

Universidad Interamericana
de Puerto Rico
Facultad de Derecho

Revista **Clave**

(rreh-vís-tah-klá-veh)

Revista de Estudios Críticos del Derecho

Tomo 7

Año 2011

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

TOMO 7

2011

NÚM. 1

JUNTA EDITORA

Arlenc M. Hernández-Sierra
Alba L. Ortiz Morales
Ramón M. Serrano

REDACTORES

AÑO ACADÉMICO 2009-2010

Michelle Barada Castro
Ivette Jo García
Karla Alexandra Marrero-Cruz
Alba L. Ortiz Morales
Rosa Ruiz Sánchez
Carmen L. Scipa Bázquez
Isabel Smith Ellerbe
Astrid Soto López

CONSEJERA ACADÉMICA

Leda. Yanira Reyes Gil

INVITADO ESPECIAL

Lcdo. Eduardo Villanueva Muñoz

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

TOMO 7
2011
NÚM. 1

TABLA DE CONTENIDO

Prólogo

Lcdo. Eduardo Villanueva Muñoz 1

El experimento puertorriqueño: capitalismo y democracia

Karla Alexandra Marrero-Cruz 8

El Síndrome del Niño Maltratado como elemento probatorio en la legítima defensa

Rosa Ruiz Sánchez 48

Elevación a rango constitucional del matrimonio entre hombre y mujer ante el derecho internacional y el derecho comparado

Alba L. Ortiz Morales 78

La mirada constante del Estado y el derecho a la intimidad

Carmen L. Selva Báez 111

Las cláusulas de no competencia en los contratos laborales

Michelle Barada Castro 125

Ley de Violencia Doméstica: 20 años después

Ivette Jo García Ledesma 154

**Los derechos humanos de las personas mayores y la
Procuraduría de las Personas de Edad Avanzada en Puerto
Rico: Su efectividad para cumplir con la política pública
y cómo le afecta el Plan de Reorganización Núm. 1 de las
procuradurías**

Astrid Soto López 171

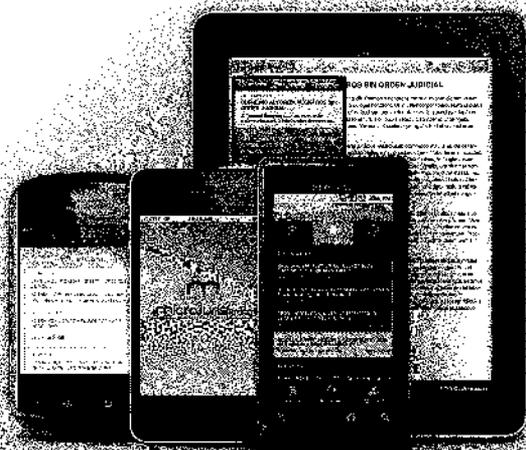
**Reproducción asistida: ¿Familia construida?
Análisis del P. del S. 1568 y Derecho comparado**

Isabel Smith Ellerbe 208

Simplifica tu vida con

microjuris.com
Inteligencia jurídica

Portal líder en Puerto Rico.



Benefíciate con innovadoras
aplicaciones móviles para
iPhone, iPad, Android y BlackBerry.

Descárgalas gratis

en apps.microjuris.com

o comunícate con nosotros al

787.724.3889

Síguenos en



Ciertas condiciones y restricciones aplican

PRÓLOGO

CLAVE PARA UN ANÁLISIS DE LO POSIBLE Y LO NECESARIO PARA UNA SOCIEDAD MÁS LIBRE

Toda publicación que pretenda educar a la profesión jurídica en los temas que son objeto de debate público, requiere varios elementos que tienen que examinarse con rigor. En primer lugar, deben ir acompañados de una buena investigación bibliográfica que permita al lector conocer lo que se ha escrito sobre el tema y las fuentes en las cuales descansan las conclusiones del autor. En segundo lugar, debe acompañarse unas descripciones breves y precisas de los objetivos, hipótesis y teorías que se pretenden establecer con el escrito. A base de lo investigado en la bibliografía, el autor debe ir guiando de manera lógica, coherente y clara, las premisas que pretende establecer y aquellas sobre las cuales hay controversias razonables que de momento no tienen respuesta y ameritan examen ulterior. Sobre la base de estas premisas, el lector puede evaluar con justicia los escritos que se publican en la presente edición de la Revista Clave, *Revista de Estudios Críticos del Derecho*.

En este séptimo tomo de la revista se publican artículos sobre: *El experimento puertorriqueño: capitalismo y democracia; el Síndrome del Niño Maltratado como elemento probatorio en la legítima defensa; las cláusulas de no competencia en los contratos laborales; la mirada constante del Estado y el derecho a la intimidad; la Ley de Violencia Doméstica: 20 años después; los derechos humanos de las personas mayores y la Procuraduría de las Personas de Edad Avanzada en Puerto Rico: Su efectividad para cumplir con la política pública y cómo le afecta el Plan de Reorganización Núm. 1 de las procuradurías; y la reproducción*

asistida: ¿Familia construida? Análisis del P. del S.1568 y Derecho comparado.

Como verán, los temas escogidos son temas que han captado la atención pública de la comunidad jurídica y del público en general. Su selección cumple uno de los criterios fundamentales de toda publicación; es decir, elaborar sobre temas que tengan pertinencia para el lector y que contribuyan a enriquecer el conocimiento y el análisis de los temas escogidos.

El primer tema obliga a reseñar de manera más profunda las relaciones jurídico políticas entre Puerto Rico y Estados Unidos, porque los gobiernos que se escogen para gobernar en Estados Unidos, condicionan de manera sustancial las políticas que los gobernantes en Puerto Rico pretendan implantar. Así por ejemplo, la política económica de cualquier gobierno en Puerto Rico tiene que examinar en qué medida cualquier proyecto económico proteccionista de productos puertorriqueños no choque con una Ley federal que le ocupe el campo o que de alguna manera interfiera con el comercio interestatal, porque va a enfrentar serios problemas en su implementación, y de igual modo, en las relaciones que tenga el gobernante puertorriqueño con el gobierno federal del cual proviene una parte importante de su financiamiento, bien sea por vía de préstamos o de la obtención de fondos federales.

Es interesante la propuesta de la autora Karla Marrero, para que se haga una síntesis entre el concepto del capitalismo crudo, que esboza la teoría del dejar hacer, que es la teoría que lleva a las políticas de que el mejor gobierno es el menor gobierno o el de menos intervención, frente a la teoría de que el gobierno tiene que intervenir para evitar la desventaja en que están los pobres frente a los más poderosos. Sin embargo, el problema sigue siendo que la imbricación que tiene la economía de Puerto Rico con la de Estados Unidos, limita considerablemente y en ocasiones cancela, toda posibilidad de que se pueda establecer un modelo económico autosuficiente, estableciendo la síntesis que sugiere la

autora, haciendo abstracción del actual modelo colonial que rige y limita las posibilidades de Puerto Rico tener un modelo económico conforme a sus necesidades y posibilidades.

El tema del matrimonio como Institución es uno que ha producido, a raíz de la revisión del Código civil, intensas polémicas, sobre todo en lo que atañe al derecho de familia. El artículo de la estudiante Alba Ortiz sobre la elevación del matrimonio a rango constitucional hace un minucioso análisis de derecho comparado que nos permite examinar como el tema ha sido tratado en otros países y un poco predecir que ha de ocurrir con el tema si el mismo llegara a ser cuestionado judicialmente.

Es de rigor señalar que en muchos de los países analizados ha habido una fuerte influencia de la religión católica en los gobiernos de esos países. Ello refuerza la teoría de que el matrimonio es un contrato civil que establece la unión entre un hombre y una mujer. Sería interesante explorar que efecto ha tenido el desplazamiento de la religión católica a manos de iglesias fundamentalistas de las diversas modalidades protestantes. Algunas de esas iglesias son más liberales y aceptan ministros hombres y mujeres que son homosexuales o lesbianas, para ejercer el ministerio religioso en sus congregaciones, siempre y cuando gocen del respeto de sus fieles, exhibiendo una conducta moral respetable. Vale la pena examinar cuanto ha permeado en Puerto Rico la transculturación del protestantismo en la aceptación de religiosos homosexuales que ejercen como ministros sin esconder su orientación sexual. Nuevamente tengo que señalar que nuestra subordinación colonial los Estados Unidos y su régimen de derecho, condicionara la manera en que se atiendan y resuelvan los pleitos que puedan llegar a cuestionar la constitucionalidad de cualquier ley que pretenda elevar el matrimonio de hombre mujer a rango constitucional.

El excelente análisis que hace la estudiante Alba Ortiz del caso *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F. Supp. 2d 921, 927-928 (N.D. Cal. 2010), obliga a seguirle la pista al trámite apelativo de dicho

caso, de modo que podamos ver cuál va a ser el trato que dé la corte Bush, a la consideración de si es o no constitucional elevar el matrimonio a rango constitucional, en detrimento de las uniones entre parejas de homosexuales que pretendan casarse. Lo señalo porque los jueces nombrados por Clinton y Obama son minoría en relación a los nombrados por Bush padre e hijo, que en otras instancias han demostrado ser una corte fundamentalista en temas sociales. Parece razonable predecir que en materia de derecho a la intimidad, los intereses del estado y sus regentes se han de enfrentar a los principios religiosos, con el balance de velar por los derechos del ciudadano, sin que esto afecte los intereses políticos del ejecutivo que nombro los jueces, de modo que no se vea erosionada la imagen de la administración que accidentalmente ocupa el poder terrenal. Ante esa disyuntiva, el juez tiene la obligación ética de velar porque se haga justicia al reclamo de igualdad y de racionalidad en la igual protección de las leyes, aunque su decisión choque con su visión ideológico religiosa. El tiempo dirá como se resuelve el dilema que habrán de enfrentar.

El artículo sobre el rol del Estado y las garantías que se ofrecen para preservar el derecho a la intimidad, plantea de frente las limitaciones que presenta el "*Patriot Act*" y concientiza al lector de las limitaciones que tiene el poder estatal para garantizar ese derecho frente a la intervención federal. El problema estructural se agrava en épocas en que advienen al poder, gobiernos que están de acuerdo con la intervención federal y suscriben memorándum de entendimiento para que los federales ocupen el campo, de modo que cualquier protección constitucional que exista contra las grabaciones o contra la pena de muerte por ejemplo, ceda frente a la intervención federal que ocupa el campo con el consentimiento de los intervenidos. A estas estrategias, varios le hemos llamado la federalización de los procesos investigativos a nivel estatal en detrimento de la voluntad del pueblo que avala las garantías que los constituyentes consagraron en nuestra carta de derechos.

Las cláusulas de no competencia en los contratos laborales, es un tema pertinente, en momentos en que nuestra economía tiene un crecimiento negativo. El artículo permite que analicemos y nos preguntemos, ¿dónde quedan las teorías de libre competencia y la filosofía de que el mejor gobierno es el que menos interviene en el mercado? Si esto es correcto, lo debe ser en toda instancia, es decir, no se debe intervenir creando legislación protectora para los patronos que evite que los desplazados puedan montar su propia empresa y evitar así la garantía de prácticas monopolísticas. La no intervención, según algunos teóricos, equilibra el mercado y permite a los consumidores comprar los servicios o productos de quien le garantice la mejor oferta en calidad y precio del producto en demanda. Como en tantas instancias de la vida económica, la mejor teoría es la que permite funcionar eficientemente en la práctica y no necesariamente la de mayor coherencia conceptual.

El artículo sobre la *Ley de Violencia Doméstica: 20 años después* sugiere que no solo debemos examinar cuán efectiva ha sido una Ley, sino cómo las condiciones sociales y políticas condicionan su eficiencia. El nivel de agresividad que exhibe el país, el aumento en delitos violentos, el desprecio a la vida humana, nos hacen pensar que la educación, la prevención, la medicalización del adicto (incluyendo la adicción al alcohol y juegos), son complementos esenciales para la afectividad de una ley como la de violencia doméstica. Lo señalo porque no importa cuán severa sea una ley, ni cuánta área cubra en sus definiciones, es sabido que si persiste la etiología del problema social que se quiere atender, la incidencia de la conducta criminal que se pretende atender seguirá en alza. La violencia doméstica tiene que ver mucho con el sentido de posesión de una persona sobre otra, especialmente del hombre con la mujer, aunque también se ve en sentido inverso, tal vez de manera menos violenta. Controlar frustraciones, manejar coraje, aprender que todos tenemos la libertad de elegir, sin dependencia o manipulación económica, son destrezas que se aprenden y se cultivan, no solo en la escuela sino también en el hogar y en el

vecindario, por lo que tenemos que diseñar métodos de enseñanza que den seguimiento al manejo de esas destrezas. La eficiencia de una ley depende de su difusión en sociedad y del diseño de un ambiente social que minimice los estímulos para violarla.

Se acompaña con este número de la revista, una tabla de órdenes de protección solicitadas, que permite comparar áreas de mayor incidencia, con niveles de pobreza, educación, escolaridad, sobrepoblación, desempleo y otras variables sobre las que se especula que son causales de incidencia criminal.

El artículo sobre la *Reproducción Asistida ¿Familia Construida?* es sumamente pertinente en estos días en que nuestro Tribunal Supremo, aunque dividido tres a tres, por lo cual no es precedente, se ha expresado sobre el concepto de familia como la unión de hombre mujer. Ver: *Pueblo de Puerto Rico vs. Flores Flores*, Sentencia del 23 de marzo de 2011.

Es evidente que la legislatura no puede ignorar que hay familias no tradicionales de parejas que no son casadas, que son mujer con mujer, hombre con hombre y hasta un hombre y dos o más mujeres, lo cual obliga al Estado a hacer distinciones que garanticen cierta asistencia social cuando hay niños y el reconocimiento de algunos derechos constitucionales básicos, tales como el derecho a la intimidad, el respeto a la dignidad humana, el debido proceso de ley y el derecho a la educación en las etapas en que es reclamable. Algunos sectores de la población tienen aprehensión sobre cuál ha de ser la decisión del Tribunal, en casos civiles en los cuales no esté en juego el principio de legalidad, porque han visto la frecuencia con la cual en casos de interés público, el Tribunal Supremo por vía de certificación, está resolviendo casos en los cuales reafirma políticas del Estado, que dan la impresión de que el Tribunal actúa como parte de un equipo de gobierno y no como una rama que ejecuta el rol de frenos y contrapesos.

Es temprano para predecir si el proyecto de la Senadora Lucy Arce se habrá de aprobar y mucho menos para saber si algún día llegara a la vía judicial, para que se resuelva la constitucionalidad del mismo, a la luz de nuestros precedentes y a la luz de lo que el tribunal Supremo Federal haya resuelto en casos similares. Mientras tanto, el debate público tiene que darse para que la legislatura no actúe meramente, basada en criterios de moralidad, sino que también tome en cuenta la realidad sociológica de que tenemos un país que se está convirtiendo en una sociedad de envejecientes y que demográficamente ha sufrido cambios de pérdida de población productiva. La crítica y el análisis deben profundizar en los datos que hemos apuntado en este escrito y en aquellos que complementen el escrito de la presente revista, según el debate público lo vaya enriqueciendo con datos científicos y sociológicos. El fundamentalismo religioso es parte de la realidad política nuestra, pero el principio constitucional que establece la separación de la Iglesia y el Estado, sigue siendo un principio válido que nos protege de la posibilidad de no estar sometidos a un régimen teocrático.

Sin duda, la Revista Clave brinda un servicio a la comunidad, cuando permite que los estudiantes inicien en un clima de diálogo universitario y de libertad, la discusión preliminar de temas que en un futuro requerirán atención de nuestro Tribunal Supremo y de los comentaristas que sirven de base para la fundamentación en derecho que ilustre a la profesión con luz creativa, no con el peso autoritario de lo que debemos acatar solo por fe. La fe sin obras es inoficiosa; la fe que se impone por la razón de la fuerza y no por la fuerza de la razón, no es fe, es tiranía que tiene que ser evitada y combatida con la eterna vigilancia.

Eduardo Villamueva Muñoz
15 de abril de 2011

El Experimento Puertorriqueño: Capitalismo y Democracia

Karla Marrero-Cruz¹

*“Mal protege quien no conoce lo protegido”
Profesor Antonio Fernós²*

I. Introducción

La dialéctica, en la filosofía griega clásica, es el método que investiga la verdad mediante el examen crítico de las percepciones y las teorías.³ Algunos tratadistas explican que la dialéctica trata de una técnica de razonamiento que enfrenta la tesis y la antítesis, resolviendo la contradicción a través de la formulación de una síntesis final (conclusión).⁴ Habiendo explicado esto, podríamos decir que este artículo tiene un enfoque dialéctico sobre las corrientes doctrinales dominantes en Puerto Rico, como el capitalismo y la democracia. Trataremos de extrapolar las definiciones sintetizadas a la realidad histórica de Puerto Rico.

El objetivo del escrito será profundizar en el impacto que han tenido las ocupaciones militares a lo largo de nuestra historia y explorar las repercusiones de éstas sobre la identidad del puertorriqueño. El artículo va a estar dirigido a estudiar la forma en que estos dos (2) sistemas llegaron a nosotros, cómo los hemos asumido y a qué podemos aspirar dentro de éstos. Se le pondrá

1 Estudiante de segundo año en la Facultad de Derecho, Universidad Interamericana de Puerto Rico.

2 Entrevista con Antonio Fernós. Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico (19 septiembre 2010).

3 Juan Carlos Molina, *Ficción y realidad de la democracia*, 53 (Ediciones Depalma, 1967).

4 *Id.*

especial atención a los efectos en cuanto a movimientos sociales, culturales, económicos y políticos.

Este artículo es una invitación al ciudadano, al abogado revalidado pero sobretodo al abogado en formación, a que conozca los cimientos de nuestra sociedad moderna, la formación de nuestra identidad y los fundamentos de nuestro derecho, para poder pisar tierra firme en nuestras intervenciones con el estado y el ciudadano. Es también una invitación a despojarnos de nuestras ideas político-partidistas para convertirnos por unos minutos en puertorriqueños y puertorriqueñas preocupados por el bienestar y por venir de nuestro terruño. El artículo, lejos de atarse a la visión de algún partido y mucho más lejos de crear o encubrir epítetos político-partidistas, solo pretende buscar razones que nos unan y no que nos separen.

II. El Mágico Mundo del Capitalismo

*“We are being persuaded to spend money we **don’t** have on things we **don’t** need to create impressions that **won’t** last on people we **don’t** care about.”*
Economista Tim Jackson⁵

A. Definición y Trasfondo

Quizás la pregunta con la que debiera comenzar esta sección sea: ¿Qué es el capitalismo?

El término *capitalism* fue utilizado por primera vez por el economista alemán Karl Marx a mediados del siglo XIX.

El concepto capitalismo ha sido objeto de variadas interpretaciones y diversos debates a través de la historia; pero todos

5 Ben Haracks, *Tim Jackson: Towards a more human economic system*, <http://www.visionofcaith.org/news/ben-harack/tim-jackson-towards-a-more-human-economic-system/>, (publicado: Octubre 15, 2010) (accedido: Abril 3, 2011).

convergen en que su motor es el capital, su mecanismo de empleo es la “libre empresa” y su justificación es la “libre competencia”. En términos generales y para propósitos de éste artículo, definiremos el capitalismo como un régimen económico y social basado en la propiedad privada e individual de los capitales.

Probablemente la mayoría de nosotros hemos escuchado la célebre frase “laissez faire”. Esto es una expresión francesa que significa “dejar hacer” y se refería a una completa libertad en la economía: libre mercado, libre manufactura, bajos o nulos impuestos, libre mercado laboral, y mínima intervención de los gobiernos. La misma fue usada por primera vez por el economista, Jean-Claude Marie Vicent de Gournay⁶ en el siglo XVIII y fue empleada contra el intervencionismo del gobierno en la economía.

Muchos economistas atribuyen las primeras formas del capitalismo a éste tipo de pensamiento llamado fisiocracia. El origen del término proviene del griego y quiere decir “gobierno de la naturaleza”. Éstos consideraban que las leyes humanas debían estar en armonía con las leyes de la naturaleza.⁷

El filósofo Adam Smith desempeñó un papel muy importante en la popularización de las teorías económicas del *laissez-faire*, siendo considerado el padre de las teorías de libre mercado o libre-cambismo. La idea principal de estas teorías era la no injerencia de los estados en asuntos económicos. Según Adam Smith, había una mano invisible que guiaba a la economía capitalista por la cual la suma de los egoísmos responsables repercutiría en beneficio de toda la sociedad y el desarrollo de la economía.⁸

6 Economista francés. (1712-1759) Defendió la libertad de la industria y la supresión de los monopolios y las reglamentaciones. Sus teorías fueron difundidas por su discípulo Turgot en su *Elogio de Gournay*., Biografías y Vidas, 2004-11, <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/g/gournay.htm>, (accedido: Abril 3, 2011).

7 “Fisiocracia.” Microsoft® Student 2008 [DVD]. Microsoft Corporation, 2007.

8 Adam Smith, *La Riqueza de las Naciones*, 22 (Longseller S.A., 2001).

Aunque muchas veces se utilizan como sinónimos, existen grandes diferencias entre la teoría del *laissez faire* y la del capitalismo moderno. La más importante es que el *laissez faire* supone una mínima intervención del gobierno y el capitalismo moderno es manejado y regulado por éste.

B. Desarrollo

El capitalismo es un fenómeno europeo, que se fue desarrollando poco a poco a través de distintas etapas hasta considerarse establecido en la segunda mitad del siglo XIX.

Según el profesor José Manuel García, en su libro *Historia Breve de Puerto Rico*⁹, los aires del capitalismo comenzaron a soplar con la expansión ultramarina de los europeos. El historiador francés Henri Sée afirma que “la apertura del nuevo mundo contribuyó al desarrollo del capitalismo”¹⁰ ya que los exploradores como funcionarios de la corona, buscaban países productores para aumentar su capital.

Tanto los mercaderes como el comercio existen desde que existe la civilización. Las grandes travesías y expediciones de los siglos XV y XVI fomentaron el comercio, sobre todo tras el descubrimiento del Nuevo Mundo y la entrada a Europa de metales preciosos provenientes de aquellas tierras. El orden económico resultante de estos acontecimientos fue un sistema en el que predominaba lo comercial o mercantil, es decir, cuyo objetivo principal no consistía en producir sino en intercambiar los bienes encontrados en las nuevas tierras.

Los orígenes del capitalismo en Puerto Rico datan desde el siglo XVI.¹¹ Aunque no existía la palabra, ciertamente había un espíritu capitalista: el feudalismo. Las principales características

9 José Manuel García Leduc, *Historia Breve de Puerto Rico: desde la prehistoria hasta 1898*, 68 (2da. ed. Corregida, Editorial Isla Negra, 2003).

10 Henri Sée, *Origen y Evolución del Capitalismo Moderno* 82 (1992).

11 García, *supra*, en n. 9, en la pág. 71.

de la sociedad feudal fueron los cambios en las relaciones sociales jerárquicas y la dependencia que se generó como consecuencia de esto.¹²

La sociedad feudal era una economía agraria basada en la servidumbre del campesinado.¹³ La organización social se basaba en la relación que tenía el hombre con la tierra: los que la poseen, tienen libertad, riqueza y poder. Los que no la poseen, forman parte de la servidumbre y están sometidos a la categoría de siervos. El mejor modo de entender la sociedad feudal es imaginándola como una pirámide estructurada por vínculos de dependencia. En la cúspide estaban los señores feudales, en seguida se ubicaban los nobles y la jerarquía eclesiástica, mientras que los campesinos constituían la base.

Aquí debo señalar el primero de los problemas respecto a todos los territorios conquistados pero particularmente respecto a Puerto Rico, puesto que nunca hemos sido soberanos. Estas tierras que se estaban “distribuyendo y organizando” no les pertenecían, sino a los habitantes de la isla. Aún al día de hoy, tenemos serios problemas con la repartición de la tierra y los altos costos de ésta. El problema radica en que entregaban estas tierras a la élite, mientras que indios, negros esclavos y posteriormente jíbaros criollos se convertían en siervos de intereses económicos privados e individuales de los hacendados; atados a la producción de capital para éstos para sobrevivir, por el solo hecho de no poseer tierras. Al fin y al cabo, toda forma de alimentación, toda materia prima sale de la tierra; si controlas la tierra, controlas el mercado y si controlas el mercado, controlas a las personas.

Ésta parece ser la piedra angular del capitalismo moderno.

12 *Id.*

13 *Id.*

C. Actualidad

Hemos visto que el capitalismo ha mutado a través de la historia, en diferentes vertientes; por ejemplo el capitalismo mercantilista, el capitalismo agrario, el capitalismo industrial y a lo que tenemos hoy en día: un capitalismo globalizado.

