

“You know, one of the
hardest parts of my job is
to connect Iraq to the war on terror.”²⁰⁷

George Bush

I. Introducción

La generación en la que nos ha tocado vivir se caracteriza por la influencia, cada vez mayor, de la tecnología. Actividades tan simples como mantenerse en contacto con amigos y familiares ya ha pasado de ser por la vía tradicional del correo regular, a ser en su gran mayoría, vía correo electrónico, entre otros medios. La era de la informática ha llegado para transformar la vida diaria de todos. Teniendo esto en cuenta, resulta imposible negar la influencia que la tecnología tiene en el diario vivir de la sociedad. Por lo tanto, es sumamente importante acercarse a ella, estudiarla e identificar sus ventajas y deficiencias. Al hacer este ejercicio, nos topamos con la realidad vigente de que, aunque la tecnología tiene múltiples usos legítimos, también está siendo utilizada para infringir los derechos fundamentales de las personas y para adelantar el interés de ejercer un control, muchas veces extralimitado, sobre la sociedad.

²⁰⁶ La autora es estudiante de tercer año de la Escuela de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

²⁰⁷ Entrevista por Katie Couric con George Bush, Presidente de los Estados Unidos de América. (6 de septiembre de 2006), <http://www.cbsnews.com/stories/2006/09/06/eveningnews/main1979106.shtml> (accedida el 28 de febrero de 2007)

Vivimos en un mundo vigilado. En la mayoría de los lugares que frecuentamos hay cámaras de seguridad que vigilan nuestros pasos; y de no haberlas, existen un sinnúmero de propuestas que ofrecen la vigilancia electrónica como la solución ideal para resolver situaciones como la criminalidad. Sorprendentemente hemos llegado al tiempo en que la ciencia ficción y la realidad han llegado a un punto convergente.

Cuide lo que habla, cuide lo que escucha, cuide lo que compra, cuide con quien se relaciona, cuide lo que piensa... Lamentablemente, no hablamos sobre ese mundo fantástico que nos presentaban hace unas décadas atrás las películas en el cine y que sólo nos atrevíamos a imaginar como una realidad prácticamente imposible de vivir. Nos referimos a las medidas de ley aprobadas en los últimos años que facultan a las agencias de gobierno para que de manera indiscriminada y arbitraria puedan ser coaccionados los derechos civiles de los ciudadanos privados.²⁰⁸

Resulta razonable preguntarnos ¿hasta que punto estamos dispuestos a sacrificar la libertad que la misma Constitución nos garantiza? ¿En dónde queda establecido el límite del gobierno para garantizar la seguridad de las personas? ¿Acaso tendrá el gobierno derecho a intervenir a la manera que mejor le parezca con los ciudadanos, toda vez que su máxima es preservar la seguridad ciudadana?

La realidad en que vivimos nos recuerda la sociedad del panóptico planteada en el libro *Vigilar y Castigar* de Michel Foucault.²⁰⁹ En su libro Foucault expone de manera muy interesante como el método de vigilancia del panóptico es ideal para que las personas vigiladas caigan en el acondicionamiento necesario para que luego, aunque no

²⁰⁸ Contenidas en el Patriot Act, infra.

²⁰⁹ Michel Foucault, *Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión*, Cap. III. El panoptismo. 1ª Edición. Siglo XXI Editores Argentina, SA., Argentina, 2002.

sean vigiladas, su comportamiento sea el esperado por el agente vigilante. El saberse vigilado es la clave del asunto. Una persona que se sabe vigilada actuará conforme a lo establecido por aquel ente que la vigila.

El sistema de seguridad nacional implantado, da la apariencia de que la idea, detrás de todo el sistema, es lograr mantener el control extremo mediante medidas de alegada seguridad que rayan en la violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos privados. A nuestro juicio, se ha puesto en manos del gobierno un control extralimitado; pero, no por esto la sociedad debe convertirse en una masa domesticada que se acostumbre a ser vigilada. A diferencia del panóptico inicialmente planteado por Bentham,²¹⁰ no debe permitirse que el acondicionamiento a la vigilancia alcance tal grado que se llegue al punto de que la misma le sea indiferente a las personas. El propósito del panóptico es ese mismo, inducir a los vigilados al acondicionamiento a la vigilancia. El resultado de esto es sencillo, llegará el momento en que no sea necesario ejercer una vigilancia continua para que la conducta de aquellos que se saben vigilados se de dentro de los parámetros dispuestos en el patrón de vigilancia constante.

La libertad es un derecho garantizado para todos, tanto a nivel federal como estatal. La cuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos²¹¹ garantiza a todos los ciudadanos el derecho a que sus bienes y privacidad sean respetados. También

²¹⁰ Plano del diseño disponible en:

University of Edinburgh, <http://www.malts.ed.ac.uk/staff/sian/images/surveillance/image011.jpg> (accedido el 2 de marzo de 2007) El panóptico era un modelo de prisión diseñada para que la vigilancia se hiciera toda desde un solo punto. El panóptico y sus efectos en los vigilados fue descrito por Michel Foucault en su libro *Vigilar y Castigar*.

²¹¹ U.S. Const. Amend. IV

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

los protege contra registros y allanamientos irrazonables. Como es altamente conocido, la primera enmienda de la Constitución garantiza el derecho a la libertad de expresión y a la libertad de asociación.²¹² Entonces, si estamos bajo vigilancia constante por parte del gobierno, de ese mismo gobierno que se supone que sea quien vele porque el derecho a la privacidad de sus ciudadanos sea respetado, ¿dónde queda la libertad y la democracia de la que tanto se alardea? ¿será que realmente no existe?

Gracias a las medidas de ley aprobadas a raíz de los sucesos del 11 de septiembre de 2001 en la ciudad de Nueva York, el gobierno de los Estados Unidos aprobó casi a ciegas el Patriot Act, infra. Esta medida de ley faculta a las entidades gubernamentales a, justificados en la seguridad nacional, intervenir con cualquier persona que pueda dar indicios de que está incurriendo en una conducta que puede presentar peligro para la seguridad nacional. Sin embargo, amparados en esta ley se han cometido un sinnúmero de atropellos. En especial contra ciudadanos privados que **nada** tienen que ver con las alegadas organizaciones terroristas. Tomemos como ejemplo el documental “*Unconstitutional*”.²¹³ En el mismo se puede apreciar como personas, que jamás habían tenido ningún tipo de problema con la justicia, de repente sufrieron las consecuencias de las nuevas medidas aprobadas y fueron sometidas a vigilancia extrema, a tal grado que algunos perdieron su modo de sustento por estar imposibilitados de trabajar o de funcionar tal y como lo hacían antes del 9/11.

²¹² U.S. Const. Amend. I

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

²¹³ *Unconstitutional, the War on our Civil Liberties*, Nonny de la Peña; Robert Greenwald; 1:85:1 hrs; (Documental)

II. Trasfondo de la vigilancia electrónica

Se entiende por vigilancia electrónica el uso de artefactos tecnológicos, electrónicos o mecánicos para someter a vigilancia a determinada persona o grupo.²¹⁴ Dado los tiempos modernos en los que vivimos, la tecnología ha facilitado en gran manera los sistemas de vigilancia y monitoreo ya establecidos. Entre los sistemas que se utilizan podemos mencionar aquellos que pueden reconocer el rostro (face recognition systems), artefactos para interceptar llamadas telefónicas, almacenamiento de data (mejor conocido en el lenguaje técnico como “data mining”), entre otros. Desde tiempos antes de la presidencia de Nixon el gobierno ha implantado sistemas para vigilar los grupos que por ejemplo, protestan por la guerra o por determinadas acciones del gobierno.

Diversos casos han sido llevados ante el foro judicial con el objetivo de dirimir las controversias en cuanto a la validez de la vigilancia electrónica y la prueba obtenida gracias a esta práctica. En el año 1928, el tribunal emitió su opinión en el caso de *Olmstead v. United States*,²¹⁵ procedimiento en el cual se estaban revisando unos arrestos efectuados en virtud de evidencia obtenida mediante vigilancia electrónica interviniendo con las comunicaciones. Esta práctica se conoce dentro del mundo tecnológico como **wiretapping**. En *Olmstead*, el tribunal determinó que como no se había entrado a las residencias y oficinas de los acusados, sus derechos constitucionales y su expectativa de intimidad no habían sido violentados y la evidencia obtenida en su contra mediante el **wiretapping** de sus teléfonos era admisible.

²¹⁴ 50 U.S.C. §§1801 (f)(1)-(2), 1801(n). Electronic Surveillance: the interception of the contents of telephone, wire, or email communications that occur, at least in part, in the United States.

²¹⁵ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928). Ya para el año 1928 existían los micrófonos y se podía grabar audio.

Más tarde, en el año 1967, el tribunal tuvo la oportunidad de volver a expresarse en cuanto al **wiretapping** en el caso *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967) y se determinó que para poder someter a vigilancia a un ciudadano en áreas protegidas constitucionalmente y con una alta expectativa de intimidad, como por ejemplo su residencia, es necesario obtener una orden del tribunal. El registro efectuado sin orden se presumirá irrazonable y la evidencia obtenida en virtud del mismo no será admisible.

En el año 1967 también se decidió el caso de *Berger v. New York*, 388 U.S. 41 (1967) en donde se determinó que una orden para llevar a cabo un **wiretapping** obtenida en virtud de una disposición de ley del estado de Nueva York que violaba la Cuarta Enmienda de la Constitución, *supra*, no era válida.

En el 1968 se aprobó el *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*²¹⁶ (Title III) donde se regulaba la vigilancia electrónica con relación a ciertos crímenes, estableciendo que una persona afectada tendría disponible un remedio en contra de aquella agencia o funcionario que efectuara una vigilancia en su contra fuera de los parámetros que establecía la ley.

En el 1969 fue resuelto el caso *Kaiser v. New York*, 394 U.S. 280 (1969), en donde se determinó que los criterios establecidos en *Katz* no eran aplicables porque el **wiretapping** ocurrió antes de que *Katz* se decidiera y los nuevos requisitos se aplicarían sólo de manera prospectiva.

En *United States v. Karo*, 468 U.S. 705 (1984) el Honorable Tribunal determinó, al igual que en *Katz*, *supra*, que la intervención en la residencia de una persona privada, donde su expectativa de intimidad es sumamente alta, tiene que ser efectuada en virtud de

²¹⁶ 42 U.S.C. § 3789 (d)

una orden judicial. Todo registro, vigilancia o allanamiento en una residencia efectuado sin una orden que lo sustente se presumirá inválido.

Luego de examinar la jurisprudencia relacionada podemos concluir que para que la vigilancia de un ciudadano, de cualquier tipo, sea válida es estrictamente necesario que medie una orden judicial o las circunstancias necesarias para que la misma sea validada.

III. Patriot Act: su aprobación

A raíz de los eventos del 11 de septiembre de 2001 en el estado de Nueva York y solo 45 días después del fatídico suceso en las Torres Gemelas se aprobó el Patriot Act.²¹⁷ Como bien se indica en el artículo *Down to the Wire: Assessing the Constitutionality of the National Security Agency's Warrantless Wiretapping Program: Exit the Rule of Law*, sobre el Patriot Act el daño colateral más fuerte del ataque del 11 de septiembre ha sido la intromisión de leyes, justificadas en la seguridad nacional, en la vida privada y en las comunicaciones de los ciudadanos.²¹⁸ Esta medida de ley faculta al gobierno y sus agencias para que, entre otras cosas, puedan vigilar a todos los ciudadanos para preservar la seguridad nacional. Por ejemplo, respaldados por esta medida de ley, supra, se ha establecido el monitoreo de las comunicaciones telefónicas y electrónicas y se ha adoptado la práctica de almacenar en bases de datos las búsquedas que hacen los usuarios en el Internet, se llevan registros de las personas que compran artículos a través del Internet; esta práctica de recopilación de información para ser almacenada y analizada se

²¹⁷ Public Law 107-56. Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001, "Patriot Act".

²¹⁸ Fletcher N. Baldwin, Jr. y Robert B. Shaw. "Down to the Wire: Assessing the Constitutionality of the National Security Agency's Warrantless Wiretapping Program: Exit the Rule of Law". Florida Journal of Law and Public Policy ; 17 J. Law. & Pub. Pol'y 429 (2006).

conoce como **data mining**.²¹⁹ Toda esta información recopilada se almacena en bases de datos. Luego esta información recopilada es utilizada para, a base de unos indicadores, crear un posible perfil de cada ciudadano, catalogando, según la información obtenida, a aquellos que, de acuerdo a sus criterios, son o podrían ser una amenaza a la sociedad. Por ejemplo, el *Total Information Awareness*, programa del Pentagono bajo el Departamento de Defensa que busca identificar posibles terroristas a base de sus búsquedas en el Internet, las compras que realizan, las personas con quienes se comunican, entre otros factores. Sin embargo, y a pesar de la búsqueda que realizamos, no logramos dar con un solo estudio científico que respalde la teoría de que los gustos literarios de una persona, los países o personas a los que llame o escriba correos electrónicos sean determinantes para poder identificar un futuro patrón de conducta en un ciudadano.²²⁰

Es muy importante que se mantenga en perspectiva que las medidas para vigilar a los ciudadanos no nacieron en el año 2001. Para los tiempos del Ex-Presidente Nixon salió a la luz pública la práctica de la vigilancia electrónica como método utilizado para neutralizar o mantener bajo vigilancia estricta a aquellos que alegadamente eran una amenaza para el gobierno. Como se indica en el ensayo *Reviving the Nixon Doctrine: NSA Spying, the Commander-in-Chief, and Executive Power in the War on Terror*, Nixon

²¹⁹ Data mining o almacenamiento de data, es el análisis de data para establecer relaciones e identificar patrones. (Traducción nuestra) As the term suggests, data mining is the analysis of data to establish relationships and identify patterns. Law Technology Dictionary, <http://technology.findlaw.com/law-technology-dictionary/data-mining.html> (accedido el 3 de marzo de 2007)

²²⁰ Por ejemplo, el programa Carnivore, antes conocido como Omnivore, diseñado por el FBI para el monitoreo de correo electrónico y de la actividad de los usuarios en el Internet. Véase: http://epic.org/privacy/carnivore/foia_documents.html, (accedido el 12 de mayo de 2007), o el programa Magic Lantern, también diseñado por el FBI y que permite la instalación remota en una computadora vía el envío de un archivo adjunto en un correo electrónico que funciona igual que un Trojan Horse. Véase: World Net Daily, The FBI's Magic Lantern, http://www.worldnetdaily.com/news/article.asp?ARTICLE_ID=25471 (28 de noviembre de 2001):

entendió a la fuerza que su respaldo al sistema de vigilancia electrónica no era correcto, cuando incluso el director del FBI en ese entonces manifestó que la vigilancia era ilegal.²²¹

En el año 1978 luego del escándalo de Watergate se aprobó la *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA por sus siglas en inglés) U.S.C. §1801 et seq. (2000 ed.).²²² Esta medida de ley era la que, hasta la aprobación del Patriot Act, definía y regulaba el proceso a seguir para la intervención con una persona sospechosa de prácticas lesivas para la seguridad nacional. Entre los requisitos que establecía, cabe mencionar uno de los más importantes para la intervención, obtener una orden del tribunal que validara el proceso. Bajo la FISA puede establecerse la vigilancia electrónica sin que medie una orden solamente en tiempos de guerra y sólo por los primeros quince días de la guerra²²³. Además, criminaliza toda aquella vigilancia que no se efectúe de acuerdo a estos procedimientos requeridos.²²⁴ Sin embargo, la práctica del gobierno y agencias relacionadas ha resultado estar distante del texto de la ley. Según, las admisiones públicas del propio Presidente, él entiende que está facultado para ordenar la vigilancia electrónica de las personas que viven en los EEUU. Estas declaraciones del Presidente

²²¹ David Cole. "Reviving the Nixon Doctrine: NSA Spying, the Commander-in-Chief, and Executive Power in the War on Terror". Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice; 13 Wash. & Lee J. Civil Rts. Soc. Just. 17 (2006)

²²² Medida de ley que, hasta la aprobación del Patriot Act, regulaba de manera exclusiva la vigilancia y el acceso a expedientes en casos de investigación por sospecha de actividades terroristas o peligrosas para la seguridad de la nación norteamericana. La sección 215 del Patriot Act vino a modificar la forma en que la FISA efectuaba el monitoreo y vigilancia de agentes identificados como peligrosos para la seguridad nacional.

²²³ 50 U.S.C. §1811

"[n]otwithstanding any other law, the President, through the Attorney General, may authorize electronic surveillance without a court order under this subchapter to acquire foreign intelligence information for a period not to exceed fifteen calendar days following a declaration of war by the Congress." (Énfasis suplido)

En el 1978, año en que se aprobó la FISA, el Congreso entendió que esta limitación inicial de quince días es tiempo suficiente para que se pudiera tomar una determinación en cuanto a reautorizar la práctica o detenerla.

²²⁴ Id. §1809

tuvieron lugar en diferentes conferencias de prensa inmediatamente después de que la práctica de la vigilancia electrónica indiscriminada fue denunciada públicamente.

IV. El Patriot Act: sus implicaciones

Esta medida de ley tan polémica fue aprobada inicialmente en el año 2001 y ratificada en el año 2006, sin haber sido corregida sustancialmente, justificando su Comandante en Jefe que su aprobación era necesaria porque los Estados Unidos de América está en tiempos de guerra.²²⁵ Se hizo caso omiso de las fallas que habían sido señaladas y se extendió su vigencia hasta el año 2009. Algunas de sus disposiciones han sido declaradas inconstitucionales por tribunales federales de los Estados Unidos. Sin embargo, secciones tan intrusivas como la sección 215 permanecen prácticamente íntegras en el texto de la ley.

Nos daremos a la tarea de analizar con detenimiento la sección 215 y sus implicaciones en la vida privada de los ciudadanos que viven en territorio norteamericano. Esta sección de la ley es conocida como la **Library Record Provision** y la misma faculta al Federal Bureau of Investigations (en adelante “FBI” por sus siglas en inglés) para emitir órdenes de registro para cada cosa **tangible** que esté dentro del marco de una investigación relacionada a la sospecha de terrorismo internacional y/o de actividades clandestinas. Esta medida de ley vino a enmendar la *Foreign Intelligence Surveillance Act* (en adelante “FISA” por sus siglas en inglés) U.S.C. §1801 et seq. (2000 ed.).²²⁶ Es medular señalar que al amparo de la sección 215, *supra*, el FBI no necesita

²²⁵ CNN, cnn.com, Politics, <http://www.cnn.com/2006/POLITICS/01/01/nsa.spying/index.html>, (publicado el 1ro de enero de 2006) En donde el presidente reiteró su apoyo al programa de vigilancia electrónica una vez la noticia salió a la luz pública.

²²⁶ Medida de ley que, hasta la aprobación del Patriot Act, regulaba de manera exclusiva la vigilancia y el acceso a expedientes en casos de investigación por sospecha de actividades terroristas o peligrosas para la seguridad de la nación

que exista un motivo fundado real para creer que esa persona a ser registrada o interceptada ha incurrido en prácticas terroristas o peligrosas de acuerdo a sus criterios; tampoco se necesita que exista causa probable, toda vez que la mera sospecha a base de los indicadores establecidos autoriza a la agencia a iniciar el procedimiento. Es imperativo mantener en perspectiva que esa mera sospecha de la que hablamos puede activarse simplemente por los libros que un ciudadano privado saca en la biblioteca, por el tipo de búsquedas que realiza en el Internet, por las personas con quienes se relaciona o a los países que llama. Según los parámetros establecidos, lo importante no es lo que haya o esté haciendo, lo verdaderamente importante es lograr identificar lo que podría hacer una persona. ¿Será esto posible?

Es muy importante llamar la atención a los visos de inconstitucionalidad que saltan a la vista con tan solo leer la sección 215 del Patriot Act, *supra*. Como sabemos, es necesario que se emita una orden para que un registro o allanamiento se considere como válido, tanto a nivel federal como estatal.²²⁷ Toda vez que un registro sin orden se presume inválido, le corresponde al estado probar que no lo fue. También es conocido que existen ciertas excepciones, que al ser evaluadas dentro de la totalidad de las circunstancias, podrían validar un registro o allanamiento sin orden. Sin embargo, la vigilancia electrónica a comunicaciones domésticas, sin la existencia de ningún motivo fundado, no cae dentro de las excepciones aplicables a esta regla. Muy a pesar de esto, y facultados al amparo de la sección 215, la Agencia Federal de Investigaciones puede prescindir de esta orden para recopilar toda evidencia **tangible** del alegado sospechoso

norteamericana. La sección 215 del Patriot Act vino a modificar la forma en que la FISA efectuaba el monitoreo y vigilancia de agentes identificados como peligrosos para la seguridad nacional.

²²⁷ US Constitution. IV Amendment

sin que medie una orden para así hacerlo o sencillamente obtener una orden **ex parte** que los autorice al registro.²²⁸ La facultad otorgada a las agencias gubernamentales es de tal magnitud que incluso se puede requerir copia del expediente médico de la persona, de las transacciones bancarias que efectúa, del registro de las llamadas telefónicas que hace, del registro de los libros que la persona saque en la librería pública y del registro de las páginas que visita en el Internet, entre muchas otras cosas. Una persona a quien se esté investigando bajo la sección 215, *supra*, estaba bajo la ley inicial en el 2001, impedida de comunicar a cualquier otra persona que estaba siendo investigada. Actualmente, una persona investigada bajo la sección 215 puede comunicarse con su abogado y puede someter una moción de supresión de evidencia con relación a la evidencia obtenida mediante la vigilancia electrónica.²²⁹ Si la vigilancia electrónica es efectuada bajo la presunción errónea de que el Presidente está autorizado para ordenarla sin que medie una orden que avale el procedimiento, ésta debería ser considerada como ilegal **ab initio**. Si no existe el motivo fundado para creer que esa persona a ser vigilada o monitoreada incurrirá, o está incurriendo, en actos que pueden resultar peligrosos para la seguridad nacional, todo el procedimiento efectuado por la agencia resulta inválido e ilegal. Una agencia de gobierno no puede ir en sus ejecutorias más allá de los límites que le han sido impuestos. La Constitución no otorga una carta blanca al gobernante de la nación ni a sus dependencias. Todo lo contrario, delimita claramente sus funciones y su autoridad en ley. Entre la autoridad conferida al Presidente no está el sobrepasar la ley. Por lo tanto, un procedimiento de vigilancia que se lleve a cabo en contravención de los derechos civiles

²²⁸ 50 USCS § 1802.

²²⁹ 50 U.S.C. §1806(e)(2)

de los ciudadanos sin que exista motivo fundado para ordenarlo y sin que haya una orden que lo avale, tiene que presumirse inválido e ilegal. Como indica la Constitución, toda evidencia obtenida como fruto de un registro ilegal será inadmisibile. Por lo tanto, si el procedimiento de vigilancia que se lleva a cabo es ilegal, la evidencia obtenida, si alguna, debe ser mirada con sospecha y no debe ser admitida.

Recientemente, las compañías de telefonía inalámbrica AT&T Wireless, Verizon Wireless y BellSouth entraron en acuerdos con la National Security Agency (NSA por sus siglas en inglés) para proveer el registro de llamadas hechas y recibidas de todos sus suscriptores, tanto de líneas móviles como residenciales.²³⁰

Esta práctica fue inicialmente reportada en el New York Times en el año 2005. La Casa Blanca realizó gestiones para que dicha noticia no fuera publicada. La noticia no fue publicada por el periodo de un año y luego el New York Times la publicó.²³¹

Las circunstancias bajo las cuales el Patriot Act fue aprobado son bastante controversiales. Siendo una medida de ley tan intrusiva para con los derechos civiles de los ciudadanos comunes, esta fue aprobada en el 2001 prácticamente sin haber sido leída y bajo circunstancias bastante controversiales. A raíz de la adopción de la misma, muchísimas personas han sufrido la obstaculización de las agencias de gobierno para con sus derechos civiles. Derechos tan básicos como la libertad de expresión han sido, y están siendo, coaccionados por el gobierno, justificando estas violaciones bajo la excusa de la seguridad nacional.

²³⁰USA Today, "NSA has Massive Database of American's Phone Calls" (2006) http://www.usatoday.com/news/washington/2006-05-10-nsa_x.htm (accedida el 3 de marzo de 2007)

²³¹ James Risen y Eric Lichtblau. 'Bush Lets U.S. Spy on Callers Without Courts', <http://www.nytimes.com/2005/12/16/politics/16program.html?ex=1176177600&en=5f9c83d81617554b&ei=5070> (accedido el 4 de marzo de 2007)

Nuevamente, tenemos que preguntarnos: ¿hasta qué punto estamos dispuestos a sacrificar nuestros derechos y a soportar la intromisión del estado en la vida privada de cada ciudadano? Es necesario levantar una voz de alerta y denunciar los atropellos que se han cometido y se cometen todos los días en virtud de estas disposiciones de ley. La función del estado es propiciar la sana convivencia entre sus ciudadanos, teniendo siempre como norte la Constitución y los derechos en ella garantizados. Interceptar las comunicaciones domésticas de los ciudadanos contraviene estos derechos fundamentales.

La Constitución de los Estados Unidos de América garantiza en su Cuarta Enmienda el derecho de todos los ciudadanos a que su propiedad sea respetada y que no se emitan órdenes de registro si no existe causa probable para ello. Sabido es que la Primera Enmienda de la Constitución, protege el derecho que tienen todos los ciudadanos a la libertad de expresión.

¿Quiere decir entonces que la ciudadanía ha renunciado implícitamente a estos derechos? Entendemos que no. Una cosa es lo que la ley faculta al gobierno a hacer y otra diferente es lo que el gobierno decide haciendo caso omiso de la ley establecida. No se puede inferir que la ciudadanía ha renunciado a su derecho a la intimidad; mucho menos a su derecho a la libertad de expresarse.