El elemento esencial del capitalismo, como vimos anteriormente, es el capital. Todo este tiempo nos han hecho creer a todos que capital es sinónimo de moneda o sistema monetario. En medio de la investigación para este artículo me percaté que el dinero es solo un espejismo; el verdadero capital son los recursos naturales.

No parece haber un sistema más “dado por sentado”, y a la vez incomprendido, que el sistema monetario, adoptando casi proporciones religiosas. El sistema monetario establecido, es una de las formas de fe más incuestionadas que existen. ¿No se han puesto a pensar en cómo se crea ese dinero y cuál, si alguna, es su ética?

Desafortunadamente, a la economía se le considera un tema aburrido y confuso por sus interminables torrentes de jerga financiera, y matemáticas intimidantes. Todo esto disuade a la gente de intentar entenderla. La complejidad asociada con el sistema financiero está diseñada para ocultar unas de las estructuras sociales más paralizantes de la humanidad.

Años atrás, el banco central de los Estados Unidos, o la Reserva Federal, redactó un documento titulado “Mecánica Moderna del Dinero”. Esta publicación detalló la práctica institucionalizada de la creación del dinero en un sistema bancario de reserva fraccionada a través de terminología bancaria confusa y variada.¹⁴

14 Peter Joseph, *Zeitgeist: Addendum*, Documental, <http://www.bibliotecapleyades.nct/sociopolitica/zeitgeist05.htm>, (accedido: Abril 3, 2011).

Un extracto del argumento del documental *Zeitgeist: Addendum*¹⁵ nos provee un resumen bastante sencillo de este complicado proceso y en esencia plantea lo siguiente:

El gobierno de los Estados Unidos decide que necesita algo de dinero, así que llama a la Reserva Federal y solicita, digamos, 10 billones de dólares. La Reserva Federal compra 10 billones en bonos del tesoro al gobierno. (Imaginamos que garantizados por “algo”) Entonces el gobierno toma algunos trozos de papel, les pinta algunos diseños oficiales vistosos, y los llama “T-Bills” o bonos del tesoro. Les pone un valor a esos bonos por la suma de 10 billones de dólares y luego se los envía a la Reserva Federal.¹⁶

Posteriormente, la gente de la Reserva Federal también hace muchas piezas de papel, solo que a éstos los llama “Notas de la Reserva Federal”. A éstos también les designan un valor de 10 billones de dólares al total. Luego la Reserva Federal toma esas notas y se las cambia al gobierno por los bonos.¹⁷ (Actualmente todo esto se hace electrónicamente)

Luego, el gobierno toma los 10 billones en notas de la Reserva Federal, y los deposita en una cuenta bancaria (que también pertenece a la Reserva) y, con este depósito, las notas en papel se convierten oficialmente en dinero de curso legal, sumando 10 billones a la reserva monetaria de los Estados Unidos.¹⁸

Este dinero fue “creado” por unos bonos del gobierno que realmente son instrumentos de deuda, ya que en teoría, éstos solo garantizan el “pago” de esa deuda. En otras palabras, el dinero se creó de una deuda. Pero aquí no termina la historia, de hecho, es donde se pone más interesante.

15 *Zeitgeist* significa “Espíritu del Tiempo”.

16 Joseph, *supra* en n. 14.

17 *Id.*

18 *Id.*

Basado en la práctica de la reserva fraccionada, ése depósito de 10 billones de dólares se convierte instantáneamente en parte de las reservas bancarias, como pasa con todos los depósitos que se hacen diariamente en un banco.¹⁹

En “Mecánica Moderna del Dinero” se indica que como parte de los requerimientos, un banco debe mantener las reservas requeridas igual a un diez por ciento de sus depósitos. Esto significa que con un depósito de 10 billones de dólares, un 10%, igual a 1 billón, es retenido como reserva requerida. Los otros 9 billones son considerados una reserva excesiva, y se pueden usar como base para nuevos préstamos.²⁰

Ahora, es lógico presumir que estos nueve billones salen literalmente del depósito existente de diez billones. No obstante, este no es el caso. Lo que en realidad pasa, es que los 9 billones se crean (es decir, se imprimen) encima del depósito de 10 billones.

En otras palabras, los 9 billones son creados de la nada, simplemente porque hay una demanda de préstamos, y porque hay un depósito de 10 billones para satisfacer los requerimientos de reserva.

Ahora imaginemos que Juan entra a este banco y pide prestados, los ahora disponibles, 9 billones de dólares, lo más seguro es que los lleve y lo deposite en su propia cuenta bancaria. Entonces, el proceso se repite, pues ese depósito se convierte en parte de las reservas bancarias de su banco; luego, el diez por ciento se retiene y 8,100 billones ahora están disponibles como nuevo dinero creado para más préstamos y así sucesivamente.

El resultado del promedio matemático es que cerca de 90 billones de dólares se pueden crear encima de los 10 billones creados originalmente. En otras palabras: por cada depósito que tiene lugar

19 *Id.*

20 *Id.*

en el sistema bancario, cerca de nueve veces esa suma se puede crear del aire.

En fin, que a cuanto más dinero, más deuda; porque por difícil que resulte entender o creerlo, ambos son básicamente la misma cosa.

En la gráfica de las reservas monetarias desde 1950 al 2006 y de la deuda nacional para el mismo período, marcan que las tendencias son virtualmente las mismas, pues cuanto más dinero hay, más deuda hay, cuanto más deuda hay, más dinero hay.²¹

Esto es un tema muy interesante y tan amplio como para volverse loco, pero la persona que esté interesada puede descargar el documental gratuitamente en zeitgeistmovement.com.

El sistema monetario actual, es de hecho un sistema de esclavitud moderna. Si el dinero solo puede ser creado a partir de préstamos, ¿cómo puede la sociedad ser libre algún día? No puede, y ese es el punto. Piénsenlo, el dinero es creado a partir de la deuda, y ¿qué hace la gente cuando esta endeudada? Buscan empleo para poder pagarla.

Los trabajadores estamos esclavizados por el temor de perderlo todo, sumado a la lucha de mantenernos al día con las deudas perpetuas y la inflación inherente al sistema. Como si fuera poco, toda nuestra lucha se ve agravada por la escasez no solo de empleo sino de flujo de dinero, creado por un interés que nunca puede ser pagado. Es decir, que para quién realmente estamos trabajando es para los bancos.

D. Aplicación de una Economía Globalizada

La deuda es el arma utilizada para conquistar y esclavizar sociedades, y los intereses son su munición principal. Mientras la mayoría anda por ahí ajena a esta realidad, los bancos, en

21 *Id.*

complicidad con gobiernos y corporaciones privadas multinacionales continúan perfeccionando y expandiendo sus tácticas de guerra económica. Mientras continuamos en el letargo, todos estos entes siguen engendrando nuevas bases, como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, mientras a la vez inventan un nuevo tipo de soldado, el sicario económico.²²

Donde mejor se explica lo anteriormente discutido, para aquellos que estén interesados, es en el libro titulado *Confessions of an Economic Hit Man*²³ o *Confesiones de un Sicario Económico*, en español. Su autor, John Perkins, fue jefe de economía de una de las constructoras más importantes, Chas T. Main, Inc.

En este texto, John Perkins presenta un panorama claro de cómo Estados Unidos se convirtió en una de las naciones más poderosas del mundo, haciendo pronósticos económicos falsos en los países del Tercer Mundo y manipulando a sus líderes corruptos.

John Perkins fue contratado como economista por una compañía constructora con el fin de que convenciera a los países del Tercer Mundo a pedir cuantiosos préstamos al Banco Mundial y que, de este modo, quedaran endeudados durante años.

Según Perkins,²⁴ funcionaba algo así: primero identificaba un país con recursos, como petróleo, luego concertaban un enorme préstamo a ese país por parte del Banco Mundial o una de sus organizaciones hermanas. Sin embargo, el dinero realmente nunca llega a ese país, sino que va a parar a las grandes corporaciones de construcción para crear infraestructuras en ese país como plantas eléctricas, parques industriales y puertos. En fin, cosas que benefician a una minoría rica de ese país, además de las corporaciones, pero que realmente no llegan a la mayoría de la gente en absoluto.

22 *Id.*

23 John Perkins, *Confessions of an Economic Hit Man*, (Berrett-Koehler Publishers, Inc., 2006).

24 *Id.*

Sin embargo esa gente, el país entero, se queda soportando una enorme deuda. Es una deuda tan grande que no pueden devolverla, y eso es parte del plan.

Pero no solo quedarían endeudados económicamente, sino que se les haría pagar la deuda a través de favores que beneficiarían a Estados Unidos. En una entrevista en 2006²⁵ por la publicación de su libro, Perkins dice:

Así que, en algún punto, los sicarios económicos vamos y les decimos: Escucha, has perdido mucho dinero y no puedes pagar tu deuda, así que véndele tu petróleo muy barato a nuestras compañías petrolíferas, permítenos construir bases militares en tu país, envía tropas a apoyar a las nuestras en algún lugar del mundo como Iraq o vota a nuestro favor en la próxima decisión de la ONU.

Esta situación se extiende, y es muy típico que dejen a un país con una deuda tan grande, que de hecho no puedan pagarla. Entonces dice que cuando ya no pueden pagar más:

Les ofreces refinanciar la deuda, y pagar aún más intereses. Este 'quid pro quo', lo que se llama condicionalidad o 'buen gobierno', que consiste básicamente en que ellos tienen que vender sus recursos, incluyendo muchos de sus servicios sociales, sus servicios públicos, a veces sus sistemas escolares, sus sistemas penales, sus sistemas de seguros a corporaciones extranjeras. Así que es un golpe doble, triple, cuádruple.²⁶

25 Entrevista por Amy Goodman a John Perkins autor del libro "*Confessions of an Economic Hit Man*" (publicado: Febrero 15, 2006), http://www.democracynow.org/2006/2/15/self_described_economic_hit_man_john, (accedido: Abril 3, 2011).

26 *Id.*

E. Conclusión

En términos generales surge la siguiente pregunta: ¿Somos una sociedad capitalista? Debemos concluir que no, creo que somos un experimento, una sociedad de consumo y lo empeoramos cuando los bienes son extranjeros. Debemos darnos cuenta de que el tanpreciado capital, es decir, la fuerza de movimiento del capitalismo, no es el dinero, sino los recursos naturales, y éstos se encuentran en nuestro pedazo de tierra.

Aclaro que esto no tiene que ver con nuestra relación político-económica con los Estados Unidos, tiene que ver con reforzar la empresa puertorriqueña y crear un mercado nacional; quizás hasta todo lo contrario. El economista puertorriqueño, Eliezer Curet Cuevas,²⁷ entiende que el desarrollo económico de Puerto Rico se debe en gran parte a la relación política y económica de la isla con los Estados Unidos. Añade, que hay que aprovechar nuestra relación con ellos para realizar proyectos de empresas puertorriqueñas para que se desarrollen y elaboren nuestras materias primas para el consumo local. Invita al gobierno a hacer un estudio para identificar cuáles son los artículos importados con mayor consumo y con menos costo de producción para ver de cual podemos obtener ventajas competitivas. En la alternativa, propone que el gobierno comience una campaña de defensa de empresas puertorriqueñas existentes para modernizarlas y crear incentivos para desarrollar las industrias locales.

Lo que nos venden como un “mágico mundo” es en realidad un “trágico mundo”. Un dólar en 1913 es el equivalente a \$22.35 en el 2010.²⁸ Eso es una devaluación de 96% desde la creación de la Reserva Federal. El sistema de expansión monetaria de la reserva fraccionaria es inherentemente inflacionario. Es decir, que como

27 Eliezer Curet Cuevas, *El desarrollo económico de Puerto Rico: 1940 a 1972*, 235-270 (1ra ed., Editorial Management Aid Center, Inc., 1976).

28 Herramienta para calcular la inflación en <http://www.usinflationcalculator.com/> (accedido: Abril 3, 2011).

la creación del dinero, no es proporcional a los bienes y servicios disponibles en la economía, la moneda siempre devaluará y como consecuencia los bienes y servicios serán cada vez más caros. Lo peor del caso, es que en Puerto Rico no tenemos nada nuestro; a nuestros comerciantes se les imponen impuestos colosales y a los extranjeros subsidios inauditos.

Sin ánimo de asustarlos, creo que el panorama no es muy alentador. El poder adquisitivo del dólar va a seguir bajando en los próximos años. Si bien nosotros no podemos comerciar con otros países sino a través de los Estados Unidos, hagámosle honor a la libre competencia del capitalismo que tanto defendemos. Creemos nuestra propia economía nacional, nuestra propia industria puertorriqueña para insertarnos al mercado internacional y lograr aunque sea, cierta autonomía económica.

“En un mundo donde el 1% de la población posee el 40% de la riqueza del planeta”.²⁹ En un mundo donde 34.000 niños mueren cada día de pobreza y enfermedades prevenibles, y donde el 50% de la población mundial vive con menos de 2 dólares al día³⁰, una cosa está clara... Algo está muy mal.

Los Estados Unidos representan menos del 5% de la población mundial y según la encuesta “U.S. Geological Survey”, los Estados Unidos consumen aproximadamente el 39% de la producción de petróleo del mundo, un 23% de la producción mundial de gas natural y un 23% de la producción mundial de carbón solo en 1998. Europa y Japón consumieron menos de la mitad de energía por persona que en los Estados Unidos.³¹

29 Joseph. *supra* en n. 14.

30 William P. Quigley, *Revolutionary Lawyering: Addressing the Root Causes of Poverty and Wealth*, 20 *WASH. U. J.L. & Policy* 101, 102-03 (2006).

31 *Id.*

III. Democracia: ¿Hipérbole Retórica?

*“Nadie vive más esclavizado
que aquellos quienes falsamente creen ser libres”.*
[traducción nuestra]

Johann Wolfgang Von Goethe¹

A. Definición y Trasfondo

Democracia, en su forma más pura y simple se puede resumir en una oración: “gobierno del pueblo, para el pueblo”. El término democracia proviene del antiguo griego *dēmokratía* que se divide en dos (2) vocablos: «*demos*», que puede traducirse como pueblo, y *krátos*, que puede traducirse como poder o gobierno. La primera aparición de la palabra fue en Atenas en el siglo V a.C.²

A mediados del siglo IX a.C., la ciudad-estado de Atenas sufrió su primer cambio político importante; esto fue cuando la monarquía fue sustituida por una aristocracia nobiliaria.³ El descontento con este nuevo sistema y la persistencia de la agitación social, llevó al legislador ateniense Dracón⁴ a dictar un riguroso código de leyes (llamadas leyes draconianas y cuyo uso en la actualidad se circunscribe para designar a leyes muy estrictas). Este código, vino a agudizar aún más la crisis social y económica

1 Jacob G. Hornberger, *Libertarianism Is the Key to Our Future*, (Nov. 3, 2006), <http://www.fff.org/freedom/fd0607a.asp>, (accedido: Abril 3, 2011).

2 Molina, *supra* en n. 3.

3 “Atenas.” Microsoft® Student 2008 [DVD]. Microsoft Corporation, 2007.

4 Dracón (fl. segunda mitad del siglo VII a.C.), político griego, uno de los más famosos legisladores de la antigua ciudad de Atenas. Todo lo que se sabe de él es que durante la segunda mitad del siglo VII a.C. un tesmoteta. (encargado de registrar las leyes que regían en dicha ciudad griega). En un momento de crisis y dada la persistencia de la agitación social opuesta a la primacía aristocrática, fue encargado en el 621 a.C. de dictar un código legislativo que restituyera la normalidad pública. Dichas leyes, limitaban el poder judicial de la nobleza, pero asimismo contenían rasgos de rigurosidad en la aplicación de las penas. “Dracón.” Microsoft® Student 2008 [DVD]. Microsoft Corporation, 2007.

pero, en última instancia, llevó al nombramiento de Solón⁵ como arconte (magistrado) en el año 594 a.C. A Solón se le atribuyen los inicios de la democracia ya que instituyó un consejo, una asamblea popular y tribunales de justicia.

El modelo ateniense es importante como contraste. Este sistema democrático antiguo, dejó detrás de sí ideales que, siendo profundamente humanos, reviven después de largos periodos de monarquías, tiranías y dictaduras. En escritos de la época ya aparecían los conceptos de libertad, igualdad, y justicia que son los axiomas o bases filosóficas de la democracia contemporánea.⁶ En la revolución francesa, fue donde se rescató parte de la democracia ateniense y dónde mayor notoriedad alcanzó estos ideales democráticos.

La cualidad suprema y la esencia de la democracia es la libertad, y su expresión máxima está consagrada en la Declaración de Independencia de los propios Estados Unidos cuando valoran como principio "*the pursuit of happiness*"⁷ (o búsqueda de la felicidad). La libertad de cada hombre implica la facultad de participar en el ejercicio de la autoridad, y esa autoridad, democráticamente, nunca puede impedir esa participación de cada individuo. Esta libertad de participación se le llama libertad política y es quien corona la axiología democrática, donde los términos extremos son autoridad y libertad.

B. Desarrollo

El escritor, Juan Carlos Molina sugiere en su libro *Ficción y realidad de la democracia* que en la misma definición de la

5 Solón (638-559 a.C.), legislador y político ateniense, considerado el fundador de la democracia de Atenas y uno de los denominados siete sabios de Grecia. "Solón." Microsoft® Student 2008 [DVD]. Microsoft Corporation, 2007.

6 Francisco Rodríguez Adrados, *Historia de la democracia: De Solón a nuestros días*, 11 (1ra ed., Ediciones Temas de Hoy, 1997).

7 *Declaration of Independence* (US, 1776).

palabra existe una incongruencia, y a esto le llama la “Ontología⁸ de la Democracia”. Explica que la teoría detrás de este concepto, supone que el pueblo es el **objeto** y **sujeto** de la autoridad.⁹

El pueblo es un sustantivo colectivo que alude a un conjunto de individuos vinculados, en este caso, por su lugar geográfico. Si el pueblo es objeto y sujeto de la autoridad, ¿cómo evitar la tensión entre libertad y autoridad? El autor indica que solo mediante una síntesis dialéctica se puede producir unidad y equilibrio entre estos conceptos antagónicos.

Citando a Dilthey (1948), Molina expresa que “sólo el mundo de la naturaleza puede explicarse, porque el mundo de la cultura sólo se comprende”.¹⁰ En estos términos, la democracia es considerada por el autor como cultura, ya que es producto del espíritu humano y por tal razón es muy difícil intentar explicarla. Sin embargo, intenta sintetizar las nociones básicas y los axiomas de la teoría (libertad, igualdad y justicia) para identificar el principio de funcionamiento.

Comienza por resaltar que toda doctrina (o sistema político) que pretenda borrar algo que está en la naturaleza con la palabra igualdad es radicalmente falsa. Indica que si bien en la democracia es necesaria la igualdad, la igualdad a la que se refiere es a la **igualdad de libertad**, es decir que la democracia supone como valor supremo la libertad, condicionada por la igualdad.¹¹

Molina señala que la autoridad debe respetar con igualdad, la libertad particular para que la democracia pueda posibilitar la felicidad individual. En este sentido, la autoridad solo debe crear las condiciones para posibilitar la felicidad de los hombres. Por otro lado, señala que también la autoridad es una autoridad

8 Ontología en la metafísica es la rama de la ciencia que estudia las propiedades trascendentales del ser humano.

9 Molina, *supra* en n. 3.

10 *Id.*

11 *Id.*

condicionada, ya que la condicionan las normas o valores culturales que conforman el llamado “orden social”. Estos valores, como todos, se manifiestan en la conducta, y para la convivencia pacífica es necesario que un sistema de valores predomine sobre los demás. La autoridad entonces se adscribe a esos valores y funciona exigiéndoles e imponiéndoles ese sistema a todos los demás individuos.¹²

Es en este momento que entra a la ecuación el tercer axioma, la justicia; y al cual dedicamos el capítulo IV completo por su importancia y relevancia en los méritos didácticos del enfoque jurídico de la revista.

Las controversias sobre los valores de igualdad y justicia y sus formas de exigencia e imposición de este orden a la ciudadanía, se cuestionan en los “Tribunales”. Estos son los foros adecuados, ya que son las instituciones encargadas de proteger al individuo frente a las injusticias que acarrea un sistema de gobierno capitalista. Estos templos donde se supone impera la justicia, son los pilares que sujetan una sociedad democrática.

Una sociedad se puede decir democrática si todos los ciudadanos forman parte del proceso de gobernabilidad de su país ya sea directamente o mediante representantes escogidos, aunque no sabiamente, al menos libremente. Podrían llamarse democráticos también si todo el mundo tuviera libre acceso a los servicios públicos de su país y por último, si el desce del pueblo, es la base de autoridad del gobierno; escogido mediante un proceso periódico y genuino de elecciones.

Podemos entonces resumir que las estructuras básicas de un gobierno democrático son las siguientes: (1) una constitución que recoja los valores a los que la autoridad ha de suscribirse, (2) un tribunal de justicia que defienda siempre la voluntad popular, (3) un sistema de votación equitativo y (4) el acceso del pueblo a los

12 *Id.*

servicios públicos estatuidos y reconocidos por la constitución del país.

Para que se establezcan estas estructuras democráticas y entonces surja una sociedad democrática habría que examinar la aptitud del individuo, no solo para saber gobernar, sino que como la misma definición lo requiere, ser gobernado. Podemos comparar la democracia con una gran sinfonía. Para que funcione tienen que funcionar los instrumentos (estructuras democráticas), tener buenos músicos (políticos), tener un director de orquesta (estado) y tener alguien que escuche (el pueblo); porque si no, no tiene sentido.

Los griegos justificaron el nacimiento del “estado” con el hecho de que ningún hombre es autárquico, y siempre hace falta una asociación para ayudarse, multiplicar los recursos y defenderse.¹³ El estado democrático, en ese sentido, es quien da unidad, coherencia y armonía a la sociedad.

Un estado democrático, es un ente unificador y totalizador; por tanto es un ser esencial de la democracia. Este “ser”, solo puede originarse en un acto constituyente por la voluntad popular. Esta voluntad popular es una fuerza independiente que posee absoluta autonomía. La estructura adecuada para convocar un poder constituyente es la llamada constitución.

La cualidad que se busca al examinar la aptitud del individuo para gobernar y ser gobernado es la tolerancia puesto que el principal postulado de la democracia es la participación ciudadana en las decisiones del estado.

Para hacernos un autoexamen y diagnosticar qué tan democráticos somos después de todo, el profesor Juan Carlos Molina¹⁴ nos da unos parámetros para el prototipo del hombre democrático. En síntesis, el hombre democrático debe poseer las siguientes cualidades: (1) experimentar un sentimiento y vocación indestructibles de

13 Molina, *supra* en n. 3.

14 *Id.*, en la pág. 198.

libertad como inherente a su calidad humana y una correlativa disposición a luchar por ella contra cualquier factor dirigido a su destrucción, (2) debe tener una sólida preparación cultural que le permita comprender con claridad la doble dimensión de la democracia (ser sujeto activo y pasivo), (3) debe tener una fe inquebrantable, una voluntad incommovible en la verdad y validez del régimen con el propósito de realizarlo con espíritu de sacrificio ilimitado, (4) debe tener conciencia de que es el creador de la democracia, y que solo puede esperar de ella lo que es capaz de dar de sí para su plena realización, (5) debe poseer un sentido de responsabilidades y deberes que exige el sistema, y la imposibilidad de delegarlas por ignorancia, debilidad o cobardía.¹⁵

De todas estas cualidades lo que resalta siempre son dos (2) características: el valor y el carácter. Hasta podríamos resumir todas esas cualidades en una oración. Sin pretensión de llegar al nivel del doctor Molina, yo diría que el ejemplar óptimo del demócrata no es el individuo fuerte y viril aislado, con un sentimiento hipertrofiado de su libertad individual, sino aquel que tiene conciencia social de que está sumergido en un grupo, y que como una necesidad colectiva de su existencia reconoce la comunidad y respeta en cada persona su individualidad, para la realización definitiva de la democracia.

¿Qué tan democrática es la sociedad en la que vivimos? ¿Hay tolerancia incluso en aquellos que la promulgan? ¿Hay honestidad con el pueblo? ¿Hay participación ciudadana en las decisiones?

C. Separación de Poderes

Por ser la antítesis de un gobierno dictatorial o totalitario, la doctrina más importante de la democracia es la de separación de poderes. La separación o división de poderes es un principio característico del constitucionalismo contemporáneo. Ésta supone una

15 *Id.*

garantía para el ciudadano ya que queda protegido por un marco legal que dificulta los abusos de poder y posibles actuaciones arbitrarias del Estado. La tradicional teoría de la separación de poderes divide éstos en poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial.

Esta doctrina fue desarrollada durante siglos. Uno de los primeros filósofos que teorizaron sobre ella fue el inglés James Harrington, quien, en su obra *Oceana* (1656), describió un sistema político utópico basado en la división de los poderes públicos. El actual concepto de la separación de poderes fue definido por el teórico francés Charles-Louis de Montesquieu en uno de sus principales ensayos, *El espíritu de las leyes* (1748).¹⁶

En las concepciones tradicionales de la democracia, como dijimos anteriormente, el poder soberano reside en el pueblo; o sea en la voluntad popular. Esta aspiración a la forma más pura de la democracia impone la necesidad de constituir un cuerpo de delegados para representar a cada sector de la población, de manera que los intereses de los distintos grupos sociales estén debidamente protegidos. Esa es la función real de la rama legislativa en nuestro sistema democrático. Este cuerpo, además, es el encargado de redactar, promulgar, reformar y derogar las leyes sujetos a la voluntad del pueblo y no de intereses particulares ni partidarios.

La voluntad del pueblo se encarna en la voluntad de la mayoría de los individuos que lo componen, por lo cual, quienes gobiernan y ejercen el poder son los representantes de la mayoría. Como en un pueblo hay sectores minoritarios que opinan en forma distinta, tienen otros intereses y también tienen derecho a la participación en su gobierno, éstos tienen sus representantes de minoría los cuales conjuntamente con los de la mayoría, integran el órgano legislativo. De esta manera, se les garantiza a todos los sectores de la población su derecho democrático a la participación en su gobierno, de modo tal que se les protejan sus intereses. En palabras

16 *Id.*

del Tribunal Supremo de Puerto Rico “Sólo desde esta perspectiva cabe armonizar los derechos de la mayoría, democráticamente constituida, con los de la minoría que, en todo caso, siempre pueden ser tutelados por la autoridad judicial”.¹⁷

Las distintas tendencias o corrientes de opinión de cada sector poblacional se canalizan a través de asociaciones que popularmente se conocen como partidos políticos. La actividad de estos órganos resulta en la estructuración de plataformas de gobierno que respondan a la voluntad de los distintos sectores del pueblo para que posteriormente se postulen y participen en una elección democrática. Claro, que como estos partidos están condicionados a la voluntad popular y esa voluntad por su naturaleza humana es cambiante, la consecuencia es que éstos necesariamente tienen que ser progresivos y no estáticos.

Los partidos políticos son elementos amorfos de la democracia real.¹⁸ La democracia moderna descansa sobre éstos partidos, de ahí a que se inserten en la constitución como órganos para la formación de la voluntad estatal. De ahí la importancia de que sean dinámicos y progresivos ya que las circunstancias históricas cambian, la tecnología progresa y las necesidades varían.

La trascendencia de los partidos políticos es que, al estos recoger la voluntad popular, de ellos va a depender la estructuración y funcionamiento del estado y sus órganos de gobierno; esto es la rama ejecutiva. La función principal del poder ejecutivo es procurar el cumplimiento de todo cuanto se apruebe en el órgano legislativo y lo que esté estatuido en los códigos de orden del Estado.

En *Crespo Quiñones*¹⁹ sobre esta doctrina el Tribunal expresó “...la doctrina de separación de poderes, prohíbe la interferencia

17 *Rivera Rodríguez v. Junta de Directores I y II*, 173 D.P.R. 475 (2008), 2008 T.S.P.R. 55 (P.R. Abril 2, 2008) (NO. CC-2003-365, CC-2003-370).

18 Hans Kelsen, *Esencia y valor de la Democracia* 24 (Editorial Comares, 2002).

19 *Crespo Quiñones v. Santiago Velázquez*, 176 D.P.R. ____ (2009), 2009

de una rama constitucional de gobierno en los asuntos de otra.” Añade que una violación a esta doctrina “...atentaría contra la independencia del poder judicial frente a las ramas políticas del Gobierno que es uno de los pilares de dicha doctrina y principio trascendental de nuestro sistema democrático”.

La situación actual de nuestro Tribunal Supremo precisamente tiene mucho que ver con el principio de independencia judicial e independencia de criterios partidistas. A modo de apostrofe, me permito comentar sobre esto que es una situación bochornosa para todos los que amamos esta profesión que nuestro más alto foro judicial haya sucumbido ante un desbarajuste constitucional y un pataleo ejecutivo. Es vergonzoso y ofensivo a la Constitución que el Honorable Tribunal Supremo de Puerto Rico se haya hecho o víctima –o cómplice– de un asalto político-partidista en un acto antidemocrático sin precedentes en la historia del país.

Antes de hacerme víctima de críticas pungitivas, me reitero en las palabras de un profesor, esto nada tiene que ver con el “status” y voy más allá, es que ningún asunto constitucional tiene que ver con el susodicho “status” que en su momento se resolverá en un plebiscito, estos son asuntos puramente democráticos.

D. Aplicación a Puerto Rico

Con qué mejor autoridad que con las propias palabras del Tribunal Supremo de Puerto Rico para introducir este tema: “En Puerto Rico existe un sistema republicano de gobierno que está compuesto por tres ramas de gobierno: la Legislativa, la Judicial y la Ejecutiva. Así, los poderes delegados por el pueblo al Gobierno, a través de la Constitución, se distribuyen de manera tripartita. Esa separación de poderes es la salvaguarda que nuestra Constitución

T.S.P.R. 125, 128 (P.R. Julio 31, 2009) (NO. CC-2007-1114), citando a *Colón Cortés v. Pesquera*, 150 D.P.R. 724 (2000), y a *Misión Ind. P.R. v. Junta de Planificación*, 146 D.P.R. 64 (1998).

consagra para preservar las libertades del Pueblo y un sistema democrático de Gobierno”.²⁰

La democracia fue antes, un problema frente a la autocracia monárquica, hoy, constituye un problema frente a la dictadura de los partidos políticos. Si bien los partidos políticos juegan un papel importante en el ejercicio de una democracia, esto no quiere decir que sean los protagonistas de la vida política del estado. Sin embargo, en Puerto Rico lejos de democracia, podríamos hablar de una partitocracia a cuyo monarca escogemos cada cuatro (4) años.

La partitocracia o partidocracia, se trata de un neologismo empleado para definir la burocracia de los partidos políticos. Es un concepto político cuyo significado literal es “gobierno de los partidos”. Esta expresión se utiliza para designar el sistema en el que los partidos políticos logran imponer su propia supremacía en muchos ámbitos de la sociedad hasta el punto de apropiarse de parte de las funciones que las leyes y la constitución asignan a otros órganos; como por ejemplo el Tribunal Supremo. Según Rodríguez la partitocracia va en contra de la misma esencia de la democracia.²¹

Según el profesor Antonio Calero:

La partitocracia constituye una deformación sistemática de la democracia. El término se utiliza para designar el sistema de gobierno en el cual, aunque teóricamente se vive en democracia, los únicos actores del panorama político son los grandes partidos. Estos a base de un sistema democrático de turnismo se van pasando el gobierno de forma consecutiva, coartando las posibilidades de que los ciudadanos expresen su voluntad real más allá de los partidos ya existentes.²²

20 *Dominguez Castro v. E.L.A.*, 177 D.P.R. ____ (2010), 2010 T.S.P.R. 11 (P.R. Febrero 2, 2010).

21 Rodríguez, *supra* en n. 37, en la pág. 426

22 Antonio Ma. Calero, *Partidos políticos y democracia*. Barcelona, 54 (Salvat

Es de conocimiento general que los partidos son un mal necesario, ya que tienen una importancia real y un rol significativo en la democracia puesto que representan intereses de varios sectores de la población. Inclusive, el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha reconocido la importancia de los partidos políticos arguyendo que estos “son indispensables el funcionamiento de nuestra democracia.”²³ Están investidos de poderes cuasi gubernamentales. Constituyen el vehículo de expresión colectiva ciudadana para canalizar pacíficamente las distintas tendencias políticas e intereses de los varios sectores de opinión del país.”

Aunque reconozco esta importancia debo concluir que esto no adquiere tal matiz en Puerto Rico. Lo primero es que los partidos existentes aún no han adquirido la cualidad de ajustarse a las realidades presentes y los partidos nuevos que surgen no tienen la mínima posibilidad de sobrevivir al 5 de noviembre en años de elecciones.

Lo cierto es que todos los partidos políticos existentes se han fundado en cimientos fantasiosos; ya que sus plataformas se basan en defender o implantar un “status”. La noción del status es un simple espejismo para los puertorriqueños; una trampa para dividimos como pueblo y distraer nuestra atención a banalidades superfluas.

En definitiva, la democracia constitucional no es un fenómeno que solo debe ocurrir cada cuatro (4) años. La democracia participativa no significa ir a las urnas para escoger un gobierno totalitario por cuatro (4) años. Un gobierno democrático no puede estar basado en un partido político fundado en abstracciones sobre un estatus.

Constitucionalmente los Estados Unidos podrían incorporar- nos y sin embargo no lo han hecho, lo cierto es que no podemos

Editores S.A., 1982).

23 *P.R.P. v. E.L.A.*, 115 D.P.R. 631 (1984).

obligar a nadie que nos ame. Por otro lado, tenemos una deuda millonaria con ellos por lo que tampoco nos darían la independencia. Decía John Adams (1735-1826) que hay dos formas de conquistar y esclavizar a una nación, una es con la espada, la otra es con la deuda. ¿Qué les parece la idea de te quiero de lejos? ¿No hay un popular dicho que recoge el sentimiento de los amores “de lejos”?

En última instancia, el día que se vaya a resolver el estatus de Puerto Rico, por nosotros quiero decir, habrá que utilizar nuestra proclamada soberanía y convocar la voluntad del pueblo a un plebiscito. Apelando a su inteligencia e invitándoles a reflexionar, ¿pueden imaginarse lo contrario en un sistema constitucional democrático?

Permitiéndome la licencia de una prosopopeya y uso del reiterado argumento de telenovela, me gustaría representar a Puerto Rico como una bella mujer, muy enamorada de un hombre casado. Las personas que la aman y quieren lo mejor para ella no estarían de acuerdo con esa relación por entender que no tiene futuro y ella merece algo mejor. No erco estar muy lejos de la verdad cuando sugiero que lo primero que le propondríamos a la dama es una lección de valor y amor propio. De este modo, en caso de que el hombre decidiera o no formalizar su relación, ella se encuentre en una posición de control sobre su futuro.

Mi propuesta es que todos los partidos deben estar enfocados en el bienestar de Puerto Rico, y esto no tiene que ver con un estatus, porque inclusive los estados tienen una economía sólida y autosustentable, a diferencia de nosotros. No tenemos estabilidad económica por nuestra inestabilidad política. Las industrias, que como Disney World TM © querían venir a hacer negocios e invertir en nuestra tierra; se topan con una realidad digna de lástima hasta que optan por no arriesgar su capital en esta tierra endeble.

E. Conclusión

Hay dos aspectos principales que considerar en lo que llamamos la “crisis de la democracia”. El primero es el que se refiere a las dificultades y conflictos que pueden darse en el seno de un régimen democrático auténtico y el segundo se refiere al caso en que el sistema democrático ya instituido entra en conflictos de tal magnitud que desaparece para ser sustituido por uno de tipo autocrático.

Desde el primer punto de vista, puede decirse que la democracia está siempre en crisis, aún cuando funcione correctamente. Ella vive y funciona permanentemente en movimiento, en un equilibrio inestable. En este sentido no puede hablarse estrictamente de crisis o fracaso de la democracia, ya que estos conflictos son esenciales al funcionamiento dinámico del régimen.

No ocurre lo mismo si se da el segundo caso señalado. Según el Dr. Juan Carlos Molina, “cuando se rompe el equilibrio dinámico funcional de la democracia o cuando los conflictos y tensiones llegan a un punto tal que las conductas individuales y sociales rompen con su marco axiológico esencial, la democracia cae en una verdadera crisis y por tanto en su fracaso como régimen político”.²⁴

El autor propone que las causas fundamentales de este fracaso residen, primero, en la falta de comprensión exacta de lo que es la democracia en su doble aspecto de esencia y existencia o bien en una noción errónea y segundo en un mal manejo en las estructuras democráticas de la sociedad.

En estos momentos estamos viviendo una verdadera crisis democrática, aunque este no es un sistema perfecto, es un sistema basado en justicia social; y lo cierto es que no se le está dando ninguna importancia cuando debiéramos atesorarlo.

24 Molina, *supra* n. 3, en la pág. 84.

Nuestra forma de gobierno democrática está consagrada en nuestra Constitución y sin embargo nos da igual. Estamos tan ocupados sobreviviendo, que nos olvidamos de nuestras responsabilidades sociales, y esto es alarmante, ya que una democracia constitucional es la única herramienta contra gobiernos totalitarios que se aprovechan de la debilidad de un pueblo para someterlo a sus propios intereses.

Nuestra constitución comienza diciendo lo siguiente:

Nosotros, el pueblo de Puerto Rico, a fin de organizarnos políticamente sobre una base plenamente democrática, promover el bienestar general y asegurar para nosotros y nuestra posteridad el goce cabal de los derechos humanos, puesta nuestra confianza en Dios Todopoderoso, ordenamos y establecemos esta Constitución para el Estado Libre Asociado que en el ejercicio de nuestro derecho natural ahora creamos dentro de nuestra unión con los Estados Unidos de América.

Al así hacerlo declaramos:

Que el sistema democrático es fundamental para la vida de la comunidad puertorriqueña;

Que entendemos por sistema democrático aquel donde la voluntad del pueblo es la fuente del poder público, donde el orden político está subordinado a los derechos del hombre y donde se asegura la libre participación del ciudadano en las decisiones colectivas;

Que consideramos factores determinantes en nuestra vida la ciudadanía de los Estados Unidos de América y la aspiración a continuamente enriquecer nuestro acervo democrático en el disfrute individual y colectivo de sus derechos y prerrogativas; la lealtad a los postulados de la Constitución Federal; la convivencia en Puerto Rico de las dos grandes culturas del hemisferio americano;

el afán por la educación; la fe en la justicia; la devoción por la vida esforzada, laboriosa y pacífica; la fidelidad a los valores del ser humano por encima de posiciones sociales, diferencias raciales e intereses económicos; y la esperanza de un mundo mejor basado en estos principios.

25

Como podemos apreciar, la Constitución de Puerto Rico le reconoce una especial preeminencia a la democracia y se enmarca esencialmente en el contexto de un sistema democrático. Más aun, cataloga este sistema como fundamental para la vida en la comunidad y donde la voluntad del pueblo tiene supremacía como fuente de poder político.

Desde *Marbury v. Madison*, le corresponde a la Rama Judicial pasar juicio sobre la constitucionalidad de una ley o actuación del gobierno. En ese caso se nos habla del poder implícito en la Constitución que es el poder de la revisión judicial. Argumentó el juez Marshall que ese poder está implícito en el Art. III y en la Cláusula de la Supremacía y por esta razón los jueces del Tribunal Supremo tienen la facultad de interpretar la ley suprema y verificar la constitucionalidad de las leyes.²⁶

El propósito de una Constitución es limitar las facultades del Estado para intervenir con el ciudadano y proveer unas garantías de protección a los derechos fundamentales del individuo como condición de humano y ciudadano. Estas garantías se supone que sean custodiadas con recelo por los Tribunales de Justicia.

La intervención judicial se justifica siempre que sea para garantizar los derechos constitucionales y democráticos de los individuos en la sociedad; ya que según el profesor Carlos Ramos²⁷

25 Const. P.R., 1 L.P.R.A. Preámbulo (2008).

26 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

27 Carlos E. Ramos González, *La Libertad De Expresión En El Derecho Constitucional Comparado*, 44 Rev. Jurídica U. Inter. P.R. 429 (Agosto - Mayo, 2009-2010).

el verdadero objeto del constitucionalismo es conciliar el ejercicio del poder con la libertad humana en el marco del Estado.

Si, como mencionamos, los partidos políticos son los actores que desempeñan diversos papeles en el drama democrático, el estado, por medio de sus instituciones, provee el escenario y el decorado. El pueblo, por medio de la constitución impone las limitaciones, en tamaño y forma, y el argumento y la actuación tienen que ajustarse a ellas. La rama judicial es quien se encarga de dirigir la obra para armonizar las exigencias del pueblo, el estado y los partidos.

IV. Rol de La Justicia

A. En Cuanto a la Democracia

Según el Preámbulo de nuestra Constitución, un sistema democrático es “aquel donde la voluntad del pueblo es la fuente del poder público, donde el orden está subordinado a los derechos del hombre y donde se asegura la libre participación del ciudadano en las decisiones colectivas”.¹ El propio Tribunal Supremo nos amplía la doctrina y dice que “más allá de estas consideraciones filosóficas, el funcionamiento de un sistema que lleve el calificativo “democrático” debe poseer una transparencia tal, en cuanto a su engranaje y ejecutoria, que permita el libre flujo de la información necesaria para la integración del ciudadano con la cosa pública”.²

El pueblo constituido en cuerpo político o sea en el Estado, actúa de forma soberana por medio de la voluntad general, creadora a su vez de las leyes, que tienden a la consecución del bien común. El necesario poder ejecutivo (gobierno) estará supeditado a la ley emanada de la voluntad general.

1 Const. P.R., 1 L.P.R.A. Preámbulo (2008).

2 *Aponte Hernández v. Sánchez Ramos*, 173 D.P.R. 389 (2008).

En las sociedades democráticas, el estado se convierte en el órgano que garantiza los derechos de los individuos, pero a su vez el estado tiene la función de promover el interés público, el cual tiene prioridad sobre los intereses individuales. El instrumento con que el estado cuenta para garantizar tanto los derechos públicos o comunitarios y los derechos privados o individuales, es el Derecho. El sistema de derecho, a la vez que ejerce la función de garantizar el orden social, garantiza los derechos de los individuos para el logro de la convivencia social. Sin embargo, en ocasiones esos derechos van a estar enfrentados. Toda relación de conducta humana plurilateral viene cargada de polémicas, y la democracia no es su excepción, todos los conflictos que surjan son resueltos por el derecho.

La rama judicial, es este tercer poder en la doctrina de separación de poderes. Es la encargada de administrar la justicia, de interpretar las leyes y de reconocer los derechos al ciudadano. Es, además, una institución esencial para el sustento de un gobierno constitucional democrático. El propio Tribunal establece³ que la “función de los integrantes de este Tribunal dentro del sistema democrático de gobierno en que laboramos, [...] consiste en tratar de hacer la mejor justicia de la que los seres humanos son capaces mediante la interpretación objetiva, serena y jurídicamente correcta de la Constitución, y las leyes, del Estado Libre Asociado de Puerto Rico”. Tan reciente como en julio de 2010, el Tribunal Supremo añadió que su ministerio es “proteger y garantizarle al Pueblo su democracia y más aún frente a la crisis constitucional más grave y seria de su historia”.⁴

En palabras del Juez Presidente del Tribunal Supremo de Puerto Rico, el Honorable Federico Hernández Denton:

En nuestro sistema constitucional democrático, la realización de la justicia recae de modo principal en los tribunales. En este

3 *Pueblo Int'l. Inc. v. Srto. de Justicia*, 122 D.P.R. 703 (1988).

4 *Domínguez Castro v. E.L.A.*, *supra* en n. 51

sentido, la Rama Judicial de Puerto Rico tiene la enorme responsabilidad de resolver los casos y controversias que se le presenten ante su consideración para así propiciar la paz social y garantizar la seguridad jurídica. En otras palabras, el deber primordial de los tribunales puertorriqueños consiste en dirimir los conflictos jurídicos que surgen entre partes encontradas y proteger los derechos constitucionales de los individuos para evitar —en última instancia— que la ciudadanía tome la justicia en sus propias manos.⁵

Esta institución, como poder separado del legislativo y el ejecutivo, surge de manera tal, que se permita el logro de los objetivos de la política dentro de un sistema de reglas conocidas y aceptadas, mediante la delimitación de derechos y el balance de intereses protegidos.

Un estado democrático, como hemos dicho, es un ente unificador y totalizador del poder del pueblo; por tanto solo puede originarse en un acto constituido por la voluntad popular. Una vez se constituya esta voluntad se establece por escrito en una Constitución.

Una constitución es la ley fundamental de un Estado, define el régimen básico de los derechos y libertades de los ciudadanos y los poderes e instituciones de la organización política. Comprende aquellos rasgos de una forma de gobierno que lo revisten de importancia fundamental y tienen una amplia aceptación. En otros lugares la han definido como el diseño básico de la estructura y los poderes del estado y los derechos y deberes de sus ciudadanos.⁶

Es por esto que todo estado consolidado tiene una constitución, cualquiera que sea su forma de gobierno o el tipo de política que los inspire. Es esta la única herramienta que por su origen y definición, tenemos para limitar la opresión del Estado y por tanto

5 Federico Hernández Denton, *La Administración Eficiente de la Justicia*, 77 *Rev. Jurídica U.P.R.* 915 (2008).

6 Leslie Lipson, *Historia y Filosofía de la Democracia*, 481 (Tipográfica Editora Argentina, 1969).

es también el instrumento utilizado por los Tribunales de Justicia para atemperar controversias.

Según Molina, para que una Constitución sea adecuada debe responder a tres exigencias. En primer lugar, una Constitución debe organizar y otorgar reconocimiento formal a los intereses y grupos de que se compone la sociedad. Segundo, debe ser para el estado lo que el esqueleto para el cuerpo humano, ofreciendo una estructura sólida en torno a la cual pueden operar los procesos dinámicos de la política. Delimita los poderes oficiales y consagra los derechos y responsabilidades de los ciudadanos. Por último, la constitución está dotada de supremacía legal, ésta señala la cúspide de la jerarquía de gradaciones legales y por tanto es la ley Suprema del Estado y la fuente de todas las demás leyes porque contiene la voluntad del verdadero poder detrás del estado que es el poder constituyente.⁷

B. En cuanto al Capitalismo

Todo sistema político de un país, va a responder al desarrollo económico. A través de la historia, en el nombre del capitalismo se han cometido innumerables injusticias. Nuestro propio Tribunal Supremo citando a Serrano Geyls, en el caso de *Domínguez Castro v. EIA*, reconoció que "...el acelerado crecimiento del capitalismo norteamericano ha dejado una secuela de abusos contra individuos y grupos económicamente débiles..."⁸ Es también la doctrina constitucional introducida anteriormente la que ha sido utilizada por los tribunales para atacar, eliminar o reducir esos abusos.

Veamos el desarrollo de la visión sobre el capitalismo de nuestro Tribunal Supremo:

En 1961, en el caso de *A.D. Miranda, Inc. v. Falcón*, una controversia sobre la jornada de trabajo del empleado, el Tribunal en

7 Molina, *supra* en n. 3, en las págs. 114-118.

8 *Domínguez Castro, Supra* en la pág. 51.

una nota al calce cita un informe del grupo de asesores al momento de establecerse la Constitución, y lee de la siguiente forma:

La gente de Puerto Rico ha demostrado persistentemente, tanto en la ideología como en la práctica, que tiene fe en los valores fundamentales de la tradición liberal, en la libertad y dignidad del individuo como último punto de referencia valorativa para la organización social. Ha fortalecido los ideales y las prácticas de la democracia en sus aspectos económicos, políticos y sociales. **Hay que reconocerle un esfuerzo admirable por contribuir a la reivindicación de la democracia en cuanto a su capacidad para atender los problemas ocasionados por las fallas del sistema capitalista.** La calidad y respetabilidad de estos logros exigen disposiciones constitucionales de la misma categoría, incluidas en el preámbulo, en la Carta de Derechos y en todas las partes de la ley fundamental. Será esta la primera Constitución democrática que tengamos en los cuatro siglos y medio de nuestra existencia como comunidad organizada, y tal oportunidad no puede despreciarse.⁹

En 1993, en el caso *Ramos Acevedo v. Tribunal Superior*, el Tribunal Supremo inclusive parece culpar al capitalismo de haber desvirtuado nuestra profesión; convirtiendo defensores públicos en “una moderna empresa comercial” cuando dice:

Durante varios siglos ha persistido y hemos defendido la idea de la abogacía como una noble y digna profesión alejada de las prácticas e intereses comerciales. Esta situación, sin embargo, se ha transformado. El capitalismo avanzado, con su correlativo crecimiento de la esfera administrativa, ha ido despojando a la abogacía de su aureola de noble profesión liberal.¹⁰

9 *A.D. Miranda, Inc. v. Falcón*, 83 D.P.R. 735, 739 (1961).

10 *Ramos Acevedo v. Tribunal Superior*, 133 D.P.R. 599, 634 (1993).