El derecho constitucional a la intimidad y a la libertad de expresión son derechos de alta envergadura. La libertad que todos los ciudadanos tienen para asociarse, manifestarse o simplemente permanecer en casa son derechos que están altamente aferrados en la sociedad. No se debe sostener una medida de ley que directamente coaccione estos derechos con la aparente finalidad de identificar posibles prácticas indicadoras de patrones que puedan violentar la seguridad nacional. Cabe señalar que al

día de hoy, ni siquiera existe un estudio científico que valide la postura de las agencias del gobierno y mucho menos cuando lo que está en juego es la vida privada de personas.

IV. La sección 215 del Patriot Act

Como mencionáramos anteriormente, la sección 215 del Patriot Act es la sección que faculta al gobierno y a sus agencias para vigilar a cualquier persona sospechosa de estar incurriendo en conductas nocivas para la seguridad nacional. Esta sección ha generado grandes polémicas en la sociedad y en la comunidad jurídica. Algunas a favor, justificando la seguridad nacional a toda costa sobre cualquier derecho. Otras, que son la mayoría, han reaccionado en contra de las facultades que otorga la controversial sección a las entidades de gobierno.

Entre las posturas a favor podemos mencionar a Andrew C. McCarthy quien entiende que la sección 215 no violenta los derechos civiles de los ciudadanos toda vez que la información que se monitorea es información que, según él, no tiene una alta expectativa de intimidad y ha sido voluntariamente puesta en manos de terceros.²³² Respetuosamente diferimos de la postura asumida por McCarthy. Por ejemplo, si una persona privada hace una búsqueda en el Internet de un libro de un tema alegadamente ‘sensible’ con fines de una investigación, o una persona, que amparado en su derecho a la libertad de expresión, se manifiesta en contra de las prácticas del gobierno ¿quiere decir esto que se está autorizando implícitamente para que le califique como peligroso o sospechoso? Entonces, ¿dónde queda la libertad y el derecho a estar solo que garantiza la Constitución? Una persona que en su residencia está utilizando su teléfono privado para generar una llamada telefónica naturalmente tiene una alta expectativa de intimidad. No

²³² Andrew McCarthy y Peter S. Swire, “Patriot Debates’, Section 214 and 215: Pen Register and Trap and Trace Authority Under FISA and Access to Business Records Under FISA” (Libraries Provision), 47, (2005)

puede el gobierno inmiscuirse en ese lugar tan sagrado, que es la residencia de una persona, sin justificación válida alguna. No existe tal derecho. Una ley que faculte al gobierno para hacer esto debe ser dejada sin efecto o en la alternativa, enmendada para establecer claramente los límites que el gobierno tiene para actuar cuando interviene con un ciudadano privado. El Center for Constitutional Rights (CCR por sus siglas en inglés)²³³ entabló una acción judicial en contra de la NSA alegando que la vigilancia electrónica ha llegado a tal extremo que, a pesar del privilegio que la cobija, la relación abogado-cliente entre sus representados y ellos ha sido monitoreada.²³⁴ El gobierno ha indicado que no va a renovar la vigencia de esta medida de ley, sin embargo, hasta el momento la misma sigue vigente y los reclamos en su contra también.

La Electronic Frontier Foundation (EFF por sus siglas en inglés)²³⁵ entabló un pleito de clase contra ATT por la violación del derecho a la privacidad de los clientes de la compañía de servicio telefónico al colaborar con la NSA proveyéndole información con relación a sus comunicaciones privadas. En este caso, el gobierno presentó una moción para que el caso fuese desestimado. Sin embargo el tribunal la declaró no ha lugar. Actualmente, el caso está en trámites apelativos ante el Noveno Circuito.

V. La seguridad nacional vis a vis el derecho a la intimidad y privacidad de los ciudadanos.

Todas las personas tienen una alta expectativa de intimidad en sus residencias y comunicaciones privadas. El derecho constitucional garantizado a todos abona a que esta

²³³ Center for Constitutional Rights, <http://www.ccr-ny.org/v2/home.asp> (accedido el 10 de mayo de 2007)

²³⁴ Center for Constitutional Rights, (nombre de la acción), http://www.ccr-ny.org/v2/legal/govt_misconduct/govtArticle.asp?ObjID=RovrtPD8Bc&Content=694 (accedido el 12 de mayo de 2007)

²³⁵ <http://www.eff.org/>

expectativa de intimidad siempre esté presente en el diario vivir de un ciudadano normal. La vigilancia y monitoreo electrónico viene entonces a contravenir este derecho fundamental. Una comunicación electrónica entre ciudadanos normales, sin que exista motivo fundado para creer que hay una conducta delictiva envuelta, no tiene porque ser monitoreada sin una orden que la valide. Sin embargo, a raíz de la pública denuncia en el New York Times y en el USA Today, y la posterior admisión pública del Presidente, la ciudadanía advino en conocimiento de las prácticas de vigilancia y monitoreo del registro de llamadas. Clientes de de compañías de telefonía móvil como ATT, Verizon Wireless y Bellsouth sin la existencia de una orden están siendo monitoreados para, a base de indicadores establecidos por el gobierno, establecer una base de datos que eventualmente pudiesen servir para identificar posibles terroristas.²³⁶

Es necesario contraponer los derechos a proteger de los ciudadanos y la seguridad nacional del territorio norteamericano. Ciertamente, la seguridad nacional es un tema altamente importante, especialmente luego de los eventos del 11 de septiembre de 2001. Sin embargo, antes de estos fatídicos sucesos ya existían medidas de seguridad que no fueron suficientes para poder prevenirlos o impedirlos. No puede justificarse la seguridad nacional obligando a la población a renunciar de manera involuntaria a los derechos que la misma Constitución les garantiza. Cada persona tiene el derecho a que la intimidad de su hogar sea respetada. Cada persona tiene el derecho a poder expresar sus ideas. El gobierno no puede justificar sus prácticas de vigilancia por el mero hecho de establecer una base de datos que les permita identificar posibles terroristas. Someter a los

²³⁶ Leslie Causley. *NSA has Massive Data-Bases of Americans' phone calls*. USA Today. 11 de mayo de 2006. Disponible en: http://www.usatoday.com/news/washington/2006-05-10-nsa_x.htm

ciudadanos a este sistema de monitoreo equivaldría a permitir que el territorio norteamericano se torne en un panóptico bajo el control total y absoluto del gobierno. Máxime cuando no se conocen a ciencia cierta los criterios que ha establecido el gobierno para identificar quien representa una amenaza para la seguridad y quien no.

Resulta sumamente alarmante el que se faculte a una agencia prácticamente con una carta blanca para vigilar indiscriminadamente a los ciudadanos que viven, visitan o salen de territorio norteamericano. Una vez fue publicado el artículo donde se denunció la vigilancia electrónica, la Casa Blanca hizo un comunicado en donde mantuvo la postura de que la vigilancia que se está llevando a cabo es completamente legal, y que no es la primera vez que se conducen prácticas como estas para preservar la seguridad nacional. El Presidente de los Estados Unidos de América justificó esta práctica e indicó que:

“Como Presidente y Comandante en Jefe, tengo la responsabilidad y autoridad constitucional de proteger nuestro país... Por esto, y siendo consistente con la ley de los Estados Unidos y la Constitución, he autorizado la interceptación de comunicaciones internacionales de personas con un vínculo conocido con Al-Qaeda...” (Traducción Nuestra)²³⁷

Nótese que las declaraciones hechas por el Presidente parecen indicar que la vigilancia se efectúa solamente con personas vinculadas de algún modo con Al Qaeda, sin embargo, la práctica ha sido diferente.

²³⁷ Véase *The President's News Conference* (Dec. 19, 2005), 41 Weekly Comp. Pres. Doc. 1885, 1885 (Dec. 26, 2005) y Leslie Cauley, “NSA Has Massive Database of American's Phone Calls”, USA Today, 11 de mayo de 2006.

"As President and Commander in Chief, I have the constitutional responsibility and the constitutional authority to protect our country... So, consistent with U.S. law and the Constitution, I authorized the interception of international communications of people with known links to Al Qaeda..."

Debemos recordar lo señalado por el Juez Jackson en *Youngstown Sheet & Tube v. Co. Sawyer*²³⁸ refiriéndose a la autoridad de la figura del Presidente:

The actual art of governing under our Constitution does not and cannot conform to judicial definitions of the power of any of its branches based on isolated clauses or even single Articles torn from context. While the Constitution diffuses power the better to secure liberty, it also contemplates that practice will integrate the dispersed powers into a workable government. It enjoins upon its branches separateness but interdependence, autonomy but reciprocity. Presidential powers are not fixed but fluctuate, depending upon their disjunction or conjunction with those of Congress.” 343 U.S. 579 (1952), 635.

No puede ser admisible la justificación errónea ofrecida por el Presidente de los EEUU indicando que él, por ser Comandante en Jefe, está autorizado a permitir la vigilancia electrónica porque la Constitución lo autoriza a ello.

La Asociación Americana para los Derechos Civiles (ACLU por sus siglas en inglés) inició un pleito judicial contra la NSA en cuanto a la interferencia de los derechos civiles de las personas por medio de la vigilancia electrónica. El 17 de agosto de 2006 una corte federal emitió su opinión y determinó en su Memorando y Opinión que la vigilancia electrónica ejercida en virtud de la sección 215 del Patriot Act raya en violaciones de los derechos constitucionales de los ciudadanos.²³⁹ El pleito fue incoado por la ACLU a nombre de ciudadanos que han sido víctimas de vigilancia por mantener comunicación con personas en el Medio Oriente. Los demandantes en este caso alegaron violación a sus derechos constitucionales y daños como efecto de la coacción en cuanto a comunicación a la que han sido sometidos. Luego de evaluar el caso el tribunal determinó que ni siquiera el Presidente de los Estados Unidos está sobre la ley indicando

²³⁸ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952)

²³⁹ *ACLU et als v. NSA, et als*, 06CV-10204

que los poderes inherentes al cargo de la presidencia de la nación norteamericana tienen que dimanar directamente de la Constitución y que éstos no pueden ser creados.²⁴⁰ La juez ponente en este caso entendió que los derechos de los demandantes estaban siendo coaccionados y que estaban sufriendo un daño claro y palpable al verse impedidos de sostener comunicación con personas en países calificados como sospechosos por las agencias gubernamentales.²⁴¹

VI. Conclusión

No pretendemos de manera alguna sugerir que lo que se busca es un sistema sin ningún tipo de reglas. Sino que las reglas impuestas por el gobierno tienen que ser bien pensadas de manera que no se infrinjan los derechos que se supone que se protejan. Ciertamente, la seguridad nacional es un asunto muy importante, pero no se puede usar eso como subterfugio para violentar los derechos fundamentales de las personas. Simplemente no hay justificación.

Las agencias que llevan a cabo las prácticas de vigilancia en territorio norteamericano están haciendo caso omiso de los derechos constitucionales y civiles de los ciudadanos. Entendemos que es necesario que existan normas para mantener un país en orden. Sin embargo, cuando estas medidas inciden en prácticas en extremo intrusivas y lesivas a la privacidad e intimidad de los ciudadanos privados es necesario que se tome atención y acción para corregirlas. No se puede permitir que el poder gubernamental

²⁴⁰ Este caso se encuentra en trámites apelativos incoados por el gobierno teniendo como fundamento la alegada carencia de legitimación debido a que los apelados no pueden demostrar fuera de toda duda que realmente están siendo vigilados. Entendemos que este argumento no tiene tanto peso, porque quien realmente puede probar si ha habido o no vigilancia es la NSA. Nos parece que no debería levantarse un argumento de secreto de estado, ya que implícitamente la NSA, al no negar que estas personas han sido objeto de vigilancia, implícitamente están afirmando que lo han sido. Bastaría con que la agencia probara que realmente estos ciudadanos no han sido objeto de vigilancia.

²⁴¹ Id 22.

tenga una carta blanca bajo su mano.

¿Quién puede garantizar que la información obtenida a través del monitoreo de las comunicaciones de los ciudadanos privados no será usada en su contra, independientemente de que sea relacionada con la seguridad nacional o no?

Cada persona tiene derecho a que su derecho a ser libre sea respetado y con la máxima de la seguridad nacional no se puede justificar la intromisión del estado en la vida privada de las personas. Indudablemente, entendemos que mantener el país seguro es un tema sensible de alta envergadura, pero justificar la seguridad metiendo la autoridad del estado en la casa y en las comunicaciones de los ciudadanos privados es sumamente preocupante.

Un buen gobierno no es aquel que está inmiscuido en la vida de todos, un buen gobierno es aquel que de manera efectiva y sabia puede mantener el sistema vivo sin incurrir en prácticas que violentan los derechos de sus ciudadanos. Cada persona tiene derecho a que su intimidad sea respetada.²⁴² La vigilancia constante no es un método asertivo de gobierno, más bien, es un método de opresión en contra de la ciudadanía. Como discute John S. Mill en su ensayo *On Liberty*²⁴³ es necesario que se establezca un límite.

²⁴² *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965)

²⁴³ John S. Mill. *On Liberty*. London: Longman, Roberts & Green, 1869; Bartleby.com, 1999. www.bartleby.com/130/. (12 de mayo de 2007)

There is a limit to the legitimate interference of collective opinion with individual independence; and to find that limit, and maintain it against encroachment, is as indispensable to a good condition of human affairs, as protection against political despotism.

But though this proposition is not likely to be contested in general terms, the practical question, where to place the limit--how to make the fitting adjustment between individual independence and social control--is a subject on which nearly everything remains to be done.

BIBLIOGRAFIA

Leyes:

42 U.S.C. § 3789(d)

Omnibus Crime Control and Safe Streets Act

50 U.S.C. §§1801 (f)(1)-(2), 1801(n).

Electronic Surveillance: the interception of the contents of telephone, wire, or email communications that occur, at least in part, in the United States.

50 USCS § 1802

Electronic surveillance authorization without court order; certification by Attorney General; reports to Congressional committees; transmittal under seal; duties and compensation of communication common carrier; applications; jurisdiction of court

50 U.S.C. §1811

Authorization during time of war

Public Law 107-56. Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001, "Patriot Act".

US Constitution. IV Amendment

Jurisprudencia:

ACLU et als v. NSA, et als, 06CV-10204

Berger v. New York, 388 U.S. 41 (1967)

Kaiser v. New York, 394 U.S. 280 (1969)

Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967)

Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928).

United States v. Karo, 468 U.S. 705 (1984)

Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579 (1952)

Libros:

Andrew McCarthy y Peter S. Swire, 'Patriot Debates', Section 214 and 215: Pen Register and Trap and Trace Authority Under FISA and Access to Business Records Under FISA (Libraries Provision), 47, (2005)

James Risen y Eric Lichtblau. 'Bush Lets U.S. Spy on Callers Without Courts.' (2005).

John S. Mill. On Liberty. London: Longman, Roberts & Green, 1869; Bartleby.com, 1999. www.bartleby.com/130/. (12 de mayo de 2007)

Michel Foucault, Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión, Cap. III. El panoptismo. 1ª Edición. Siglo XXI Editores Argentina, SA., Argentina, (2002).

Revistas Jurídicas:

David Cole. "Reviving the Nixon Doctrine: NSA Spying, the Commander-in-Chief, and Executive Power in the War on Terror". Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice; 13 Wash. & Lee J. Civil Rts. Soc. Just. 17 (2006)

Fletcher N. Baldwin, Jr. y Robert B. Shaw. "Down to the Wire: Assessing the Constitutionality of the National Security Agency's Warrantless Wiretapping Program: Exit the Rule of Law". Florida Journal of Law and Public Policy ; 17 J. Law. & Pub. Pol'y 429 (2006).

Referencias audiovisuales:

Entrevista por Katie Couric con George Bush, Presidente de los Estados Unidos de América. (6 de septiembre de 2006)

<http://www.cbsnews.com/stories/2006/09/06/eveningnews/main1979106.shtml>

The President's News Conference (Dec. 19, 2005), 41 Weekly Comp. Pres. Doc. 1885, 1885 (Dec. 26, 2005)

Unconstitutional, the War on our Civil Liberties; Nonny de la Peña; Robert Greenwald; 1:85:1 hrs; (Documental)

University of Edinburgh,

<http://www.malts.ed.ac.uk/staff/sian/images/surveillance/image011.jpg>

Referencias electrónicas:

Center for Constitutional Rights, <http://www.ccr-ny.org/v2/home.asp>

Center for Constitutional Rights, Government Misconduct, http://www.ccr-ny.org/v2/legal/govt_misconduct/govtArticle.asp?ObjID=RovrtPD8Bc&Content=694

CNN, cnn.com, Politics,
<http://www.cnn.com/2006/POLITICS/01/01/nsa.spying/index.html>

Electronic Frontier Foundation, <http://www.eff.org/>

Electronic Privacy Information Center,
http://epic.org/privacy/carnivore/foia_documents.html

Law Technology Dictionary.
<http://technology.findlaw.com/law-technology-dictionary/data-mining.html>

Leslie Cauley, 'NSA has Massive Database of Americans' Phone Calls.' (2006)
http://www.usatoday.com/news/washington/2006-05-10-nsa_x.htm

World Net Daily, The FBI's Magic Lantern,
http://www.worldnetdaily.com/news/article.asp?ARTICLE_ID=25471

CUSTODIA COMPARTIDA EN PUERTO RICO: UN PECADO CAPITAL EN EL SIGLO XXI

Jesús J. Negrón Díaz

El control físico que ejercen los padres sobre los hijos se conoce como custodia.²⁴⁴ Este concepto se le menciona y en ocasiones se le confunde con la patria potestad.²⁴⁵ En la mayoría de los casos donde los padres están separados, sólo uno de ellos mantiene la custodia de los hijos.²⁴⁶ La profesora Ramos Buonomo, realizó una investigación sobre las determinaciones de custodia por los Tribunales de Puerto Rico. En la misma, utilizó como muestra diversas decisiones de distintos tribunales.²⁴⁷ De la misma, resultó que sobre el 99% de las determinaciones de custodia por los Tribunales habían otorgado la custodia a la madre.

La custodia compartida permite que los hijos obtengan experiencias de vida similares con ambos padres, igual a la relación que puede tener un hijo dentro del matrimonio. En este artículo pretendemos demostrar que la custodia compartida es una alternativa fundamental en las relaciones de padres e hijos y concluiremos que la misma puede lograr un aumento en la paternidad responsable, el cumplimiento de las obligaciones de los padres y la protección de los derechos de ambos.

En este trabajo, la investigación se ubica en la situación jurídica-social de la custodia compartida de un menor en Puerto Rico durante los pasados quince (15) años. Nos referimos en específico, desde la última década del siglo pasado hasta el presente.

²⁴⁴ *Ex Parte Torres Ojeda*, 118 D.P.R. 469 (1987).

²⁴⁵ Patria potestad es “el poder que incumbe a los padres sobre los hijos menores no emancipados para la realización de los deberes de alimentar, educar e instruir. Se trata de un conjunto de facultades reconocido a los padres por el ordenamiento jurídico para que puedan desempeñar el ejercicio del cuidado personal y la defensa de los intereses de los hijos”. Serrano Geys, Raúl. *Derecho de Familia de Puerto Rico y legislación comparada, Vol. II*, Universidad Interamericana de Puerto Rico (2002), pág. 1254.

²⁴⁶ *Id.*, a la pág. 1315.

²⁴⁷ Ivette Ramos Buonomo, *Discrimen por Género en las Determinaciones Judiciales de Custodia, Patria Potestad y Pensión Alimentaria*, 69 Rev. Jur. U.P.R. 1055, 1063 (2000).

Además, la misma se limitará al estado de derecho vigente en Puerto Rico sobre la custodia de un menor y la causalidad o efecto de un sistema patriarcal y “machista”.

A través de los años se ha observado y destacado en la prensa local, un aumento en la cantidad de padres que procuran ejercer un rol activo y de mutua cooperación en la crianza de sus hijos. Recientemente, este tema ha sido objeto de discusión en nuestra Asamblea Legislativa producto de varios proyectos que proponen diversos acercamientos ante este dilema.²⁴⁸

I Pecados Capitales vs. Virtudes Capitales

Históricamente, el término “pecados capitales” se refiere a que éstos son el principio u origen de todos los demás pecados. Tomás de Aquino brindó también las siete virtudes que dominan cada pecado capital, y que ayudan al hombre a vencer sobre la tentación.²⁴⁹

Curiosamente, el principio de custodia compartida tiene una percepción parecida a la que existe para los pecados capitales. Se considera como algo que acarreará problemas en las relaciones paterno-filiales y para algunos es sólo una manera de quitarle control a la madre sobre sus hijos o un subterfugio para no tener que realizar pagos por concepto de pensión alimentaria. Aún cuando no se expresa verbalmente, el proceso que se impone a los padres que consideran la custodia compartida como una opción para la crianza de sus hijos, recuerda el remedio de Dante para la “soberbia”.²⁵⁰ En la Divina Comedia, para promover la humildad del pecador se le obligaba a recibir latigazos mientras caminaba cabizbajo. En la actualidad, un padre que desea mantener la custodia

²⁴⁸ P. del S. 1236 de 19 de enero de 2006 y P. del S. 2074 del 8 de mayo de 2007.

²⁴⁹ Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, en Colección los Grandes Pensadores, Editorial Sarpe, Madrid, España (1983).

²⁵⁰ Dante Alighieri, *La Divina Comedia*, Editorial Universidad de Puerto Rico, San Juan, Puerto Rico (1998).

sobre sus hijos, lo que resulta ser su derecho aún luego de divorciarse, tiene que pasar un arduo proceso legal en el cual pruebe que es capaz de ser un buen padre y mantener buenas relaciones con la que fue su esposa. Este proceso, aunque no incluye latigazos, sí supone una carga emocional muy grande para el padre, la madre y los hijos. Aun cuando resulta un poco dramático y hasta exagerado para algunos de los casos ante nuestra consideración, es una prueba al lector del efecto efervescente que tiene la discusión de este tema.

Las definiciones de estos escritores establecen que los pecados capitales mostraban lo que la sociedad de entonces consideraba inaceptable a la moral. Hoy día, en pleno Siglo XXI, prevalece la visión de la custodia compartida como algo no deseado en las actuaciones de los Tribunales y la Legislatura.

II Custodia

El Derecho de familia ha ido adaptándose a las realidades de la sociedad puertorriqueña a través de las décadas. Entre los cambios más significativos, se encuentra la enmienda en el año 1976 al Código Civil de Puerto Rico de 1930.²⁵¹ A partir de ese momento, se intentó equiparar a la mujer y al hombre en aspectos importantes concernientes al Derecho de Familia.²⁵² Como efecto de dicha reforma, la custodia sufrió también grandes cambios. Anterior a ésta, la custodia y patria potestad de los hijos se le adjudicaba al ex cónyuge no culposo dentro del proceso de divorcio. En la mayoría de las ocasiones el hombre resultaba ser el culpable del divorcio y por lo tanto perdía la custodia y la patria potestad sobre sus hijos. En la causal de separación, por ejemplo, la

²⁵¹ Ley Núm. 100 de 2 de junio de 1976, 31 L.P.R.A. § 383.

²⁵² Marta Enid Ortiz Camacho, *Los Derechos de las Madres Lesbianas en las Adjudicaciones de Custodia y Patria Potestad*, 36 Rev. Jurídica U. Inter. P.R. 565, 568 (2002).

mujer siempre se consideraba inocente y el hombre culpable. De esta manera siempre la custodia y la patria potestad se le adjudicaban a la madre. Luego de la reforma, esto cambió significativamente con el propósito de eliminar la diferencia entre los géneros e imponer el criterio del mejor interés del menor.²⁵³

El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha definido la custodia como el control físico que tiene un progenitor sobre sus hijos.²⁵⁴ Ese derecho del progenitor a tener a sus hijos en su compañía conlleva la obligación de proteger físicamente al menor, proveerle para sus necesidades básicas,²⁵⁵ y ayudarlo en su desarrollo como ser humano. Sobre la custodia y la patria potestad, el profesor Serrano Geyls comenta:²⁵⁶

“La custodia es un componente de la patria potestad. En la jurisprudencia puertorriqueña la custodia se ha calificado como “un atributo inherente” al deber que la patria potestad impone a los progenitores de tener a sus hijos no emancipados en su compañía... Aparte de que en nuestro ordenamiento jurídico la custodia se considera atributo inherente de la patria potestad, la custodia es también parte del derecho a la intimidad y elemento de la vida privada y familiar, por lo que goza de protección constitucional. El poder de **parens patriae** es la autoridad del Estado, ejercida en algunos casos por los tribunales de justicia, para supervisar las actuaciones de los progenitores en el ejercicio del entramado de deberes-derechos que emanan de la relación natural que sostienen con sus hijos menores de edad no emancipados”.

La custodia pueden obtenerla ambos padres, solamente uno de éstos o un tercero. Generalmente, se conoce por custodia compartida aquella que ostentan ambos padres y en

²⁵³ Serrano Geyls, Raúl. *Derecho de Familia de Puerto Rico y legislación comparada, Vol. II*, Universidad Interamericana de Puerto Rico (2002), pág. 1308.

²⁵⁴ *Ex Parte Torres Ojeda*, supra en n1 a la pág. 477.

²⁵⁵ Ivette Coll de Pestaña y Heriberto Quiñones, *La custodia y el derecho de visitas en Puerto Rico*, National Business Institute, Inc., Eau Claire, Wisconsin (1992).