En 1996, en una nota al calce del caso *Lever Bros. Export Corp. v. Alcalde San Juan*, el Tribunal Supremo para sustentar su decisión, utilizó como referencia un escrito sobre estrategias y planificación en la distribución global de productos,¹¹ en lo pertinente lee como sigue:

Today, product distribution as well as other business decisions are determined by cold-hearted rationality... Like their larger counterparts, ... smaller companies understand the necessity of strategy in maintaining the competitive edge in a world of pure capitalist thinking.¹²

Hasta ahora podemos admitir que el Tribunal Supremo de Puerto Rico es consciente de los problemas que acarrea el sistema capitalista. En 1994, en el caso de *Arthur Young & Co. v. Vega III*, el Tribunal reconoció la importancia de la justicia frente al capitalismo en los pleitos obrero-patronales; pero sin embargo, en este mismo caso sugiere que esta condición de abuso ha mermado al punto que advierte que este sistema se ha “sensibilizado”. En la opinión de éste caso, la mayoría expone:

Como se sabe, en la primera mitad del siglo XIX se difundió a través de las sociedades capitalistas una concepción que entendía el trabajo humano como una especie de mercancía que el trabajador vendía al empresario, dueño del capital, al precio que el mercado fijase, fuese o no adecuado. Hoy día, en cambio, prevalece un modo más sensible de concebir y valorar el trabajo. Se piensa que es un bonum orduum, un bien de la humanidad, que corresponde a la dignidad del ser humano y que a su vez lo ennoblece.¹³

11 Kojo Yelapaala, *Strategy and Planning in Global Product Distribution-Beyond the Distribution Contract*, 25 L. & Policy Intl Bus. 839, 856-858 (1994).

12 *Lever Bros. Export Corp. v. Alcalde San Juan*, 140 D.P.R. 152 (1996), nota al calce 11.

13 *Arthur Young & Co. vs. Virgilio Vega III*, 136 D.P.R. 157, 189 (1994) (Jucz

No tenemos reparo y de hecho estamos de acuerdo con que el trabajo dignifica, sea cual sea; pero en cuanto a que el trabajo tenía antes el valor que el mercado fijase y ahora no, tengo que diferir del Honorable Tribunal. Actualmente el trabajo también tiene un precio fijado por el mercado al cual le llamamos “Salario Mínimo Federal”. Que como diría un profesor muy querido, no se trata de un salario mínimo, si no de un salario máximo, porque nadie paga más de eso.

En el 2007, el Presidente de los Estados Unidos, George Bush, firmó el *Fair Minimum Wage Act*¹⁴ fijando un salario mínimo, actualmente es \$7.25 por hora. Una persona que trabaje 40 horas por este salario cobraría \$290 semanales, menos las deducciones aplicables por ley serían alrededor de \$1,000 mensuales, si eres de los afortunados a quienes el patrono paga un seguro médico. Siendo justos, no creo que exista bajo nuestro sistema económico una persona capaz de vivir con este salario una vida digna como la que se consagra en nuestra Constitución; pero eso será material de otro artículo.

Aunque poco se ha dicho sobre el sistema capitalista en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico, el Código Civil de Puerto Rico encierra un conjunto de disposiciones que demuestran que el legislador ha reconocido de un modo general la existencia de una desigualdad económica. Además, conforme dice Planiol, dicho principio se impone como una regla necesaria de equidad, “siendo una de esas raras reglas de derecho natural que dominan todas las leyes, aun cuando el legislador no se haya tomado especialmente el cuidado de formularlas”.¹⁵

En un sistema que se basa esencialmente en la desigualdad económica, ¿cuál es el rol de los abogados y las abogadas? El licenciado Quigley en un ensayo titulado *Revolutionary*

Asociado Fuster Berlinger concurriendo).

14 Fair Minimum Wage Act of 2007 (Pub.L. 110-28, Title VIII).

15 Planiol, *Las Obligaciones Según el Derecho Puertorriqueño*, 133 (1964).

*Lawyering*¹⁶, diserta sobre las opciones que tienen los abogados para enfrentar esta desigualdad. La primera es escoger ser un mantenedor del “status quo”, perpetuando la desigualdad y la opresión de manera que en su rumbo natural esta brecha siga aumentando. La segunda opción, es la de ser un ente de cambio, que en el ejercicio de su profesión, estremezca los cimientos de la sociedad para sentar bases de justicia social.

V. Conclusión

Estos sistemas sociales que reseñamos en el artículo, no son procesos históricos aislados en el desarrollo de la humanidad, sino que son productos coetáneos de la evolución natural de la sociedad y como tales debemos entenderlos y aplicarlos. Aunque toda información nos llegue en forma de rompecabezas, nuestra responsabilidad social y deber como ciudadanos, es unir todas las piezas hasta formar un cuadro lógico del pasado para comprender el presente y poder proyectar el futuro.

En resumen, hemos interpretado la democracia como un sistema político que trata de guiar la sociedad hacia su peculiar concepto de civilización. Es una manera de armonizar nuestras relaciones y agrupamientos de tal modo que puedan incorporar progresivamente los ideales de libertad, igualdad y justicia. Un pueblo democrático, por medio de sus instituciones aspira a tener y fomentar un gobierno democrático; conducido por los representantes de la elección de la voluntad popular, en su nombre y sometidos al último control del pueblo.

Nuestra Carta de Derechos debe comenzar con una declaración que ponga de relieve nuestra firme convicción de que el gobierno sólo se justifica como un medio para lograr la libertad y dignidad humana.

16 Quigley, *supra* en n. 30.

El capitalismo moderno, por otra parte, lo hemos entendido como un sistema de economía globalizada basado en el libre mercado y la libre empresa; propiciando una libre competencia. Aunque en Puerto Rico este sistema realmente no adquiere una trascendencia equiparable a la que tiene en los Estados Unidos y otros países con capital y recursos propios. En Puerto Rico el sistema de libre competencia se convierte en un sistema de ninguna competencia ya que ningún comercio local puede competir con una empresa multinacional.

Aunque la democracia y el capitalismo tienen un denominador común que es la libertad, no es posible una congruencia entre ambos sistemas porque son fundamentalmente distintos. Sin embargo, no es necesaria una congruencia sino un equilibrio. El capitalismo por un lado es un sistema económico intrínsecamente desigual; mientras que uno de los máximos postulados de la democracia es la igualdad. ¿Cómo lograr el equilibrio? Como aprendimos anteriormente, mediante una síntesis dialéctica.

En el ideal de la democracia convergen los postulados de libertad individual y política; pero este modo de libertad democrática que conlleva cierta responsabilidad social, no es compatible con el modo de entender la libertad por parte del capitalismo o liberalismo económico. El liberalismo si bien se opone al absolutismo, y defiende la libertad cívica, y sobre todo el libre mercado, sólo acepta un Estado "Mínimo" o Estado "Policía", que solo se limite a garantizar la seguridad individual. De ahí, en la actualidad, el empobrecimiento de la participación en la democracia participativa y la vida pública con la correlativa preferencia individual de una vida privada autosuficiente que al fin y al cabo lo que propicia es la intolerancia que a su vez desvirtúa los fines de la democracia.

Es como la serpiente que muerde su cola. El capitalismo obstruye la democracia y la democracia es un obstáculo al capitalismo. La desigualdad que genera el capitalismo obstruye los

propósitos de la democracia porque limita la participación de un sector desventajado a la esfera del poder.

Sin embargo, no son excluyentes estos dos sistemas si se logra una verdadera democracia social.¹⁷ La democracia es aquella donde el gobierno hace lo que el pueblo quiere y defiende un solo interés: el del pueblo. Ahora bien, es social porque procura el equilibrio del derecho del individuo con el de la comunidad. Esto se logra con la ética social.¹⁸

El principio de ética social se recoge en el tratado político *El contrato social*¹⁹ escrito por el pensador francés Jean-Jacques Rousseau. En esta obra Rousseau expuso su forma de entender el proceso necesario para que se permitiera la convivencia en sociedad. Esta convivencia tiene que estar basada en los principios de la democracia y queda establecida por medio de un convenio originario (el contrato social), alejado tanto de la fuerza como de la autoridad divina. Este contrato, según Rousseau, es quien dará lugar a la unión del pueblo en torno a un verdadero cuerpo político: el Estado.

Dicho pacto tiene que ser adoptado “libremente” por todos y cada uno de los miembros de dicho cuerpo, de forma que cada individuo renuncie a su propia independencia inicial. De esta manera vence a la inherente desigualdad natural para obtener una auténtica igualdad ética y jurídica.

En tiempos modernos podemos entender nuestra Constitución como ese contrato social, pues es ésta quien nos reconoce unos derechos fundamentales y quien asegura una igual protección de las leyes entre otras garantías. Por medio de la Constitución, que es nuestra ley más sagrada, nosotros tenemos derecho a un

17 Francisco José Figuerola, *Teoría de la Democracia Social*, 192 (Ediciones Depalma, 1986)

18 *Id.*

19 “*El contrato social.*” Microsoft® Student 2008 [DVD]. Microsoft Corporation, 2007.

gobierno democrático y a participar en la toma de decisiones del Estado. Tenemos también derecho a exigirle a las personas que ejercen el control inmediato del gobierno que se **R E S P E T E** la voluntad del soberano que es el pueblo y que está instituida en la Constitución.

Mediante esa libertad política de participación en la esfera de poder que nos garantiza nuestra ley suprema, podemos enfrentarnos a las desigualdades del sistema de liberalismo económico. Podemos hacer uso de la libertad que propugna este sistema económico y propiciar una verdadera economía autóctona, promoviendo y estimulando los comercios locales y fomentando el empleo. De esta manera, brindar los recursos de sobrevivencia (empleos, vivienda accesible) a todos los estratos sociales de modo que ni la brecha de la desigualdad ni la dependencia desmedida de programas sociales, siga aumentando.

A modo de ejemplo; en la antigua Atenas se reconoció que era necesaria una aproximación socio-económica de las clases, ya que sin ella no podía haber concordia ni consenso en las decisiones del estado. Aunque el igualitarismo económico que persiguen los regímenes comunistas no es posible; lo cierto es que para que una democracia sea eficiente y se representen efectivamente los intereses del pueblo, tiene que haber una aproximación a la igualdad en los regímenes democráticos.

Lejos de esto, en los últimos años las brechas de la desigualdad económica en Puerto Rico, Estados Unidos y en el mundo, han ido en aumento y en detrimento de los países más desventajados. El gran ascenso económico de las sociedades modernas ha generado una sociedad de consumo, una aspiración de todos a vivir por encima de sus medios, un *feed-back* que bloquea automáticamente todos los avances democráticos. Esto crea conflictos interpersonales y problemas sociales que siempre redundan en gastos públicos (cárceles, el desempleo, etc.); mientras que la economía subterránea crece correlativamente.

Quisiera permitirme terminar diciendo que los individuos que el pueblo elige para constituir los órganos del gobierno en su sentido más amplio, sea en sus funciones legislativas, ejecutivas o judiciales, no deben representar ninguna voluntad autónoma o partidista; éstos solo fueron escogidos por el soberano para participar en la toma de decisiones en el gobierno del Estado. Todos estos funcionarios tienen el deber ético, moral y sobretodo, constitucional de representar los intereses del pueblo y los valores adoptados por la sociedad, acordados en la constitución. De hecho, pienso que el gobierno sólo se justifica como un medio para lograr la libertad y dignidad humana promulgada en la democracia, no lo contrario.

El Síndrome del Niño Maltratado como elemento probatorio en la legítima defensa

Rosa Ruiz Sánchez¹

I. Introducción

El Derecho romano reconoció por primera vez la legítima defensa en protección de los derechos de propiedad en aquellos casos en que estuviere implicado el riesgo personal y la protección a la honra.² Por otro lado, en los orígenes del Derecho anglosajón, la legítima defensa surgió como parte del llamado “privilegio de prevenir delitos”. Éste le permitía a la víctima de un delito grave resistir dicho ataque hasta con fuerza mortal.³

Actualmente la legítima defensa se refiere a cualquier situación que involucre defensa de la persona, incluyendo ataques rápidos, en delitos tanto graves como menos graves.⁴ Lo importante no es si quien invoca la defensa estaba en verdadero peligro de perder su vida o de sufrir grave daño, sino si las circunstancias eran tales que inducían a una persona prudente a creer racionalmente que estaba expuesta a un peligro inminente y si tenía causa suficiente para estimarlo.⁵

Por otro lado, en nuestro ordenamiento penal ya no exige el llamado “*retreat to wall*” del Derecho romano. Es decir, ya no se espera que la persona se encuentre en un estado de indefensión para ser acreedora de la legítima defensa. Contrario a lo que muchos piensan, el agredido puede perseguir a su atacante aún luego

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

2 Dora Nevares Muñiz, *Derecho Penal Puertorriqueño: Parte General*, 223 (5ta ed., 2005).

3 *Id.*

4 *Id.*

5 Dora Nevares Muñiz, *Derecho Penal Puertorriqueño. Parte General*, 226 (3ra ed., 1995).

de lograr su defensa, si ese curso de acción es indispensable para salvar su vida.⁶ Si el peligro cesa, la agresión no se justifica, pero, mientras el peligro subsista, el agredido puede atacar a su agresor con el fin de lograr su seguridad.⁷

En materia de legítima defensa en Puerto Rico rige el artículo 26 de nuestro Código Penal,⁸ el cual dispone lo siguiente:

No incurre en responsabilidad quien defiende su persona, su morada, sus bienes o derechos, o la persona, morada, bienes o derechos de otros en circunstancias que hicieren creer razonablemente que se ha de sufrir un daño inminente, siempre que haya necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler el daño, falta de provocación suficiente del que ejerce la defensa y que no se inflija más daño que el necesario para repeler o evitar el daño.

Cuando se alegue legítima defensa para justificar el dar muerte a un ser humano es necesario tener motivos fundados para creer que al dar muerte al agresor, el agredido o la persona defendida se hallaba en inminente o inmediato peligro de muerte o de grave daño corporal.

Para justificar la defensa de la morada, las circunstancias indicarán una penetración ilegal o con el fin de cometer algún delito.

Para justificar la defensa de bienes o derechos, las circunstancias indicarán un ataque a los mismos que constituya delito o los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminente.

6 *Pueblo v. González Román*, 129 D.P.R. 933, 941 (1992) [en adelante *González Román I*].

7 *Id.*

8 33 L.P.R.A. § 3095 (2004).

Nuestro más alto foro ha expresado que para que prospere la legítima defensa, tradicionalmente se ha exigido que concurren varios requisitos, a saber: que el acusado demuestre que tenía motivos fundados para creer que estaba en peligro inminente de muerte o grave daño corporal; que haya necesidad racional del medio utilizado para impedir o repeler el daño; que no haya provocación de parte de quien invoca la defensa; y que no infligió más daño del necesario para repeler o evitar la agresión.⁹

La causa de justificación de la legítima defensa tiene como objetivo tocar el aspecto subjetivo del acusado, además de presentar prueba pericial sobre su estado emocional, psicológico y de su entorno. Esto con el propósito de probar que actuó conforme a un criterio razonable para defender su vida ante el agresor por el temor que le produjo la confrontación con éste, dado al conocimiento previo que poseía sobre él.¹⁰

La acción u omisión que intenta impedir o repeler la persona que invoca la legítima defensa, además de ser ilegítima, tiene que ser inminente. Es decir, la persona tiene que creer razonablemente que el ataque personal o contra sus bienes o los de un tercero va a producirse en el futuro inmediato.¹¹ La legítima defensa debe ser aplicada como prevención a un ataque inminente o como remedio a un ataque que se está llevando a cabo. Ésta no podrá ser invocada contra un ataque pasado o contra un daño ya consumado a un bien jurídico.¹²

A diferencia del artículo 26 que sólo requiere daño inminente, los tratadistas de la tradición civilista plantean que el daño tiene que ser, además, actual.¹³ Sin embargo, otro de los requisitos

9 *Pueblo v. De Jesús Santana*, 100 D.P.R. 791, 797-799 (1972) [en adelante *Santana*].

10 *Pueblo v. González Román*, 138 D.P.R. 691, 701 (1995) [en adelante *González Román II*].

11 *Supra* n. 79 en la pág. 225.

12 *Id.*

13 *Id.* en la pág. 227.

que debe estar presente al invocar la legítima defensa es el de la razonable creencia de que el ataque se va a producir o que va a continuar.¹⁴

En *Pueblo v. González Román*,¹⁵ el Tribunal Supremo de Puerto Rico estableció la norma en términos de la prueba necesaria para establecer la legítima defensa:

Al que invoca la legítima defensa incumbe presentar la prueba en su apoyo, a menos que de la del fiscal surja dicha defensa. Es al fiscal, sin embargo, a quien en todo momento del proceso incumbe probar culpabilidad del acusado más allá de duda razonable. El acusado no está en obligación de probar la defensa propia más allá de duda razonable sencillamente porque, si así fuera, se le estaría exigiendo que probase su inocencia, y todo acusado se presume inocente hasta que se pruebe su culpabilidad. En consecuencia, bastará que la evidencia en apoyo de la defensa propia, considerada conjuntamente con toda la prueba, lleve a la mente del jurado duda razonable de si el acusado actuó en defensa propia, para que exista el deber de darle el beneficio de esa duda y traer un veredicto de no culpable.

En *Reyes Salcedo v. Policía de Puerto Rico*¹⁶ nuestro Tribunal Supremo expresó que para justificar dar muerte a un ser humano cuando se alegue legítima defensa es necesario tener motivos fundados para creer que al dar muerte al agresor, el agredido o la persona defendida se hallaba en inminente o inmediato peligro de muerte o de grave daño corporal.¹⁷

La inminencia no es sinónimo de una obligación del individuo de rechazar solamente los ataques que se van a producir, dejando

14 *Id.*

15 *Pueblo v. González*, 69 D.P.R. 574, 575 (1949).

16 97 JTS 58,143 D.P.R. 85 (1997).

17 *Supra* n. 79; en la pág. 229.

al individuo a merced de los rigores de un ataque que ya se ha iniciado; sino que en ocasiones la agresión ilegítima consiste de un acto súbito e instantáneo que crea un estado de peligro, en cuyo caso, si bien la agresión inicial pasó, todavía subsiste la posibilidad de una agresión posterior, por lo que la persona que invoca la defensa podría estar en necesidad de impedir o repeler ese daño.¹⁸

Al evaluar la razonabilidad de la necesidad del medio utilizado para repeler el daño en un caso donde se presenta la legítima defensa, se debe tomar en consideración la gravedad del ataque, la naturaleza o importancia del bien que se tutela y las condiciones personales de las partes; de ahí que el medio utilizado sea imprescindible de acuerdo a la naturaleza y a la importancia del bien jurídico tutelado.¹⁹

En nuestra jurisdicción la legítima defensa se ha desarrollado para aplicarla a otra modalidad que se conoce como el “Síndrome de la Mujer Maltratada”.

En esta investigación me propongo definir en qué consiste este síndrome y si se asemeja al llamado “Síndrome del Niño Maltratado”, el cual se describe más adelante.

En los siguientes párrafos encontrará una descripción de ambos síndromes, así como los hallazgos en otras jurisdicciones sobre factores importantes que infringen en el desarrollo de los mismos.

A. El Síndrome de la Mujer Maltratada

En el caso de una mujer víctima de violencia doméstica, se permite traer prueba pericial del Síndrome de Mujer Maltratada como parte de la legítima defensa para explicar por qué la mujer permaneció en la relación de maltrato. También se admite para demostrar y fortalecer la credibilidad del testimonio de la acusada a base de la razonabilidad de su temor sobre la posibilidad de daño

18 *Id.* en la pág. 226.

19 *Id.*

inminente cuando ataca en un período en que el hombre no la amenazaba con un arma o que estaba en relativa calma. Como vemos, el marco tradicional de inminencia y relatividad es innecesario.²⁰

Este elemento de defensa se enmarca en el artículo 34 del Código Penal de Puerto Rico, el cual dispone que los eximentes de responsabilidad penal se deben examinar desde un criterio subjetivo, atendiendo las circunstancias particulares de quien invoca la defensa. Esta disposición permite, además de la consideración del Síndrome de Mujer Maltratada, presentar prueba del Síndrome del Niño Maltratado o de cualquier otra condición o situación particular de quien invoca la defensa, que sea pertinente para explicar su respuesta.²¹

El Síndrome de la Mujer Maltratada es definido por los tratadistas *Walker* y *Dutton* como “una adaptación a la situación adversiva caracterizada por el incremento en la habilidad de la persona para afrontar los estímulos adversos y minimizar el dolor, además de presentar distorsiones cognitivas, como la minimización, negación o disociación, por el cambio en la forma de verse a sí misma, a los demás y al mundo. También pueden desarrollar los síntomas del trastorno de estrés postraumático, sentimientos depresivos, de rabia, baja autoestima, culpa y rencor, y suelen presentar problemas somáticos, disfunciones sexuales, conductas adictivas y dificultades en sus relaciones personales”.²² [Traducción nuestra].

La psicóloga clínica Dra. Lenore E. Walker, a quien se le acredita ser la primera en definir el Síndrome de la Mujer Maltratada, define una mujer maltratada como una mujer “que es repetidamente objeto de cualquier comportamiento con fuerza física o psicológica por un hombre para coaccionarla a hacer algo que él desee que ella haga sin concederle sus derechos. El término

20 *Supra* n. 79, en las págs. 227-228.

21 *Id.*

22 Mary Ann Dutton, *Traumatic responses among battered women who kill* vol. 7 (4), 549-564 (1ra ed., Plenum 1994).

mujer maltratada incluye a la esposa o mujer en cualquier forma de relación íntima con un hombre. Más allá de esto, con el propósito de ser clasificada como mujer maltratada, la pareja debe haber pasado a través de un ciclo de maltrato al menos en dos ocasiones. Cualquier mujer puede encontrarse en una relación abusiva con un hombre alguna vez, pero si esto ocurre una segunda vez y ella permanece en la situación, es catalogada como una mujer maltratada”.²³[Traducción nuestra].

Otra característica relevante en el contexto de la legítima defensa es que la víctima llega a ser capaz de percibir una escala en la frecuencia e intensidad de la violencia y así se hace más sensitiva al comportamiento del agresor.²⁴ La mujer maltratada aprende a reconocer pequeñas señales que preceden períodos de violencia en escala; además, aprende a distinguir cambios en el tono de voz, expresiones faciales y niveles de peligro. Ella está en una posición de conocer con mucha más certeza que alguien será atacado por un extraño, que el acto abusivo es real y que va a llevarse a cabo.²⁵

Existen dos tipos de situaciones en las que una mujer que invoca el Síndrome de la Mujer Maltratada comete el delito: muerte confrontacional y muerte sin confrontación.²⁶ El Síndrome de la Mujer Maltratada no opera como una defensa por sí solo, sino que es utilizado para probar los elementos de la legítima defensa.²⁷ Este síndrome intenta alegar que, a pesar de que la conducta es incorrecta, se puede explicar la misma; o sea, es una conducta justificada. La fuerza utilizada debe responder a un ataque inminente. Opera para demostrar la inminencia del daño y disipar la contención de que no era necesario asesinar a la pareja, ya que

23 Lenore E. Walker, *Battered Woman Syndrome and Self-Defense*, 6 Notre Dame L. Rev. 321 (1992).

24 *Id.* en las págs. 327-328.

25 *Bechtel v. State*, 840 P.2d 1, 12 (Okla. Crim. App. 1992).

26 *State v. Smullen*, 844 A.2d 429; 380 Md. 233, 255 (Md. 2004) [en adelante *Smullen*].

27 *Id.* en la pág. 257.

pudo haber escogido un medio menos lesivo para evitar el daño, como sería huir. Este síndrome prueba que la mujer desarrolla una somatología que la hace sentir que su pareja tiene el control de su vida y, por esa razón, no puede huir. Se encuentra en una situación en la que no tiene más opción que seguir en su misma condición. Es por esto que esta defensa se presenta para justificar por qué la mujer no escoge el mal menor como sería simplemente irse de la casa. Con esta defensa se trata de justificar que a simple vista parece irrazonable que ella no haya huido, pero que al analizar la somatología del síndrome, se hace razonable que no lo haya hecho.²⁸

Otros comentaristas definen el Síndrome de la Mujer Maltratada como el conjunto de características específicas que suelen reunir las mujeres víctimas de maltrato que se desarrolla en forma cíclica y repetitiva.²⁹ Esta defensa es utilizada en los casos que los hechos no enmarcan los elementos tradicionales de la legítima defensa, por la inaplicabilidad de los requisitos de inminencia y razonabilidad de acuerdo con los requisitos del artículo 22 del Código Penal de Puerto Rico.

Es importante hacer hincapié en que la particularidad de este síndrome es que los hechos ocurren en una situación no confrontacional entre la pareja; es por esto que no se configuran los elementos de la legítima defensa.

Nuestro Tribunal Supremo expresó lo siguiente en *González Román II*:

Hoy día, resulta incuestionable el hecho de que existe un gran número de casos de violencia doméstica que ameritan la aplicación de la **legítima defensa** y del Síndrome de la Mujer Maltratada como complemento de ésta.