²⁵⁶ Serrano Geyls, Raúl. *Derecho de Familia de Puerto Rico y legislación comparada, Vol. II*, Universidad Interamericana de Puerto Rico (2002), pág. 1307.

la cual, mediante acuerdo entre los progenitores, se divide el tiempo que el menor pasa con cada uno de sus progenitores o custodios.²⁵⁷

A. Estado de Derecho Actual

El estado de Derecho actual en Puerto Rico mantiene una preferencia por la custodia exclusiva de un solo progenitor descartando, al menos estatutariamente, la custodia compartida. Al respecto, el artículo 98 del Código Civil de Puerto Rico dispone que:²⁵⁸

“Si hubiese hijos del matrimonio **cuyo cuidado provisional pidieran ambos cónyuges**, en juicio de divorcio, el tribunal citará a las partes, bajo apercibimiento de desacato, para una vista urgente de trámite prioritaria y recibirá la prueba testifical y documental que tengan a bien presentar y a base de la evaluación y consideración de la misma y tomando como base el interés y bienestar de los menores envueltos en la controversia, **concederá la custodia provisional del menor o menores a uno de los cónyuges**, mientras el juicio del divorcio se sustancie y decida. En adición a lo anterior el tribunal podrá tomar cualquier medida que sea necesaria para adjudicar la custodia en bienestar de los menores”.

Podemos interpretar del anterior artículo, que el legislador admite la importancia en determinar la custodia de los menores mientras se dilucidan los casos de divorcio entre sus padres. En la situación particular para la que aplica este artículo, ambos padres tienen que mostrar el interés en mantener la custodia de sus hijos. Sin embargo, luego de describir los requisitos evidenciaros por los que tienen que pasar estos progenitores, sólo propone la alternativa de conceder la custodia provisional a uno sólo de los cónyuges. Ni tan siquiera se considera una alternativa de custodia compartida provisional para los

²⁵⁷ Rama Judicial de Puerto Rico, *Custodia en Puerto Rico*, vol. 8 núm. 1, Revista Jurídica de LexJuris de Puerto Rico, (8 de marzo de 2006), <http://www.lexjuris.com/revista/opcion1/2006/Custodia.htm>.

²⁵⁸ Art. 98 Cód. Civ. PR, 31 L.P.R.A. § 341.

casos que cumplan con los requisitos que a bien tenga el legislador o el tribunal a esos fines.

Sobre este particular el profesor Serrano Geyls expone que “sabido es que una vez se adjudica la custodia provisional a uno de los progenitores, resulta difícil obtener un cambio de dicha determinación. El procedimiento dispuesto en el nuevo art. 98 con la premura y urgencia que implica, no ofrece las garantías que requiere una determinación de tan alta importancia. Se exponen las partes a ser privadas de un derecho fundamental en un proceso sumario y expedito”.²⁵⁹

De igual modo, sobre la determinación de custodia permanente, el artículo 107 del Código Civil expresa.²⁶⁰

“En todos los casos de divorcio los hijos menores serán puestos bajo el cuidado y la patria potestad **del cónyuge** que el tribunal, en el ejercicio de su sana discreción, considere que los **mejores intereses y bienestar** del menor quedarán mejor servidos; pero el otro cónyuge tendrá derecho a continuar las relaciones de familia con sus hijos, en la manera y extensión que acuerde el tribunal al dictar sentencia de divorcio, según los casos”.

El Tribunal Supremo de Puerto Rico en *Marrero Reyes v. García Ramírez*,²⁶¹ estableció los factores a considerar para determinar la custodia cuidando el mejor interés del menor: “la preferencia del menor, su sexo, edad y salud mental y física; el cariño que puede brindársele por las partes en controversia; la habilidad de las partes para satisfacer debidamente las necesidades afectivas, morales y económicas del menor; el grado de ajuste del menor al hogar, la escuela y la comunidad en que vive; la interrelación del

²⁵⁹ Serrano Geyls, Raúl. *Derecho de Familia de Puerto Rico y legislación comparada, Vol. II*, Universidad Interamericana de Puerto Rico (2002), pág. 1315.

²⁶⁰ Art. 107 Cód. Civ. PR, 31 L.P.R.A. § 383.

²⁶¹ *Marrero Reyes v. García Ramírez*, 105 D.P.R. 90, 105 (1976).

menor con las partes, sus hermanos y otros miembros de la familia; y la salud psíquica de todas las partes”.

No obstante, dos años más tarde en *Nudelman v. Ferrer*,²⁶² el Tribunal Supremo institucionalizó el discrimen por género en las determinaciones de custodia permanente. Estableció allí, una preferencia a favor de la madre aun en aquellos casos donde ambos progenitores se encuentran “esencialmente” en la misma posición respecto al cumplimiento de los factores esbozados en *Marrero, supra*.

Finalmente, el Tribunal Supremo en *Ex Parte Torres Ojeda*,²⁶³ enumeró algunos de los factores a considerar en situaciones donde se solicita la custodia compartida. Estos son: “(1) si los padres poseen la capacidad, disponibilidad y firme propósito de asumir la responsabilidad de criar los hijos conjuntamente, (2) si pueden sostener adecuada comunicación para adoptar las decisiones que redunden en beneficio y mejor interés del menor, (3) si entre las partes existe un grado manifiesto de hostilidad y tensiones, (4) si existe una probabilidad real de conflictos futuros que hagan inoperable el acuerdo, (5) cuál es el parecer de los menores, cuando la edad así lo permita, (6) cuáles son los verdaderos motivos y objetivos por los cuales la pareja ha solicitado la patria potestad y custodia compartida, (7) si la profesión, ocupación u oficio de los padres impedirá que efectivamente funcione el acuerdo, (8) si el ingreso económico de ambos permite cualquier costo adicional que engendre la custodia compartida, (9) si la ubicación y distancia entre ambos hogares afecta perjudicialmente la educación de los menores”.

²⁶² *Nudelman v. Ferrer*, 107 D.P.R. 495, 512 (1978).

²⁶³ *Ex Parte Torres Ojeda, supra*, a la pág. 482.

B. Estado de Derecho Propuesto para Puerto Rico

Durante el año 1997, la Asamblea Legislativa de Puerto Rico creó la Comisión Conjunta para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico de 1930.²⁶⁴ En enero de 2007, se presentó el borrador del Libro Segundo de las Instituciones Familiares del Código Civil Revisado,²⁶⁵ (en adelante “el Borrador”). El mismo contiene las disposiciones sobre los conceptos actuales de patria potestad y custodia, sustituyéndolos por los conceptos de autoridad parental y tenencia física. Según surge del Memorial Explicativo del Borrador,²⁶⁶ la intención del legislador para sustituir estos términos ha sido eliminar la visión del hombre como ser superior a la mujer y cambiar la “manera en la que el Estado valora y regula las relaciones entre los progenitores y su prole”.

Sobre la autoridad parental, el Borrador comienza por definir el concepto y menciona tener mayor alcance por incluir lo que habría que derivar de algunos de los efectos de la patria potestad bajo el actual Código. Al mismo tiempo, al expresar que: “**Mientras sea favorable al hijo**, la ley reconocerá las prerrogativas plenas que tienen ambos progenitores, con independencia de la relación personal o afectiva existente entre ellos,”²⁶⁷ reafirma el poder de *parens patria* del Estado igual que lo era bajo la patria potestad.²⁶⁸ Esto es así, pues la determinación de cuándo es favorable al hijo es similar a la del mejor bienestar del menor. Por tanto, el tribunal seguirá velando por ello.

²⁶⁴ Ley Núm. 85 de 16 de agosto de 1997, 2 L.P.R.A. § 141 *et seq.*

²⁶⁵ Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico. *Borrador para Discusión del Libro Segundo Sobre las Instituciones Familiares del Código Civil de Puerto Rico, Revisado*. El Capitolio, San Juan, Puerto Rico, (12 de enero de 2007).

²⁶⁶ Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico. *Memorial Explicativo del Libro Segundo. Las Instituciones Familiares*. El Capitolio, San Juan, Puerto Rico, (12 de enero de 2007).

²⁶⁷ Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico. *Borrador para Discusión del Libro Segundo Sobre las Instituciones Familiares del Código Civil de Puerto Rico, Revisado*. El Capitolio, San Juan, Puerto Rico, (12 de enero de 2007).

²⁶⁸ *Ex Parte Torres Ojeda, supra*, a la pág. 480.

En cuanto al ejercicio de la misma, se mantiene similar al ejercicio de la patria potestad contemplado en el artículo 152 del Código Civil. Ambos promueven que se ejerza conjuntamente por el padre y la madre, haciendo la salvedad de algunas realidades donde no es posible o conveniente. El Borrador añade factores a considerar para ese ejercicio al señalar la personalidad, el grado de madurez y de discernimiento y el desarrollo físico y mental.²⁶⁹ Igualmente contempla para aquellas situaciones donde haya desacuerdo entre los progenitores. Este factor es importante sobre la custodia compartida pues entre los argumentos en su contra se encuentra el que los progenitores tengan que acordar sobre tantos asuntos respecto a sus hijos que da lugar a múltiples diferencias y conflictos que podrían ser contraproducentes y afectar la estabilidad emocional del menor.

El Borrador resuelve esta situación al proporcionar, según explicado en el Memorial Explicativo, un método para las divergencias de criterio que aplica de igual manera a los padres divorciados, separados o hasta los casados.²⁷⁰ El proceso a utilizarse favorece el uso de métodos alternos para la solución de conflictos familiares y que ayuden a crear un mejor ambiente para el menor.²⁷¹ Como señaláramos, este nuevo artículo derrota el argumento contra la custodia compartida al abrir las puertas para la solución de diferencias de criterios sin importar el estado civil de los padres en asuntos de autoridad parental.

²⁶⁹ Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico. *Borrador para Discusión del Libro Segundo Sobre las Instituciones Familiares del Código Civil de Puerto Rico, Revisado*. El Capitolio, San Juan, Puerto Rico, (12 de enero de 2007).

²⁷⁰ Id.

²⁷¹ Id.

Por otra parte, el Borrador añade los deberes de los hijos hacia los padres cuando todavía se encuentra bajo la autoridad parental, al señalar:²⁷²

“Mientras se encuentra bajo la autoridad parental, el hijo debe:

- (a) respetar y obedecer a sus progenitores;
- (b) permanecer en el hogar familiar y abandonarlo únicamente con la autorización de ambos progenitores o de aquél que tenga sobre él la autoridad o la tenencia física exclusiva;
- (c) contribuir equitativamente, según sus capacidades personales y posibilidades económicas, a las necesidades de la familia, mientras conviva con ella.

El hijo puede salir del hogar familiar justificadamente si lo maltratan o le dan malos ejemplos. En este caso tendrá el auxilio de la autoridad judicial y de las agencias gubernamentales llamadas a velar por su bienestar y a garantizar su protección”.

Sin embargo, aún cuando esta nueva norma procura fomentar la responsabilidad de los hijos, llama la atención los posibles efectos que tendría y cómo compara con los efectos de una custodia compartida. Como mencionara anteriormente, uno de los argumentos contra la custodia compartida ha sido que es un subterfugio para tener una menor contribución en los alimentos del menor. Tanto en el Código actual como en el Borrador, se reconoce la importancia del deber de los padres a proveer alimentos al menor.

El Código actual provee la obligación de suministrar alimentos entre parientes incluyendo a los descendientes²⁷³ y establece como una causal para la terminación de esta obligación cuando el alimentista puede trabajar de modo que no sea necesaria la pensión alimentaria.²⁷⁴ El apartado (c) del artículo 337 del Borrador impone el deber al menor de contribuir económicamente a las necesidades del hogar mientras resida allí y según la capacidad con la que cuente. Ello podría tener efectos sobre las determinaciones

²⁷² Id.

²⁷³ Art. 143 Código Civil de Puerto Rico, 31 L.P.R.A. § 562.

²⁷⁴ Id., art. 150.

de pensión alimentaria y tendría una aplicación proporcionalmente inversa a la protección que debe proveer el padre.

Según surge del Memorial Explicativo, el capital de los menores sólo podrá utilizarse para las necesidades propias del menor mediante autorización judicial. Ahora bien, para ejemplificar esta preocupación imaginemos la situación donde el menor reside con su madre, tiene un trabajo a tiempo parcial y el padre tiene una pensión alimentaria asignada con un empleo de salario mínimo. Ante la situación pudieran darse diversos escenarios, entre ellos: (a) el padre acude al tribunal solicitando una revisión sobre la pensión alimentaria para que se considere el ingreso del menor y se le releve de su obligación, (b) la madre acude al tribunal para que el hijo sea responsable de sus propios gastos lo que implica un relevo a su deber de alimentar o, (c) luego del tribunal resolver a favor de la madre el hijo decide dejar su empleo y dedicarse solamente a sus estudios por lo que podría incumplir con la orden del tribunal. Ante cualquiera de esas alternativas este nuevo deber de los hijos, parecería aumentar las posibilidades de conflictos interfamiliares, aumentar la cantidad de controversias familiares a resolverse por los tribunales y reducir la responsabilidad de los padres para con sus hijos tan pronto lleguen a la adolescencia aún cuando sigan siendo menores no emancipados. Esto es una muestra de una disposición legal que podría tener el efecto práctico de reducir la pensión alimentaria sin embargo, a diferencia de la custodia compartida, no ha recibido críticas, resistencia ni titulares en la prensa local.

En cuanto a la custodia, el Borrador sustituye el nombre por el de tenencia física del menor. Moderniza y reconoce la posibilidad de una custodia compartida al ampliar la redacción del actual Artículo 107 para que incluya esa alternativa. Sin embargo,

mantiene el mismo principio discriminatorio basado en la “ley natural” que se mencionó en *Nudelman, supra*. Al respecto la profesora Ramos Buonomo expresó²⁷⁵:

“Resulta imperativo preguntarnos, por consiguiente, que si la ley natural no escrita dimanante de imperativos biológicos establece que las madres son mejores custodios de los hijos e hijas que los padres, entonces, ¿cuál es la función de los factores enumerados para propósitos de determinar a quién otorgar la custodia? Es forzoso concluir que sólo pueden servir para que el padre rebata la presunción de idoneidad de la madre como custodio de las hijas e hijos.”

El padre tendría que prácticamente destruir la presunción de que la madre es buena y responsable para que se entienda que ella no es idónea para cuidar de sus hijos y que por lo tanto necesita del padre. Esto destruye el principio rector del mejor interés del menor y provoca que nunca pueda otorgarse la custodia compartida. Luego que los padres hayan terminado de destruir cada uno la reputación del otro, ¿cómo pueden tener una relación saludable que permita la custodia compartida? Además, ¿cómo esta guerra beneficia el mejor interés del menor?

A pesar de que el Memorial Explicativo indica que la redacción no establece una presunción a favor o en contra de la tenencia física compartida o exclusiva, la lectura y aplicación de los nuevos artículos muestran una contradicción y presunción a favor de la tenencia física exclusiva a favor de la madre. Por un lado el nuevo artículo de tenencia física compartida recogiendo los pronunciamientos del Tribunal Supremo de Puerto Rico en *Ex Parte Torres Ojeda, supra*, expresa²⁷⁶:

²⁷⁵ Ivette Ramos Buonomo, *Discrimen por Género en las Determinaciones Judiciales de Custodia, Patria Potestad y Pensión Alimentaria*, 69 Rev. Jur. U.P.R. 1055, 1063 (2000).

²⁷⁶ Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico. *Borrador para Discusión del Libro Segundo Sobre las Instituciones Familiares del Código Civil de Puerto Rico, Revisado*. El Capitolio, San Juan, Puerto Rico, (12 de enero de 2007).

“Los progenitores pueden acordar voluntariamente que compartirán la tenencia física del hijo, aunque estén separados de hecho, si tienen la disponibilidad, el firme propósito de asumir tal responsabilidad y los recursos personales para hacerla viable. El tribunal debe constatar que dicho acuerdo no es producto de la irreflexión o de la coacción y que es conforme al interés óptimo del hijo. **Si falta el acuerdo previo entre los progenitores, el tribunal denegará la tenencia compartida**, aunque puede, si conviene al bienestar del hijo, autorizar que compartan el ejercicio de la autoridad parental”.

Por tanto, aún cuando ambos progenitores tengan la capacidad para asumir la tenencia física del menor, si no lo han acordado previamente, la tenencia compartida será denegada sin importar la razón por la cual no hubo acuerdo previo, la disposición de ellos para acordarlo o proveer alternativas para que lo puedan acordar. Entonces, quedaría al tribunal considerar cuál de los progenitores cumple con los factores señalados en *Marrero, supra*, y recogidos en el nuevo artículo 358 del Borrador.²⁷⁷ No obstante, de cumplir ambos progenitores con los requisitos, el Memorial Explicativo expresa que:²⁷⁸ “Si luego de analizados todos los factores, la madre se encuentra esencialmente en la misma posición que el padre, en ausencia de otras circunstancias excepcionales que justifiquen una decisión diferente, la custodia debe adjudicarse a ella”. Esto a pesar de incluir un artículo sobre igual trato entre progenitores que menciona que “El origen, la condición social, la raza, el sexo, el estado civil o la orientación sexual no pueden utilizarse como criterios para limitar, suspender o privar a un progenitor de sus facultades y deberes respecto a su hijo.”²⁷⁹ Es curioso como se salva de una alegación de inconstitucionalidad basada en discrimen por sexo utilizando la frase de “procurando el bienestar óptimo del menor” cuando ambos estén en igualdad de condiciones. De todo

²⁷⁷ Id.

²⁷⁸ Id.

²⁷⁹ Id.

esto tendríamos que concluir que el hombre es “más apto” que la mujer para proveer alimentos y ayuda económica, pero “menos apto” que ella para cuidar y dar cariño a los menores, de lo cual no creemos cierto como para establecer una norma general ninguna de las dos alternativas.

Por otra parte, la Asamblea Legislativa ha intentado en múltiples ocasiones crear mediante legislación especial una presunción o preferencia de custodia compartida en las determinaciones de custodia. Entre los proyectos más recientes se encuentran el Proyecto de la Cámara 2880 de 29 de agosto de 2002, el Proyecto de la Cámara 496 de 13 de enero de 2005, el Proyecto del Senado 431 del 9 de marzo de 2005, el Proyecto del Senado 1236 de 19 de enero de 2006 y el Proyecto del Senado 2074 del 8 de mayo de 2007. Aunque ninguna de las medidas propuestas hasta el P. del S. 1236 han tenido éxito en conseguir su aprobación, todas han logrado aportar en la discusión y concienciación sobre la custodia compartida y la responsabilidad de los padres en el cuidado y desarrollo de sus hijos.

El Proyecto del Senado 1236 del 19 de enero de 2006, (en adelante “P.S. 1236”), proponía establecer como política pública la custodia compartida como primera alternativa para la adjudicación de custodia por los tribunales. A estos efectos, varias personalidades se unieron en una campaña de expresiones públicas a favor del proyecto pero llevando un mensaje en contra del maltrato y la delincuencia.²⁸⁰ Sin que se entienda como un rechazo a los esfuerzos contra el maltrato y la delincuencia, de la información provista en el P.S. 1236 no se puede llegar a una conclusión cierta en que estos problemas

²⁸⁰ *Defienden la Custodia Compartida*. El Nuevo Día. 21 de febrero de 2007.

sociales estén directamente relacionados a la custodia exclusiva o compartida del menor.²⁸¹

El P.S. 1236 recuerda al popular refrán “cuidado que el remedio puede ser peor que la enfermedad”. Adicional a la adjudicación no corroborada del maltrato y la delincuencia a la falta de custodia compartida, el proyecto utiliza algunas estadísticas sin mencionar las fuentes.²⁸² La medida requiere en su definición de custodia compartida que el menor pernocte tiempo igual o se relacione a diario con cada progenitor.²⁸³ Esto elimina cualquier otra manera que los padres pudieran acordar para compartir la custodia. Igualmente, impone la presunción de beneficiosa a la custodia compartida aún en casos donde alguno de los progenitores esté en contra y desee la custodia exclusiva.²⁸⁴ Y si ese progenitor se negara a someterse al procedimiento de mediación o decidiese mantener el proceso de litigación, se le considerará en su contra para efectos de otorgar la custodia provisional.²⁸⁵ Tales criterios, lejos de facilitar la comunicación entre los progenitores y la armonía del grupo familiar, llevan un mensaje que muchos recordaremos de la niñez “o a mi manera o nadie juega”.

Por su parte, el Proyecto del Senado 2074 del 8 de mayo de 2007,²⁸⁶ (en adelante “P.S. 2074”), recoge y modifica la presunción controvertible de custodia compartida del P.S. 1236. Procura recoger los criterios establecidos por el Tribunal en *Ex Parte Torres Ojeda, supra*, para considerar en las determinaciones de custodia. Al crear la presunción intenta mantener la importancia de la discreción del Tribunal para velar por aquellas

²⁸¹ Firuzeh Shkooh, *Cuestionan Datos de Custodia Compartida*. Primera Hora. 30 de abril de 2007.

²⁸² Puerto Rico. Senado. P. del S. 1236, 15ta Asamblea Legislativa, 3ra Sesión Ordinaria, 19 de enero de 2006.

²⁸³ Id.

²⁸⁴ Id.

²⁸⁵ Id.

²⁸⁶ Puerto Rico. Senado. P. del S. 2074, 15ta Asamblea Legislativa, 5ta Sesión Ordinaria, 8 de mayo de 2007.

circunstancias de riesgo o cualquier otro factor que impida conceder la custodia compartida.²⁸⁷ Igualmente elimina la obligatoriedad de la alternativa que pretendía el P.S. 1236 y permite que cuando uno de los progenitores no desee la alternativa el tribunal determine acorde la prueba, siempre manteniendo los mejores intereses del menor como criterio principal.²⁸⁸ Sin embargo, mantiene el sexo del menor como factor a considerar en la adjudicación de custodia permitiendo que se interprete como los niños con el padre y la niña con la madre.²⁸⁹ Al momento de la redacción de este artículo el P.S. 2074 aún se encuentra ante consideración de la Comisión de lo Jurídico, Asuntos Municipales y Financieros del Senado y no ha realizado vistas públicas.

La custodia compartida ha sido un tema de debate en diversos países. En España, desde el año 2005 se provee para que la custodia pueda ser compartida cuando las partes lo acuerdan y también, a manera de excepción, cuando a solicitud de uno de los progenitores el juez entienda que es la mejor opción para asegurar el bienestar del menor.²⁹⁰ Sin embargo, según explica el profesor Serrano Geys, países como Argentina, México, Bolivia y Perú mantienen una inclinación hacia la tenencia exclusiva o custodia monoparental a favor de la madre.²⁹¹

Según la profesora Glenda Labadie Jackson, en Estados Unidos aunque muchos estados tienen legislación sobre custodia compartida (“joint custody”), es un concepto similar al de patria potestad que conocemos.²⁹² Se refieren a custodia compartida como “shared custody” o “joint physical custody”. En doce estados se ha legislado a favor de

²⁸⁷ Id.

²⁸⁸ Id.

²⁸⁹ Id..

²⁹⁰ Art. 92 Código Civil Español, según enmendado por la Ley 15/2005, de 8 de julio.

²⁹¹ Serrano Geys, Raúl. *Derecho de Familia de Puerto Rico y legislación comparada, Vol. II*, Universidad Interamericana de Puerto Rico (2002), pág. 1333.

²⁹² Firuzeh Shkooh, *Cuestionan Datos de Custodia Compartida*. Primera Hora. 30 de abril de 2007.

la presunción de custodia compartida.²⁹³ Sin embargo, recientemente se ha ido promoviendo el cambio hacia la “Norma de Aproximación”.²⁹⁴ Esta norma sugiere que los arreglos a los que se llegue después de un divorcio deben aproximarse o ser similares a la relación e interacción que tenía cada progenitor antes del divorcio.

III Efectos de la Custodia Compartida

Varios estudios y argumentos se han presentado a favor y en contra de la custodia compartida. Algunos psicólogos sugieren que la custodia compartida ayuda a que haya menos conflictos entre los padres divorciados y una mejor adaptación de los niños luego del divorcio de sus padres.²⁹⁵

También se han expresado en cuanto al efecto sobre las pensiones alimentarias, donde un estudio de 378 familias reflejó un aumento en el pago de pensiones que se manifestó aún en parejas en las que una de las partes se había expresado en contra de que se compartiera la custodia al momento de la decisión del tribunal. El mismo estudio admite que luego de un período de ajuste post-divorcio los padres se mostraron más contentos y más involucrados en los asuntos de crianza de los hijos y que los menores mostraban mayor adaptación, menos características anti-sociales y menos conducta impulsiva que aquellos casos de custodia exclusiva. Sin embargo señaló que las madres se encontraban mucho menos satisfechas con los acuerdos de custodia compartida que con los de custodia exclusiva.²⁹⁶

²⁹³ Atkinson, Jeff. *Modern Child Custody Practice*. (Michie/Butterworth Supp. 1996).

²⁹⁴ Marygold S. Melli. *The American Law Institute Principles of Family Dissolution, the Approximation Rule and Shared-Parenting*, 25 N. Ill. L. Rev. 347, 358-61 (2005).

²⁹⁵ Robert Bauserman, *Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review*. Vol. 16, *Journal of Family Psychology*, No. 1, 91-102 (2002).

²⁹⁶ S. Braver y D. O'Connell. *Divorced dads: Shattering the myths*. New York: Tarcher/Putnam (1998).

En cuanto al cumplimiento con los pagos de pensión alimentaria, este puede ser mayor en los casos de custodia compartida que en los de custodia exclusiva.²⁹⁷ Un factor para tal comportamiento puede ser que al mayor grado de interacción con su hijo, el padre sienta mayor responsabilidad por cumplir con sus obligaciones sobre la crianza y desarrollo del menor.

Otro estudio concluyó que la custodia compartida fomenta la cooperación entre ambos progenitores y frena los comportamientos egoístas, mientras que la custodia exclusiva obstaculiza la cooperación entre los ex-cónyuges.²⁹⁸ Como hemos visto hasta ahora, los estudios se enfrentan en cuanto al aspecto de la custodia compartida. Caben interrogantes sobre la voluntariedad de las partes al momento de la determinación de custodia, la educación de los padres y hasta la situación económica de los casos estudiados.