No podemos ignorar el incremento sustancial de muertes ocurridas en casos de violencia doméstica en los últimos

28 *Supra* n. 87, en la pág. 701.

29 *Id.* en las págs. 701-702.

años. Según las estadísticas más recientes de la Policía de Puerto Rico, el número de mujeres que han muerto durante un conflicto doméstico ha aumentado desde el año pasado, y las estadísticas sobre casos de violencia doméstica son cada día más alarmantes.³⁰

El asunto en cuestión evidencia que nuestros juzgadores toman en consideración la realidad social a la que responde el planteamiento de una defensa. Resalta a la vista que nuestro ordenamiento criminal se torna flexible ante los cambios de la realidad social. Ante la consideración de muchos, este planteamiento resultaría inmeritorio, ya que nuestro sistema de responsabilidad penal está altamente regulado por disposiciones estatutarias. Sin embargo, una exégesis a las decisiones de nuestros tribunales en las cuales se ha aceptado de forma flexible nuevas modalidades probatorias, como los casos donde se ha presentado esta defensa, nos lleva a concluir que indudablemente hay cabida en nuestro ordenamiento penal para futuras causas de exclusión de responsabilidad penal.

i. El Síndrome de la Mujer Maltratada en la jurisprudencia puertorriqueña

En *González Román*³¹ la acusada era víctima de violencia doméstica. La noche de los hechos llegó a su casa alrededor de la medianoche, al regresar de una fiesta de bautismo en la cual se encontraba con sus hijos, y se acostó a dormir. Más tarde, llegó su esposo [el occiso] ebrio y comenzó a golpear la puerta de su cuarto con un martillo para que abriera. Al ella abrir la puerta, lo vio con un martillo en una mano y un cuchillo en la otra; él lanzó el martillo hacia un lado y se le abalanzó con el cuchillo en la mano

30 *Id.* en la pág. 703. En este caso el Tribunal Supremo de Puerto Rico admitió prueba pericial sobre el Síndrome de la Mujer Maltratada como complemento de la legítima defensa, y expresó que el propósito de este testimonio es ayudar al juzgador de los hechos a entender el efecto que el maltrato del compañero agresor tiene sobre el diario vivir de su víctima.

31 *Id.* en la pág. 701.

agarrándola por el cuello. Comenzaron a forcejear, y él resultó herido, pero salió del cuarto, se fue al balcón y luego a la cocina, mientras que ella se quedó dormida. Al otro día lo encontró muerto en uno de los cuartos de la casa. Allí el Tribunal Supremo expresó que:

Nuestra jurisprudencia es huérfana de expresiones, o criterios rectores, sobre el tema; ello naturalmente, debido al hecho de que la cuestión aquí planteada es una de “primera impresión” en nuestra jurisdicción. Un estudio de las decisiones emitidas en las jurisdicciones estatales norteamericanas, así como en el foro federal, demuestra que la norma mayoritaria imperante en las mismas, requiere no sólo que el testimonio pericial sobre el “Síndrome de la Mujer Maltratada” sea precedido por evidencia de la evaluación psicológica de la acusada a esos efectos, sino que dicha prueba pericial sea presentada dentro del contexto de una legítima defensa propia.³²

Concluyó el Tribunal en dicho caso que “la norma jurisprudencial norteamericana es una correcta y juiciosa que armoniza las posiciones en conflicto y que garantiza y protege adecuadamente no sólo los derechos de esas víctimas de maltrato sino los de la sociedad en general”.³³ Además expresó:

En conclusión, resolvemos que en nuestra jurisdicción es admisible en evidencia, al amparo de las disposiciones de la Regla 52 de Evidencia, testimonio pericial sobre el “Síndrome de Mujer Maltratada” dentro del contexto, y como complemento de la prueba sobre defensa propia, siempre y cuando se demuestre, a satisfacción del Tribunal de Instancia, que efectivamente se trata de un caso de “mujer maltratada”. Hecho que podrá ser

32 *Supra* n. 83, en las págs. 944-946.

33 *Id.*

establecido por prueba directa o mediante la presentación en evidencia de una evaluación psicológica.³⁴

El Tribunal Supremo concluyó lo anterior luego de un análisis jurisprudencial de la jurisdicción norteamericana.³⁵ Reconoció, además, que en dichas jurisdicciones la prueba sobre este síndrome no se considera como una defensa *per se* o independiente. Pero en aquellas situaciones en que de la prueba desfilada no surgen los requisitos tradicionalmente exigidos por los tribunales respecto a la defensa propia, se ha excluido la evidencia pericial relacionada con el mencionado síndrome.³⁶

Este caso fue la base para que en nuestro ordenamiento se reconociera y se aplicara por primera vez el Síndrome de la Mujer Maltratada.

Posteriormente, surgieron otras controversias en las cuales los abogados de defensa presentaron testimonio pericial para acreditar el síndrome a la acusada.³⁷ En sus resoluciones, el Tribunal Supremo utilizó como base el caso antes mencionado.

Si bien es cierto que la admisión de prueba que acredita dicho síndrome resulta en un Tribunal mucho más flexible, este precedente deja un amplio margen a interrogantes. Por ejemplo, se podría cuestionar el hecho de que nuestros tribunales han permitido que una mujer que decidió unirse a un hombre y quien tiene total control sobre sus decisiones, presente este síndrome como elemento de justificación para exclusión de responsabilidad penal, enmarcada dentro de la legítima defensa; justificación que

34 *Id.* en la pág. 945-946.

35 *State v. Walker*, 700 P.2d 1168 (Wash. 1985); *State v. Martin*, 666 S.W.2nd 895 (Mo. Ct. App. 1984); *State v. Leidholm*, 334 N.W.2nd 811 (N.D. 1983); *Fultz v. State*, 439 N.E.2nd 659 (Ind. 1982); *State v. Kelly*, 655 P.2nd 1202 (Was. 1982).

36 *Supra* n. 83, en la pág. 945.

37 *Santiago Rivera v. Ríos*, 156 D.P.R. 181 (2002); *De los Ríos Carmona v. Meléndez*, 141 D.P.R. 282 (1996).

nace por un ciclo de maltrato dentro del hogar que ella formó en conjunto con su compañero.

Ahora bien, como cuestión de hecho conocido, un menor ciertamente está en un estado de indefensión mayor que un adulto, y, si utilizamos una balanza poniendo de un lado a éste y en el otro a una mujer maltratada, forzoso es concluir que un niño es acreedor de una gran ventaja sobre el lado opuesto. Entonces, ¿por qué no le permitimos a un joven que demuestre en el tribunal los elementos constitutivos de la legítima defensa, con prueba de un ciclo de maltrato al que fue sometido por sus padres o quienes estaban llamados a serlo?

II. El Síndrome del Niño Maltratado

*"We would not want our children to be beaten with extension cords, but we would not expect them to go out and kill."*³⁸

En la historia del mundo, el caso más famoso donde un hijo dio muerte a su padre lo fue el caso de Edipo, el Rey mítico de Tebas, quien dio muerte a su padre y luego se casó con su madre, Jocasta. Según esta leyenda de la mitología griega, el Rey no sabía que aquel hombre era su padre y cuando conoció la verdad, el sentimiento de culpa lo llevo a extraerse un ojo. Por los últimos dos mil quinientos años los filósofos han tratado de explicar sus motivos. Sigmund Freud estaba tan fascinado con este caso que se convirtió en punta de lanza para su teoría del psicoanálisis.³⁹

El Síndrome del Niño Maltratado fue definido el año 1962 por los doctores Henry C. Kempe, Frederic N. Silverman, Brandt F. Steele, William Droegemueller y Henry K. Silver. Éstos lo conceptualizaron como "Síndrome del Niño Maltratado", y lo

38 Kristi Baldwin, *Battered Child Syndrome as a Sword and a Shield*, 29 Am. J. Crim. L. 59 (2001).

39 Paul Mones, *When a Child Kills; Abused Children Who Kills Their Parents*, 45 (1^{ra} ed. 1991).

utilizaron para describir una condición clínica en un niño que ha recibido serios abusos físicos, generalmente de uno o ambos de sus padres. Este concepto es una entidad causada por una psicopatología familiar que hace víctima al niño en la época de su vida cuando se encuentra más indefenso, aprovechándose de su capacidad para canalizar hacia él una agresión largamente reprimida.⁴⁰

El Síndrome del Niño Maltratado se desvía de los estándares de defensa tradicional en una forma importante. La mayoría de los niños abusados asesinan durante una situación no confrontacional. Típicamente dan muerte a sus agresores en formas que sugieren una emboscada; es decir, cuando los padres están durmiendo, cuando llegan por la puerta principal de la casa, cuando están viendo televisión o cocinando de espaldas. Estas características causan que los tribunales anglosajones piensen que tales muertes resultan, no en una respuesta al peligro, sino en un acto de venganza. Pero lo cierto es que ya muchos tribunales han aceptado que cuando la persona presenta esta somatología, percibe el daño como inminente.

A. El Derecho anglosajón y el Síndrome del Niño Maltratado

La primera vez que se admitió este síndrome en las cortes norteamericanas fue en el caso *State v. Janes*.⁴¹ Debo señalar que es una decisión relativamente reciente del año 2004.⁴² Antes de

40 *Supra* n. 103, en la pág. 261.

41 121Wn.2d 220; 850 P.2d 495 (Wash. 2004) [en adelante *Janes*].

42 En dicho caso, un adolescente de diecisiete años asesinó a su padrastro. De los testimonios vertidos en el juicio se pudo establecer como hechos probados que existía en aquella casa un grave patrón de abuso. Varios testigos declararon que estuvieron presentes en varias ocasiones cuando el occiso les propinaba serios golpes al joven y a su madre. El menor fue abandonado por su padre a la edad de siete años y desde ese momento comenzó a vivir con este señor. Éste abusaba física y psicológicamente tanto de él, como de su madre y su hermano. En dos ocasiones lo golpeó en la cabeza, quedando inconsciente en el suelo. Los hechos que dieron lugar a este caso sucedieron una noche cuando su padrastro y su madre discutían. El joven se retiró a su

que este caso llegara a la atención de los tribunales, ya la doctrina del Síndrome del Niño Maltratado había sido ampliamente desarrollada.

El tratadista Paul Mones⁴³ se ha enfrentado a varios casos de niños que dan muerte a sus padres, y en su obra⁴⁴ nos presenta los obstáculos que tuvo que vencer al tratar de defender a niños que se encontraban en esta desafortunada situación.

En un caso de un niño de catorce años, a quien por proteger su identidad llama “Tim”, nos relata el autor sus estrategias para poder llevar al tribunal a una visión más amplia. Allí nos dice:

Para probar la legítima defensa, teníamos que demostrar que Tim razonablemente creyó que estaba en un inminente peligro de ser asesinado o de ser víctima de un crimen peligroso, como una violación. Para ser encontrado no culpable debido a una legítima defensa, se debe probar ambas cosas: un miedo razonable de ser recibir daño y una percepción razonable de que dicho daño es inminente.⁴⁵

Más adelante nos señala dicho autor que la legítima defensa resultaba difícil de probar, ya que el último acto de abuso sexual

cuarto a escuchar música, su madre fue a su cuarto a ordenarle una tarea, y luego llegó a su cuarto el padrastro, quien tomó a su madre por el pelo y la comenzó a golpear, y acto seguido le dijo algo en el oído al joven que éste no pudo recordar al momento de relatar lo sucedido. Al día siguiente, el joven con un arma del occiso, lo esperó en la casa y cuando éste estaba en la puerta disparó, resultando su padrastro muerto. Luego de esto, el joven activó la alarma de la casa hasta que llegaron las autoridades. En ese momento continuó haciendo varios disparos contra la policía resultando heridos un policía y una persona que caminaba por allí. El joven fue acusado de asesinato en primer grado, asesinato en segundo grado y agresión en segundo grado.

43 Abogado y profesor de Derecho quien ha dedicado su carrera a proteger los derechos de los niños. Fue el primer abogado en Estados Unidos especializado en defender a los niños que dan muerte a sus padres.

44 Paul Mones, *When a Child Kills; Abused Children Who Kill Their Parents* (1ª ed. 1991).

45 *Id.*, en la pág. 61.

contra el menor había sucedido tres meses antes de que éste le diera muerte a su padre. No tenían una estrategia del caso, y el jurado fue seleccionado cuidadosamente. A medida que discurría el juicio, el jurado, el juez y la fiscalía iban sensibilizándose y ya no podían contemplar la idea de una víctima como victimario. El Juez exhortó a la defensa y al Ministerio Público a llegar a un acuerdo transaccional. El Ministerio no estaba de acuerdo en ningún acuerdo que no conllevara tiempo en prisión. La defensa no iba a aceptar tiempo en prisión para el niño. Finalmente, fiscalía accedió hacer una declaración de culpabilidad por asesinato en segundo grado y una condena de tres años en un programa de tratamiento. “Tim” cumplió su condena, encontró un empleo como vendedor, y actualmente se sostiene económicamente a sí mismo.⁴⁶

i. Aplicación del Síndrome del Niño Maltratado en *State v. Jones*

*“Child abuse casts a shadow the length of a lifetime”.*⁴⁷

El Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia adoptó el cuestionamiento de dos partes del caso *Frye v. United States*,⁴⁸ conocido como el *Frye Test*, en el proceso de determinar la admisibilidad de una evidencia científica novel. La primera parte de este “test” establece que “la evidencia derivada de una teoría o principio científico es admisible sólo si dicha teoría o principio ha alcanzado aceptación general en la comunidad científica relevante”.⁴⁹ [Traducción nuestra]. Para ello, fue crucial el testimonio pericial de varios psiquiatras infantiles, quienes diagnosticaron al acusado con el trastorno de estrés postraumático causado por los graves abusos físicos que recibía. El Tribunal hizo un estudio abarcador sobre especialistas en trastornos infantiles, y, a base de dicho

46 *Id.*, en la pág. 78.

47 Herbert Ward.

48 *Frye v. United States*, 293 F. 1013, 34 A.L.R. 145 (D.C. Cir. 1923).

49 *Supra* n. 118, en la pág. 232.

estudio, concluyó que “el desarrollo de un diagnóstico físico para describir el abuso infantil describe los efectos psicológicos y fisiológicos de un patrón prolongado de abuso físico, emocional y sexual”.⁵⁰

Además, señaló que una característica importante del síndrome es la llamada “indefensión aprendida”. Finalmente, detalló las razones por las cuales concluye que el Síndrome del Niño Maltratado es “el equivalente funcional y legal del Síndrome de la Mujer Maltratada y, por esto, es admisible bajo el *Frye test*.”⁵¹ Dichas razones son las siguientes:

De todas maneras, para un niño maltratado los efectos del trastorno de estrés postraumático son amplificadas. Los niños son enteramente dependientes de sus padres en cuanto al apoyo económico y emocional. Éstos están extremadamente vulnerables y tienden a depositar una gran confianza en sus padres. No es fácil para un niño, como tampoco lo es para un adulto, abandonar el hogar disfuncional. [Citas omitidas]. Más allá de esto, a diferencia de un adulto maltratado, un niño no tiene un contexto exterior con el cual comparar su realidad de abuso.⁵² [Traducción nuestra].

El Tribunal concluyó su opinión estableciendo que:

En la oferta de evidencia de la defensa había evidencia considerable como la interacción entre el prolongado tiempo de abuso, la legítima defensa y el Síndrome del Niño Maltratado. Además, el tribunal aplicó una indebida consideración al lapso de tiempo entre la alegada amenaza y el homicidio. El

50 *Id.*, en la pág. 233.

51 *Id.*, en la pág. 235.

52 *Id.*

estatuto de homicidio justificable requiere inminencia; no inmediatez.⁵³[Traducción nuestra].

El caso fue devuelto al tribunal sentenciador para que éste reconsiderara su disposición, denegando la instrucción al jurado de legítima defensa a la luz de los principios discutidos en la opinión. Se añadió, además, que si el tribunal sentenciador determinaba que existía alguna evidencia para justificar la instrucción al jurado sobre legítima defensa, entonces debería ordenar un nuevo juicio.

Más adelante, en *Smullen*,⁵⁴ la Corte Especial de Apelaciones del estado de Maryland basó su conclusión para aprobar la defensa del **Síndrome del Niño Maltratado** en que:

Si a una esposa que es acusada no le es requerido probar que la víctima fue el primer agresor, el Síndrome de Mujer Maltratada no representa una legislación que crea una nueva defensa, la ley declara que cierta evidencia es relevante en cuanto al elemento del estado mental de la esposa acusada, el Síndrome del Niño Maltratado es sobre niños y el Síndrome de la Mujer Maltratada es sobre una mujer adulta, entonces, se desprende que en el caso apropiado, un acusado adolescente, con acusación de parricidio debería poder presentar evidencia de abuso familiar en el pasado y del Síndrome del Niño Maltratado.⁵⁵
[Traducción nuestra].

En dicho caso, el Tribunal de Maryland reconoció tres elementos del Síndrome de la Mujer Maltratada: abuso físico repetidamente, el estado de indefensión en que se encuentra la víctima y la sensibilidad a las señales del próximo acto violento que podrían no ser aparentes para cualquier otra persona.⁵⁶ El Tribunal utilizó un razonamiento lógico para

53 *Supra* n. 118, en la pág. 242.

54 *Supra* n. 103, en la pág. 249.

55 *Id.*

56 *Id.*, en la pág. 264.

comparar la defensa de la mujer maltratada con la defensa del niño maltratado. Sostuvo que hay una importante diferencia entre los asesinatos por parte de una mujer maltratada y los realizados por un niño maltratado. La mayoría de los asesinatos que comete una mujer alegando el efecto del síndrome ocurren en una situación confrontacional, mientras que la mayoría de los asesinatos cometidos por un niño maltratado ocurren en una situación no confrontacional que en cierta manera sugieren una emboscada.⁵⁷ [Traducción nuestra].

Concluyó dicho panel que si una mujer adulta puede presentar tal defensa, con mayor probabilidad prosperará ésta en el caso de un menor. El resultado del caso fue que la corte inicial donde se originó, erró al no admitir al acusado presentar evidencia del síndrome, y lo devolvió para que la misma se dilucidara.

Asimismo, el Tribunal Supremo de Estados Unidos reconoció este síndrome en *Bowers v. State*.⁵⁸ Allí dijo:

La maltratada y el niño maltratado son personas en una situación similar. En el reconocimiento del Síndrome de la Mujer Maltratada como defensa, el Tribunal Supremo y la Asamblea General reconocieron que el testimonio de expertos es necesario para asistir a su intento de determinar si un acusado actuó bajo una creencia honesta de que estaba en inminente peligro de muerte o grave daño corporal y que el uso de dicha fuerza era su única oportunidad de escapar.⁵⁹ [Traducción nuestra].

Más adelante expresó:

El mismo razonamiento viene a ser verdad para el niño maltratado. La diferencia en el trato entre una mujer maltratada y un niño maltratado es ilógica y arbitraria

57 *Id.*, en la pág. 265.

58 283 Md. 115, 118, 389 A.2d 341, 343-344 (Md. 1978) [en adelante *Bowers*].

59 *Id.*

*así, una violación a la igual protección. Un niño abusado, sin embargo, está aun en una posición más vulnerable que una mujer maltratada. Debido a que un niño es enteramente dependiente de sus padres y está legalmente incapacitado para simplemente abandonar el entorno abusivo. El niño maltratado tiene una razón más genuina aún, para sentir desamparo, miedo y abandono.*⁶⁰
[Traducción nuestra].

Además, en *State v. Nemeth*⁶¹, este foro admitió esta defensa basándose en que el Estado no puede diferenciar entre las condiciones de la mujer abusada a quien se le permite presentar prueba del Síndrome de la Mujer Maltratada y quien intenta presentar la defensa del niño maltratado; de hacerlo resultaría en un análisis arbitrario.

ii. Síndrome del Niño Maltratado vs. Síndrome de la Mujer Maltratada

Síndrome de la Mujer Maltratada

1. Muchos tribunales estatales norteamericanos han determinado que es admisible el testimonio pericial sobre el Síndrome de la Mujer Maltratada para disipar la común, pero equivocada percepción de que una persona normal o razonable no hubiera permanecido en una relación abusiva de tal naturaleza.⁶²
2. Es particularmente aplicable a los casos en que la mujer maltratada no mata a su compañero agresor mientras éste la está agrediendo, sino que lo hace en un período

60 Jennifer L. Layton, *When the Abused Child Fatally Says "No More!" Can Parricide Be Self-Defense in Ohio?*, 18 U. Dayton L. Rev. 471-472 (Winter 1993).

61 82 Ohio St. 3d 202; N.E.2d 1332, 1335 (Ohio 1998).

62 *Supra* n. 83, en la pág. 944.

de relativa calma. Ello así porque cuando esto ocurre, el posible cumplimiento con los elementos tradicionales de la legítima defensa no es evidente.⁶³

3. Esta modalidad de la defensa propia se invoca también con frecuencia cuando la mujer víctima de violencia doméstica da muerte a su compañero durante el transcurso de un ataque por parte de éste en el cual ella no fue amenazada con un arma mortal. El testimonio resulta útil para explicar por qué la mujer creyó necesario ultimar a su agresor en reacción a un ataque que aparentemente no era mortal.⁶⁴

Síndrome del Niño Maltratado

1. Aunque la expectativa común puede ser que un niño abusado busque ayuda externa, existen razones psicológicas apremiantes que hacen que buscar y obtener ayuda externa sea una excepción; no la norma.⁶⁵
2. La doctrina aplica aún cuando no había un acto contemporáneo o forcejeo por el cual el acusado alega que hubo peligro inminente de sufrir daño.⁶⁶ Los homicidios típicamente ocurren cuando el padre está en una posición menos defensiva, incrementando así las posibilidades del niño de lograr su objetivo.⁶⁷
3. En *Janes*⁶⁸ el perito testificó “con razonable certeza médica que la capacidad del acusado para premeditar la muerte

63 *Supra* n. 87, en la pág. 702.

64 *Id.*, en las págs. 702-703.

65 *Supra* n. 118, en la pág. 234.

66 *Supra* n. 103, en la pág. 250.

67 *Id.*, en la pág. 264.

68 *Supra* n. 118, en las págs. 234-235. La conclusión del Tribunal fue la siguiente: “Aunque esta corte no se ha expresado en cuanto a la admisibilidad del Síndrome del Niño Maltratado, hemos previamente aceptado un síndrome relacionado que presenta una cercanía paralela particular al Síndrome del Niño Maltratado. En *Stare v. Allery*, [citas omitidas] reconocimos el

de su padrastra estaba obstruida y esa obstrucción era el resultado del PTSD”.⁶⁹ [Traducción nuestra] Como resultado de dicho síndrome, el menor tenía dificultades en reconocer otras alternativas para desaparecer su problema de abuso.⁷⁰ [Traducción nuestra].

III. La aplicabilidad de la defensa del Síndrome del Niño Maltratado en Puerto Rico

Como hemos mencionado, la legítima defensa en Puerto Rico requiere los siguientes elementos básicos para que se configure la misma: que el acusado demuestre que tenía motivos fundados para creer que estaba en peligro inminente de muerte o grave daño corporal, que haya necesidad racional del medio utilizado para impedir o repeler el daño, que no haya provocación de parte de quien invoca la defensa y que no infligió más daño que el necesario para repeler o evitar la agresión.

A. Creencia razonable de peligro inminente

En Puerto Rico, nuestros tribunales han sostenido que “para que prospere la teoría de defensa propia sólo se exige la creencia de una persona razonable y de moderado valor de que su vida corría peligro y que existía motivo fundado para tal creencia; además de que se encontraba en inminente e inmediato peligro de muerte o de sufrir grave daño corporal. No se requiere imprescindiblemente que ocurra una agresión”.⁷¹

Síndrome de la Mujer Maltratada. Ambos síndromes encuentran su base en un abuso que induce el PTSD y refleja una respuesta similar de la víctima de abuso. Para los propósitos del *Fryer test*, no vemos razón para tratar estos dos síndromes diferentemente. Dada la cercana relación entre los Síndromes de la Mujer Maltratada y el Niño Maltratado, la misma razón que justifica la admisión del primero aplica con igual fuerza al segundo.”

69 *Id.*, en la pág. 230.

70 *Id.*

71 *Pueblo v. Martínez Díaz*, 90 D.P.R. 467, 474 (1964).