También se ha señalado que cuando la custodia compartida se da mediante precipitación o imposición, los niveles de satisfacción entre los padres e hijos puede ser aún menor que en casos de custodia exclusiva.²⁹⁹ Esto confirma la necesidad de los criterios a considerar por el tribunal al momento de adjudicar la custodia según pronunciados en *Ex Parte Torres Ojeda, supra*.

IV Conclusión

La custodia compartida puede ser una alternativa de beneficio para los menores permitiéndoles relacionarse y crecer con las experiencias del diario vivir que adquiera

²⁹⁷ J. Pearson y N. Thoennes. *Will this Divorced Woman Receive Support?* The Judges Journal, ABA Publishing for the Judicial Division, Chicago, Illinois (1986).

²⁹⁸ M.R. Patrician. *The effects of legal child-custody status on persuasion strategy choices and communication goals of fathers*. Tesis Doctoral. Universidad de San Francisco, California (1984).

²⁹⁹ Joyce Arditti, *Child Support Noncompliance and Divorced Fathers: Rethinking the Role of Paternal Involvement*. Vol.14. The Haworth Press. Journal of Divorce and Remarriage. Nos 3-4, 107-119 (1991).

tanto del padre como la madre. Actualmente en Puerto Rico existe una presunción de que la madre está mejor preparada o más dispuesta que el padre para asumir la responsabilidad del cuidado diario de los hijos. Dentro de la cultura puertorriqueña, marcada por el machismo que ha seguido latente a través de los años, se espera que la mujer sea la responsable por la crianza de los hijos y se justifica con una teoría de la “ley natural” que es poco confiable pero muy conveniente para el hombre. Como expusiera la profesora Ramos Buonomo³⁰⁰:

“Cuando la custodia está en controversia, las mujeres se ven compelidas a luchar por obtenerla a como dé lugar, pues si pierden esta batalla se les considerará en más baja estima que si meramente entregan los niños y niñas al padre. El hecho de que el tribunal le niegue la custodia a la madre indica que, a la luz de los factores a considerar, está descualificada como madre, e implícitamente, como mujer.”

Creo que la custodia compartida debe ser la primera opción en las determinaciones de custodia y que tanto el hombre como la mujer están capacitados para lidiar con las situaciones diarias que enfrentarán en la crianza del menor. Pero lamentablemente, los patrones de conducta no pueden cambiarse de un día para otro. El hecho de que sólo en un 4% de las determinaciones de custodia por el tribunal el padre solicita la custodia nos mueve a pensar sobre la posible falta de conocimiento sobre la alternativa, o peor, la inmutabilidad ante la conveniente situación de que la madre se responsabilice por una función que corresponde a ambos progenitores. La frase “no hay hijos sin padres” que se escucha para efectos de filiación y alimentos, debe igualmente aplicarse en asuntos de custodia y la obligación del padre en ella.

³⁰⁰ Ivette Ramos Buonomo, *Discrimen por Género en las Determinaciones Judiciales de Custodia, Patria Potestad y Pensión Alimentaria*, 69 Rev. Jur. U.P.R. 1055, 1063 (2000).

Aún así, pienso que en la actualidad el sistema está diseñado en contra de esta alternativa y que debe modificarse. La legislación que se proponga debe contemplar la igualdad entre ambos progenitores y la discreción del tribunal para entender sobre factores que no necesariamente se expresen en la ley pero que puedan afectar el bienestar del menor. Deben proveerse los servicios de consultoría y mediación para la solución de conflictos a los progenitores que estén interesados en trabajar juntos por el bienestar de los menores pero no puede ser un método impuesto por el Estado. En ningún caso de violencia doméstica se debe penalizar nuevamente a la víctima obligándola a compartir la custodia y comunicándose con su agresor o agresora. Menos aun, cuando se han visto casos donde el agresor asesina a los hijos de la pareja como último recurso para hacer daño a su ex-pareja.³⁰¹

Igualmente, me parece necesario añadir un componente de educación que permita modificar la visión sexista de los roles de ambos progenitores en la crianza de sus hijos. Pienso que una mayor y mejor educación desde niveles tempranos en la vida de la persona puede contribuir a que ambos progenitores estén concientes de su responsabilidad y colaboren para atender el bienestar del menor.

³⁰¹ Véase *Town of Castle Rock, Colorado v. Jessica González*, 545 U.S. 748 (2005); y *Flor María Soto v. Carlos Flores*, 103 F.3d. 1056 (1997).

Bibliografía:

Código Civil de Puerto Rico 31 L.P.R.A. § 1 et. seq. Lexis Nexos (2005)

Ley Núm. 85 de 16 de agosto de 1997, 2 L.P.R.A. § 141 *et seq.*

Ley Núm. 100 de 2 de junio de 1976, 31 L.P.R.A. § 383.

Puerto Rico. Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico. *Borrador para Discusión del Libro Segundo Sobre las Instituciones Familiares del Código Civil de Puerto Rico, Revisado*. El Capitolio, San Juan, Puerto Rico, (12 de enero de 2007).

Puerto Rico. Senado. P. del S. 1236, *Para crear la Ley Especial que se conocerá como "Ley Protectora de los Derechos de los Menores en el Proceso de Adjudicación de Custodia"*. 15ta Asamblea Legislativa, 3ra Sesión Ordinaria (19 de enero de 2006).

Puerto Rico. Senado. P. del S. 2074, *Para enmendar el Artículo 107 y adicionar un Artículo 107-A del Código Civil de Puerto Rico*. 15ta Asamblea Legislativa, 5ta Sesión Ordinaria (8 de mayo de 2007).

Ex Parte Torres Ojeda, 118 D.P.R. 469 (1987).

Flor María Soto v. Carlos Flores, 103 F.3d. 1056 (1997).

Marrero Reyes v. García Ramírez, 105 D.P.R. 90 (1976).

Nudelman v. Ferrer, 107 D.P.R. 495 (1978).

Town of Castle Rock, Colorado v. Jessica González, 545 U.S. 748 (2005).

Alighieri, Dante. *La Divina Comedia*. Panamericana Editorial Ltda., Bogotá, Colombia, 1993.

Arditti, Joyce. *Child Support Noncompliance and Divorced Fathers: Rethinking the Role of Paternal Involvement*. Vol.14. The Haworth Press. Journal of Divorce and Remarriage. Nos 3-4, 107-119 (1991).

Aquino, Tomás. *Suma Teológica*. Colección los Grandes Pensadores, Editorial Sarpe, Madrid, España, 1983.

Atkinson, Jeff. *Modern child custody practice*. Kluwer Family Law Book Publishers, Inc., New York, New York, 1986. (Michie/Butterworth Supp. 1996)

Bauserman, Robert. *Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review*. Vol. 16, Journal of Family Psychology, No. 1, 91-102 (2002).

Braver, Sanford y O'Connell, D. *Divorced dads: Shattering the myths*. New York: Tarcher/Putnam (1998).

Coll de Pestana, Ivette y Quiñones-Echevarría, Heriberto. *Child Custody and Visitation in Puerto Rico*. National Business Institute, Inc., Eau Claire, Wisconsin, 1992.

Gilmore, Stephen. *Contact/Shared Residence and Child Well-Being: Research Evidence and Its Implications for Legal Decision-Making*. 20 Int'l J.L. & Pol'y & Fam. 344 (December 2006).

Maldonado Miranda, Vivian. *Manos a la obra por un acuerdo en la custodia compartida*. Edición 32. El Visitante Online. (7 al 13 de agosto de 2005). <http://www.elvisitante.biz/visitante-web/2005/evwebed3205/deportada.php>

Maccoby, Eleanor E. y Mnookin, Robert H. *Dividing the child: social and legal dilemmas of custody*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1992.

Melli, Marygold S. *The American Law Institute Principles of Family Dissolution, the Approximation Rule and Shared-Parenting*, 25 N. Ill. L. Rev. 347, 358-61 (2005).

Meyer, David D. *The Constitutional Rights of Non-Custodial Parents*. 34 Hofstra L. Rev. 1461 (Summer 2006).

Ortega-Vélez, Ruth E. *La protección jurisdiccional del menor con ocasión del divorcio de los padres: la cuestión jurídica*. Ediciones Situm, Santurce, P.R., 1996.

Patrician, M.R. *The effects of legal child-custody status on persuasion strategy choices and communication goals of fathers*. Tesis Doctoral. Universidad de San Francisco, California (1984).

Pearson, J. y Thoennes, N. *Will this Divorced Woman Receive Support?* The Judges Journal, ABA Publishing for the Judicial Division, Chicago, Illinois (1986).

Ragel Sánchez, Luis Felipe. *Estudio Legislativo y Jurisprudencial de Derecho Civil: Familia*. Editorial Dykinson, Madrid, España, 2001.

Rama Judicial de Puerto Rico. *Custodia en Puerto Rico*, vol. 8 núm. 1, Revista Jurídica de LexJuris de Puerto Rico, (8 de marzo de 2006), <http://www.lexjuris.com/revista/opcion1/2006/Custodia.htm>.

Ramos Buonomo, Ivette. *Discrimen por Género en las Determinaciones Judiciales de Custodia, Patria Potestad y Pensión Alimentaria*. 69 Rev. Jur. U.P.R. 1055, 2000.

Roman, Melvin. *The disposable parent: the case for joint custody*. Holt, Rinehart and Winston, New York, 1978.

Serrano Geys, Raúl. *Derecho de Familia de Puerto Rico y Legislación Comparada*. Vol. II, Programa de Educación Jurídica Continua de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, Facultad de Derecho, San Juan, Puerto Rico, 2002.

Shokooh, Firuzeh. *Cuestionan Datos de Custodia Compartida*. Primera Hora. (30 de abril de 2007). http://www.primerahora.com/noticia/informe_especial/noticias/cuestionan_datos_de_custodia_compartida/57602

Silver, Gerald A. *Weekend fathers: for divorced fathers, second wives and grandparents: solutions to the problems of child custody, child support, alimony and property settlements*. Stratford Press, New York, 1981.

Mrs. Doubtfire. Director; Chris Columbus, Productor; Twentieth Century Fox y Blue Wolf, Estados Unidos, 1993; con Robin Williams, Sally Field, Pierce Brosnan, Harvey Fierstein, Robert Prosky; 125 mins. (Basada en novela del mismo título por Anne Fine).

MADRES SUBROGADAS: UN MÉTODO DE ADOPCIÓN TEMPRANA

Isis Ramos³⁰²

Introducción

El Derecho de Familia en Puerto Rico, está establecido por el Código Civil de Puerto Rico adoptado en el 1930. Nuestro Código Civil en su Título 31, establece el derecho positivo concerniente a las relaciones de familia. Sin embargo, con el pasar del tiempo y los avances tecnológicos, existen consideraciones en materia de derecho de familia que han ido surgiendo, más no han sido contempladas en las normas actuales. Tanto así, que fue sólo hasta pocos años atrás, con la decisión emitida por nuestro Tribunal Supremo en *Ocasio v. Díaz*, 88 D.P.R. 676 (1963),³⁰³ que existió en Puerto Rico legislación sobre los derechos de hijos legítimos distintos a los derechos de los llamados hijos “ilegítimos”. El Tribunal en dicha decisión reconoció los mismos derechos y privilegios a los hijos nacidos dentro del matrimonio como a los que son nacidos fuera de la institución matrimonial, rompiendo así con una legislación antigua que no se acoplaba a la realidad de nuestros tiempos.

La concepción popular del derecho de familia ha variado significativamente en las pasadas décadas; dichos cambios han generado gran debate social y la necesidad de legislación fresca, que regule las situaciones que surgen a raíz de prácticas tales como la reproducción asistida y donación de gametos. Estas técnicas han creado variantes a los

³⁰² La autora es actualmente licenciada y estudiante egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

³⁰³ *Ocasio v. Díaz*, 88 D.P.R. 676, 125, (1963); Establece que: toda declaración judicial de *status* de hijo reconocerá y decretará que el declarado hijo tiene respecto a sus padres y a los bienes relictos por éstos, los mismos derechos que corresponden a los hijos legítimos, sin importar la fecha ni demás circunstancias de su nacimiento [...]

conceptos de filiación y paternidad que regula nuestro Código. Por tanto, es necesario que por medio de la norma escrita se atempere la realidad social con la jurídica.

Variantes a la filiación tradicional

Los avances en la medicina y la biotecnología han permitido lo que hoy conocemos como técnicas de reproducción asistida. Estos métodos de reproducción originan ciertas alteraciones al Derecho de Familia y la Persona según hoy los conocemos. La reproducción asistida permite que las células sexuales masculinas y femeninas, óvulos en el caso de la mujer y espermatozoides en el caso del hombre, conocidos como gametos, sean unidos para lograr una fecundación efectiva. Por tanto, en la actualidad, la reproducción asistida representa una solución viable a la mayoría de los problemas reproductivos que puede enfrentar una pareja. La ciencia ha avanzado al punto de otorgar la posibilidad de ser padres, biológicamente, a algunas personas que sin la ayuda de estos adelantos biotecnológicos no podrían tener descendencia.

En la actualidad, parejas con problemas de infertilidad pueden asistir a alguna clínica de tratamiento para que profesionales técnicos les asistan en el proceso de fecundación *in-vitro*. Por medio de estas técnicas no resulta imperativo que la pareja llegue al contacto sexual para alcanzar la procreación de su prole. Las técnicas de fertilización *in-vitro* han ocasionado variantes a la concepción de la filiación. De este modo, podemos encontrar procesos de reproducción asistida donde el concepto de maternidad y paternidad son diferentes. Por un lado, la maternidad puede disociarse, ya que existen casos donde la madre sostiene una maternidad biológica plena, la cual se da cuando la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo. Por otro lado, puede ocurrir que

la mujer que aporta el óvulo y la que lleva a cabo el proceso de gestación, sean distintas. Estas dos situaciones provocan la disociación de lo que es la maternidad genética y la maternidad de gestación.

La maternidad subrogada es gestacional cuando una mujer porta el embarazo a término de un bebé a quien no esta vinculada genéticamente. El embrión o embriones que se le transfieren al útero de la gestadora provienen de la fusión de los óvulos y espermatozoides de la pareja compuesta por los padres intencionales o por combinación de donantes de gametos. En estos casos, los padres intencionales deberán reconocer voluntariamente la maternidad y paternidad del hijo así concebido. La filiación que surge es natural fundamentada en la intención de los padres. El vínculo biológico no es el único factor al momento de determinar la filiación de una persona, se advierte un nuevo giro en la doctrina legal cuyo objetivo es tratar, en lo posible, de que la realidad biológica coincida con la realidad jurídica.³⁰⁴

Disociación de la paternidad; biológica, gestacional e intencional

Es precisamente en el proceso de fecundación *in-vitro* donde la figura de la madre puede separarse en distintas etapas y personas. Así, encontramos la figura de las madres subrogadas. Las madres subrogadas son las que alquilan o prestan su vientre para permitir la gestación de un niño con la intención expresa de entregarlo a otra mujer para que esta última sea la madre con la Patria Potestad y Custodia sobre el menor. Esta técnica de reproducción es más comúnmente utilizada por mujeres que no tienen útero o matriz, como lo son las mujeres con el Síndrome de Rokitansky-Kuster-Hauser, lo cual es una enfermedad congénita caracterizada por la ausencia de un útero rudimentario. Las

³⁰⁴ Estado Libre Asociado de Puerto Rico Asamblea Legislativa; Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico. *Borrador para Discusión Memorial Explicativo del Libro Segundo, Las Instituciones Familiares. Borrador del Código Civil Revisado, Libro II, artículos sobre filiación natural; Comentario al Artículo 302.* FPHA 19. Filiación mediando acuerdo de maternidad subrogada. Obtenido de la red mundial "Internet" el 10 de abril de 2007.

mujeres que padecen de esta enfermedad poseen sus ovarios y conductos ováricos en condición normal, mas la ausencia de útero les imposibilita gestar sus propios óvulos. Para estas mujeres la única posibilidad de convertirse en madres de un niño que comparta su mismo material genético y el cual posea rasgos parecidos a los suyos, es la que les brindan las mujeres que están dispuestas a prestar o alquilar su vientre para permitir que el embrión se desarrolle en su cuerpo.

Cuando nos encontramos con la figura de la madre subrogada, necesariamente convergemos con la figura de los padres comitentes, o padres con intención. Los padres comitentes son los que suscriben una especie de contrato de alquiler con la madre subrogada, para que ésta le entregue al niño después del parto.

El niño nacido a través de métodos de reproducción asistida, en especial donde se haya utilizado a una madre subrogada en el proceso de gestación, pudiera tener más de una figura materna o paterna. Podrían llegar a converger hasta tres figuras maternas para un mismo niño: (1) la madre que aporta el material genético; (2) la mujer que lo gesta y lo da a luz; y (3) la mujer que tiene la patria potestad. De igual forma, podría tener dos figuras paternas; el padre biológico, quien aporta el esperma, y el padre intencional.

Determinación de paternidad y sus problemas jurídicos

El hecho de que puedan converger varias figuras paternas, podría acarrear problemas éticos y jurídicos al momento de querer determinar la paternidad o maternidad del niño. En *Almodóvar v Méndez Román*,³⁰⁵ nuestro Tribunal Supremo afirmó que:

“La procreación es de fácil determinación respecto de la madre, probado el hecho del parto y la identidad del hijo, 31 L.P.R.A. sec.

³⁰⁵ *Almodóvar v Méndez Román*, 125 D.P.R. 218, 235 (1990)

504. La identidad del padre, sin embargo, no es de tan sencilla solución”

No obstante, este avance en las ciencias altera la norma hasta hoy existente, ya que la maternidad dejaría de ser de fácil determinación; el hecho del parto no necesariamente establecerá la maternidad. Asimismo, estas prácticas podrían producir un dilema legal si llegado el caso una de las madres o el padre se retracta de lo pactado y quisiese retener al niño, o por el contrario, que los padres comitentes no deseen que le entreguen al niño y entonces no haya quien se encargue de mantener a la criatura. Dado estas circunstancias, el Estado vendría obligado a suplir la manutención del niño hasta tanto se resuelva el conflicto legal o se efectuó su adopción plena. Otro posible dilema que pudiese surgir es que ya en el proceso de gestación los padres comitentes quisiesen que la madre subrogada aborte. Dada estas circunstancias, surgen varias interrogantes, ¿viene obligada a practicarse el aborto la madre subrogada? ¿Qué sucede si la mujer no cree en prácticas abortivas, tendría que aceptar al niño como suyo? ¿Quién paga los tratamientos? Por otra parte, ¿qué sucedería si la madre subrogada no quiere entregar al niño? ¿Qué si es la madre subrogada es la que quiere culminar el proceso de gestación? Todas estas interrogantes podrían surgir en situaciones donde se utilicen los métodos de fertilización con madres subrogadas.

Aun cuando no exista legislación que atienda la forma y manera en que deben darse este tipo de contrato de madres subrogadas, éste es un fenómeno que se ha estado utilizando en los Estados Unidos desde mediados de la década de los setenta. Las personas con problemas de infertilidad han llevado a cabo contratos con mujeres para que les sirvan de madres subrogadas desde finales de la década de los setenta. No obstante, por el impacto psicológico que puede representar el proceso de gestación y el

desprendimiento de una madre del niño que ha gestado por meses, es que han surgidos controversias que han terminado en los tribunales.³⁰⁶

Alternativa de adopción temprana

El proceso de gestación realizado por una madre subrogada, que luego cede la patria potestad a los padres comitentes, tiene un efecto jurídico análogo a una adopción legítima. En este sentido, definimos la adopción como un acto jurídico por el cual se instaura una filiación artificial, mediante la cual se crea un vínculo de parentesco donde se hace de un hijo biológicamente ajeno, un hijo propio. Nos dice el Artículo 137 del Código Civil:

Una vez decretada la adopción, el adoptado será considerado para todos los efectos legales como hijo del adoptante con todos los derechos, deberes y obligaciones que le correspondan por ley. La adopción por derecho final y firme extinguirá todo vínculo jurídico entre el adoptado y su familia biológica o adoptiva anterior.³⁰⁷

Por medio de la adopción plena, se establecen unas relaciones análogas o muy similares a las que resultan jurídicamente de la paternidad y maternidad biológica. Donde el adoptado ocupará un lugar homólogo en el orden de sucesión testamentaria al que ocupan los hijos naturales de los adoptantes.

Al igual que Puerto Rico, países como Estados Unidos, Perú, Chile, Bolivia, España, Argentina, China y Rusia, entre otros, contienen regulaciones que gobiernan el proceso de adopción. La mayoría de estos países han establecido unos criterios de evaluación para las personas con intención de convertirse en adoptantes, con el fin de

³⁰⁶ Vease *In re Baby M*, 109 N.J. 396 (1988); donde la corte invalida un contrato de maternidad subrogada por entender que violentaba la política pública. Añade el tribunal que el hecho de que se pagara a la madre subrogada hacían el contrato ilegal.

³⁰⁷ Código Civil de Puerto Rico 1930, Artículo 137, 31 LPRA sec. 538.

establecer o corroborar la idoneidad del posible adoptante. En Puerto Rico, los requisitos del adoptante están delimitados por el Artículo 30 del Código Civil, el cual establece:

El adoptante, a la fecha de la presentación de la petición de adopción, deberá cumplir con los siguientes requisitos:

“(1) Haber residido ininterrumpidamente en Puerto Rico por lo menos durante los seis (6) meses anteriores a la fecha de la petición de adopción; (2) haber alcanzado la mayoría de edad, excepto en el caso en que dos (2) personas unidas en matrimonio adopten conjuntamente, en cuyo caso bastará que uno de ellos sea mayor de edad, pudiendo ser menor de edad el otro adoptante pero nunca menor de dieciocho (18) años; (3) tener capacidad jurídica para actuar; (4) tener por lo menos catorce (14) años más que el adoptando menor de edad.

En los casos en que un cónyuge desee adoptar un hijo del otro cónyuge, bastará que a la fecha de la presentación de la petición el adoptante tenga por lo menos dos (2) años de casado con el padre o madre del adoptado o que el cónyuge adoptante tenga por lo menos catorce (14) años más que el adoptado menor de edad.”³⁰⁸

Con respecto a las consecuencias jurídicas que causa una adopción en las relaciones filiales del adoptado, nuestro Tribunal Supremo ha expresado en el caso [*Rivera Coll v. Tribunal Superior*](#) que:

La adopción desarraiga al adoptado de todo vínculo de parentesco y de todo derecho respecto de su familia biológica. Borra la anterior filiación. Para todos los efectos, el adoptado se considera como si hubiera nacido hijo del adoptante.³⁰⁹

Es importante señalar que cuando una pareja con problemas de infertilidad opta por alquilar un vientre para llevar a cabo el proceso de gestación, lo que busca luego de ocurrido el parto es borrar cualquier tipo de filiación que pudiesen tener el niño y la madre subrogada. De este modo, la pareja podrá considerar al niño como propio, con

³⁰⁸ Código Civil de Puerto Rico 1930, Artículo 30, 31 L.P.R.A. sec. 531

³⁰⁹ [*Rivera Coll v. Tribunal Superior*](#), 103 D.P.R. 325, 332 (1975)

todos los efectos legales y sociales que esto representa. Cuando la madre subrogada completa el proceso de gestación y el alumbramiento, ésta viene obligada a entregarle la criatura a la pareja comitente; eliminando cualquier tipo de vínculo o apego fraternal que pudiese tener con la criatura. Es necesario que la madre subrogada renuncie, a favor de los padres comitentes, a cualquier derecho que tenga o pueda tener sobre el menor.

En el caso de que fuera el hombre el que aporte al material genético no habría problema con que éste reconozca al niño como propio. No obstante, si la madre subrogada está casada, entonces sería necesario rebatir la presunción de paternidad que ostenta el marido de la madre subrogada. En este sentido, no sería tan fácil para el padre biológico establecer la paternidad. Por ello, en estos casos es necesario contar con el consentimiento del cónyuge de la madre subrogada. En el caso de que la mujer aporte el material genético para que la madre subrogada lo gaste, biológicamente se le considera la madre del niño, por haber aportado el óvulo. Sin embargo, esta figura no deja de estar en conflicto con la figura de la mujer que dio a luz y gestó en su vientre al feto. En este caso existe una maternidad reconocida: la maternidad de gestación. La madre comitente, la cual no aportó el material genético ni el vientre, sólo posee la intención de convertirse en madre. Dicha intención sólo puede viabilizarse por conducto legal, tal y como ocurre en el proceso de adopción.

Usualmente, este tipo de método de reproducción asistida, donde está presente la figura de la madre subrogada, se realiza por medio de un contrato donde se refleja el acuerdo de las partes. Este contrato, crea la ley entre las partes. Sin embargo, dicha ley no está exenta de interpretación, modificación o anulación judicial. Por medio del contrato, se establece la cuantía a ser pagada a la madre subrogada. También, se

establece el curso de acción a tomar si se diagnosticara algún tipo de malformación o enfermedad en el feto. Por último, se incluye en el contrato quiénes serán los que conservarán al niño luego del parto.

Al culminar el proceso de la reproducción asistida y del periodo de gestación, los padres con intención estarían efectuando una adopción del niño ya nacido. En ese sentido, el contrato de madre subrogada y la adopción comparten el mismo propósito.

En España este tipo de contrato, donde una madre acuerda ceder la maternidad a otra, es nulo. El artículo 10 de la ley española, declara inválido cualquier contrato por el que la mujer gestante renuncie su maternidad en favor de otra. Dicho artículo expresa:

“Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”³¹⁰

Sin embargo, existen Estados, como lo es Tabasco, México, donde se ha legislado para reconocer como la madre del niño a la mujer que suscribe el contrato.

Es importante que el Derecho se mantenga a la vanguardia de los avances tecnológicos y que no se pierda de perspectiva que el Derecho y las situaciones de hechos no son estáticas; sino elásticas, dinámicas y cambiantes. Por esto, los métodos de reproducción asistida en los que se utilicen las madres subrogadas deben verse como un proceso de adopción temprana.

Estudios científicos, al igual que la medicina, han permitido que padres y madres se adelanten al nacimiento de los que serán en un futuro sus hijos adoptivos. Estas

³¹⁰ Ley Numero 35 del 1988, Artículo 10 de España

técnicas permiten a los eventuales padres tener mayor control sobre el proceso de formación, de los que en su día formarán parte de su núcleo familiar. Además, es necesario reconocer que de este modo, la pareja con intención tendrá la oportunidad de vivir la experiencia que más se asemeja a la concepción natural del niño; lo cual ayudará en las relaciones afectivas a generarse entre padre e hijo.

Por otra parte, al tratar este tema es importante tomar en consideración que en Puerto Rico, al igual que en otros países, para ostentar derechos se tiene que cumplir con la condición de persona, ya sea natural o jurídica. Nos dice el artículo 24 del Código Civil que “El nacimiento determina la personalidad y capacidad jurídica. Es nacido el ser humano que vive completamente desprendido del seno materno”.³¹¹ La única excepción a esta norma es la de los concebidos pero no nacidos, o sea los *nasciturus*. *Nos explica el profesor Raul Serrano Geys,*

“...un sujeto que todavía no existe pero que es una “esperanza” de ser humano (*spes hominis*) que puede llegar a existir como tal. El *nasciturus*, por tanto, no es persona ni tiene personalidad ni capacidad jurídica pero la ley protege los intereses que se derivan de su concepción y eventual nacimiento. .”³¹²

Por tal razón, se podría argumentar que durante el proceso de fecundación *in-vitro* y el proceso de gestación en el vientre de una madre subrogada estamos frente a una etapa anterior al nacimiento análoga a la del *nasciturus*. Proceso que podría no encontrar protección bajo el palio de esta definición. No obstante, cuando hablamos de gametos y células embrionarias estamos hablando de una posibilidad de vida. Lo que nos obliga necesariamente a pensar que estamos ante una posibilidad de adopción, y como tal

³¹¹ Código Civil de Puerto Rico 1930, Artículo 24, 31 L.P.R.A. sec. 81

³¹² Serrano Geys, Raúl, *Derecho de Familia de Puerto Rico y Legislación Comparada, Vol. I, Universidad Interamericana, San Juan Puerto Rico, 1997, Pág. 45.*

debería ser tratada. Aún cuando se reconoce que para que existan derechos es necesario que la persona se encuentre desprendida del seno materno, no se debe descansar en una definición tan rígida de la ley para no proporcionar protección a lo que posiblemente puede tornarse en una vida. Sería lamentable que en estos casos el Estado esperase a que el niño adquiriera su capacidad como persona, para comenzar a regular sus relaciones y brindarle protección. Actuar así podría acarrear daños irreversibles para esa futura persona.

Las leyes tienen como fin último regular la convivencia humana; el derecho tiene como norte la valoración a la vida. No sería contrario a los propósitos del derecho proteger los derechos de todo aquello que sea una posibilidad de vida humana. Por tanto, ya que las técnicas de reproducción asistida y el uso de las madres subrogadas se han convertido en una realidad de nuestros tiempos, este tipo de actividad humana requiere de [normas](#) que regulen la convivencia [social](#) y permitan resolver los conflictos interpersonales que por ellas surjan.

Al implantar una norma que regule este tipo de práctica, se regularía uno de los procesos de formación de vida. De la misma manera que se ha legislado y las autoridades competentes se han pronunciado con relación al aborto, con igual o mayor importancia se deberían crear leyes que regulen los métodos que posibiliten formas alternas de concepción. Se deben nombrar agencias pertinentes, que reglamenten los procesos de reproducción asistida, para así impedir que se haga mal uso de estas técnicas. No debe perderse de perspectiva que tratándose de donación de gametos (células reproductivas) y de alquiler de vientres, la práctica podría sucumbir ante el esquema mercantil y comercializar con la vida humana. Para impedir que estos avances tecnológicos se

conviertan en un proceso lucrativo y mercantil, es necesario que el Estado imponga su poder coercitivo y establezca los parámetros precisos y necesarios a seguirse caso a caso.

El Estado debe legislar pero teniendo en cuenta los derechos fundamentales envueltos en este tema. Sabido es que se ha reconocido como derecho fundamental el derecho a la familia y el derecho a la intimidad. Es necesario que la legislación no quebrante el derecho a la intimidad de los que se sometan a dichos procesos. Por ello, es recomendable que la norma se limite a establecer unos parámetros que protejan a los padres comitentes, a la madre subrogada, donantes de gametos, terceros envueltos, médicos, y al niño por nacer. De esta manera, se lograría un balance entre los intereses que se quieren proteger y los derechos fundamentales de los individuos. A estos efectos no expresa María Casado:

Conviene tener presente que la protección de los derechos humanos es la línea básica del razonamiento moral y jurídico. Junto con las valiosas orientaciones que proporcionan estas pautas, hay que tomar en consideración que los médicos y los poderes públicos tienen la obligación de atender la sanidad, y ello incluye la tecnología disponible.³¹³

Conclusión

El gobierno debe regular y hacer forzoso que los médicos, psicólogos, especialistas y otros profesionales envueltos en estos procesos, realicen estudios de los donantes y de los participantes de estas técnicas de reproducción asistida. Dicha regulación es necesaria para lograr uniformidad en los criterios mínimos y esenciales a los que habrá de someterse a los donantes en una reproducción asistida, así como a las

³¹³ María Casado, *Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho*, 1997, Universitat de Barcelona. Departament de Sociologia i Metodologia de les Ciències Socials. Secció de Filosofia de Dret. Av. Diagonal, 68/4. 08034 Barcelona. Spain

mujeres que sirvan de madres subrogadas, y finalmente, de los que serán los padres del niño con tutela y socialmente reconocidos. Esto permitirá un control benéfico para todos, al igual que un nivel de calidad y seguridad en el proceso.

Al establecer unos parámetros básicos, se debe buscar la estabilidad física y mental de los padres comitentes, los donantes, la madre subrogada y del niño por nacer. Asimismo, se debe establecer un límite de participación como madre subrogada, esto incluyendo los partos que dicha mujer haya tenido de hijos propios. De esta manera, se evitaría el detrimento físico de la mujer, así como que se convierta el trabajo voluntario en uno lucrativo. Se debe establecer consejería profesional para que se trabaje de manera idónea el consentimiento informado de las partes.

Al ser un facultativo el que maneje el proceso de información y orientación de las partes, se podrá evitar o aminorar el trauma que podría generar el apego que la madre de gestación pueda desarrollar por la criatura que haya gestado. De la misma forma, se ayudaría a los padres comitentes a manejar el impacto de recibir como miembro de su familia a una persona que puede no tener parecido físico o compatibilidad genética con alguno de ellos.

Si se logra regular el proceso de reproducción asistida, en especial el uso de las madres subrogadas y los donantes de gametos, podrían limitarse o disminuirse las posibles controversias por concepto de incumplimiento de contrato. Al establecerse un proceso de adopción temprana, evitaríamos que los padres comitentes se retracten de lo pactado antes de nacido el niño. En el caso de que los mismos se retractaran de hacerse cargo del niño, se le haría fácil al Estado el imponerles unos costos de manutención para el niño en lo que se encuentra el de un hogar adecuado. De igual forma, los procesos de

registro y determinación de filiación no estarían en controversia, una vez nacido el niño. De esta manera, disminuirían los pleitos por filiación que afectan la estabilidad del menor.

Es importante reconocer que tanto las personas que donan las células reproductivas como las mujeres que prestan o alquilan su vientre, necesitan ser retribuidas; pero sólo de manera justa y necesaria. No se debe permitir que se les retribuya más de lo necesario. La regulación debe ser flexible y permitir remuneración por concepto de tiempo invertido, inconvenientes físicos y cualquier otro aspecto que pueda ser valorado.

Debido a lo sensitivo de estos casos y a la realidad que vivimos en estos tiempos, es necesario que se acoja como método alternativo o posible solución a problemas de infertilidad el uso de las madres subrogadas. Sin embargo, este proceso debe verse y tratarse como una evolución o modificación del proceso de adopción.

Bibliografía

- ¹. *Ocasio v. Díaz*, 88 D.P.R. 676, 125, (1963)
- ². Estado Libre Asociado de Puerto Rico Asamblea Legislativa Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico, Borrador para Discusión Memorial Explicativo del Libro Segundo, Las Instituciones Familiares. Borrador del Código Civil Revisado, Libro II, artículos sobre filiación natural; Comentario al Artículo 302. FPHA 19. Filiación mediando acuerdo de maternidad subrogada. Obtenido de la red mundial "Internet" el 10 de abril de 2007.
- ³. *Almodóvar v Méndez Román*, 125 D.P.R. 218, 235 (1990)
4. Matter of Baby M, 109 N.J. 396, 1988
- ⁵. Código Civil de Puerto Rico 1930, Artículo 137 , 31 LPRA sec. 538
- ⁶. Código Civil de Puerto Rico 1930, Artículo 30, 31 L.P.R.A. sec. 531
7. Rivera Coll v. Tribunal Superior, 103 D.P.R. 325, 332 (1975)
8. Ley Numero 35 del 1988, Artículo 10 de España
- ⁹. Código Civil de Puerto Rico 1930, Artículo 24, 31 L.P.R.A sec. 81
- ¹⁰. Serrano Geyls, Raúl, *Derecho de Familia de Puerto Rico y Legislación Comparada*, Vol. I, Universidad Interamericana, San Juan Puerto Rico, 1997
- ¹¹. María Casado, *Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho*, Universitat de Barcelona. Departament de Sociologia i etodologia de les Ciències Socials. Secció de Filosofia de Dret. Av. Diagonal, 68/4. 08034 Barcelona, Spain, 1997.
12. Cunningham, Keith J, *Surrogate Mother Contracts: Analysis of a Remedial Quagmire*, 37 EMORY L.J. 721, 752 (1988).
13. Veilleux, Danny R, *Validity and Construction of Surrogate Parenting Agreement* 77 A.L.R. 4TH 70 (1990)
14. Vera Ramírez, Eduardo, *El Contrato De Maternidad Surrogada: Argumentos A Favor y En Contra De Concederle Eficacia Jurídica*, 63 Rev. Jur. U.P.R. 515 (1994)

EVIDENCIA DE CARÁCTER Y HÁBITO: ANÁLISIS SOBRE LOS CAMBIOS PROPUESTOS PARA EL COMITÉ ASESOR PERMANENTE DE LAS REGLAS DE EVIDENCIA

Zaida Maldonado

Introducción

El Tribunal Supremo de Puerto Rico está trabajando en una nueva propuesta para revisar las Reglas de Evidencia adoptadas en 1979.³¹⁴ Dicha tarea fue encomendada por nuestro más Alto Foro al Comité Asesor Permanente de las Reglas de Evidencia.³¹⁵ Se cumple así con el mandato esbozado en el Artículo V, Sección 6 de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico³¹⁶ que establece que es el Tribunal Supremo de Puerto Rico quien adoptará las Reglas de Evidencia para los tribunales con la debida aprobación de la Asamblea Legislativa.

El objetivo principal que persigue este Comité es que los cambios o enmiendas propuestos agilicen los procedimientos judiciales en nuestro Tribunal General de Justicia, a la luz de la Ley de la Judicatura de Puerto Rico de 2003.³¹⁷ De igual modo, pretende que dichas reglas sean unas sencillas; que sirvan para reglamentar los juicios garantizando la confiabilidad de la prueba; que se excluya aquella prueba que no tiene valor probatorio o viole principios de política pública o de carácter constitucional; proteger los derechos de las partes, en particular la de los acusados; evitar la confusión de

³¹⁴ 32 L.P.R.A. Ap. IV

³¹⁵ *In re: Comité Asesor Permanente de Reglas de Evidencia*, res. 24 de enero de 2006, 2006 TSPR 13. Los miembros de este Comité son: Hon. Luis Rivera Román, Presidente, Hon. Bruno Cortés Trigo, Lcdo. Ernesto Luis Chiesa Aponte, Lcdo. Rolando Emanuelli Jiménez, Lcda. Vivian Neptune Rivera, Lcda. Heidi Rodríguez Benítez, Lcdo. Heriberto Sepúlveda Santiago, Lcdo. Enrique Vélez Torres, Lcdo. Alberto Omar Jiménez Santiago, Lcdo. Ricardo Ramírez Lugo, Lcdo. Francisco Rebollo Casalduc y Lcdo. Fernando Luis Torres Ramírez.

³¹⁶ Const. de P.R., Art. V, sec. 6; *González v. Tribunal Superior*, 75 D.P.R. 585 (1953).

³¹⁷ Ley 201, de 22 de agosto de 2003, conocida como *Ley de la Judicatura de Puerto Rico, según enmendada*; 4 L.P.R.A.

los jurados y controlar el poder de los jueces para decidir los casos al establecer guías para la evaluación del valor probatorio de la evidencia.

El objetivo de este escrito es presentar un resumen general de algunos de los principales cambios propuestos al Capítulo IV de dicho cuerpo de reglas y analizar con mayor detenimiento la enmienda propuesta a la Regla de Evidencia de Carácter y Hábito, Regla 20 (a).³¹⁸ Se propone añadir evidencia sobre el carácter de la víctima como excepción a la prueba de carácter.

I. Resumen de Cambios Propuestos al Capítulo IV

Parte de las propuesta de cambio hechas por el Comité afectan el Capítulo IV de las Reglas de Evidencia sobre la Admisibilidad y Pertinencia de la Prueba. Las reglas en este capítulo definen la pertinencia, principal criterio de admisibilidad de la prueba, y algunas instancias en que aún siendo pertinente se excluye la misma por principios de mayor jerarquía.³¹⁹

La configuración actual de este Capítulo incluye las siguientes Reglas: Regla 18, Principio General; Regla 19, Evidencia Pertinente Excluida; Regla 20 Evidencia de Carácter y Hábito; Regla 21, Evidencia de Conducta o Historial Sexual de la Perjudicada; Regla 21 A Hostigamiento Sexual; Evidencia de Reputación y Opinión sobre Conducta Sexual de el demandante; Inadmisibilidad; Excepción; Contrainterrogatorio; y la Regla 22, Evidencia Pertinente afectada o excluida por Políticas Extrínsecas.³²⁰

A grandes rasgos los cambios propuestos por el Comité podrían resumirse como sigue.

³¹⁸ 32 L.P.R.A. Ap. IV, R. 20 (a)

³¹⁹ Rolando Emanuelli Jiménez, J.D., LL.M., *Prontuario de Derecho Probatorio Puertorriqueño*, Puerto Rico, Ediciones Situm, 1ra Ed., 1994, pág. 30.

³²⁰ 32 L.P.R.A. Ap. IV, R. 18, R19,R20, R21, R21A, R22.

a. Regla 18

La Regla 18 que actualmente define el concepto de pertinencia de la evidencia sufriría cambios en su estructura y su redacción. Se agrupan los incisos (a) 1 y (a) 2 en una regla separada a la que se denomina Regla 401 y su inciso (b) se separa bajo la Regla 402. De esta manera, se adopta el esquema utilizado por las Reglas Federales de Evidencia 401 y 402. La propuesta Regla 401 propone definir el concepto de evidencia pertinente como:

“...aquella que tiende a hacer la existencia de un hecho, que tiene consecuencias para la adjudicación de la acción, más o menos probable de lo que sería sin tal evidencia. Esto incluye evidencia que sirva para impugnar o sostener la credibilidad de un testigo o declarante.”³²¹

Esta definición elimina de la actual Regla 18, la frase “hecho en controversia o necesario para la adjudicación de la acción”, sustituyéndola por “un hecho que tiene consecuencias para la adjudicación de la acción”. Este cambio obviamente expande la definición de pertinencia. La razón para el cambio propuesto por el grupo de estudiosos es seguir “la tendencia favorable a una definición de pertinencia que sea lo suficiente flexible para permitir que se admita toda evidencia que tenga algún valor probatorio sobre los hechos que, aunque no estén estrictamente en controversia, conduzcan al esclarecimiento de la verdad y, por tanto a la adjudicación justa del caso”.³²² Entendemos que este es un cambio positivo en el sentido de que el lenguaje de la regla vigente, tal y como está redactado, tiende a limitar el término pertinencia a hechos presentes en la reclamaciones o defensas o consecuencias sobre dichas reclamaciones o

³²¹ Comité Asesor Permanente de las Reglas de Evidencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico. *Borrador de Informe, Reglas de Derecho Probatorio*, Revisado el 7 de enero de 2007, pág. 118

³²² *Id.*, pág. 121

defensas. Es decir, actualmente al hacer el análisis, el enfoque se dirige mayormente a evaluar en primer lugar la presencia o ausencia de aspectos o elementos sustantivos del delito, aspectos de las alegaciones de hechos y derecho, aspectos de credibilidad de testigos y declarantes y aspectos procesales; en segundo lugar, otros aspectos que aún sin haber sido traídos técnicamente a la controversia pueden tener consecuencias en ésta; y, en tercer lugar, si esa prueba, ya sea material y relevante, abonaría al descubrimiento de la verdad sin causar confusión ni dilatar los procedimientos. Esta definición permitiría hacer un análisis de la evidencia que aunque implicara tanto la materialidad como la relevancia según definido por la jurisprudencia vigente³²³ de entrada no inclinará la balanza hacia la materialidad, ya que está incluida dentro de la definición de relevancia.³²⁴ La nueva redacción permite que quede más claro. Bastará con que la evidencia demuestre razonablemente que un hecho es más probable con la presentación de esa evidencia, que si la misma no se presentara.³²⁵

Por último, el inciso (b) de la Regla 18, quedaría recogido en una regla separada, la Regla 402, equivalente a la Regla Federal 402. Ésta establece que: 1) evidencia no pertinente es inadmisibles y 2) que tampoco será admisible evidencia pertinente que la proscriba una ley, la Constitución o las propias Reglas de Evidencia. Esta regla sigue postulando la regla general de que para que la evidencia sea admisible su primer requisito es que sea pertinente y de no ser así es inadmisibles. Especifica que una de sus principales

³²³ *Pueblo v. Ortiz Pérez*, 123 D.P.R. 216 (1987); *Pueblo v. Martínez Solís*, 128 D.P.R. 135 (1991); *U.S v. St. Michael's Credit Union*, 880 F. 2nd 579, (1er Cir. 1989), *Old Chief v. U.S.*, 519 U.S. 172 (1997)

³²⁴ Weinstein and Berger, *Weinstein's Evidence Manual, Student Edition, 5th Ed.*, Lexis Nexis (2001), Ch. 6, sec. 6.01, p. 6.

³²⁵ Comentario sobre el caso *Mutual Life Ins. v. Hillmon*, 145 U.S. 285 (1892), en *McCormick on Evidence*, 5ta Ed. West Group (1999), p.641.

excepciones es que aun siendo pertinente, la Constitución, una Ley, o Regla de Evidencia la excluya.

b. Regla 19

La Regla 19 establece lo siguiente:

Regla 19. Evidencia pertinente excluida: Evidencia pertinente puede ser excluida cuando su valor probatorio es de poca significación en relación a cualesquiera de estos factores: (a) Peligro de causar perjuicio indebido; (b) probabilidad de confusión; (c) desorientación del jurado; (d) dilación de los procedimientos; (e) innecesaria presentación de prueba acumulativa.

El cambio de mayor relevancia a la Regla 19 es la adopción en su texto de la frase “sustancialmente superado” en lugar de la frase “de poca significación” para describir el valor probatorio de prueba pertinente a ser excluida por los factores de: perjuicio indebido, probabilidad de confusión, desorientación del jurado, dilación de los procedimientos y la innecesaria acumulación de prueba. La razón para dicha propuesta es que este lenguaje es uno más claro e ilustrativo y se acoge más a la Regla Federal de Evidencia 403, ya que lo que se pretende es favorecer la admisibilidad de la evidencia pertinente,³²⁶ entendiéndose aquella de mayor valor probatorio. La interpretación de esta regla surge del análisis de la Regla Federal 403, hecho por tratadistas como Saltzburg, Martin & Capra,³²⁷ así como la jurisprudencia federal en casos como *U.S. v. Mende*, 43 F 3d 1298 (9th Cir. 1995),³²⁸ *U.S. v. Rivera*, 83 F. 3d 542, 545 (1st Cir. 1996). Concluye el

³²⁶ Comité Asesor Permanente de las Reglas de Evidencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico. *Borrador de Informe, Reglas de Derecho Probatorio*, Revisado el 7 de enero de 2007, pág. 127

³²⁷ *Id.*

³²⁸ En caso *U.S. v. Mende*, *supra*, en la vista preliminar al juicio, el Ministerio Público solicitó presentar evidencia sobre las advertencias hechas a uno de los abogados de defensa por un tercero llamado Ed Bradey. Dichas advertencias eran que el acusado había estado involucrado anteriormente en actos de fraude. Al iniciar su turno de prueba, la defensa dijo no tener conocimiento de que las compañías del acusado hubieran realizado actividades fraudulentas e hizo referencia directa a la admisibilidad del testimonio de Ed Bradley. Fiscalía presentó moción para poder presentar dicho testimonio como evidencia y se le permitió. Se le dieron instrucciones limitativas al jurado sobre el uso de dicho

Comité que para que se excluya evidencia pertinente, ésta no debe ser solamente perjudicial sino “injustamente perjudicial”.

c. Regla 20 (a)

Los cambios propuestos a la Regla 20, Evidencia de Carácter y Hábito, son de forma y sustantivos. Estos asemejarían más nuestra Regla 20 a su contraparte, la Regla Federal de Evidencia 404.

Dentro de los cambios de forma propuestos se observa inicialmente un cambio en el nombre de la regla. Se denomina Regla 404 Evidencia de Carácter No Es Admisibles Para Probar Conducta; Excepciones; Evidencia sobre la Comisión de otros delitos. Se divide su contenido en tres (3) reglas separadas la 404; la 405 Modos de Probar el Carácter; y la 406, Hábito y Práctica Rutinaria.

a. Regla 404 propuesta

La Regla 404 propuesta lee como sigue:

[...]

(A) Evidencia de carácter de una persona o de un rasgo de carácter no es admisible cuando se ofrece para probar que en una ocasión específica una persona actuó de conformidad con tal carácter, excepto cuando se trate de:

(1) Evidencia de un rasgo pertinente de carácter ofrecido por la defensa, sobre el carácter del acusado.

(2) Evidencia de un rasgo pertinente de carácter ofrecido por la defensa, sobre el carácter de la víctima, sujeto a lo dispuesto en la Regla 412.

(3) Evidencia ofrecida por el Ministerio Público, sobre el mismo rasgo pertinente de carácter del acusado, para refutar la prueba de carácter presentada por la defensa bajo la cláusula (1) o la cláusula (2) de este inciso. (Énfasis suplido).

testimonio. Mende fue hallado culpable y apeló, argumentando sobre el grave perjuicio causado por la admisión de dicha prueba. El Tribunal confirma a la Corte de Distrito y concluye que el Tribunal no abusó de su discreción al permitir la prueba ya que las instrucciones dadas al jurado minimizaba el efecto perjudicial de que el jurado en su deliberación se enfocara más en su conducta previa del acusado. Se reconoce la pertinencia de la prueba frente al perjuicio indebido y se ampara en la presunción de que el jurado sigue las instrucciones del tribunal en cuanto a la admisibilidad limitada de la evidencia.

(4) Evidencia de un rasgo pertinente de carácter ofrecido por el Ministerio Público sobre el carácter de la víctima, para refutar la prueba de carácter presentada por la defensa bajo la cláusula (2) de este inciso.

(5) Evidencia de un rasgo pertinente de carácter ofrecido por el Ministerio Público en casos de asesinato u homicidio, sobre el carácter tranquilo o pacífico de la víctima, para refutar prueba de defensa de que la víctima fue el primer agresor.

(B) Evidencia de conducta específica, incluyendo la comisión de otros delitos, daño civil u otros actos, no es admisible para probar la propensión a incurrir en ese tipo de conducta y con el propósito de inferir que se actuó de conformidad con tal propensión. Sin embargo, evidencia de tal conducta es admisible si es pertinente para otros propósitos, tales como prueba de motivo, oportunidad, intención, preparación, plan, conocimiento, identidad, ausencia de error o accidente o para establecer o refutar defensa.

Si el acusado lo solicita, el Ministerio Público deberá notificarle la naturaleza general de toda prueba que el Ministerio Público se proponga presentar bajo este inciso.

(B) La notificación deberá proveerse con suficiente antelación al juicio, pero el Tribunal podrá permitir que la notificación se haga durante el juicio si el Ministerio Público demuestra justa causa para no haber provisto la información antes del juicio.

(C) La admisibilidad de evidencia ofrecida para sostener o impugnar la credibilidad de un testigo, se regula según lo codificado en las Reglas 608 ó 609.

El inciso (a) (3) incorpora una excepción adicional a la regla general. Esta nueva excepción permitiría que la defensa abra la puerta con evidencia pertinente sobre el carácter de la víctima. De así ocurrir, el Ministerio Público tendría una nueva oportunidad de presentar evidencia de carácter del acusado. Esta evidencia tendría que ser pertinente al carácter de la víctima inicialmente presentado por el acusado en su turno de prueba. Esta enmienda incorpora lo regulado en las Regla Federal De Evidencia 404 (a) (2).