El concepto de malicia premeditada implica la ausencia de justa causa o excusa al ocasionar la muerte y la existencia de la intención de ocasionar la muerte a un semejante.⁷² Esa intención se puede manifestar a través de uno de los dos siguientes elementos, cualquiera de los cuales son suficientes para determinar la existencia de malicia premeditada, a saber: (a) la intención específica de matar, considerada como equivalente al deseo y propósito directo, explícito y definido de matar; o sea, precisamente formulado con el objetivo directo de matar; o (b) la intención de realizar un acto o de producir un grave daño corporal, cuya consecuencia probable sea la muerte de una persona, sin que sea indispensable que se demuestre el propósito de privar de la vida a un ser humano, pues basta que se cree un riesgo sustancial de muerte.⁷³

En el caso de un joven que ha sido víctima de un patrón de maltrato, como hemos mencionado anteriormente, se erca la percepción dentro de su razonabilidad de que en el próximo acto abusivo perpetrado por su agresor pudiera perder su vida. Además, un niño que ha sufrido el síndrome causado por maltrato está impedido de su capacidad para premeditar.⁷⁴

B. Necesidad racional del medio utilizado

En nuestro ordenamiento jurídico se habla de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler el daño. Esa proporcionalidad o racionalidad requiere considerar la gravedad del ataque, la naturaleza o importancia del bien que se tutela y las condiciones personales de las partes. Lo importante es que, de proceder la defensa, la misma se ejerza con moderación y que el medio empleado sea apropiado con relación al tipo o gravedad del ataque y la calidad del bien defendido.⁷⁵

72 *Id.*

73 *Pueblo v. Martínez Padró*, 91 D.P.R. 536, 537 (1954).

74 *Supra* n. 118, en la pág. 227.

75 *Supra* n. 79, en la pág. 228.

Un joven en su estado de indefensión entiendo necesario proteger su vida de un ataque futuro, y la única forma de lograrlo, dentro de su realidad causada por el Síndrome del Niño Maltratado, es terminar de forma definitiva con la presencia de ese agresor en su vida.⁷⁶

C. Falta de provocación por quien invoca la defensa

En nuestra jurisdicción, el Tribunal Supremo ha expresado que:

Una persona puede repeler una agresión utilizando fuerza, en defensa de su persona, bienes o vida, contra alguien que abiertamente intenta o trata por medio de la violencia o de la sorpresa cometer determinado delito, ya sea, grave o menos grave, o de causar un grave daño corporal a su persona, y el peligro que justificaría al acusado cometer el acto imputándole, puede ser real o aparente. El jurado no tiene que considerar si el acusado estaba en verdadero peligro de su vida o propiedad, sino solamente si las circunstancias eran tales que indujeran a una persona de mente sana a creer que su persona o sus bienes estaban expuestos a tal; si racionalmente podía así creerlo y tenía suficiente causa para estimarlo y si cometió el hecho que se le imputa bajo tal creencia, aún cuando dé apariencia que el interfecto no estaba armado.⁷⁷

Así mismo, la catedrática puertorriqueña Dora Nevares expone que:

Para ampararse en la legítima defensa será necesario que, además de no haber sido agresor, no haya sido provocador. El que injurió gravemente a alguien que reacciona con armas, el que fue sorprendido por el ultrajado, el

⁷⁶ *Supra* n. 118, en las págs. 230-231.

⁷⁷ *Pueblo v. Chico*, 45 D.P.R. 500, 503 (1933).

ladrón que huyendo es perseguido por el dueño, no podrá invocar plenamente la legítima defensa contra el injuriado, el cónyuge ofendido o el propietario, aún cuando ninguno de éstos proceda legítima sino ilegítimamente cuando pretendan matar al adúltero, al injuriante o al ladrón. No puede negarse que en tales casos hay provocación suficiente aunque no sea suficiente para justificar la reacción. Tan es así que si en tales situaciones el injuriado, el cónyuge o el propietario matan, ese homicidio, por regla general, se juzgaría atenuado con el modo específico y justamente a mérito de la provocación.⁷⁸

Ciertamente un joven que provoca la muerte a uno de sus padres no puede ser considerado quien provoca el acto, ya que es precisamente lo que intenta explicar el Síndrome del Niño Maltratado. Es decir, el joven quien así actúa, lo hace para escapar de ese ciclo de maltrato que ha recibido por parte de su o sus agresores, siendo éstos los que han provocado el desarrollo del ciclo de maltrato.

D. No infligir más daño del necesario

No debe confundirse el requisito de proporcionalidad del daño con el de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler el daño. Éste debe interpretarse en términos de imprescindibilidad del medio utilizado con relación a la naturaleza e importancia del bien jurídico que se tutela. La cuestión de la proporcionalidad a lo que está relacionado es a la gravedad del daño que se ocasiona por quien invoca la legítima defensa; daño en proporción a la inminencia del daño original que se intenta repeler.⁷⁹

En *Santana*, el Tribunal sostuvo que “el que mata, sin embargo, debe haber empleado todos los medios a su alcance, consistentes con su propia seguridad, para evitar que se le ocasionen

78 *Supra* n. 79, en la pág. 232.

79 *Id.*, en la pág. 229.

daños o tener que privar de la vida a otra persona al defenderse”.⁸⁰ Como mencionamos antes, no existe en la mente del joven otra alternativa para escapar de su realidad.⁸¹

Debemos mencionar, además, que dichas alternativas deberían ser suplidas al menor por quién tiene la obligación de suplirlas, ya sea moral o legalmente. En nuestro sistema de Derecho la protección infantil está considerada como el interés público de mayor jerarquía. Considerando lo anterior, no debe existir la posibilidad de que se descargue en el menor la responsabilidad absoluta de velar por su bienestar.

IV. Poder *Parens Patriae* del Estado

La palabra *parens patriae* significa en latín “padre de la nación”. En Derecho, se refiere al poder del Estado para intervenir contra un padre abusivo o negligente. El Estado actúa como padre de cualquier niño o individuo que necesita protección. Es una doctrina que le confiere el poder inherente y la autoridad al Estado para proteger personas quienes son legalmente incapacitadas para actuar en su propio bienestar.⁸²

La doctrina del *parens patriae* tiene sus raíces en el *common law*. En la época feudal, varias obligaciones y poderes, colectivamente referidos como la “prerrogativa real”, estaban reservados al rey. Éste ejercía esas funciones en su rol de padre del país. Por otro lado, en Estados Unidos, el Estado es el guardián supremo de todos los niños dentro de su jurisdicción, y las cortes estatales tienen un poder inherente para intervenir en protección de los mejores intereses de los niños por estar su bienestar en juego por controversias entre los padres. Este poder inherente es generalmente

80 *Id.*, en la pág. 230.

81 *Supra* n. 118, en la pág. 230.

82 American Law Encyclopedia. *Parens Patriae*. <http://law.jrank.org/pages/9014/Parens-Patriae.html> (consultado el 4 de octubre de 2010).

suplido por leyes que definen el alcance a la protección de los niños en un estado.⁸³

La jurisprudencia ha sido consistente en sostener que en nuestra jurisdicción el interés del menor está revestido del más alto interés público y que los tribunales, en protección de ese interés y en el ejercicio del poder de *parens patriae*, tienen amplias facultades y discreción. Por ejemplo, cuando los padres con patria potestad no pueden llegar a acuerdos respecto al menor, los tribunales tienen la facultad de adjudicar lo que proceda porque el ejercicio de una eminente patria potestad del Estado es superior al de los padres.⁸⁴

En nuestra jurisdicción, existe la Ley para el Bienestar y Protección Integral de la Niñez,⁸⁵ la cual provee un procedimiento de privación de custodia de emergencia en circunstancias que ameriten una intervención rápida del Estado. En estos casos, el tribunal tomará la determinación que considere más adecuada para el mejor interés del menor, incluyendo una orden para que inmediatamente se ponga al menor bajo la custodia del Departamento de la Familia. Esta ley reconoce la facultad del Estado de privar, restringir o suspender a los padres la patria potestad o custodia sobre sus hijos.

Señala la jurisprudencia que esta facultad del Estado debe ejercerse de forma prudente y cuidadosa, debido a que, los menores de edad no son meras criaturas del Estado y debido a que la relación entre padres e hijos está protegida constitucionalmente. Los derechos de los padres pueden ser limitados en aras de proteger el interés apremiante del Estado, consistente el mismo en el bienestar de los menores. En ese sentido, aún cuando el derecho de un progenitor a tener consigo a sus hijos es de superior jerarquía, el mismo tiene que ceder ante la facultad de *parens patriae* del Estado de

83 *Id.*

84 *Ex parte Milagros Rivera Rios*, 2008 T.S.P.R. 70.

85 8 L.P.R.A. §444.

salvaguardar y proteger el bienestar del menor.⁸⁶ Por otro lado, nuestro Tribunal Supremo ha expresado que el criterio que debe considerarse para determinar la facultad del tribunal juvenil para intervenir con un menor es la edad de éste y no su estado civil.⁸⁷

V. Conclusión

*“Adults often forget what life was like
as an adolescent.”⁸⁸*

El Derecho exige evolución; esa es la base de todo sistema de Derecho. El mismo debe atemperarse a los tiempos, y así lo ha aceptado nuestro Tribunal Supremo en innumerables ocasiones. Debemos reconocer que al igual que una mujer es maltratada por su compañero consensual, muchos niños reciben maltrato por parte de los adultos. El niño es considerado como uno de los seres más indefensos; de ahí la creación de la doctrina de *parens patriae*. En las especies inferiores, los cachorros son cuidados y protegidos por el grupo. Los humanos no somos la excepción. Sin embargo, cada vez con más frecuencia se reciben en hospitales y servicios de emergencia menores que han sido agredidos por quienes tienen el deber de velar por su seguridad y bienestar. El hacinamiento de las grandes ciudades, el estrés y los problemas económicos y de tipo psicológico hacen que el más débil de los integrantes de la sociedad sea el agredido.

El Síndrome del Niño Maltratado se presenta en el ámbito mundial, en todas las culturas, sin distinción de clase social, tanto en países desarrollados como en subdesarrollados.

La organización mundial “UNICEF” informó en 1990 que la cifra de niños que han fallecido a causa de maltrato ascendía al millón y medio en la última década. En Estados Unidos, el Centro

86 *María Migdalia Rivera Aponte v. Luis Antonio Morales*, 2006 T.S.P.R. 32.

87 *F.A.T.R. v. Directora Escuela Ind.*, 83 D.P.R. 838, 841 (1961).

88 *Supra* n. 121, en la pág. 71.

Nacional del Niño Abusado informó que desde 1960 el problema ha ido incrementándose de 66% a 73%. Otro estudio realizado por la agencia “*New Jersey Division of Youth and Family Services*” en 1989 expuso una serie de datos confirmados y notificados de cada tipo de maltrato: los casos de maltrato físico representan 34% del total, los de negligencia 55% y los de abuso sexual casi 8%.

En América Latina el problema es de mayor complejidad. Las condiciones socioeconómicas, las guerras y todo el entramado cultural constituyen variables susceptibles para el maltrato. En Brasil, por ejemplo, la mortalidad de menores de cinco años asciende a 185,000, de los cuales la mayoría pertenece a la raza negra y de bajos recursos económicos. Lo anterior lleva a estos niños al trabajo informal, la mendicidad y la delincuencia.⁸⁹

La sociedad puertorriqueña también refleja una alta incidencia de delitos juveniles; jóvenes que en su mayoría son víctimas de hogares disfuncionales. En la formación de sus hogares éstos no tuvieron inherencia alguna, así como tampoco recibieron una buena educación moral, afecto y guía.

Por otro lado, si en los casos de violencia doméstica nuestros tribunales han permitido que una mujer, quien decidió voluntariamente unirse a otra persona, pueda presentar como elemento de justificación para exclusión de responsabilidad penal enmarcada dentro de la legítima defensa en casos de violencia en el hogar, entonces ¿por qué no permitir que un joven, víctima de un ciclo de maltrato en el hogar, pueda probar los elementos constitutivos de la legítima defensa?

Es decir, si una mujer en su etapa de adultez puede configurar una defensa por el maltrato recibido, un niño que en la etapa de su desarrollo no tiene el control de sus actos, su vida, libertad y

89 Dr. Pedro A. Sierra Rodríguez, *El médico no puede ver al niño solo desde el punto de vista orgánico, para no omitir el diagnóstico del Síndrome del Niño Maltratado*, http://encolombia.com/pediatria_el_medico.htm (consultado el 11 de marzo de 2009).

conciencia, y, a la vez, es víctima de un ciclo de maltrato, está en igual condición de inferioridad que una mujer maltratada. Más aún, se encuentra en peores circunstancias, ya que no sabe cómo repeler la agresión, no puede huir de sus agresores y psicológicamente se encuentra atemorizado.

Ha llegado el momento de erradicar los males que nos aquejan en nuestra sociedad, como la violencia. Un gran número de naciones se han unido para salvaguardar los derechos de los niños y han dejado correr ríos de tinta por diversas jurisdicciones para velar por el bienestar del futuro del mundo, la niñez.

Entonces, es válido preguntarse ¿qué sucede cuando esos niños a los que las organizaciones mundiales protegen llegan a la transición de jóvenes a adultos y cometen un delito a consecuencia del ciclo de maltrato vivido? Irónicamente fue precisamente dicho ciclo lo que estas organizaciones buscaron proteger.

Es meritorio, además, concebir la siguiente interrogante: ¿Queda desamparado ese menor de protección jurídica, social o moral por la simple condición de haber delinquido? Más aún, ¿por qué si cuando estos niños estaban en pleno desarrollo los salvaguardamos con tanto recelo de adultos que atentaban contra ellos, cuando llegan a cierta edad automáticamente se borra su historial de maltrato infantil?

Inexplicablemente, en el momento en que el menor con historial de abuso comete un delito parece desvanecerse la doctrina e ideología del *parens patriae*. De esta forma, se convierte en un ser humano desprovisto del afecto de sus padres y, a la vez, de la debida protección del Estado. La falta cometida por el menor parece desvanecer el trayecto abusivo ante los ojos de la sociedad. ¿Qué cambió tan drásticamente la visión sobre la niñez?

Es por todas estas interrogantes que nuestros tribunales estarían forjando el principio de la erradicación de una sociedad punitiva e inflexible si no se atemperan a los nuevos cambios sociales

y permiten a un joven presentar testimonio pericial para establecer que es víctima del Síndrome del Niño Maltratado.

No debemos olvidar que el Derecho no puede ser punitivo ni absolutorio; el derecho es la garantía de lo que conforma al ser humano dentro de su realidad.

“Educad al niño y así no tendréis que castigar al hombre.”

“No hagáis que los chicos aprendan por la fuerza y la severidad, sino conducidles por medio de lo que les divierte, para que puedan descubrir mejor la inclinación de sus mentes.”⁹⁰

Elevación del matrimonio entre hombre y mujer a rango constitucional ante el Derecho Internacional y el Derecho Comparado

Alba I. Ortiz Morales¹

I. Introducción

El presente artículo pretende evaluar la limitación constitucional del matrimonio entre hombre y mujer a la luz de las normas del Derecho Internacional y el Derecho Comparado.

En abril de 2007 se presentó ante el Senado de Puerto Rico una medida que pretendía enmendar la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico para añadir una sección que limitase el matrimonio a hombre y mujer. La medida fue aprobada por el Senado de Puerto Rico. Sin embargo, no contó con el respaldo suficiente en la Cámara de Representantes.

Hoy, nos enfrentamos ante un nuevo intento de incorporar a nuestra Constitución la limitación de género en el matrimonio.

Mediante una mirada al mundo exterior, podremos visualizar las tendencias mundiales, los fundamentos utilizados para reconocer dicha limitación como discriminatoria, las medidas tomadas en reacción y las posibles consecuencias en nuestro estado de Derecho ante las más recientes determinaciones judiciales en los Estados Unidos.

En la segunda parte de este artículo encontraremos una referencia a la medida presentada ante la Cámara de Representantes de Puerto Rico, acompañada de un análisis de su exposición de motivos. Asimismo, haremos referencia a la medida radicada en el Senado de Puerto Rico en el 2007.

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

En la tercera parte, presentaremos las distintas disposiciones del Derecho Internacional y de Derechos Humanos que están relacionadas con el tema. Además, señalaremos el primer y reciente pronunciamiento de Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuanto al tema del derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo.

En la cuarta parte, analizaremos las medidas existentes en otros países, incluyendo Europa, Canadá, Argentina, México y Estados Unidos, y veremos cómo se han desarrollado y evolucionado. Asimismo, discutiremos la reciente determinación de un juez federal de la Corte de Distrito de California, declarando la inconstitucionalidad de una medida similar a la propuesta en Puerto Rico.

Finalmente, presentaremos nuestras conclusiones.

II Medida propuesta en Puerto Rico

El 2 de septiembre de 2010 la Resolución Concurrente de la Cámara 107, conocida como el proyecto de Ley 107, fue presentada ante la Cámara de Representantes de Puerto Rico y suscrita por 28 representantes. Esta medida pretendía enmendar la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico para añadir una sección que dispusiese que el matrimonio se constituye por la unión legal entre un hombre y una mujer y que otras uniones distintas a esta definición, independientemente de la denominación o procedencia, no tendrían los mismos efectos legales del matrimonio.²

Las contradicciones de este proyecto de ley y el atentado a los derechos fundamentales se manifiestan desde la propia exposición de motivos. Por un lado, el proyecto habla de la transformación de las sociedades y del reconocimiento progresivo de derechos fundamentales y derechos humanos promovidos por distintos sectores.

2 Res. Con. Cám. 107, 16ta Asam. Leg. (2 de sept. de 2010) (promulgada).

No obstante, por otro lado, cuestiona y califica a otros grupos como “movimientos que van dirigidos a crear nuevos patrones de conducta social y nuevos estándares en la moral colectiva que ciertamente crean un desfase con el derecho familiar vigente”.³

La Exposición de Motivos advierte sobre el reclamo mundial de las personas a tener el derecho a contraer matrimonio con parejas del mismo sexo y que dicho reclamo impacta lo que los proponentes entienden que son las normas de Derecho natural y las normas jurídicas que regulan la institución del matrimonio.⁴

Además, dicha exposición menciona y critica las leyes y la jurisprudencia que en otras jurisdicciones han reconocido derechos a estas parejas, catalogándolas como “iniciativas que han resultado ser inconsistentes, incompletas y en ocasiones movidas por el frenesí, sin tomar en cuenta seriamente todos los efectos previsibles que se producirán o no”.⁵ Posteriormente, mediante el análisis del Derecho comparado, evaluaremos esta premisa.

Cabe señalar que la Exposición de Motivos hace referencia al estado de Derecho actual en relación al matrimonio, regulado por el Código Civil de Puerto Rico, según enmendado, y que, en esencia, contempla el texto que la medida pretende constitucionalizar. Además, cita las expresiones del Diario de Sesiones de la Convención Constituyente, en el cual se manifestó que “... cuando escribimos un estatuto constitucional, no lo hacemos para unos hombres, ni para la eventualidad, sino pensando en la permanencia de las instituciones cuya estructuración debe ser motivo del más cuidadoso pensamiento”.⁶

Las anteriores expresiones son utilizadas como fundamento, justificación y autoridad para alterar la Constitución de Puerto Rico en relación al matrimonio. Sin embargo, de la misma

3 *Id.* (Exposición de Motivos).

4 *Id.*

5 *Id.*

6 *Id.*

premisa podríamos inferir que los padres fundadores no entendieron que el matrimonio fuese una de esas “instituciones” cuya estructuración requiere protección constitucional, ya que el matrimonio no fue mencionado ni incluido por ellos en la Constitución.

La propuesta Sección 20 añadiría a la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico lo siguiente:

Artículo II §20: El matrimonio es una institución civil constituida por la unión legal entre un hombre y una mujer. Otras uniones distintas al matrimonio, independientemente de la denominación o lugar de procedencia, no tendrán los mismos efectos legales del matrimonio.⁷

Por último, cabe señalar que la Resolución 107 es la resucitación de la derrotada Resolución Concurrente del Senado 99 presentada el 14 de abril de 2007 por el ex senador y hoy encausado, Jorge de Castro Font. Esta medida igualmente pretendía añadirle al Artículo II la Sección 20. La propuesta sección leería:

El matrimonio es una institución civil que se constituirá sólo por la unión legal entre un hombre y una mujer en conformidad con su sexo original de nacimiento. Ninguna otra unión, independientemente de su nombre, denominación, lugar de procedencia, jurisdicción o similitud con el matrimonio, será reconocida o validada como un matrimonio.⁸

En esencia, el texto de ambas medidas es muy parecido exceptuando, por ejemplo, que en la presente medida se eliminaron las palabras “sexo original de nacimiento”.

La Resolución 99 fue aprobada por el Senado en noviembre de 2007 y enviada a la Cámara de Representantes para su evaluación. La Cámara de Representantes, por su parte, luego de la celebración de vistas públicas, no recomendó su aprobación por entender que

7 Res. Con. Cám. 107, *supra* en n. 169.

8 Res. Con. Sen. 99, 15ta Asam. Leg. (7 de abril de 2010) (promulgada).

la misma era innecesaria y acoger las opiniones constitucionales emitidas por los distintos deponentes expertos en la materia que participaron del proceso.

Conforme a ello, en junio de 2008 emitió un extenso y fundamentado Informe Negativo sobre dicha medida.⁹

Hoy, a manra de *déjà vu*, nos enfrentamos a la misma situación, con la diferencia que la presente medida ha sido suscrita por un número considerable de legisladores y con el aparente respaldo de figuras de poder y liderato en el país.

III Disposiciones de Derecho Internacional y derechos humanos

El ámbito de los derechos humanos es un sector del ordenamiento internacional relativamente reciente. Éste se puede definir como "...aquél sector del ordenamiento internacional, compuesto de normas de naturaleza convencional, consuetudinarias e institucional que tiene por objeto la protección de los derechos y libertades fundamentales del ser humano inherentes a su dignidad".¹⁰

Según se ha desarrollado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se han constituido distintos tratados e instrumentos para la protección de estos derechos.

Estos instrumentos son vinculantes para los Estados que han ratificado o se han adherido a los mismos.¹¹ A continuación se presentarán algunos de estos y las disposiciones que son de pertinencia al tema que nos ocupa:

9 *Id.* (Informe Negativo Cam, 2008).

10 Carlos Fernández de Casadevante, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 49 (Ed. Diles, 2001).

11 Felipe Tredinnick, *Curso de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Fuentes de Derecho Internacional*, 50-52 (Ed. Guttentag, 1987).

A) Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.¹²

El Artículo 2 de esta Declaración establece de la siguiente forma el derecho de toda persona a no ser discriminada:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, **sexo**, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o **cualquier otra condición**.¹³

Por otro lado, el Artículo 7 establece el derecho que toda persona tiene a la igual protección de las leyes sin discriminación alguna. Este artículo profesa “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.¹⁴

Además, el Artículo 16 hace referencia al matrimonio. El mismo lee como sigue:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

12 Declaración Universal de Derechos Humanos, (10 de diciembre de 1948).

13 *Id.* Art 2.

14 *Id.* Art. 7.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”¹⁵

Por último, el Artículo 30 añade que nada en la Declaración “...podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”.¹⁶

A) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el “Pacto”) fue adoptado el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Éste es uno de dos pactos internacionales creados para precisar en términos jurídicos los conceptos consagrados en la Declaración y sus mecanismos de control.¹⁷ Estados Unidos ratificó este pacto en 1986, por lo que sus disposiciones son vinculantes para Estados Unidos.

Conforme a lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 2 del Pacto establece la obligatoriedad de los Estados partes a respetar y garantizar los derechos reconocidos será la no discriminación. El artículo profesa:

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, **sexo**, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o **cualquier otra condición social**.

15 *Id.* Art. 16.

16 *Id.* Art. 30.

17 Fernández de Casadevante, *supra* n. 10, en la pág. 92.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.¹⁸

Cabe señalar que el Artículo 5 cierra la puerta a cualquier interpretación restrictiva por parte de un Estado, grupo o individuo. Específicamente advierte que:

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.¹⁹

Con relación al matrimonio y en concordancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Artículo 23 del Pacto enuncia que:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

18 Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, Art. 2 (16 de diciembre de 1966).

19 *Id.* Art. 5.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.²⁰

Por otro lado, el artículo 26 establece la igualdad de todas las personas ante la ley sin discriminación alguna.

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, **sexo**, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o **cualquier otra condición social**.²¹

C) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el segundo de los dos pactos internacionales creados para complementar la Declaración Universal de Derechos Humanos. El mismo fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966,

20 *Id.* Art. 23.

21 *Id.* Art. 26.

entrando en vigor el 3 de enero de 1976. Al momento, Estados Unidos no ha ratificado este Pacto.²²

El Artículo 10 del Pacto, establece que los Estados reconocen que “se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los **futuros cónyuges**”.²³

D) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre es un instrumento regional aprobado en la Novena Conferencia Internacional Americana en 1948. La misma consagra derechos como la igual protección de las leyes sin discriminación y el derecho de toda persona a constituir una familia, según lo disponen su segundo y sexto artículo. Específicamente expresa que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, **sexo**, idioma, y credo”²⁴ y que “toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”.²⁵

E) Comité de Derechos Humanos

El Comité de Derechos Humanos (en adelante el “Comité”) es el órgano creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos encargado de supervisar la aplicación del Pacto por

22 Fernández de Casadevante. *supra* n. 10, en la pág. 94.

23 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 10 (Dic. 16, 1966).

24 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art 2, 6 (Novena Conferencia Internacional Americana, 1948).

25 *Id.*

sus Estados. Mediante el Protocolo Adicional para el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político se le otorgó al Comité la facultad para evaluar quejas de personas particulares como parte de las medidas de supervisión.²⁶

Conforme a dicha facultad, en el caso *Toonen v. Australia*,²⁷ se presentó ante el Comité una reclamación de violación de Derechos Humanos por parte de una medida que criminalizaba las relaciones sexuales entre homosexuales bajo los artículos 2, 17 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité determinó que la medida del Estado violaba el derecho a la intimidad del querellante. En cuanto al artículo 26, manifestó que no era necesario evaluar en sus méritos las alegaciones. Sin embargo, dictaminó que dentro de la clasificación de discrimen por sexo está incluida la orientación sexual. Ésta fue la primera expresión internacional que reconoció el discrimen por orientación sexual.

A partir de esta jurisprudencia, el Comité ha reafirmado la existencia del discrimen por orientación sexual encontrando violaciones bajo el Artículo 26 ya sea utilizando el lenguaje anterior de *discrimen por sexo* o clasificándolo como *discrimen por sexo u orientación sexual*.²⁸

F) Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la "Corte") es una institución judicial autónoma de la Organización de Estados Americanos que tiene la encomienda de aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros

26 Comité de Derechos Humanos, <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/index.htm> (consultado el 25 de noviembre de 2010).

27 *Toonen v. Australia*, 1994, Comité de Derechos Humanos, No. 488/1992.

28 Edward Young C. Australia. Comunicación No. 941/2000. Doc. de las NU: CCPR/C/78/D/941/2000, 18 de septiembre de 2003; X c. Colombia, Comunicación No. 1361/2005. Doc. de las NU: CCPR/C/89/D/1361/2005 de 14 de mayo de 2007.

tratados que así lo dispongan.²⁹ En una opinión consultiva la Corte manifestó que es posible y deseable volver las atenciones a todas las áreas de comportamiento humano discriminatorio, como lo es la orientación sexual.³⁰

G) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el organismo creado por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante el “Convenio”), cuya función es supervisar los derechos en él proclamados. Entre los dictámenes más categóricos e importantes sobre el discrimen por orientación sexual se encuentra el caso de *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*,³¹ en el cual expresamente se calificó la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación bajo el Artículo 14 del Convenio.

Recientemente en *Schalk and Kopf v. Austria*,³² el Tribunal Europeo emitió por primera vez una determinación en cuanto al derecho al matrimonio de las personas del mismo sexo. La determinación de la corte fue emitida el 24 de junio de 2010 y advino final y firme el pasado 22 de noviembre de 2010.

En este caso la pareja de nacionales alegó ser discriminada por homosexualidad al negársele la posibilidad de contraer matrimonio o reconocerle el matrimonio constituido en otro Estado. La pareja alegó violaciones bajo los Artículos 8, 12 y 14 del Convenio.

29 Corte Interamericana de Derechos Humanos. <http://www.corteidh.or.cr/> (consultado el 16 de noviembre de 2010).

30 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Sept. 17, 2003, Serie A No. 18.

31 *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Aplicación Núm. 33290. 1999-IX Eur. Ct. II.R. 309.

32 *Schalk and Kopf v. Austria*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Aplicación Núm. 30141/04. <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c29fa712.html> (consultado el 21 de noviembre de 2010).

El Tribunal realizó un análisis de Derecho comparado tomando en consideración disposiciones de la Unión Europea y legislaciones locales de los distintos Estados miembros. Específicamente, el Tribunal mencionó que en diciembre de 2009 entró en vigor el Artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que estableció que el derecho a casarse y formar una familia debe ser garantizado según las leyes nacionales.³³

Por otro lado, el Tribunal expuso que de los 47 Estados miembros, 6 de ellos reconocen el derecho a matrimonio a personas del mismo sexo, y otros 13 tienen medidas que permiten asociaciones registradas. La opinión añade que dichas medidas varían desde un otorgamiento limitado de derechos hasta el reconocimiento casi equivalente al matrimonio.³⁴

Al evaluar la alegada violación al Artículo 12, el Tribunal concluyó que según alegado por los solicitantes, el lenguaje utilizado en el artículo podría entenderse que el derecho pertenece al hombre y a la mujer independientemente. Sin embargo, el Tribunal indicó que la disposición no podía verse aisladamente y tenía que tomarse en conjunto con las demás. Indicó además, que ninguna otra disposición hace mención de hombre y mujer, sino que todas las demás se refieren a “toda persona”, pero tomando en consideración que la disposición se redactó en el 1950, no podía entenderse de otra forma. El Tribunal también manifestó que ha habido un gran avance, aceptación y reconocimiento del derecho que tienen las personas del mismo sexo a legalizar su unión. Sin embargo, enunció que al aún no existir un consenso en Europa sobre el particular, no podía obligar a los Estados a que reconozcan dicho derecho y dejó en manos de los Estados la normativa en cuanto a si aceptan o reconocen los mismos.³⁵

33 *Id.* 24-25.

34 *Id.* 27-31.

35 *Id.* 54-64.

Cabe señalar que al evaluar las violaciones de los Artículos 8 y 14, el Tribunal emitió un cambio de visión en cuanto a si las parejas del mismo sexo pueden ser consideradas como “vida familiar.” Hasta este dictamen, el Tribunal no las había reconocido como tal. Así, manifestó que las parejas del mismo sexo que cohabitan en una estable asociación de facto caen bajo la noción de “vida familiar” del Artículo 8.³⁶

Al evaluar la alegación de discrimen, el Tribunal manifestó que cuando surge una controversia bajo el Artículo 14, la diferencia en trato es discriminatoria si no existe un objetivo y justificación razonable o si no existe una relación proporcional entre la medida y su propósito. No obstante, el Tribunal menciona que cuando se trata de diferencias basadas en sexo u orientación sexual requiere serias razones como justificación. Al aplicar el escrutinio a los hechos específicos del caso, el Tribunal determinó que como al momento de emitir su decisión ya existía en el Estado una medida que les permite a estas parejas legalizar su unión mediante una asociación registrada, la misma constituía una alternativa ya provista, por lo cual la prohibición no era absoluta, y, por consiguiente, no había ninguna violación. El Tribunal reusó a evaluar si de no existir dicha alternativa existiría violación bajo dicho artículo, por entender que no podría resultar especulativo y está obligado a evaluar exclusivamente los hechos del caso ante el foro.³⁷

Esta decisión fue cuatro a tres y no fue apelada ante la Gran Sala. A mi entender, aunque esta decisión no significa un retroceso en el reconocimiento de derechos de las parejas del mismo sexo, en cierta manera le sirve de freno.

H) Recomendaciones

Las recomendaciones no son documentos vinculantes para los estados partes. Sin embargo, nos sirven como un marco de

36 *Id.* 87-95.

37 *Id.* 96-110.

tendencias o normas a seguir, ya que han sido adoptadas localmente como medidas políticas, económicas, humanitarias, sociales y jurídicas que han influido en la vida de millones de personas de todo el mundo.³⁸

Entre algunas de estas medidas podemos destacar la Recomendación 2435 de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en relación a los derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. En dicha recomendación se manifiesta la preocupación por actos de violencia y violaciones de derechos humanos contra personas debido a su orientación sexual, y la misma ordena a una de las comisiones incluir e investigar el tema y emitir informes al respecto.³⁹

Varios meses más tarde, en la Organización de las Naciones Unidas se presentó un proyecto de recomendación relacionado al discrimen por orientación sexual e identidad de género. El mismo expresaba que el principio de no discriminación exige que los derechos se apliquen a todas las personas por igual, independiente de su orientación sexual o identidad de género, y categoriza esta clasificación como una de las discriminaciones prohibidas. Sin embargo, esta medida no fue adoptada como recomendación y finalizó como la Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género, aún abierta a firmas.⁴⁰ Cabe señalar que en abril de 2009, el Presidente de EE.UU., Barak Obama, firmó esta declaración.⁴¹

38 O.N.U., *Asamblea General*, <http://www.un.org/es/ga/about/background.shtml> (consultado el 26 de noviembre de 2010).

39 O.E.A., *Recomendación 2435, Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*, AG/RES. 2435 (Jun. 3, 2008), http://www.oas.org/dil/esp/resoluciones_asamblea_general.htm (consultado el 26 de noviembre de 2010).

40 Reuters, Patrick Worsnip, *U.N. divided on gay rights declarations*, Dic. 18, 2008, <http://www.reuters.com/article/idUSTRE4BH7EW20081218> (consultado el 26 de noviembre de 2010).

41 ABC News, *Human Khan*, *In First 100 Days Obama Flips Bush Admin's Policies*, Apr. 29, 2009, <http://abcnews.go.com/Politics/Obama100days/story?id=7042171&page=1> (consultado el 26 de noviembre de 2010).

Posteriormente, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante la “Asamblea”) adoptó otra recomendación similar a la adoptada en el 2008, la Recomendación 2504.⁴² Asimismo, el pasado 8 de junio de 2010 se presentó una nueva Resolución ante la Asamblea, la cual no solo se destaca por condenar los actos de violencia y violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual, sino que incluye la noción de discriminación basada en orientación sexual e identidad de género e insta a los Estados a tomar medidas contra dicha conducta discriminatoria.⁴³

Según hemos discutido, los instrumentos internacionales de derechos humanos presentados contienen una lista no exhaustiva de categorías prohibidas de discriminación. Es notable que la jurisprudencia en materia de derechos humanos, tanto a nivel internacional como a nivel regional, ha reconocido que el discrimen por orientación sexual está incluido entre las razones prohibidas. No obstante, muchos de los instrumentos están encaminados a establecer el discrimen por orientación sexual e identidad de género como clasificación separada e independiente.

En cuanto a las disposiciones internacionales relacionadas con el derecho al matrimonio, podemos notar que no son muy claras en cuanto a si se podría interpretar que este derecho le pertenece a parejas heterosexuales únicamente. Sin embargo, lo que sí está claro es que las disposiciones no establecen expresamente que el matrimonio es solo para “hombre con mujer”, pero tampoco establecen

42 O.E.A., *Recomendación 2504 sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*, AG AG/RES. 2504, (aprobada el 4 de junio de 2009), http://www.oas.org/dil/esp/resoluciones_asamblea_general.htm (consultado el 26 de noviembre de 2010).

43 O.E.A., *Declaraciones y Resoluciones Aprobadas por la Asamblea General, Cuadragésimo período ordinario de sesiones 6 al 8 de junio de 2010*, AG/doc. 5124/10, (8 de junio de 2010), <http://www.oas.org/consejo/sp/AG/resoluciones-declaraciones.asp> (consultado el 26 de noviembre de 2010).

que las parejas del mismo sexo no tienen derecho a casarse entre sí.

Estas disposiciones, analizadas en conjunto, señalan lo siguiente:

- 1) que los Estados están sujetos a respetar y garantizar a todos los individuos los derechos reconocidos en los pactos, sin distinción alguna de raza, color, **sexo**, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento **o cualquier otra condición social**;
- 2) que todas las **personas son iguales ante la ley** y tienen derecho sin discriminación a **igual protección de la ley**, quedando prohibida toda discriminación, y que se garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra **cualquier discriminación**, incluyendo **sexo o cualquier otra condición social**;
- 3) que **ninguna** de las **disposiciones puede ser interpretada** en el sentido de conceder derecho alguno a un estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos reconocidos o **a su limitación** en mayor medida que la prevista; y
- 4) que la **jurisprudencia** sobre derechos humanos a nivel internacional y regional ha dictaminado reiteradamente que el **discrimen por orientación sexual está contenido bajo la clasificación de discrimen por sexo**.

De lo anterior podríamos razonablemente inferir que, ante la necesidad de determinar a quiénes le corresponde el derecho al matrimonio, nuestra interpretación debe ser inclusiva y no restrictiva o limitativa.

IV Derecho comparado: Estado jurídico y medidas adoptadas en otros países

A continuación expondremos el estado jurídico de las regulaciones nacionales o estatales relacionadas al matrimonio en otros países, incluyendo Europa, Canadá, Argentina, México, Estados Unidos y otras jurisdicciones. Asimismo, discutiremos con más detalle las recientes expresiones judiciales emitidas en estados de los Estados Unidos y su potencial presentación ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos.

A) Europa

El reconocimiento legal de relaciones de parejas del mismo sexo puede ser categorizado en cuatro grupos: matrimonio; los derechos, responsabilidades y el reconocimiento legal a parejas del mismo sexo y parejas de diferente sexo son iguales; asociaciones registradas, parejas del mismo sexo tienen la posibilidad de constituir una registración formal que le provee virtualmente un estatus equivalente al matrimonio con algunas posibles excepciones; cohabitación registrada, un determinado número de derechos y responsabilidades son reconocidas a parejas que así se registren y requiere que la pareja pruebe haber convivido determinado periodo de tiempo antes de registrarse; cohabitación no registrada, limitados derechos y responsabilidades son automáticamente obtenidos después de cierto periodo específico de tiempo en cohabitación.⁴⁴

Entre los países que permiten el matrimonio entre parejas del mismo sexo se encuentran los Países Bajos o *Netherland* (2000), Bélgica (2003), España (2005), Noruega (2008), Suecia (2009),⁴⁵

44 Ilga Europe, *Marriage and partnership rights for same-sex partners: country-by-country*, http://ilga-europe.org/home/issues/families/recognition_of_relationships/legislation_and_case_law/marriage_and_partnership_rights_for_same_sex_partners_country_by_country (consultado el 26 de noviembre de 2010).

45 20 Minutos, *Suecia aprueba el matrimonio homosexual*, (4 de enero de 2009), <http://www.20minutos.es/noticia/460734/0/suecia/matrimonio/>

Portugal (Mayo 2010)⁴⁶ e Islandia (Unánimemente, Junio 2010).⁴⁷

Entre los países que reconocen las asociaciones registradas, cohabitación registrada o no registrada se encuentran Andorra, cohabitación registrada (2005); Austria, cohabitación no registrada (2003); Croacia, cohabitación no registrada (2003); República Checa, asociaciones registradas (2006); Dinamarca, asociaciones registradas (1989); Finlandia, asociaciones registradas (2001); Francia, asociaciones registradas (1999); Alemania, asociaciones registradas (2000); Hungría, asociaciones registradas (2007); Luxemburgo, asociaciones registradas (2004); Eslovenia, asociaciones registradas (2005); Suiza, asociaciones registradas (2004) y UK, asociaciones registradas (2004).⁴⁸

Asimismo, en julio de 2010, el Parlamento de Irlanda y su presidenta aprobaron la ley que permite la celebración de uniones civiles;⁴⁹ se espera que se celebren las primeras uniones en el 2011. En Eslovenia, el Parlamento aprobó en marzo de 2010 la primera lectura de un proyecto de ley que permitirá el matrimonio de personas del mismo sexo.⁵⁰ En Luxemburgo, en agosto de

homosexual (consultado el 13 de diciembre de 2010).

46 El Mundo, *Cavaco Silva aprueba, en desacuerdo, la ley portuguesa de los matrimonios gays*, (17 de mayo de 2010), <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/05/17/internacional/1274133034.html> (consultado el 13 de diciembre de 2010).

47 El País, *Islandia aprueba el matrimonio homosexual*, (6 de noviembre de 2010), http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Islandia/aprueba/matrimonio/homosexual/elpepusoc/20100611elpepusoc_8/Tes (consultado el 13 de diciembre de 2010).

48 *Id.*

49 DosManzanas.com, *La Presidenta de Irlanda sanciona la ley que permite las uniones civiles entre personas del mismo sexo*, (2 de julio de 2010), <http://www.dosmanzanas.com/2010/07/la-presidenta-de-irlanda-sanciona-la-ley-que-permite-las-uniones-civiles-entre-personas-del-mismo-sexo.html> (consultado el 13 de diciembre de 2010).

50 *Id.* at <http://www.dosmanzanas.com/2010/03/el-parlamento-de-eslovenia-aprueba-en-primera-lectura-la-ley-que-permitira-el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo.html>, (consultado Dic. 13, 2010).

2010 quedó sometido ante el Parlamento un proyecto similar.⁵¹ En abril de 2010, en Liechtenstein, se sometió ante el Parlamento un proyecto de ley que permite uniones de personas del mismo sexo.⁵²

De igual manera, Finlandia comenzó a trabajar con un proyecto de ley que permitirá el matrimonio de personas del mismo sexo. Se espera que la medida se apruebe sin problema alguno en el 2011.⁵³ Cabe señalar que la Iglesia Luterana Finlandesa anunció el 14 de noviembre de 2010 que permitirá la celebración de “momentos de oración” para saludar la constitución de uniones homosexuales, pero no su bendición.⁵⁴

Según hemos mencionamos, los países europeos tienen distintas medidas y posturas en relación al tema del matrimonio. Sin embargo, no podemos aseverar que la mayoría de los países europeos están a favor de este tipo de medidas. No obstante, sí podemos observar que desde que se reconocieron las primeras uniones o asociaciones en 1989 y en el 2000 la primera ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Lo anterior demuestra que la tendencia es a aprobar cada vez más medidas que reconozcan dichas relaciones o que, más aún, le reconozcan el derecho a contraer matrimonio.

Cabe señalar que tan reciente como el 23 de noviembre de 2010 el Parlamento de la Unión Europea aprobó una resolución

51 *Id.* at <http://www.dosmanzanas.com/2010/08/el-proyecto-de-ley-de-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo-en-luxemburgo-inicia-su-tramite-parlamentario.html>, (consultado Dic. 13, 2010).

52 *Id.* at <http://www.dosmanzanas.com/2010/04/el-gobierno-de-lichtenstein-presenta-el-proyecto-de-ley-de-uniones-entre-personas-del-mismo-sexo.html>, (consultado Dic. 13, 2010).

53 *Id.* at <http://www.dosmanzanas.com/2010/07/finlandia-aprobara-en-2011-el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo.html>, (último acceso Dic. 13, 2010).

54 *Id.* at <http://www.dosmanzanas.com/2010/11/la-iglesia-luterana-finlandesa-permitira-momentos-de-oracion-para-saludar-la-celebracion-de-uniones-homosexuales.html>, (consultado Dic. 13, 2010).

que pide a las autoridades de la Unión Europea y a sus estados miembros implementar el reconocimiento mutuo de los efectos de los actos de sus registros civiles. Con dicha medida, se constituye un avance para las parejas del mismo sexo y su movilidad transfronteriza entre los estados de la unión.⁵⁵

B) Canadá

Canadá fue el primer país en las Américas y el cuarto en el mundo en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo. La medida, de extensión federal, reconoció el derecho a casarse a personas del mismo sexo en todo el país. Cabe señalar que en la mayoría de las provincias del país ya era legal dicha unión. La llamada Ley Sobre el Matrimonio Civil o Ley C-38 fue aprobada por la Casa de los Comunes el 28 de junio de 2005.⁵⁶ Posteriormente, el 19 de julio del mismo año fue aprobada por el Senado.⁵⁷ La medida redefine el matrimonio como una unión legal entre dos personas y contiene enmiendas correspondientes a distintos aspectos relacionados al matrimonio.⁵⁸

C) Argentina

Argentina fue el primer país latinoamericano en permitir el matrimonio a personas del mismo sexo. La medida fue el resultado de un intenso debate surgido a raíz de declarar la inconstitucionalidad de la norma de Código Civil Argentino relacionada al

55 *Id.* at <http://www.dosmanzanas.com/2010/11/el-parlamento-europeo-aprueba-una-resolucion-favorable-al-reconocimiento-mutuo-de-las-parejas-del-mismo-sexo.html>, (último acceso Nov. 26, 2010).

56 The New York Times, *Canada passes bill to legalize gay marriage* (29 de junio de 2005), http://www.nytimes.com/2005/06/29/world/americas/29iht-web.0629canada.html?_r=1 (consultado el 26 de noviembre de 2010).

57 Fox News, *Canada Legalizes Gay Marriage*, (20 de julio de 2005), <http://www.foxnews.com/story/0,2933,163054,00.html> (consultado el 26 de noviembre de 2010).

58 Parliament of Canada, *Bill C-38* (20 de julio de 2005), <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?pub=bill&doc=C-38&parl=38&scs=1&language=E&File=29> (consultado el 26 de noviembre de 2010).

matrimonio. La Ley 26.618 fue aprobada el 15 de julio de 2010 y modificó varias disposiciones del Código Civil.⁵⁹

La ley establece la igualdad de derechos para el matrimonio, sin discriminar entre parejas heterosexuales y homosexuales, y con los mismos derechos para adopción.⁶⁰

El primer caso en que un magistrado declaró la inconstitucionalidad de la disposición vigente sobre el matrimonio en Buenos Aires surgió el 10 de noviembre de 2009.⁶¹ Los subsiguientes casos se resolvieron de manera similar. Específicamente en *CM y otros c/ GCBA*,⁶² el Tribunal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires declaró la inconstitucionalidad de varios artículos del Código Civil de Argentina en cuanto al impedimento para que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio. Se ordenó al Registro Civil que celebrara el matrimonio de los actores. El foro concluyó que la reglamentación del derecho a contraer matrimonio era contraria a la Constitución de Argentina desde la perspectiva de la protección del derecho a la autonomía personal o desde el derecho a la igualdad en función de la no discriminación.⁶³

El Tribunal recaló que la imposibilidad de contraer matrimonio veda a los actores del acceso del goce de una multiplicidad de derechos que emergen del estatus conyugal, entre los que se destacan los derechos de herencia y pensión, beneficios migratorios,

59 Paula Siverino Bavio, *Anotaciones sobre la recepción del derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia argentina*, MJ-DOC-4929-AR (2010).

60 Global Voices, Jorge Gobbi, *Argentina: Senado aprueba ley de matrimonio igualitario* (15 de julio de 2010), <http://es.globalvoicesonline.org/2010/07/15/argentina-senado-aprueba-ley-de-matrimonio-igualitario/> (consultado el 26 de noviembre de 2010).

61 *Alejandro Freyre c/GCBA*, (Nov. 10, 2009), Buenos Aires, AR., MJ-JU-M-51142-AR (2009).

62 *C.M. c/ GCBA*, (Mar. 19, 2010), Buenos Aires, AR., MJ-JU-M-53971-AR (2010).

63 *Id.*

posibilidad de decidir por otro en determinadas situaciones extremas, ventajas tributarias, entre otros.⁶⁴

Al fundamentar su decisión, el Tribunal ilustra que la pretensión de los amparistas de constituir una sociedad conyugal implica una típica decisión íntima y personal, advirtiendo que esta decisión de contraer matrimonio no puede provocar daños sustanciales a otras personas, más allá del desacuerdo con el plan de vida elegido por los actores basado en su discordancia con las concepciones religiosas o costumbres sociales de terceros.⁶⁵

En cuanto a la inconstitucionalidad por discrimen, el foro realizó un escrutinio estricto considerando la orientación sexual como una clasificación sospechosa bajo la Constitución Argentina y bajo los Instrumentos de Derecho Internacional. El Tribunal evaluó cada uno de los propósitos de la ley y concluyó que ninguno superó el control de constitucionalidad.⁶⁶

El Tribunal, además, catalogó como un “hecho incontrastable de la realidad que las personas con una orientación sexual diversa de la mayoritaria también constituyen familias (diferentes quizás en algún aspecto de su conformación, pero con el mismo amor como argamasa) que gozan del mismo derecho constitucional y supranacional a su protección”.⁶⁷

Concluyó el Tribunal que todo esquema constitucional de derechos y libertades caería y se reduciría a letra muerta si la mera disconformidad de unos con las costumbres o creencias de otros pudiese ser considerada como un daño a tercero, y el Estado estaría imponiéndole a unos el proyecto de vida de otros, contrario a las libertades más básicas que consagra el constitucionalismo, como la libertad de conciencia y de autonomía personal.

64 *Id.* en 7.

65 *Id.* en 8.

66 *Id.* en 9.1-9.2.

67 *Id.* en 9.2 b.