Según lo definen los profesores James B. Weinstein y Margare A. Berger,³²⁹ tendríamos siete situaciones en las que evidencia sobre el carácter de una persona sería admisible como prueba circunstancial de que la persona contra la cual se presenta en esa ocasión actuó conforme a ese rasgo de carácter: 1) cuando el acusado ofrece evidencia de su propio carácter como defensa de los cargos criminales en su contra; 2) el Ministerio Fiscal entonces podría ofrecer evidencia sobre el carácter del acusado para refutar la evidencia presentada por la defensa sobre el carácter del propio acusado; 3) cuando el acusado ofrece evidencia del carácter de la alegada víctima como defensa de los cargos criminales que pesan en su contra, o en apoyo a su propia defensa, circunstancia que permite obviar o mitigar la culpabilidad del acusado;³³⁰ 4) presentada por el acusado evidencia sobre el carácter de la víctima, el Ministerio Fiscal entonces podría ofrecer evidencia sobre el carácter de la alegada víctima para refutar la evidencia presentada sobre ésta por el acusado; 5) en dicho caso el Ministerio Fiscal, también podría ofrecer evidencia sobre rasgos de carácter del acusado que sean pertinentes a la evidencia de carácter sobre la víctima ya antes presentada por éste; 6) en casos de homicidio si el acusado presenta evidencia para demostrar que la víctima fue el primer agresor, el Ministerio Fiscal podría presentar evidencia sobre el carácter pacífico de la víctima.

En su informe el Comité señala que la incorporación de esa nueva excepción tiene como objetivo “permitir una presentación más balanceada de evidencia de carácter cuando el acusado elige atacar el carácter de la alegada víctima.”³³¹ Para apoyar su posición el Comité cita al Comité Asesor Federal del 2000, argumentando que en un caso

³²⁹ Jack B. Weinstein & Margaret A. Berger, *Weinstein's Evidence Manual*, Matthew Bender & Co. (2003), Chapter 7, sec. 7.01 [3][a], p. 7-6, 7-7

³³⁰ Id., a la sec. 7.01 [3][c], p. 7-10

³³¹ *Borrador de Informe, Reglas de Derecho Probatorio*, Revisado el 7 de enero de 2007, pág. 137.

de asesinato en el cual se permitiese a fiscalía presentar prueba sobre el carácter violento del acusado, abonaría a que el jurado llevara a cabo una evaluación informada. Para ilustrar su posición, los propulsores citan a *U.S. v. Fountain*³³² y hacen referencia a las notas del Comité Asesor Federal sobre la enmienda propuesta a dicha regla en el 2000. Sin embargo, se destaca que la aprobación de la enmienda propuesta no es una unánime. Sus opositores entienden que el acusado está en desventaja frente al Ministerio Público al permitirse prueba de carácter del acusado sin éste haber presentado prueba de su buen carácter. Es decir, en su turno de presentación, la defensa podría traer prueba circunstancial a través de un testigo que hable sobre su opinión o la reputación del carácter violento de la víctima del acusado. En su turno de refutación, el fiscal podría traer como prueba de refutación un testigo que hable, en forma de opinión o reputación sobre el carácter pacífico de la víctima o sobre el carácter violento del acusado.

Las principales reservas de los opositores a esta enmienda son que de presentarse prueba sobre el carácter violento del acusado, ésta habría entrado sin haber sido el mismo acusado quien abriera la puerta con prueba sobre rasgos positivos sobre su carácter y los casos en que la única defensa del acusado sea el carácter de la víctima. Esta posición encuentra apoyo en la teoría bajo la cual se formula la regla general de exclusión, contenida en el primer párrafo de la Regla Federal de Evidencia 404. Se ha señalado que el uso de las reglas de evidencia en casos criminales es uno restrictivo a favor de los acusados, principalmente al darle a estos inicialmente la oportunidad inicial de decidir si

³³² 768 F.2d 790 (7mo Cir. 1985). Un acusado de asesinato en su interrogatorio directo testificó que había sido convicto por asesinato y que atacó a la víctima porque está estaba planeando cómo matarlo a él; y al ser contrainterrogado añadió que su intención no era lastimar a nadie. Al evaluar dicha expresión, el Tribunal concluyó que el que el acusado expresara que en esa ocasión particular su intención no era lastimar a nadie ni era una alegación de carácter pacífico, ya que no sería correcto que por reclamar legítima defensa el acusado abriera la puerta a su carácter.

introducirán o no evidencia de carácter en el juicio.³³³ Esto apoya la política de que todo acusado debe tener la oportunidad de probar su inocencia y de que si es el mismo acusado quien abre la puerta a la evidencia de carácter, el riesgo de prejuicio está sujeto al control del acusado, tras la defensa evaluar si le conviene presentarla o no.³³⁴ El Tribunal Supremo de los Estados Unidos explica su justificación en *Michelson v. United States*:³³⁵

"Los Tribunales que siguen la tradición del "common law" casi unánimemente han rechazado que el Ministerio Fiscal presente evidencia sobre carácter malvado de un acusado para establecer la probabilidad de su culpabilidad. No es que la ley confiere al acusado una presunción de buen carácter, *Greer v. U.S.*, 245 U.S. 559, simplemente se cierra toda prueba sobre su carácter, disposición y reputación al ministerio fiscal. El estado no puede presentar los problemas previos del acusado con la ley, su conducta criminal previa o su mala reputación en la vecindad, aun cuando esos hechos puedan ser lógicamente persuasivos para demostrar la probabilidad de que este haya cometido el crimen por el cual es acusado. La solicitud para presentar la prueba no se rechaza porque el carácter sea irrelevante; por el contrario, se dice que tiene demasiado peso persuasivo en el ánimo del jurado como para que prejuzguen al acusado por su mal expediente previo, negándole así la oportunidad de defenderse de los cargos específicos por los cuales se le acusa en esa ocasión. La política de exclusión de evidencia de valor probatorio, se sustenta en la experiencia práctica que busca prevenir la confusión en la controversia, sorpresa y prejuicio indebido."³³⁶ (Traducción nuestra)

Sus opositores también encuentran su apoyo en el supuesto de que la evidencia de carácter es relevante para la mente del jurado, independientemente la forma en que ésta

³³³ Moore, James W.M., *Moore's Federal Practice, Federal Rule of Evidence, Introduction Articles I-VI, Vol. 10, Art. IV*, sec 404.02, p. 95.

³³⁴ Weissenberger and Duane, *Federal Rules of Evidence, Rules Legislative History, Commentary and Authority*, Aderson Publishing, (2001), Ch. 403, p. 103.

³³⁵ 335 U. S. 469 (1948).

³³⁶ "Courts that follow the common-law tradition almost unanimously have come to disallow resort by the prosecution to any kind of evidence of a defendant's evil character to establish a probability of his guilt. Not that the law invests the defendant with a presumption of good character, *Greer v. United States*, 245 U.S. 559, but it simply closes the whole matter of character, disposition and reputation on the prosecution's case-in-chief. The state may not show defendant's prior trouble with the law, specific criminal acts, or ill name among his neighbors, even though such facts might logically be persuasive that he is by propensity a probable perpetrator of the crime. The inquiry is not rejected because character is irrelevant; on the contrary, it is said to weigh too much with the jury and to so overpersuade them as to prejudice one with a bad general record and deny him a fair opportunity to defend against a particular charge. The overriding policy of excluding such evidence, despite its admitted probative value, is the practical experience that its disallowance tends to prevent confusion of issues, unfair surprise and undue prejudice".

sea presentada. Se argumenta, que existen teorías de comportamiento que apoyan la premisa de que las personas tienden a absorber más fácilmente los rasgos negativos de las demás personas y hacer inferencias sobre éstas. Por otro lado, se plantea que existen estudios que apoyan el argumento de que los jurados reaccionan a las escenas que se forman de lo que ven en la sala del juicio, siendo más propensos a sentenciar más rígidamente a los acusados que perciben como menos atractivos.³³⁷ Debido a la posición inicial de desventaja del acusado al ser sometido involuntariamente a un proceso judicial, se entiende que se le deben dar herramientas para contrarrestar dichas desventajas. Esta posición vuelve a encontrar apoyo en *Old Chief v. United States*,³³⁸ 519 U.S. 172 (1997), caso en el cual el Tribunal Supremo de Estados Unidos reafirmó su posición de que el Ministerio Fiscal no está autorizado a presentar evidencia sobre el mal carácter del acusado para demostrar que éste está predispuesto a cometer el crimen por el cual se le acusa. Expresa que aun cuando no se presume la buena reputación del acusado como ciudadano, la ley “simply closes the whole matter of character, disposition and reputation on the prosecution's case-in-chief”, *Old Chief v. United States*, supra, aun cuando los hechos sugieran que probablemente el acusado haya cometido el crimen. Nos enfrentamos pues aquí a un análisis de pertinencia y los factores de exclusión de prueba por perjuicio indebido, probabilidad de confusión, desorientación del jurado, dilación de los procedimientos en la Regla Federal de Evidencia 405 (Regla 19 nuestra). Por su

³³⁷ Katherine J. Alprin. *Character Evidence in the Quasi-Criminal Trial: An Argument for Admissibility*. 73 Tul. L. Rev. 2073 (1999).

parte, el tratadista Ernesto L. Chiesa expresa que en estos casos “...importa más evitar una convicción errónea que evitar una absolución errónea”.³³⁹

Mientras que los propulsores de la enmienda dicen que ésta permitiría una presentación más balanceada de evidencia de carácter cuando el acusado elige atacar el carácter de la alegada víctima. Argumentan que el que se permitiese a fiscalía presentar prueba sobre el carácter violento del acusado, abonaría a que el Jurado llevara a cabo una evaluación informada.³⁴⁰ Esta posición encuentra apoyo en *People v. Anderson*,³⁴¹ una decisión del Tribunal de Apelaciones de Michigan, en la que se analiza la aplicación de una regla de evidencia similar a la propuesta y se decide que fue un error que en un caso de asesinato el privar al jurado de considerar evidencia sobre el carácter, tras el Ministerio Público objetar la misma y argumentar que sólo podía ser admitida si se hubiese alegado legítima defensa. El tribunal apelativo razonó que aunque no se alegó legítima defensa, el carácter de la víctima era pertinente y hubiese ayudado al jurado en su deliberación. Por otro lado, las notas del Comité Asesor Federal de las Reglas de Evidencia de 1969,³⁴² en su resumen preliminar señalaron, citando al tratadista Charles T. McCormick, que la excepción a la regla de carácter cuando el acusado introduce evidencia pertinente sobre el carácter de la víctima al reclamar defensa propia es aceptada en la mayoría de las jurisdicciones. Comentan:

“While its basis lies more in history and experience than in logic, an underlying justification can fairly be found in terms of the relative presence and absence of prejudice in the various situations. Falknor. Extrinsic Policies Affecting Admissibility, 10 Rutgers L. Rev. 574, 584 (1956). In any event, the criminal rule is so deeply

³³⁹ Chiesa Ernesto L., *Tratado de Derecho Probatorio*, Ed. Corripio, Tomo I, Cap II, pág. 65

³⁴⁰ *Borrador de Informe, Reglas de Derecho Probatorio*, Revisado el 7 de enero de 2007, pág. 137

³⁴¹ 383 N.W.2d 183(1985).

³⁴² James Bailey III and Oscar M. Trelles, *Federal Rules of Evidence, Legislative Histories and Related Documents*, Hein & Co. (1981), Vol. 2, p.57.

imbedded in our jurisprudence as to assume almost constitutional proportions and to override doubts of the basic relevancy of the evidence.”³⁴³

Como puede observarse el ofrecimiento de prueba sobre el carácter de la víctima, es ampliamente utilizado en la jurisdicción federal en casos en los que se alega legítima defensa, pero sólo en forma de opinión y reputación.³⁴⁴ La jurisprudencia dice que cuando en los casos de homicidio el acusado presenta evidencia de que sabía de antemano sobre el carácter violento de la víctima, lo hace para demostrar el temor por su integridad y la razonabilidad de su defensa.³⁴⁵ No se presenta como prueba de la conducta o actos o carácter de la víctima, lo que hace material su ofrecimiento de prueba. Glen Weissenberger³⁴⁶ resume su uso estableciendo que el uso de esta regla está limitado, casi por entero, a delitos de violencia en los que el acusado alegue que actuó en defensa propia y que la alegada víctima fue el primer agresor. En otros contextos no sería admisible y se excluiría por la Regla de Evidencia Federal 402. Tampoco aplicaría en caso de delitos sexuales, en la cual aplicaría la Regla Federal de Evidencia 412.³⁴⁷

Los opositores como los propulsores de esta enmienda tienen argumentos importantes que apoyan sus posiciones. Sin embargo, el inciso a (4) de la Regla 20

³⁴³ Id, Citando *el "Preliminary Draft of Proposed Rule of Evidence for the United States District Courts and Magistrates"*, Committee on Rules of Practice and Procedure of the Judicial Conference of the United States, March 1969.

³⁴⁴ *United States v. Perez-Casillas* (1985, DC Puerto Rico) 607 F Supp 88; *United States v. Keiser*, 57 F.3d 847, 855 (9th Cir. 1995) “No published opinion of this Court has addressed whether Rule 405(b) authorizes a defendant claiming self-defense to introduce specific acts demonstrating his victim's propensity for violence. We conclude, however, that the language of the rule, the teaching of out-of-Circuit authority, and the theory supporting admission of victim character evidence all lead to the conclusion that victim character evidence introduced to support a claim of self-defense or defense of another should be limited to reputation or opinion evidence. The advisory committee's note explains the rationale for this limitation: "Of the three methods of proving character provided by the rule, evidence of specific instances of conduct is the most convincing. At the same time, it possesses the greatest capacity to arouse prejudice, to confuse, to surprise, and to consume time." *Fed. R. Evid. 405* advisory committee's note.”

³⁴⁵ Weinstein and Berger, *Weinstein's Evidence Manual, Student Edition*, 5th Ed., Lexis Nexis (2001), Ch. 6, sec. 6.01, p. 7-15.

³⁴⁶ Id., Footnote 20, p. 104-105.

³⁴⁷ Fed. R. Evid. 412, Sex Offense Cases; Relevance of Alleged Victim's Past Sexual Behavior or Alleged Sexual Predisposition.

permite que en los casos de asesinato u homicidio cuando se alega legítima defensa, el ministerio fiscal pueda refutar trayendo evidencia sobre el carácter tranquilo o pacífico de la víctima. Del mismo modo que las Reglas 18 y 19 permiten que se presente prueba pertinente, la Regla 20 (a) 3 permite que se presente prueba sobre el carácter de la víctima sujeto a lo dispuesto en la Regla 21³⁴⁸ y la Regla 20 (b) que se presente evidencia de carácter para otros propósitos que no son probar conducta conforme al carácter o propensión en la conducta. La excepción de la Regla 20 (b) no está limitada a casos de homicidio o asesinato, ni a una sola de las partes. Las reglas, tal y como están configuradas actualmente, permiten a la alegada víctima presentar su evidencia de carácter pacífico en los casos que el acusado alegue legítima defensa

“Nuestra Regla 20, aunque no es una traducción literal de las reglas federales correspondientes, no cabe duda que en su enfoque teórico no es otra cosa que una combinación de las Reglas Federales de Evidencia números 404, 405 y 406. Específicamente, la Regla 404 (a)(2) Federal permite a un acusado presentar prueba del carácter de la víctima y la 405(a) pauta la forma en que ésta debe presentarse. En esencia, ambas normas son equivalentes a nuestras Reglas 20(a)(3) y 20(c).”³⁴⁹

No está claro cuál es el vacío que vendría a llenar dicha enmienda en nuestras reglas para ofrecer una posición más balanceada en la presentación de evidencia por parte de la víctima. El mero uso y costumbre de la excepción en otras jurisdicciones no debe ser razón suficiente para esbozar un cambio aun cuando se presuma que el jurado seguirá las instrucciones sobre el uso limitado de la evidencia, especialmente por lo controvertible que puede ser la evidencia de carácter ante un jurado. El mismo Comité Asesor de las Reglas de Evidencia de 1969 admite que las exclusiones a la regla de

³⁴⁸ Chiesa Ernesto L. *Tratado de Derecho Probatorio*, Ed. Corripio, Tomo I, Cap II, pág. 64-65

³⁴⁹ *Pueblo v. Martínez Solís*, 128 D.P.R. 135 (1991).

carácter se adoptan más por tradición histórica y experiencia, que por su lógica. Cuál es entonces el principal interés de sus propulsores: ¿aclarar la doctrina prevaleciente a través de las reglas, o simplemente flexibilizar la entrada de evidencia sobre el carácter de los acusados?

d. Regla 20 (b)

El cambio más significativo a la Regla 20 (b) consiste en que para poder presentar evidencia de carácter para otros propósitos que no sean probar propensión en la conducta o inferir que así actuaría la persona contra la cual se ofrece, se propone añadir como requisito que el Ministerio Público, a solicitud del acusado, deberá informar sobre la evidencia de carácter que se propone presentar para otros propósitos y notificarle la naturaleza general de la prueba. El término para presentar dicha solicitud no está definido. El informe establece que ello dependerá de las circunstancias de cada caso. La notificación podría ser hasta en el mismo juicio, de existir justa causa. Su requisito es que el contenido de la solicitud sea uno general sobre la naturaleza de la evidencia propuesta. Esa solicitud no aplica a evidencia que se traiga para impugnar la credibilidad de un testigo o evidencia cuando el carácter sea un elemento esencial de la acusación, reclamación, causa de acción o defensa.³⁵⁰ Tampoco requiere que el Ministerio Fiscal descubra los nombres y direcciones de sus testigos.

e. Regla 20 (c) y (d)

Se agrupan los incisos (c) y (d) de la Regla 20, en la Regla 405 denominada como Formas de Probar el Carácter, equivalente a la Regla Federal de Evidencia 405. Los cambios son mínimos y no alteran la doctrina bajo la Regla 20 (c) y (d), que dispone que

³⁵⁰ Actual Regla 20 (d).

una vez se abre la puerta a la prueba de carácter bajo las excepciones de la Regla 404, ésta se podrá presentar en forma de opinión o reputación, sin perjuicio de que en el contrainterrogatorio se pueda preguntar al testigo sobre aspectos específicos de conducta pertinente a su testimonio para restarle valor probatorio. Mientras que, en casos en que el carácter sea un elemento esencial de la acusación, reclamación o defensa, la evidencia de carácter podrá presentarse en forma de opinión, reputación y conducta.

f. Regla 20 (e)

Esta Regla también queda como una regla independiente y su equivalente es la Regla Federal de Evidencia 406. Se le enumera como Regla 406, Hábito o Práctica Rutinaria. Se divide en dos incisos: el (a) que añade la práctica rutinaria de una organización como evidencia admisible para probar conducta; y el (b) que codifica la forma en que se ofrece, enumerando los requisitos establecidos por la doctrina: conducta específica, repetición de la conducta y regularidad o uniformidad en el patrón de conducta.³⁵¹

g. Regla 21

Los cambios propuestos a la Regla 21, Evidencia de Conducta o Historial Sexual de la Perjudicada, son cambios sustantivos que amplían la protección a las víctimas de delitos sexuales. Para comenzar, se propone cambiar el nombre de la regla a Regla 412, Casos Relacionados con Conducta Sexual Ilícita; Pertinencia de Conducta Sexual Previa de una Alegada Víctima de Agresión Sexual; Evidencia sobre Alegada Propensión Sexual.

³⁵¹ Chiesa Ernesto L., *Tratado de Derecho Probatorio*. Ed. Corripio, Tomo I, Cap II, pág. 112.

El primer cambio incluye en su inciso (a) la protección de esta regla para las víctimas de cualquier delito sexual, contrario a la regla actual que sólo aplica a las víctimas de violación o tentativa de violación. No se admitiría la evidencia si se presenta para probar que la víctima participó en otras conductas sexuales que no están ante la consideración del tribunal, o si es presentada para tratar de probar que la víctima tiene algún tipo de propensión sexual. Este cambio busca poner vigor la política pública que inspira la regla: proteger la intimidad de las víctimas de conductas sexuales ilícitas y promover que éstas denuncien a sus agresores. En su informe, el Comité recalca que esta regla aplica a: 1) todo caso que implique una conducta sexual ilícita aunque ésta no surja de las alegaciones y sin importar el cargo que se le impute al acusado; 2) también se extiende a todos aquellos testigos cuyos testimonios sobre otros casos de conducta sexual ilícita del acusado sería de otro modo admisible. Sin embargo, no aplica cuando se ofrece evidencia para probar que las reclamaciones son alegadamente falsas. La regla sería pues que se excluye toda evidencia que se ofrece para probar conducta sexual o propensión sexual de la alegada víctima de una conducta sexual ilícita. Incluye, pero no se limita, agresiones sexuales y sus tentativas, actos lascivos, hostigamiento sexual y cualquier otra conducta sexual fuera de ley. Por conducta sexual inadmisibile se deberá entender todo comportamiento que implique o sugiera la penetración o algún contacto sexual, así como actividades de la mente, fantasías y sueños. También, incluye actividades que puedan implicar connotación sexual como formas de vestir, de hablar o estilos de vida.

El segundo cambio es que se incorporan en el inciso (b) tres nuevas excepciones, estableciéndose que a menos que resulte inadmisibile por otra Reglas se podrá ofrecer evidencia en forma de conducta cuando: 1) se quiere probar que al acusado no es la

fuente del semen o de la lesión u otra evidencia física; 2) se quiere probar que hubo consentimiento de la alegada víctima; 3) o si es ofrecida por el Ministerio Público para otros propósitos permitidos por las Reglas de Derecho Probatorio; 4) evidencia que de ser excluida violaría los derechos constitucionales del acusado.³⁵² Se aclara que la tercera excepción no incluye que se utilicen esta excepciones para probar propensión sexual de la víctima, ni para presentar actividad sexual entre la víctima y otras personas que no sea el acusado.

Por su parte, el inciso (c) incorpora cambios en el procedimiento cuando se solicita al Tribunal presentar evidencia bajo las excepciones del inciso (b) antes discutido. Se sigue requiriendo una moción por escrito y bajo juramento al Tribunal, pero se establece que la misma tiene que presentarse al menos 14 días antes del juicio, excepto que por justa causa el Tribunal establezca un término distinto o permita que se presente en el juicio. Dicha moción se tiene que notificar a todas las partes y a la alegada víctima, que en caso de ser menor o incapacitada la notificación se hará a su tutor o representante legal. Por último, se añade que el Tribunal, al terminar la vista en privado con las partes, tiene que emitir una orden escrita indicando si la evidencia del acusado se puede ofrecer: qué evidencia y la naturaleza de las preguntas que serán permitidas.

Hay que señalar que con la Regla 412, según propuesta, “la prueba de conducta, opinión o reputación de carácter sexual nunca es admisible como prueba de propensión mendaz...”³⁵³

³⁵² Esto se desprende de la discusión del Comité sobre las enmiendas, pero no surge expresamente del texto de la Regla propuesta.

³⁵³ Borrador de Informe, Reglas de Derecho Probatorio, Revisado el 7 de enero de 2007, pág. 179 (citando a *Olden v. Kentucky*, 488 U.S. 227 (1988))

h. Regla 21 A

Los cambios propuestos a la Regla 21 A, Hostigamiento Sexual; evidencia de reputación y opinión sobre conducta sexual del demandante; inadmisibilidad; excepción; contra interrogatorio, incluyen a aquellos casos civiles que impliquen agresión sexual. Así se establece en el inciso A (1) de la regla propuesta, Regla 413 Hostigamiento Sexual: Agresión Sexual; evidencia de reputación y opinión sobre conducta sexual de la parte demandante; inadmisibilidad; excepción; contrainterrogatorio. Esta nueva regla propuesta procede de la vigente Regla 21 A, la Regla de Evidencia Federal 413 y la sección 1106 del Código de Evidencia de California.

Se mantiene la regla general establecida en la Regla 21 A (a) de no permitir que se presente de ninguna forma evidencia sobre el carácter sexual de la alegada víctima para establecer que ésta consintió o que hay ausencia de daño. Al excluirse cualquier forma de evidencia, entendiéndose opinión, reputación y conducta, el Comité puntualiza que debe tratarse como prueba de opinión, reputación y conducta aquella que se ofrezca para probar propensión sexual de la alegada víctima ya sea su forma de vestir, manifestaciones sobre chistes o fantasías sexuales y evidencia similar. Se elimina la aparente excepción contenida actualmente en dicho inciso que dice: “[...] a menos que existan circunstancias especiales que indiquen que dicha evidencia es pertinente y que su naturaleza inflamatoria o perjudicial no tendrá un peso mayor que su valor probatorio”. Se exceptúa la aplicación de la regla general, cuando la parte demandante alega que el daño es pérdida de capacidad para sostener relaciones sexuales. Se mantiene la excepción de la regla general, la conducta sexual entre el demandante y el alegado hostigador, ya que es

pertinente para adjudicar si hubo o no consentimiento.³⁵⁴ La última excepción codificada, es la existente en el inciso (c) de la Regla 21, en la cual se propone que si el demandante presenta evidencia relacionada con su propia conducta sexual, ya sea con su propio testimonio o el de otra persona, el demandado podrá contrainterrogar a la parte que ofreció la información y presentar evidencia pertinente al contenido de las declaraciones.

El procedimiento de la Regla 21 A es modificado con la Regla 413. Se añade que la moción para pedir permiso al Tribunal para presentar evidencia bajo las instancias se tiene que hacer al menos 14 días antes del juicio, excepto que por justa causa el Tribunal establezca un término distinto. También, permite que se presente en el juicio y que se notifique la moción a la parte demandante. Se añade que el Tribunal celebrará una vista en privado con las partes.

i. Regla 22

La Regla 22, conocida por ser una regla de excepción por políticas extrínsecas, es dividida en cinco reglas independientes pero no sufre cambios sustantivos. El inciso (a) sobre Reparaciones o Precauciones conserva el mismo título y se le enumera como Regla 407, al igual que su equivalente federal. La regla busca excluir evidencia confiable ya que no permite presentar evidencia sobre reparaciones posteriores a un accidente si se presenta para probar negligencia o conducta culpable. Sólo permite que se presente esta evidencia para otros fines pertinentes como: mostrar titularidad o control de la cosa, impugnar si la defensa dice que no era viable hacer dichas reparaciones antes del accidente. Distinto a la regla federal, ésta no excluye la prueba cuando se ofrece para

³⁵⁴ Id., a la pág. 194.

probar que un producto es defectuoso, tiene algún defecto en su diseño o las advertencias o instrucciones de estos no son adecuadas.

El inciso (b) sobre Transacciones, se enumera como la Regla 408, Transacciones y Ofertas para Transigir, y se adopta básicamente una traducción de la Regla Federal de Evidencia 408, excepto el inciso (2) de esta que permite que en un procedimiento criminal se presente evidencia sobre declaraciones hechas a una agencia administrativa, investigativa o reguladora durante negociaciones dirigidas a transigir.³⁵⁵ La razón para no recomendar la adaptación de esa excepción lo es que el Comité entiende que menoscaba el propósito mismo de la regla que es fomentar las transacciones. Se le añade que “Para fines de esta Regla no se considerará como intento de obstruir una investigación o procedimiento criminal, la conducta dirigida a transigir un delito cuya transacción está autorizada por las Reglas de Procedimiento Criminal, el Código Penal o legislación especial.” Por lo que dichas ofertas para transigir no serán admisibles en evidencia.

El inciso (c) sobre pagos y oferta de pago por gastos médicos queda básicamente inalterado, y se enumera como Regla 409, igual a su equivalente federal. La enmienda propuesta a esta regla de exclusión sobre Declaración de Culpabilidad, Regla 22 (d) incluye: cambiar su nombre a Alegación Preacordada y numerarla como Regla 410 (igual a su equivalente federal). Aparte de unos breves cambios en su redacción, su contenido queda inalterado. Distinto a la regla federal 410, no se requiere que consten en registro. El Comité hace énfasis en que para que las expresiones estén protegidas deben haberse

³⁵⁵[...] (2) conduct or statements made in compromise negotiations regarding the claim, except when offered in a criminal case and the negotiations related to a claim by a public office or agency in the exercise of regulatory, investigative, or enforcement authority. Fed Rules Evid R 408.

originado según lo dispuesto por la Regla 72 de Procedimiento Criminal. Por último, los cambios sugeridos a la Regla 22 (e) son de estilo en su redacción y cambio en su numeración para conocerse como Regla 411. El contenido de la regla propuesta se mantiene igual a la actual.

Conclusión

Los cambios propuestos a este Capítulo IV, en específico a la Regla 18 y la Regla 20 (a) reflejan una tendencia a flexibilizar la entrada de evidencia. El cambio en la definición de evidencia pertinente propuesto a la Regla 18 nos parece acertado, ya que, tal y como se define actualmente, inclina la balanza a evidencia material, que más bien es un elemento de lo que es prueba pertinente. Dicho cambio de entrada aclara dudas a su lector sobre su aplicabilidad. Sin embargo, la nueva propuesta Regla 20 (a) 3 no nos parece acertada. Se pretende establecer como excepción que el acusado pueda abrir la puerta a evidencia sobre su carácter al presentar evidencia sobre el carácter de la víctima. Esto trastoca la política establecida que busca dar herramientas a los acusados para que puedan contrarrestar el gran poder y peso de la maquinaria del Estado que se activa en su contra a través del Ministerio Público. Se ignoran las propias razones en las que se han fundamentado por décadas nuestros Tribunales para excluirla: el alto potencial de causar confusión al juzgador y perjuicio indebido a los acusados. En el informe final presentado y publicado el pasado 27 de marzo de 2007 por el Comité Asesor Permanente de Reglas de Evidencia, se añade la postura del Profesor Enrique Vélez Rodríguez en cuanto al cambio propuesto. El Prof. Vélez Rodríguez también disiente por ser dicha enmienda contraria al estado de derecho actual. No nos parece que el objetivo perseguido por los propulsores de la enmienda a la Regla 20 permitiría una presentación

más balanceada de evidencia de carácter cuando el acusado elige atacar el carácter de la alegada víctima. Actualmente las alegadas víctimas pueden presentar evidencia sobre su carácter pacífico cuando el acusado alegue legítima defensa. Dar paso a dicha enmienda permitirá que se valore el delicado y débil balance de fuerzas y recursos que existe actualmente entre el Ministerio Fiscal y la Defensa.

Bibliografía

1. Alprin, Katherine J. *Character Evidence in the Quasi-Criminal Trial: An Argument for Admissibility*, 73 Tul. L. Rev. 2073 (1999).
2. Bailey, James III and Trelles, Oscar M. *Federal Rules of Evidence, Legislative Histories and Related Documents, Vol. 2*. Hein & Co. (1981).
3. Chiesa Ernesto L., *Tratado de Derecho Probatorio*, Ed. Corripio (2001).
4. Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.
5. Emanuelli Jiménez, Rolando. *Prontuario de Derecho Probatorio Puertorriqueño*, Puerto Rico, Ediciones Situm, 1ra Ed., 1994.
6. *González v. Tribunal Superior*, 75 D.P.R. 585 (1953).
7. *In re: Comité Asesor Permanente de Reglas de Evidencia*, 2006 TSPR 13.
8. Ley 201 de 22 de agosto de 2003, Ley de la Judicatura de Puerto Rico, según enmendada; 4 L.P.R.A .
9. *Michelson v. United States*, 335 U. S. 469 (1948).
10. *Old Chief v. U.S.*, 519 U.S. 172 (1997).
11. *People v. Anderson*, 383 N.W.2d 183(1985).
12. *Pueblo v. Martínez Solis*, 128 D.P.R. 135 (1991).
13. *Pueblo v. Ortiz Pérez*, 123 D.P.R. 216 (1987).
14. Reglas de Evidencia de Puerto Rico, 32 L.P.R.A. Ap. IV.
15. Reglas de Procedimiento Criminal de Puerto Rico.
16. Tribunal Supremo de Puerto Rico, Secretariado de la Conferencia Judicial y Notarial, Comité Asesor Permanente de las Reglas de Evidencia. *Informe de las Reglas de Derecho Probatorio*. Marzo de 2007.
17. *U.S. v. Fountain* 768 F.2d 790 (7th Cir. 1985).
18. *U.S. v. Mende*, 43 F 3d 1298 (9th Cir. 1995).
19. *U.S. v. Rivera*, 83 F. 3d 542, 545 (1st Cir. 1996).

20. *U.S v. St. Michael's Credit Union*, 880 F. 2nd 579 (1st Cir. 1989).
21. U.S.C.S. Federal Rules of Evidence.
22. [*United States v. Keiser*, 57 F.3d 847, 855 \(9th Cir. 1995\)](#).
23. *United States v. Pérez-Casillas*, 607 F Supp 88 (1985).
24. Weinstein and Berger. *Weinstein's Evidence Manual, Student Edition, 5th Ed.*, Lexis Nexis (2001).

EL PROCESO DE ANGEL NIEVES: SEMEJANZAS A LA OBRA DE KAFKA Y EL DIVORCIO ENTRE LA LEY Y LA JUSTICIA

Nancy E. Rivera Rivera

I. Introducción:

Dice la leyenda de Franz Kafka “*Ante la ley*” que había un centinela haciendo guardia ante la ley y un buen día llegó un hombre a rogarle que lo dejase entrar. El centinela le dijo que no podía permitirle pasar en ese momento. El hombre creyó entender que era posible que le dejase más tarde, y así se lo preguntó: “Es posible –le replicó el centinela-, pero en este momento no.” El centinela se separó unos pasos y volvió a situarse junto a la entrada que permanecía abierta. Entonces el hombre aprovechó esto para entrar la cabeza y mirar hacia dentro. El centinela, que observó lo que hacía se sonrió y le dijo: “Si estás tan ansioso por entrar, puedes hacerlo aunque está prohibido; pero considera que soy poderoso, aunque soy el más insignificante de los centinelas. En cada estancia que atraveses, tropezarás con centinelas que van teniendo más poder; a partir de la tercera ni yo mismo puedo resistir sus miradas.”

“El hombre no creía que la ley pudiese establecer tantas dificultades, Pensaba que la ley debía estar abierta a todos aquellos que pudieran necesitarla. Pero a medida que miraba al centinela con más atención, enfundado en un largo abrigo de piel, con su larga nariz y su no menos larga barba, cortada a lo turco, optó por esperar a que le permitiera entrar. El centinela le cedió un banquillo y le hizo sentarse al lado de la puerta. Estuvo allí muchos años. Muchas veces pretendió entrar y para ello rogó incansablemente al centinela. Éste en ocasiones lo torturó sometiéndolo a largos interrogatorios, le hizo preguntas sobre su país: ¿cómo son allí las costumbres? ¿cómo viven los grandes

· Estudiante de cuarto año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

señores? pero siempre le dió la misma respuesta negativa, diciéndole que no podía entrar. El hombre que previendo que su viaje podía ser muy largo, llevó consigo toda clase de provisiones y no escatimó con regalar al centinela todo lo mejor que tenía pretendiendo de esa manera predisponerlo a su favor. Éste aceptó todo sin titubear, pero le manifestó que aceptaba todo para que no se turbara suponiendo que el no obsequiarle de una manera adecuada fuera la causa de que no accediera a dejarle entrar. Durante largos años de espera no cesó de observarle y no prestó ninguna atención a los otros centinelas, pues creía firmemente que era éste el causante de su infortunio. Los primeros años se quejaba amargamente de su suerte; después y a medida que pasó el tiempo, fue envejeciendo y se redujo a gruñir amargamente sin moverse de su rincón. Retornó a la infancia, y al estar tantos años allí conoció una por una las pulgas que habitaban en el cuello de piel del centinela. Apeló hasta a ellas para que le convencieran de que le dejaran pasar.

Llegó a ser muy anciano y sus ojos no perciben si es de noche o de día. No veían más que tinieblas. Pero repentinamente vió brillar en medio de las tinieblas una luz que se coló por entre las puertas de la ley. Su vida estaba a punto de extinguirse. Sintióse morir, se agolparon en su memoria toda clase de recuerdos de su existencia pasada. Destacándose entre todos, surgió una pregunta que nunca se había hecho. Ya no podía ponerse en pie. Le suplicó al centinela que se le acercara. Este accedió, pero tuvo que agacharse mucho, ya que la edad había disminuido la estatura del hombre y ahora se diferencian mucho. “¿Que es lo que quieres saber?, le preguntó el centinela. En el estado en que te encuentras, ¿todavía te importa algo? Entonces el hombre le replica, y son sus últimas palabras: “Todos las personas quieren acceder a la ley. ¿Qué explicación tiene

entonces que en tantos años que estoy aquí no haya habido nadie más que yo que haya querido entrar? El centinela se da cuenta de que el hombre se está muriendo ya. Entonces para hacerse oír por sus débiles oídos, se inclina más sobre él, y acercándose a su oído le grita: “Eras tú el único que podría entrar aquí, pues esta puerta estaba destinada solamente para ti. Ya no soy necesario, entonces me iré y la cierro.”

Este ensayo entrará en el debate de la Justicia y el Derecho y cómo nuestros Tribunales, en muchas ocasiones han optado por dirigirse por el camino de las reglas, procedimientos, la burocracia y la inflexibilidad. Utilizaremos como marco de referencia para este análisis el caso de Angel Nieves Díaz, puertorriqueño que fue ejecutado mediante inyección letal el 13 de diciembre de 2006 y la obra del escritor checo, Franz Kafka, “*El Proceso*”.

Es preciso observar que la fábula de Kafka consiste de tres partes. La primera es el acercamiento del hombre hacia la Justicia. Éste fue acompañado de la esperanza de que la Justicia o su entendimiento de ella pudiera ser de utilidad para él. Fue a recibir de la Justicia lo que debía recibir. En la segunda parte se enfrenta con la realidad de que lo que debía ser simplemente no era y comienza un proceso de tortura y espera. El hombre, a pesar de haberse enterado de que la ley no era accesible, sino un proceso trabado de manera absurda, decide esperar porque su momento para acceder a la ley llegará. La tercera y última parte nos enseña el fracaso de la ley. En esta parte el hombre que dedicó su vida a tratar en vano de acceder a la ley, ha sido torturado y despojado inclusive de su dignidad. Es entonces que se entera que esa puerta era para él, pero en ese momento ya no le servía de nada.

II. El Concepto Descriptivo del Derecho y el Concepto Normativo del Derecho

Desde el momento en que las leyes comenzaron a ser escritas, los filósofos del Derecho han debatido acerca su naturaleza. Algunos han propuesto que el Derecho es el reflejo de un ideal de superior. En muchas ocasiones han utilizado ambos términos como sinónimos. Y cuando la mayoría de las personas hablan acerca de sus derechos, se refieren a lo que en justicia les corresponde. No obstante, la pregunta acerca de qué es el Derecho ha sido cuestionada por muchas personas. Hart consideró esta cuestión como una de las preguntas persistentes de los juristas y a la vez una de las perplejidades recurrentes de la teoría jurídica.³⁵⁶ Escribió que pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondida por pensadores serios de manera tan diversa, extraña y paradójica. Kant escribió en su momento que los juristas todavía buscan un concepto de Derecho, con alusión al fenómeno de la multitud de definiciones y la lista inacabada de soluciones propuestas por los filósofos del Derecho a la cuestión planteada.³⁵⁷

Las disputas giran principalmente en torno a que ciertos autores sostienen un concepto normativo de Derecho, mientras que otros sostienen un concepto descriptivo. El concepto normativo de Derecho hace referencia a un conjunto de reglas que por su contenido es inconveniente o justo emplear por parte de los individuos, mientras que el concepto descriptivo de Derecho solo hace referencia a un conjunto de reglas efectivamente aceptadas o aplicadas por los órganos del Estado, independientemente de su contenido. Quienes vinculan el concepto de Derecho a lo justo o debido, participan del concepto normativo de Derecho.

³⁵⁶ Catenacci, I. J., Introducción al Derecho. Teoría General, Editorial Astrea, Buenos Aires. (2001), P. 10

³⁵⁷ Id.

Para Kant la pregunta de qué es el Derecho tiene que sumir al jurista en la misma perplejidad que al lógico la pregunta de que es la Verdad. El jurista puede decirnos que el Derecho es lo que las leyes prescriben o han prescrito en un lugar y tiempo determinados; pero para saber si lo que las leyes disponen es justo, y cuál es el criterio general para distinguir lo justo de lo injusto, deberá abandonar por algún momento los principios empíricos y buscar el fundamento de aquellos juicios en la razón, para lo cual, aquellas leyes, aquellos principios empíricos pueden servirle de guía, a fin de sentar las bases para una legislación positiva. “Una teoría del Derecho meramente empírica es como la cabeza de madera de la fábula de Fedro, una cabeza que puede ser muy hermosa, pero que no tiene seso,”³⁵⁸ expresó Kant.

La concepción iusnaturalista de Santo Tomás plantea una unión necesaria entre los conceptos de Derecho y Justicia. “Lo propio de la Justicia entre las demás virtudes, - dice- es regir al ser humano en las cosas relativas al otro u otra. La Justicia es entonces una virtud, una facultad del alma, así como la vista o la audición son facultades del cuerpo. Es también una relación de alteridad, porque es una relación entre seres humanos. Y es finalmente un deber porque lo justo es lo debido a otro. Se realiza la justicia cuando se da al otro lo que le es debido, lo que constituye su derecho subjetivo.”³⁵⁹

No obstante, Hans Kelsen entendía que era carente de sentido afirmar que en la tiranía no existía orden jurídico, sino que lo que rige en ella es el capricho del déspota. Sostiene Kelsen que el Estado tiránico constituye cierto orden de la conducta humana y

³⁵⁸ Id., P. 11

³⁵⁹ Russo E. A., Teoría General del Derecho en la Modernidad y Posmodernidad,. Abeledo-Perrot, Buenos Aires. (1996) P. 50 y 51

este es precisamente un orden jurídico. Dice que negarle el carácter de derecho no pasa de ser una ingenuidad iusnaturalista o una petulancia. Eso que se quiere presentar como capricho no es más que la posibilidad de que el autócrata se reserve en última instancia cualquier decisión, y de que, aun cuando estén ya establecidas, pueda suprimir o alterar las normas, con validez general o solo para ciertos casos especiales. Desde el punto de vista de la ciencia jurídica el Derecho del régimen nazi es un Derecho. Lamentable, pero no podemos negar que eso era Derecho (Welzel, H., 1971) citando a Kelsen.³⁶⁰

De acuerdo a Dworkin, el positivismo “se hace agua” cuando para explicar los problemas de la aplicación del Derecho elabora la respuesta del “arbitrio judicial” que no conduce a nada ni resuelve nada, dado que si un juez puede decidir a su arbitrio, no es posible que haya ningún derecho u obligación legal, o sea, ningún título que él deba imponer a las partes. La posición de Dworkin según lo explica Russo ha sido ubicada como una posición ecléctica entre el positivismo y el iusnaturalismo.³⁶¹ También resulta innegable sus contactos con el realismo, al destacar el papel protagónico de los jueces en los llamados “casos difíciles” (hard cases). Dworkin define directriz política como el tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado, aunque algunos objetivos son negativos en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de algún cambio adverso. Llamó principio a un estándar que ha de ser observado por ser éste una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de moralidad. La diferencia principal de la tesis dworkiana con los iusnaturalistas estriba en que las directrices y los principios integran para Dworkin el Derecho positivo vigente, y no constituyen un

³⁶⁰ Kelsen H. *Allgemeine Staatslere*, 1925, p. 335; ver H. Welzel, *Derecho Injusto y Derecho Nulo* (Madrid, 1971), p.76,77.

³⁶¹ E. A. Russo, *Teoría General del Derecho en la Modernidad y en la Posmodernidad*, Abeledo-Perrot,, Buenos Aires. (1996) P. 59

sistema supra legal condicionante de la validez del Derecho positivo. Si frente a un “caso difícil” el juez se aparta del principio y aplica literalmente la norma, la solución resultaría igualmente válida, dado que el principio no es obligatorio, precisamente por no ser norma.³⁶²

Señala Alexy, R. (1997),³⁶³ que existe un problema acerca del concepto Derecho y la relación entre derecho y moral. Las teorías positivistas sostienen la tesis de la separación. Según ésta el Derecho debe ser definido de tal manera que no exista ninguna conexión entre aquello que ordena el Derecho y aquello que exige la moral. Por ende sólo quedan dos elementos a definir: el de la legalidad dotada de autoridad y el de la eficacia social. En cambio todas las teorías no positivistas sostienen la tesis de la no vinculación. Lo que diferencia a los no positivistas de los positivistas es la concepción de que el Derecho debe ser definido de forma tal que además de apuntar a hechos, se incluyan también elementos morales.

El Proceso de Franz Kafka nos representa un mundo que es absurdo, pero terriblemente real. Este mundo se asemeja muy poco a la existencia ordinaria, pero está hecho de elementos de la vida cotidiana. En efecto, Kafka muestra una estructura jurídica con grandes semejanzas a cualquier estructura judicial que se preste (un acusado, un abogado, un tribunal). Pero lo que viene a caracterizar este entramado judicial no es precisamente la analogía mencionada sino más bien, las profundas similitudes que podrían establecerse entre el aparato judicial kafkiano y las instituciones propias de un

³⁶² Id.

³⁶³ R. Alexy, El Concepto y la Validez del Derecho, Gedisa Editorial, Barcelona. (1997) p. 21, 22, 87, 88,89.

Estado de Derecho³⁶⁴

Las imágenes utilizadas por Kafka no solo constituyen símbolos, son alegorías que tienen que ver con un mundo sin sentido. Ese mundo es laberinto interminable de angustia que termina como víctima de un “fósil social” como la justicia³⁶⁵

Desde la detención de Josef K., el autor deja claro el carácter arbitrario de la situación. Pero la detención no solo es arbitraria, sino que también resulta ridícula. La organización a la que está sometido K. es un sistema paralelo al que rige judicialmente el estado en el cual éste vive. Vivía en un estado constitucional (o por lo menos eso deja ver el autor ante la incredulidad de K.) en el que reinaba la paz en todas partes y se respetaban las leyes.

Los académicos jurídicos del movimiento de Derecho y Literatura y Derecho y Narrativa han comenzado a tomar en cuenta que el Derecho es una práctica de discurso, un sistema de ideas basadas en el lenguaje. Igualmente se utiliza como método de organización social y como medio de coerción utilizado por el Estado.³⁶⁶ Desde este punto de vista, los textos legales y jurídicos no solo reflejan el sistema de valores y creencias inherentes a su momento histórico, sino que también participan en la formación de ese sistema. Ahora, cabe preguntarnos, ¿Cuánto se parece el sistema de justicia representado en la obra de Kafka al sistema nuestro?

³⁶⁴ Kafka F., El Proceso, A. Martí (2001), Estudio Introductorio, Editorial Libresa, Ecuador. (1925) P. 9-33

³⁶⁵ Id.

³⁶⁶ Kairys D., The Politics of Law: a Progressive Critique, Basic Books, New York. (1997), P. 673

III. El Proceso de Ángel Nieves Díaz

A. Hechos:

El proceso de Ángel Nieves Díaz comenzó el 29 de diciembre de 1979 cuando uno de tres hombres de origen hispano le dispararon y dieron muerte al administrador de una barra en Miami. No hubo testigos ya que la mayoría de los empleados y clientes de la barra fueron encerrados en el baño y una bailarina que se escondía debajo de la barra no pudo ver quién fue la persona que hizo los disparos. Ángel Nieves Díaz fue acusado y convicto por la comisión del delito de asesinato en primer grado, cuatro cargos de secuestro, dos cargos de robo a mano armada y otros. Díaz condujo su defensa. Fue sentenciado a cumplir 834 años de cárcel y a la pena de muerte por recomendación del jurado.

B. Proceso Apelativo

Nieves Díaz apeló su convicción señalando varios errores cometidos en la etapa del juicio. Entre ellos que el tribunal erró al denegar una moción de suspensión solicitada por la defensa debido a que ésta fue notificada 10 días antes del juicio en el que el estado planificaba utilizar a Gajus como testigo. La fiscalía quería presentar el testimonio de Gajus en el que decía había sido ubicado en la celda aledaña a la del acusado y que el acusado, a través de señas le había confesado haber sido la persona que disparó el arma de fuego el día del asalto en el que resultó muerto el administrador de la barra. La defensa depuso a Gajus inmediatamente. En el primer día de juicio, nuevamente solicitó que se suspendiera para una fecha posterior. La defensa reclamó que no tenía suficiente tiempo para discutir con el acusado las declaraciones hechas por Gajus en la deposición

realizada. El Tribunal Supremo de la Florida no encontró abuso de discreción ante la negativa de conceder la suspensión solicitada.

La defensa señaló como segundo error la exclusión de dos miembros del jurado que manifestaron en la etapa de desinsaculación de jurado oponerse a la pena de muerte, creando un jurado propenso a deliberar un veredicto de culpabilidad. El Tribunal Supremo de la Florida no acogió el planteamiento de la defensa señalando que el mismo ya había sido rechazado en Lambrix v. State.³⁶⁷ Ciertamente el mismo planteamiento había sido rechazado en Lambrix, pero cabe señalar que tan solo un año y ocho meses antes de que se decidiera el caso de Lambrix el 8vo Circuito del Tribunal Apelativo de los Estados Unidos había aceptado el mismo planteamiento en Grisby v. Mabry.³⁶⁸ Concluyó que la exclusión de miembros del jurado que se oponían a la pena de muerte violaba el derecho de sexta enmienda del acusado:

“The issues on this appeal relate to the question left open in *Witherspoon v. Illinois*, 391 U.S. 510, (1968): whether the exclusion of jurors who hold absolute scruples against the death penalty creates a “conviction-prone” jury as to the guilt of a defendant in a capital case. On an earlier remand from this court, *Grigsby v. Mabry*, 637 F.2d 525 (8th Cir.1980), modifying 483 F.Supp. 1372 (E.D.Ark.1980), the district court held a plenary hearing on the issues involved: (1) whether the sixth amendment right to a trial by jury is violated in capital cases by a jury from which the state has systematically excluded at *voir dire* all persons who hold inflexible scruples against capital punishment and (2) whether exclusion of the *Witherspoon* excludables (WEs) during the guilt-innocence phase of the trial violates a defendant's fourteenth amendment due process right to a fair and impartial jury. The trial court, the Honorable G. Thomas Eisele, in a learned and exhaustive opinion, found that both the sixth amendment right to have a jury selected from a representative cross section of the community, and the fourteenth amendment due process right to have an impartial jury, were violated. As a result, the trial court

³⁶⁷ 494 So.2d 1143 (1986).

³⁶⁸ F. 2d 226, 229 758 (1985).

ordered that the state of Arkansas, in all capital cases, must hold bifurcated jury trials; first, as to guilt, and second, assuming guilt, as to punishment. *Grigsby v. Mabry*, 569 F.Supp.1273, 1321-23 (E.D.Ark.1983). Stay granted 583 F.Supp.629 (E.D.Ark.1983).”

Esta decisión fue revocada por el Tribunal Supremo Federal en Lockhart v.

McCree.³⁶⁹ El Supremo expresó:

“In this case we address the question left open by our decision nearly 18 years ago in *Witherspoon v. Illinois*, 391 U.S. 510, (1968): Does the Constitution prohibit the removal for cause, prior to the guilt phase of a bifurcated capital trial, of prospective jurors whose opposition to the death penalty is so strong that it would prevent or substantially impair the performance of their duties as jurors at the sentencing phase of the trial? See *id.*, at 520, n. 18, 88 S.Ct., at 1776, n. 18; *Bumper v. North Carolina*, 391 U.S. 543, 545, (1968). We hold that it does not.”

En el mismo caso, la opinión disidente escrita por el Juez Marshall en la que los jueces Stevens y Brennan concurren, señaló que el convicto sostiene que el “death qualified jury” que lo encontró culpable fue un jurado organizado con el propósito de rendir un veredicto de culpabilidad al excluir a todas aquellas personas que expresaron en el *voir dire* estar en contra de la pena de muerte. Expresó además:

“In support of this claim, he has presented overwhelming evidence that death-qualified juries are substantially more likely to convict or to convict on more serious charges than juries on which unalterable opponents of capital punishment are permitted to serve. Respondent does not challenge the application of *Witherspoon* to the jury in the sentencing stage of bifurcated capital cases. Neither does he demand that individuals unable to assess culpability impartially (“nullifiers”) be permitted to sit on capital juries. All he asks is the chance to have his guilt or innocence determined by a jury like those that sit in noncapital cases—one whose composition has not been tilted in favor of the prosecution by the exclusion of a group of prospective jurors uncommonly aware of an accused's constitutional rights but quite capable of determining his culpability without favor or bias...With a glib nonchalance ill

³⁶⁹ 476 US 162, 164, 185 (1986).

suited to the gravity of the issue presented and the power of respondent's claims, the Court upholds a practice that allows the State a special advantage in those prosecutions where the charges are the most serious and the possible punishments, the most severe. The State's mere announcement that it intends to seek the death penalty if the defendant is found guilty of a capital offense will, under today's decision, give the prosecution license to empanel a jury especially likely to return that very verdict. Because I believe that such a blatant disregard for the rights of a capital defendant offends logic, fairness, and the Constitution, I dissent.”

Ángel Nieves Díaz señaló además que el Tribunal erró al tomar medidas de seguridad severas que afectaron la presunción de inocencia. Nieves Díaz compareció a su juicio encadenado. El Tribunal Supremo de la Florida concluyó que el tribunal de primera instancia en el que se ventiló el juicio tomó las medidas de seguridad necesarias dado el historial delictivo del acusado. Concluyó además que en casos particulares, la obligación del tribunal de mantener el orden y la seguridad se sobrepone al derecho a la presunción de inocencia, y citó a Illinois v. Allen.³⁷⁰ Sin embargo este caso es claramente distinguible.

En Illinois v. Allen, la controversia existente era si un acusado podía ser excluido del proceso que el Estado realizaba en su contra debido a que el acusado actuaba de manera altanera, obstruyendo e imposibilitando que se continuara con el mismo, sin que se le violentara su derecho a la confrontación de testigos. Durante su juicio el acusado presentó un patrón de conducta que interrumpía el proceso que se estaba ventilando en sala. El acusado fue apercibido de que, de continuar dicho patrón de conducta tendría que ser sacado de sala. El acusado optó por continuar con su conducta y fue excluido de sala. Allen presentó una moción de hábeas corpus al tribunal federal de distrito,

³⁷⁰ 397 U.S. 337, 344 (1970).

reclamando que había sido privado de su derecho constitucional a estar presente en su juicio y a confrontar a los testigos. El tribunal de distrito denegó la moción de habeas corpus. No encontró violación constitucional alguna. El tribunal apelativo determinó que efectivamente hubo violación a su derecho constitucional a estar presente en su juicio y aclaró que en casos extremos y cuando fuera necesario el acusado podía ser restringido de la manera que el tribunal entendiera necesaria. Pero que no podía ser excluido del proceso en su contra. No obstante el Tribunal Supremo Federal opinó que efectivamente, si la conducta de un acusado imposibilitaba el procedimiento realizado en su contra, podía ser excluido de la sala:

"The Court of Appeals felt that the defendant's Sixth Amendment right to be present at his own trial was so 'absolute' that, no matter how unruly or disruptive the defendant's conduct might be, he could never be held to have lost that right so long as he continued to insist upon it, as Allen clearly did. Therefore, the Court of Appeals concluded that a trial judge could never expel a defendant from his own trial and that the judge's ultimate remedy when faced with an obstreperous defendant like Allen who determines to make his trial impossible is to bind and gag him. We cannot agree that the Sixth Amendment, the cases upon which the Court of Appeals relied, or any other cases of this Court so handicap a trial judge in conducting a criminal trial. The broad dicta in Hopt v. Utah, supra, and Lewis v. United States, 146 U.S. 370, (1892), that a trial can never continue in the defendant's absence have been expressly rejected. Diaz v. United States 223 U.S. 442 (1912). We accept instead the statement of Mr. Justice Cardozo who, speaking for the Court in Snyder v. Massachussetts, 291 U.S. 97, 106,(1934), said: 'No doubt the privilege (of personally confronting witnesses) may be lost by consent or at times even by misconduct. Although mindful that courts must indulge every reasonable presumption against the loss of constitutional rights, Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458, 464, (1938) we explicitly hold today that a defendant can lose his right to be present at trial if, after he has been warned by the judge that he will be removed if he continues his disruptive behavior, he nevertheless insists on conducting himself in a manner so disorderly, disruptive, and disrespectful of the court that his trial cannot be carried on with him in the courtroom. Once lost, the

right to be present can, of course, be reclaimed as soon as the defendant is willing to conduct himself consistently with the decorum and respect inherent in the concept of courts and judicial proceedings [...]

Más adelante sostuvo el tribunal:

“[I]t is essential to the proper administration of criminal justice that dignity, order, and decorum be the hallmarks of all court proceedings in our country. The flagrant disregard in the courtroom of elementary standards of proper conduct should not and cannot be tolerated. We believe trial judges confronted with disruptive, contumacious, stubbornly defiant defendants must be given sufficient discretion to meet the circumstances of each case. No one formula for maintaining the appropriate courtroom atmosphere will be best in all situations. We think there are at least three constitutionally permissible ways for a trial judge to handle an obstreperous defendant like Allen: (1) bind and gag him, thereby keeping him present; (2) cite him for contempt; (3) take him out of the courtroom until he promises to conduct himself properly... Trying a defendant for a crime while he sits bound and gagged before the judge and jury would to an extent comply with that part of the Sixth Amendment's purposes that accords the defendant an opportunity to confront the witnesses at the trial. *But even to contemplate such a technique, much less see it, arouses a feeling that no person should be tried while shackled and gagged except as a last resort. Not only is it possible that the sight of shackles and gags might have a significant effect on the jury's feelings about the defendant, but the use of this technique is itself something of an affront to the very dignity and decorum of judicial proceedings that the judge is seeking to uphold.* (Énfasis suplido) Moreover, one of the defendant's primary advantages of being present at the trial, his ability to communicate with his counsel, is greatly reduced when the defendant is in a condition of total physical restraint. It is in part because of these inherent disadvantages and limitations in this method of dealing with disorderly defendants that we decline to hold with the Court of Appeals that a defendant cannot under any possible circumstances be deprived of his right to be present at trial. However, in some situations which we need not attempt to foresee, binding and gagging might possibly be the fairest and most reasonable way to handle a defendant who acts as Allen did here.”

Como podemos ver, el caso de Allen era distinguible del caso de Ángel Nieves Díaz. No surge de los hechos narrados en el caso Diaz v. State,³⁷¹ que fuera necesario encadenar al acusado. Nunca mostró conducta que obligara al tribunal a excluirlo del procedimiento o a encadenarlo para que fuera posible continuar con el mismo. Pero ese no es el único asunto que nos debe dejar perplejos. Resulta inconcebible que el tribunal supremo del estado de la Florida cite el caso de Illinois v. Allen, *supra*. El mismo caso expone que aunque tomar medidas extremas para mantener la seguridad es permisible, deja mucho que desear el que una persona sea sometida a juicio encadenada y amordazada, excepto como último recurso ya que no sólo es posible que el hecho de ver al acusado encadenado y amordazado pueda tener efectos adversos sobre el jurado en torno al acusado, sino que además dicha técnica representa una afrenta al procedimiento judicial que el juez intenta dirigir. ¿Acaso no es un principio elemental del Derecho citar en contexto con lo que se quiere establecer? ¿Acaso no falta a la ética judicial cambiarle el significado a un caso citado, con el propósito de favorecer el planteamiento que se desea establecer?

Señaló también que el tribunal erró al permitirle proceder pro se (1) porque su solicitud fue hecha a destiempo, (2) necesitaba un intérprete ya que no dominaba el idioma inglés y (3) sus movimientos ante el jurado durante su auto representación desviaban la atención a las cadenas. El Tribunal Supremo de la Florida tampoco acogió este planteamiento ya que el acusado había sido orientado sobre las dificultades que representaba la auto representación y el hecho de no dominar el idioma.

³⁷¹ 513 So. 2d 1045 (1987)

Su siguiente señalamiento fue que todas las sentencias de pena de muerte son castigos crueles e inusitados que violan la octava enmienda de la Constitución de Estados Unidos. Respondió el tribunal que este argumento había sido rechazado en Proffit v. Florida.³⁷² En *Proffit, supra*, el Supremo Federal indicó la pena de muerte no podía ser considerado un castigo cruel e inusitado por las razones señaladas en Gregg v. Georgia.³⁷³ En este caso dice el Tribunal Supremo Federal que la primera vez que se utilizó el término de castigo cruel e inusitado fue en el 1689, en la Carta de Derechos de Inglaterra. El término realmente proscribía castigos que no estuvieran estatuidos o que quedaran fuera de la jurisdicción del tribunal sentenciador al igual que aquellos castigos que fueran desproporcionados al delito cometido. Los hombres americanos que incorporaron este término a la octava enmienda de la constitución estadounidense tenían en mente proscribir castigos tortuosos y otros métodos de castigo que resultasen barbáricos. En *Gregg*, reafirmaron lo que ya se había establecido en In Re Kemmler.³⁷⁴ “Los castigos son crueles cuando envuelven tortura o un castigo tan severo pueda dejar a la persona moribunda”. Más adelante nos dice:

“Therefore, in assessing a punishment selected by a democratically elected legislature against the constitutional measure, we presume its validity. We may not require the legislature to select the least severe penalty possible so long as the penalty selected is not cruelly inhumane or disproportionate to the crime involved. And a heavy burden rests on those who would attack the judgment of the representatives of the people.”

También señaló el Tribunal Supremo Federal que cuando se incluyó en la Constitución que nadie sería privado de su vida, libertad o propiedad sin el debido

³⁷² 428 U.S. 242 (1976).

³⁷³ 428 U.S. 153 (1976).

³⁷⁴ 136 U.S. 436 (1890).

proceso de ley, claramente se establecía que los “framers” de la Constitución adoptaban la pena de muerte como castigo para su gente. Cuando el Supremo rechazó el planteamiento de que la ejecución mediante electrocución no era castigo cruel e inusitado expresó lo siguiente:

“The punishment of death is not cruel, within the meaning of that word as used in the Constitution. It implies there something inhuman and barbarous, something more than the *mere extinguishment of life.*” (‘Enfasis suplido).

Posteriormente añadió:

“...The instinct for retribution is part of the nature of man, and channeling that instinct in the administration of criminal justice serves an important purpose in promoting the stability of a society governed by law. When people begin to believe that organized society is unwilling or unable to impose upon criminal offenders the punishment they ‘deserve,’ then there are sown the seeds of anarchy of self-help, vigilante justice, and lynch law...Although some of the studies suggest that the death penalty may not function as a significantly greater deterrent than lesser penalties, there is no convincing empirical evidence either supporting or refuting this view. We may nevertheless assume safely that there are murderers, such as those who act in passion, for whom the threat of death has little or no deterrent effect. But for many others, the death penalty undoubtedly is a significant deterrent. There are carefully contemplated murders, such as murder for hire, where the possible penalty of death may well enter into the cold calculus that precedes the decision to act. And there are some categories of murder, such as murder by a life prisoner, where other sanctions may not be adequate.”

Ángel Nieves Díaz solicitó al tribunal que dejara sin efecto la sentencia de pena de muerte ya que el tribunal de instancia no le dio instrucciones al jurado acerca de la intención necesaria para poder imponer la pena de muerte de acuerdo a lo establecido en Enmund v. Florida.³⁷⁵

³⁷⁵ 458 U.S. 782 (1982)

En *Enmund*, se estableció que la octava enmienda no permitía la imposición de la pena a de muerte a un convicto que ha sido partícipe (“aids and abets”) en la comisión de un delito en el que en su curso se comete un asesinato, tentativa de asesinato o tuviera la intención de matar o utilizar fuerza letal. El Tribunal Supremo de la Florida tampoco acogió éste planteamiento. El Supremo Federal regresó a *Enmund* en *Tison v. Arizona*,³⁷⁶ y sostuvo que cuando la intención de matar resulta una consecuencia lógica aunque no inevitable, la octava enmienda permite que se imponga la pena de muerte. El Supremo de la Florida no acogió ninguno de los señalamientos de error hechos por Ángel Nieves Díaz.

Nieves Díaz nunca cesó en sus intentos de detener la ejecución. Luego de que el Supremo de la Florida denegara sus peticiones acudió a todos los foros posibles. En el Tribunal de Apelaciones del Undécimo Circuito en Atlanta, se intentó aplazar la implantación de la sentencia. En los foros anteriores la defensa intentó sin éxito que se considerara nueva evidencia sobre los hechos. En particular una declaración jurada de Ralph Gajus. En la declaración jurada dice que mintió en el juicio porque Ángel Nieves Díaz no lo incluyó en un plan de fuga de la prisión y tenía coraje con él. Otros argumentos de la defensa fueron que nadie vio a Nieves Díaz apretar el gatillo, que el testimonio de Gajus influyó de manera marcada en la decisión del jurado, que el método de inyección letal al cual sería sometido es inconstitucional y que el Estado de la Florida iba a ejecutar a una persona mentalmente enferma.

El Undécimo Circuito no dio importancia a la declaración jurada de Gajus y dijo que era poco probable que el resultado hubiese sido diferente de no haberse admitido en

³⁷⁶ 481 U.S. 137, (1987)

evidencia la declaración de Gajus. Tampoco importó a los tribunales pruebas presentadas por la defensa y examinadas en el juicio contra Nieves Díaz, que evidenciaban que la otra persona que participó en los hechos, Ángel Toro, fue quien hizo el disparo mortal contra el cantinero. Toro cumple una cadena perpetua, tras declararse culpable de asesinato en segundo grado.

El otro esfuerzo fallido por salvarle la vida fue la negativa del gobernador de la Florida de conmutarle su sentencia por una cadena perpetua. Para el gobernador de la Florida, las otras deficiencias habidas durante el juicio no tuvieron importancia. Nieves Díaz no tuvo una debida representación legal; se representó a si mismo aunque no dominaba el idioma ingles; desconocía todo el proceso legal que conlleva un caso de pena de muerte y fue presentado al jurado de manera intimidante, vestido de confinado, encadenado y a través de un cristal.

El gobernador Bush minimizó todas estas circunstancias y sostuvo que el recluso nunca negó haber participado en el robo. Firmó la orden de ejecución el 14 de noviembre de 2006.³⁷⁷ El último foro fue el Tribunal Supremo de Estados Unidos. Este se negó a ordenar una revisión del caso.

IV. Ángel Nieves Díaz y Josef K.

Ángel Nieves Díaz fue ejecutado el 13 de diciembre de 2006. Una semana antes de su ejecución, el Estado **se aseguró de eliminar toda posibilidad de suicidio**. El hombre de 55 años fue puesto, en “vigilancia de muerte” las 24 horas. Le fueron retiradas todas sus pertenencias y sólo le permitieron dos llamadas telefónicas.

³⁷⁷ Cotto C., (2006), Ángel Nives Díaz y La Pena de Muerte, Periódico Claridad, 14 al 20 de diciembre de 2006, San Juan, Puerto Rico.

*“Como si repentinamente surgiese una luz, se abrieron completamente los batientes de una ventana y un hombre muy delgado e insignificante, y a distancia y altura se asomó totalmente hacia fuera, con los brazos estirados hacia adelante. ¿Quién podía ser? ¿Un amigo? ¿Un alma caritativa? ¿Alguien que comprendía su desdicha? ¿Intentaba ayudarlo? ¿Se trataba de una persona o eran varias? ¿Todavía quedaba algo por hacer? ¿Quedaban aun objeciones que no se habían presentado? Seguramente existían. Parece que la lógica es irrefutable; sin embargo, no es más fuerte que el ansia de vivir. ¿Dónde estaba el juez supremo que nunca había podido ver? ¿Dónde la alta corte a la que nunca había llegado? Elevo las manos y abrió desmesuradamente los dedos”.*³⁷⁸

El tribunal supremo estadounidense, sin lugar a dudas representaba esa ventana que se podía abrir en el último minuto. El supremo de los supremos, ¿pudo haber sido ese amigo o esa persona que comprendiera su desdicha?

El tribunal supremo estadounidense está compuesto hoy por John G. Roberts, Antonin Scalia, Anthony M. Kennedy, David Hackett Souter, Clarence Thomas, Samuel Anthony Alito, Ruth Bader Ginsburgh, y John Q. Stevens. La mayoría en este grupo han sido nominados por presidentes sumamente conservadores (Reagan, Bush y Bush Jr.) que abiertamente han hablado sobre su deseo de revocar a Roe v. Wade. Éste es el grupo que lenta y cuidadosamente ha sido seleccionado para entre otras cosas “proteger el derecho a la vida”.

Días antes de que Ángel Nieves Díaz fuera ejecutado, la abogada Suzanne Keffer presentó el último recurso legal que le quedaba para salvar su vida. Una hora antes de que éste fuera amarrado a la camilla y se le suministrara la inyección letal, respondió a la petición de *certiorari* el tribunal supremo, indicando su negativa a ordenar una revisión del caso. ¿No era este el grupo cuidadosamente seleccionado para proteger el valor de la

³⁷⁸ F. Kafka, El Proceso. Editorial Libresa, Ecuador. (1925) P.268

vida? Ésta pudo haber sido la luz repentina que sale de una ventana. Pero tal y como le sucedió a Josef K. salió de ella un hombre delgado e insignificante. ¿Significa esto que el tribunal supremo federal no intervino? ¿Seremos tan ingenuos para verdaderamente creer que cuando el supremo federal dice “*petition denied*” su denegatoria significa que no intervino? No nos parece. El supremo intervino y decidió que Ángel Nieves Díaz debía morir.

“Uno de los señores cogió por la garganta a K. y el otro hundió el cuchillo en el corazón, clavándoselo dos veces más y ¡Como un perro!, se dijo cual si la vergüenza debiera sobrevivirle.”³⁷⁹

“5:30, La prisión establece contacto permanente con la oficina del gobernador. Se escolta al área de ejecución a los dos ejecutores, los que tendrán a su cargo suministrar la inyección letal. La jefatura de la prisión le lee la orden de ejecución. El hombre es trasladado a la sala de ejecución...6:00, se le amarra a la camilla y se le suministra la inyección letal.”³⁸⁰

Josef K antes de morir se dijo a sí: *¡como un perro!* Ángel Nieves Díaz fue ejecutado con una inyección letal que contenía un barbitúrico. El mismo día, de acuerdo con información suministrada mediante entrevista con el administrador de la Sociedad Protectora de Animales fueron “dormidos” 80 animales en el albergue de Guaynabo, utilizando una sustancia similar a la utilizada en las inyecciones letales. El Proceso ya terminó para Ángel Nieves Díaz. Los demás continuaremos con el temor de tener que encontrarnos en los zapatos de Josef K.

V. Conclusión:

Franz Kafka ha sido en ocasiones llamado o descrito como el artista del absurdo. La Real Academia Española en su vigésima segunda edición ha definido el término

³⁷⁹ Id.

³⁸⁰ Delgado J.A (2006) Últimas Horas. Periódico El Nuevo Día, 14 de diciembre de 2006, San Juan, Puerto Rico.

absurdo como:

1. Contrario y opuesto a la razón; que no tiene sentido.
2. Extravagante, irregular.
3. Chocante, contradictorio.
4. Dicho o hecho irracional, arbitrario o disparatado.

No obstante su manera de escribir tenía un firme propósito. Kafka nos enseña un aparato judicial caricaturizado y hace una crítica aplastante a las estructuras judiciales. Kafka utiliza el humor macabro, ridiculizando así al Estado. Uno de los mayores logros de Kafka es sacar a la luz lo horrible de lo cotidiano, de lo que aprobamos o desaprobamos sin conmovernos cuando nuestra reacción debería ser echarnos a llorar u quizás temblar. Denuncia que el Estado tenga más importancia que el ciudadano.

En su fábula "*Ante la ley*" las últimas palabras del centinela le confirmaron que efectivamente esa puerta ante la cual el hombre esperaba que se le diera acceso había sido creada exclusivamente para él. El hombre no se había equivocado. Siempre supo a donde tenía que ir en búsqueda de la justicia. Llegó al sitio correcto. Apeló de mil maneras al centinela quien era un servidor de la justicia pero nunca tuvo éxito. Surge claramente en el texto "*Ante la ley*", que el hombre había pensado que la ley debería ser accesible para todos. Surge que el derecho no puede salirse de su concepto descriptivo y por ende, no puede adoptar la lógica jurídica de su concepto normativo.

Regresemos por un momento al tema del concepto normativo y el concepto descriptivo. Como ya dijimos antes, el normativo tiene que ver con lo que aspira a ser, con lo moral. Es lo que debe ser. El descriptivo es lo que es. Sólo hace referencia a un

conjunto de reglas efectivamente aceptadas o aplicadas por los organos del Estado, independientemente de su contenido.

Para el hombre de la parábola, para Josef K y para Ángel Nieves, el Derecho debía tener un propósito que tenía que estar íntimamente ligado con lo correcto y lo moral. El Derecho tenía que servirse o hacerse cumplir mediante un aparato que facilitara su propósito. El Derecho era el fin. El aparato era el medio.

Ángel Nieves Díaz tuvo su día ante el centinela de la ley. Pidió que se revisara su caso e hizo los señalamientos de error correctos para que se hiciera justicia. Pidió que se le diera el tiempo justo para prepararse y no se le concedió. Pidió un jurado que no estuviera sesgado a favor de la imposición de la pena de muerte. Un jurado imparcial y representativo de las ideas de toda la población estadounidense y no de un solo sector. El tribunal dijo que no. Pidió que se le reconociera su derecho a ser considerado inocente hasta que se le probara lo contrario. El tribunal dijo que no, tergiversando la jurisprudencia para sostener la actuación del tribunal de instancia, de haber procesado a Ángel Nieves mientras permanecía encadenado en sala. Pidió que se le protegiera de la imposición de un castigo cruel e inusitado. El tribunal otra vez, como el centinela, le dijo que no. Que la “mera muerte” no era considerada un castigo cruel e inusitado. Que lo que era cruel e inusitado de acuerdo a la jurisprudencia era dejar a una persona en estado de agonía. Finalmente señalando todas las incongruencias del caso, le pidió al gobernador del estado de la Florida que le conmutara la sentencia para cumplirla en la cárcel por el resto de su vida. El gobernador dijo que no. El tribunal supremo estadounidense dijo el último no y le cerró la puerta.

Luego de ejecutar a Ángel Nieves Díaz, el estado de la Florida suspendió todas las ejecuciones pendientes de manera temporal. Su lenta y tortuosa muerte los obligó a reconocer que sus planteamientos eran reales y que igual que la parábola de Kafka, esa puerta abierta por la cual Ángel Nieves Díaz rogó para que se le diera acceso, había sido creada para él y una vez más, la justicia fracasó.

VI. Bibliografía

Alexy R., (1997), El Concepto y la Validez del Derecho, p. 21, 22,87,88,89, Gedisa Editorial, Barcelona.

Catenacci, I. J., (2001), Introducción al Derecho, Teoría General. P. 10, 11 Editorial Astrea, Buenos Aires.

Cotto C., (2006), Ángel Nives Díaz y La Pena de Muerte, Periódico Claridad, 14 al 20 de diciembre de 2006, San Juan, Puerto Rico.

Death Penalty Information Center (DPIC) <http://www.essential.org>

Delgado J.A (2006) Últimas Horas, Periódico El Nuevo Día, 14 de diciembre de 2006, San Juan, Puerto Rico.

Kafka F. (1925), El Proceso, A. Martí (2001), Estudio Introductorio, P. 9-33, 268, 279 Editorial Libresa, Ecuador.

Kairys D. (1997), The Politics of Law: a Progressive Critique, P. 673, Basic Books, New York.

Kelsen H., Allgemeine Staatslere, 1925, p. 335; ver H. Welzel, Derecho Injusto y Derecho Nulo (Madrid, 1971), p.76,77.

Russo E. A., (1996), Teoría General del Derecho en la Modernidad y Posmodernidad, P. 50,51,59. Abeledo-Perrot, Buenos Aires

Terraza J. Z, (2000, 19 de julio). Pena de Muerte, Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho. Obtenido en la Red Mundial el 24 de abril de 2007: <http://www.ub.es/penal/historia/trsp/pdem1.html>

Casos Citados:

Bumper v. North Carolina, 391 U.S. 543, (1968)

Diaz v. State, 513 So. 2d 1045 (1987)

Diaz v. United States, 223 U.S. 442 (1912).

Enmund v. Florida 458 U.S. 782 (1982).

Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1976).

Grigsby v. Mabry, 569 F.Supp. 1273, (1983)

Grisby v Mabry, 758 F.2d 226, 229 (1985).

Illinois v. Allen, 397 U.S. 337, 344 (1970).

In Re Kemmler, 136 U.S. 436 (1890).

Lambrix v. State, 494 So.2d 1143, (1986).

Lewis v. United States, 146 U.S. 370, (1892).

Lockhart v McCree, 476 US 162, 164, 185(1986)

Proffit v. Florida, 428 U.S. 242 (1976).

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

Snyder v. Massachusetts, 291 U.S. 97, 106,(1934)

Tison v. Arizona, 481 U.S. 137, (1987).

Witherspoon v. Illinois, 391 U.S. 510, (1968)