El Tribunal terminó su opinión ultimando que:

El hecho de que algunas instituciones jurídicas hayan regido los destinos de la sociedad durante siglos no les otorga por ello validez constitucional actual o un inmutable sustento jurídico. Una legislación no puede ser juzgada, en el marco de una sociedad democrática no confesional como la nuestra, por su grado de antigüedad o ancestralidad, sino por el modo en que organiza las relaciones sociales de modo compatible con el sistema internacional de derechos humanos que se ha adoptado como paradigma de convivencia plural. La esclavitud, la pena de muerte, la conculcación de derechos civiles y políticos de la mujer, la cruel estigmatización jurídica de niños inocentes en razón de su nacimiento, entre muchas otras, hoy parecen instituciones aberrantes y fueron, sin embargo, la regla durante largos siglos de oscuridad.⁶⁸

Como hemos visto, fueron estos dictámenes de inconstitucionalidad los que dieron paso a la aprobación de la primera medida nacional de matrimonio igualitario en Latinoamérica.

D) México

El 21 de diciembre de 2009 la Asamblea Legislativa del Distrito Federado aprobó una reforma al Código Civil para eliminar la calificación de sexo de los contrayentes en la definición de matrimonio.

La nueva regulación entró en vigor en marzo de 2010 y permite que las parejas del mismo sexo tengan derechos como la unión patrimonial para obtener créditos bancarios, herencia y acceder a beneficios del seguro social.⁶⁹ Posteriormente, la constitucio-

68 *Id.* en 9.2 e.

69 BBC Mundo, Cecilia Barria, *México DF: aprueban matrimonio gay* (22 de diciembre de 2009), http://www.bbc.co.uk/mundo/america_latina/2009/12/091221_2340_mexico_gay_gm.shtml (consultado el 26 de noviembre de

nalidad de la medida fue cuestionada ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El 5 de agosto de 2010 dicho foro declaró constitucional el matrimonio por personas del mismo sexo y, además, resolvió que todas las entidades federativas estaban obligadas a reconocer los mismos.⁷⁰ Días más tarde, la corte constitucional resolvió que dichos matrimonios tienen derecho a la adopción de menores y constituir una familia.⁷¹

E) Estados Unidos

Actualmente los estados de Massachusetts (2004), Connecticut (2008), Vermont (2009), Iowa (2009), New Hampshire (2009,) y Distrito de Columbia (2010) reconocen y realizan matrimonios de parejas del mismo sexo.⁷²

En California, la Corte Suprema declaró en el 2008 la inconstitucionalidad de la prohibición del matrimonio a parejas del mismo sexo, y a partir de dicha decisión se realizaron miles de matrimonio de parejas del mismo sexo. Ese mismo año, surgió una campaña contraria a dicha determinación que culminó con la llamada Proposición 8.⁷³

2010).

70 La Jornada, Jesús Aranda, *Válidas en todo el país las bodas gays del DF, determina la Corte*, (Aug. 11, 2010), <http://www.jornada.unam.mx/2010/08/11/index.php?section=sociedad&article=040n1soc> (consultado el 26 de noviembre de 2010).

71 Informador, *Constitucional la adopción por parejas del mismo género*, (16 de agosto de 2010), <http://www.informador.com.mx/mexico/2010/226284/6/constitucional-la-adopcion-por-parejas-del-mismo-gencro-scjin.htm> (consultado el 26 de noviembre de 2010).

72 National Conference of State Legislatures, *Same-Sex Marriage, Civil Unions and Domestic Partnerships*, <http://www.ncsl.org/IssuesResearch/HumanServices/SameSexMarriage/tabid/16430/Default.aspx> (consultado el 26 de noviembre de 2010).

73 Univisión.com, *Juez invalidó la Proposición 8*, (Aug. 5, 2010), <http://www.univision.com/content/content.jhtml?cid=2497175> (consultado el 26 de noviembre de 2010).

La Proposición 8 fue una medida de iniciativa popular, no gubernamental, presentada mediante votación en referéndum en las elecciones generales de 2008 del estado de California que proponía una enmienda a la constitución estatal. La enmienda consistía en incluir una disposición que expresara que sólo el matrimonio entre hombre y mujer sería válido o reconocido.⁷⁴

La propuesta obtuvo el 52% de los votos, y revocó la decisión de la Corte Suprema de California suspendiéndose la celebración de matrimonios de personas del mismo sexo en dicho estado.⁷⁵

En *Perry v. Schwarzenegger*,⁷⁶ dos parejas de personas del mismo sexo cuestionaron ante el Tribunal Federal de los Estados Unidos la constitucionalidad de la Proposición 8 de California. La pareja alegó que la misma violentaba el debido proceso de ley y la igual protección de las leyes bajo la Enmienda XIV de la Constitución de Estados Unidos.

El caso fue resuelto el 5 de agosto de 2010 por el juez federal Vaughn R. Walker, nombrado por Ronald Reagan en 1987. En aquel momento, su nominación fue criticada por parte de los movimientos que protegen los derechos de LGTB, porque consideraban que su trayectoria jurídica era contraria a sus intereses. Irónicamente, años más tarde, el juez Walker emite probablemente la decisión más importante y trascendental en la lucha en pro de sus derechos.⁷⁷

74 *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F. Supp. 2d 921, 927-928 (N.D. Cal. 2010).

75 Los Angeles Times, *Judge strikes down Prop. 8, allows gay marriage in California*, (Aug. 4, 2010), <http://latimesblogs.latimes.com/lanow/2010/08/prop8-gay-marriage.html> (consultado el 26 de noviembre de 2010).

76 *Perry*, 704 F. Supp. 2d 921.

77 Dosmanzanas.com, *Cascada de noticias judiciales favorables a la igualdad LGTB en América, entre otras informaciones destacadas*, (13 de agosto de 2010), <http://www.dosmanzanas.com/2010/08/cascada-de-noticias-judiciales-favorables-a-la-igualdad-lgtb-en-america-entre-otras-noticias-de-la-semana.html> (consultado el 26 de noviembre de 2010).

En una extensa y detallada opinión, el juez estableció e identificó 80 premisas de hechos probados. Cada premisa está sustentada, a su vez, por un desglose de evidencia presentada y precedentes anteriores. A partir de éstas, el juez realizó un análisis de Derecho en relación al debido proceso de ley y la igual protección de las leyes.

A continuación señalaremos algunas de las premisas de gran relevancia:

- que el matrimonio siempre ha sido un asunto civil y no religioso y que las autoridades civiles les han permitido a los líderes religiosos solemnizar los matrimonios, pero no a determinar quién puede entrar o abandonar un matrimonio civil;
- que nunca se ha requerido que individuos deseen o estén capacitados para procrear;
- que anteriormente algunos estados, incluyendo a California, tenían leyes que prohibían el matrimonio interracial y que las mismas fueron declaradas inconstitucionales bajo la Constitución de California y posteriormente bajo la Constitución de Estados Unidos;
- que antes la identidad económica y legal de la mujer era subsumida por la de su esposo al contraer matrimonio y que actualmente no existe tal diferencia entre esposos;
- que se desarrolló el divorcio sin culpa, antes no aceptado;
- que en el 2008 la Corte Suprema de California había determinado que la distinción de matrimonio entre hombre y mujer violentaba la constitución estatal;
- que el matrimonio civil acarrea beneficios económicos, sociales, tangibles e intangibles para los contrayentes, el Estado y los niños;

- que la orientación sexual es fundamental para la identificación de la persona y es una característica distintiva que define a los homosexuales y lesbianas como un grupo;
- que las parejas del mismo sexo son idénticas a las heterosexuales en relación a su capacidad de formar una unión marital exitosa y que pueden tener relaciones satisfactorias de profundos sentimientos y compromiso;
- que las sociedades domésticas carecen del significado social que tiene el matrimonio, por lo cual no es una alternativa equivalente al matrimonio;
- que permitirles casarse a las parejas del mismo sexo no afecta la cantidad de parejas heterosexuales que se casan, divorcian, conviven, tienen hijos fuera del matrimonio o que afecte la estabilidad de ellos;
- que los niños que tienen las parejas del mismo sexo se benefician cuando sus padres se casan; que la Proposición 8 obliga al Estado a tratar de manera distinta a parejas del mismo sexo y a parejas de sexos opuestos y que perpetúa un estereotipo de que los homosexuales y lesbianas no son capaces de formar relaciones duraderas y que no son buenos padres;
- que el género de los padres no es un factor en el desarrollo de un niño y que la orientación sexual de una persona no determina si será buen padre;
- que un niño no tiene que ser criado por un hombre y una mujer para que sea exitoso y estable y que este factor tampoco incrementa esa posibilidad;
- que los homosexuales y las lesbianas han sido víctimas de una larga historia de discriminación; que los religiosos creen que las relaciones entre homosexuales y lesbianas

son inferiores a las heterosexuales y que la campaña realizada descansó en ese estereotipo.⁷⁸

En este caso, el juez evaluó la alegada violación bajo el debido proceso de ley y bajo la igual protección de las leyes de forma independiente por entender que ambas tienen su propio mérito, ya que la medida afecta el derecho fundamental a casarse y, además, crea una clasificación irracional basada en orientación sexual.⁷⁹

En una apretada síntesis, podemos señalar que en cuanto al debido proceso de ley utilizando un escrutinio estricto de evaluación constitucional, el juez concluyó que:

- 1) el derecho a casarse protege al individuo de escoger su pareja, sin importar su género; que la libertad de casarse es un derecho fundamental; la evidencia no demostró ningún propósito histórico de excluir a parejas del mismo sexo del matrimonio;
- 2) las sociedades domésticas no satisfacen la obligación del Estado de proveerle a los demandados su ejercicio al derecho a casarse ofreciéndole una institución inferior;
- 3) la Proposición 8 es inconstitucional porque deniega a los demandantes un derecho fundamental sin una razón legítima y mucho menos apremiante;
- 4) y que los proponentes no pudieron superar el escrutinio racional bajo la igual protección de las leyes, y mucho menos podrían superar un escrutinio estricto.⁸⁰

Por otro lado, en cuanto a la alegación de violación bajo la igual protección de las leyes, el juez analizó cómo se aplica la garantía constitucional ante una legislación que crea o distingue clasificaciones cuando éstas son clasificaciones sospechosas o

78 *Perry*, 704 F. Supp. 2d en las págs. 953-990.

79 *Id.*, en la pág. 991.

80 *Id.*, en las págs. 991-996.

afectan un derecho fundamental. Aclaró que aún bajo el estándar de mayor deferencia a la rama legislativa, tiene que existir una relación entre la legislación adoptada y el objeto perseguido por la misma.⁸¹

Al realizar el análisis correspondiente, en síntesis, el juez concluyó que el discrimen por orientación sexual es un fenómeno distinto, pero relacionado al discrimen por sexo y que, por tanto, la protección contra el discrimen basado en orientación sexual que reclaman los demandantes es equivalente a un reclamo de discrimen por sexo; y que no es necesario determinar si el estándar de revisión ante una clasificación basada en orientación sexual debe ser el de más alta rigurosidad, ya que la medida es inconstitucional bajo cualquier estándar.

El juez añadió que, aunque la Proposición 8 ni siquiera supera el estándar racional, la prueba desfilada demostró que las lesbianas y homosexuales son el tipo de minoría para la cual el escrutinio estricto está diseñado y, por tanto, debe ser el adecuado para revisar leyes que clasifiquen a base de la orientación sexual, siendo ésta una clasificación sospechosa.⁸²

Sin embargo, a pesar de esta conclusión, el juez realizó un escrutinio racional como estándar de revisión para demostrar que la medida no supera ninguno de los estándares desarrollados por la doctrina. Concluyó que excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio no está racionalmente relacionado con algún interés legítimo del Estado. Para llegar a tal conclusión evaluó cada uno de los puntos traídos por los proponentes como motivos para la proposición y concluyó que dichos intereses corresponden al miedo y desagrado hacia las parejas del mismo sexo y que una visión moralista privada de que dichas parejas son inferiores a las parejas de sexos opuestos no puede ser base apropiada para una

81 *Id.*, en la pág. 996.

82 *Id.*, en la pág. 997.

legislación; el desacuerdo moral no puede ser base para negarle derechos a los homosexuales y lesbianas.⁸³

La decisión del juez fue elogiada y celebrada por muchos y criticada por otros. Entre los que celebraron la misma se encuentra el propio gobernador de California. Se espera que la decisión llegue al Tribunal Supremo de Estados Unidos. El caso ya fue apelado ante el Circuito de Apelaciones. Un panel de tres jueces, dos nombrados por un presidente demócrata y uno nombrado por un presidente republicano, revisará la decisión. Expertos señalan que la decisión está sumamente fundamentada, tanto en hechos probados como en derecho, razón por la cual hace muy difícil una revocación.

Entiendo que la decisión, además de bien fundamentada, está muy bien pensada, tomando en consideración cada detalle, cada palabra, cada espacio, cada hendidura, cubriendo todos los flancos por donde pudiese ser atacada. Como tablero de ajedrez, el juez movió cada una de sus piezas de manera admirable. Este puede ser el caso más importante de los últimos tiempos y, según lo que resuelva en su momento el Tribunal Supremo de Estados Unidos, podría cambiar el estado de derecho constitucional y legal de muchos Estados. Recordemos que ninguna ley estatal o constitución estatal, incluyendo la de Puerto Rico, puede ser contraria a la Constitución de Estados Unidos.

Actualmente los estados de Rhode Island, New York y Maryland reconocen el matrimonio de parejas del mismo sexo realizados en otros estados. California, Oregón, Nevada y Washington promueven y reconocen casi todos los derechos del matrimonio a parejas no casadas conocidas como sociedades domésticas. Hawaii, Maine, Distrito de Columbia y Wisconsin tienen un tipo de sociedad doméstica que reconoce algunos de los derechos del matrimonio. Treinta y nueve estados cuentan con

83 *Id.*, en las págs. 997-1003.

disposiciones que definen al matrimonio entre hombre y mujer; treinta de ellos tienen en su constitución algún tipo de lenguaje definiendo el matrimonio. Florida, California y Arizona han adoptado una enmienda constitucional para restringir el matrimonio a un hombre con una mujer.⁸⁴

V Conclusión

Conforme a la información que se ha presentado y analizado, podemos señalar que la propuesta Resolución 107 es el fantasma de una propuesta similar que fue rechazada hace varios años atrás; rechazada precisamente por ser una medida que acarrea grandes visos de inconstitucionalidad.

Según presentado en este escrito, medidas similares en otros países del mundo han sido declaradas contrarias a sus constituciones por ser discriminatorias y contrarias al debido proceso de ley. Desde el 2001, hemos visto cómo las sociedades han evolucionado en cuanto al reconocimiento de igualdad de derechos a todas las personas, incluyendo a los homosexuales y las lesbianas. Cada vez son más los países y Estados que reconocen derechos que antes se les negaban. Algunos comienzan a reconocerlos de manera más limitada o tímida, y otros de forma más dramática. Sin embargo, la tendencia es, salvo pocas excepciones, a reconocer; no a estigmatizar.

En nuestro país, el matrimonio está restringido por ley exclusivamente a la unión entre hombre y mujer. Por tal razón, no hemos podido identificar algún propósito válido para la enmienda propuesta. Por tanto, nos parece que la misma encierra como propósito cerrar las puertas a que en algún momento se pueda cuestionar la constitucionalidad de la disposición vigente o que se pueda

84 National Conference of State Legislatures, *Same-Sex Marriage, Civil Unions and Domestic Partnerships*, <http://www.ncsl.org/IssuesResearch/HumanServices/SameSexMarriage/tabid/16430/Default.aspx> (consultado el 26 de noviembre de 2010).

elegir una legislatura que promueva la igualdad y la protección de los derechos humanos y, conforme a ello, se comience a legislar para reconocer algunos o todos los derechos relacionados al matrimonio entre homosexuales y lesbianas.

Coincidimos totalmente con la decisión y las determinaciones del juez Walker. Este tipo de medidas surgen como parte de una campaña de discrimin y estigmatización por parte de un sector de la sociedad que rechaza y persigue a personas por simplemente tener una orientación sexual distinta a la de ellos.

Entendemos, que pretenden perpetuar su visión de moralidad religiosa adueñándose del instrumento que consagra los derechos fundamentales, no de unos, no de la mayoría, sino de todos, todos los seres humanos que compartimos este hermoso pedazo de tierra. Contrario a lo que pretende esta medida constitucional, debemos buscar eliminar diferencias y unirnos como pueblo; enfocarnos en las cosas que nos unen y dejar a un lado las que nos separan.

Consideramos que, de todas formas, si se aprobara esta medida o una similar a ésta, sería un ejercicio innecesario y posiblemente fútil. Nuestro Derecho vigente y el futuro de cualquier otra medida que se pretenda legislar, dependerá del esperado pronunciamiento del Tribunal Supremo de Estados Unidos sobre el caso de *Perry v. Schwarzenegger*.

La Mirada Constante del Estado y el Derecho de Intimidad

Carmen L. Selva Báez¹

*“El ojo que tú ves no es ojo porque tú lo veas,
es ojo porque él te ve”.*

- Antonio Machado

I. Introducción

El derecho de intimidad está expresamente consagrado en nuestra Constitución.² El mismo ha sido interpretado por el Tribunal Supremo como un derecho de especial preeminencia en nuestro esquema constitucional.³ Limitando así, la esfera de intrusión del Estado en la vida de los ciudadanos.

No obstante, a través de los años el Estado ha utilizado distintos métodos para vigilar y conservar el poder los cuales podemos comparar al modelo panóptico propuesto por Jeremías Bentham.⁴

A través de este escrito contrastamos el derecho de intimidad de los individuos y la vigilancia constante ejercida por el Estado, concentrado el análisis a la sociedad puertorriqueña. A tales fines, comparamos los métodos empleados por el Estado para vigilar, como el cuerpo policiaco y las “carpetas”, con el panóptico. También analizamos el uso de la tecnología, por parte del Estado y las expresiones del Tribunal Supremo respecto a dichos métodos.

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

2 Const. P.R. art II, § 8.

3 *Soc. de Gananciales v. Royal Bank de PR*, 145 D.P.R. 178, 201 (1998).

4 Michael Foucault, *Vigilar y Castigar* 203 (Siglo XXI Editores Argentina, SA 2002).

II. El derecho de intimidad en Estados Unidos y en Puerto Rico

i. En Estados Unidos

Es menester, explicar sucintamente el desarrollo del derecho de intimidad en Estados Unidos y Puerto Rico a los fines de comprender las intrusionas en dicho derecho por parte del Estado para vigilar. La Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica concede ciertas libertades y derechos a las personas. Algunos de estos derechos están dispuestos en la Constitución explícitamente, mientras que otros fueron concedidos mediante interpretación del Tribunal Supremo.⁵ De tal manera, dicho foro reconoció el derecho de intimidad como uno fundamental.⁶

Sin embargo, luego de los lamentables atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 y de la posterior aprobación de la ley *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001*⁷ (en lo sucesivo, “Ley Patriótica”), el derecho de intimidad ha sido restringido. A grandes rasgos, los poderes de investigación y vigilancia que permite ejercer la referida ley incluyen indagar sobre lo que la persona lee monitoreando las bibliotecas públicas y los archivos de las librerías, también permite registrar la propiedad de la persona, así como sus computadoras, su correo electrónico e información financiera, todo ello sin notificarle al sospechoso.⁸

5 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 484 (1965). (“Various guarantees create zones of privacy”).

6 *Id.*

7 *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001*, P.L. 107-56, 115 Stat. 272 (2001).

8 La vigilancia en las bibliotecas públicas fue enmendada por el Congreso en respuesta al caso *Doe v. González*, 500 F. Supp. 2d 379 (2d Cir. NY, 2007), en donde un juez de Distrito declaró inconstitucional dicha forma de vigilancia. Ver, *NSL Reform Act of 2007*, S. 2088, 110th Cong. (2007).

La seguridad nacional fue el principal motivo del Congreso al aprobar la Ley Patriótica. No obstante, en última instancia la seguridad nacional conlleva someter a las personas a la constante vigilancia y la pérdida de derechos esenciales como la libertad de expresión y la intimidad.⁹

ii. En Puerto Rico

Por otra parte, el derecho de intimidad en Puerto Rico ha tenido un desarrollo jurisprudencial distinto al derecho de intimidad reconocido en Estados Unidos. La primera diferencia en ambas jurisdicciones es que la Constitución de Puerto Rico dispone expresamente el derecho de intimidad.¹⁰ En segundo lugar, nuestra Constitución es de factura más ancha, por lo cual concede más derechos que los concedidos por virtud de la Constitución Federal.¹¹ Además, nuestra Constitución consagra el principio básico de la inviolabilidad de la dignidad del ser humano.¹² Por lo que, el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha interpretado que el derecho de intimidad es consustancial con la dignidad humana.¹³ Por lo tanto, el análisis del derecho de intimidad debe incluir un análisis de la dignidad humana.

En la interpretación del derecho de intimidad consagrado en nuestra Ley Suprema, el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha resuelto que el Estado tiene una función dual para proteger el derecho de intimidad: abstenerse de inmiscuirse en el ámbito de autonomía e intimidad individual y actuar afirmativamente para proteger dicho derecho.¹⁴ Asimismo, el Tribunal Supremo de

9 Natsu Taylor Saito, *Whose Liberty? Whose Security? The USA PATRIOT Act in the Context of COINTELPRO and the Unlawful Repression of Political Dissent*, 81 Or. L. Rev. 1051, 1060 (2002).

10 Const. P.R. art II, § 8.

11 *Pueblo v. Dolce*, 105 D.P.R. 422, 427-428 (1976).

12 Const. P.R. art II, § 1.

13 *Rexach v. Ramirez*, 162 D.P.R. 130, 143 (2004).

14 *Lozada Tirado v. Tirado Flecha*, __D.P.R.__ (2010). 2010 PR Sup. Lexis 33 (27 de enero de 2010).

Puerto Rico indicó que el Estado y las personas tienen el deber de respetar el derecho de intimidad de los demás seres humanos.¹⁵ No obstante, lo anterior en varias opiniones el Tribunal ha permitido ciertas intrusionas por parte del Estado mediante las cuales éste último ejerce un grado de control y vigilancia sobre los ciudadanos, en ocasiones valiéndose de adelantos tecnológicos. Por lo que surgen las interrogantes sobre si realmente estamos protegidos ante intrusionas del Estado en la vida privada y familiar y si realmente vivimos en un sistema democrático, libre de opresión. Sobre estas y otras interrogantes ampliaremos la discusión más adelante.

III. El Panoptismo

Michael Foucault (1983) planteaba que las sociedades capitalistas están ordenadas como sociedades disciplinarias donde se establece una vigilancia permanente hacia los ciudadanos.¹⁶ A tales fines, Jeremías Bentham diseñó el panóptico como un modelo de vigilancia para dichas sociedades.¹⁷ El panóptico consistía en una estructura en forma de anillo, en el centro una torre, ésta, con anchas ventanas que se abren en la cara interior del anillo. La construcción periférica estaba dividida en celdas, cada una de las cuales tenía dos ventanas, una hacia el interior y otra hacia el exterior, mientras que en la torre central había un vigilante.¹⁸ En esta estructura la constante presencia de la torre de vigilancia inducía en el cautivo un estado consciente y permanente de visibilidad, lo cual garantizaba el poder del vigilante.¹⁹

De la misma manera que en el panóptico de Bentham, el Estado ejerce una vigilancia constante sobre los ciudadanos, para asegurar el poder y hegemonizar a la sociedad, a pesar del derecho de intimidad garantizado en la Constitución. Es por ello, que el

15 *Colón v. Romero Barceló*, 112 D.P.R. 573, 576 (1982).

16 Michael Foucault, *supra* n. 255.

17 *Rivera v. ELA*, 165 D.P.R. 280, 294 (2005).

18 Michael Foucault, *supra* n. 255, en la pág. 203.

19 *Id.*, en la pág. 204.

Estado ha utilizado la Policía, la vigilancia electrónica, el control de los residenciales públicos, entre otras formas de vigilancia que discutiremos a continuación.

IV. Métodos de Vigilancia Empleados por el Estado

La policía fue creada con el fin de proteger a las personas y a la propiedad, conservar el orden público y prevenir, descubrir, investigar y perseguir el delito.²⁰ La autoridad suprema del cuerpo policiaco recae en el Gobernador de Puerto Rico, quien delega la administración y supervisión inmediata en un Superintendente.²¹ Actualmente el cuerpo policiaco cuenta con 597 pares de ojos para vigilar cada 100,000 habitantes en la isla.²² Poniendo de manifiesto que la policía es un dispositivo de poder esencial para el Estado vigilar y ejercer control sobre la ciudadanía.

Una de esas instancias en que el poder de vigilancia del Estado rebasó el derecho de intimidad dispuesto en la Constitución para ejercer el control, fue con la aprobación de la llamada “Ley de Mordaza” y la creación de “carpetas”. La Ley Núm. 53 de 10 de julio de 1948, criminalizaba la participación como miembro de un grupo o asociación o una asamblea a sabiendas que dicho grupo tenía el propósito de derrocar el gobierno mediante violencia.²³ Un informe preparado por la Comisión de Derechos Civiles, creada por el Gobernador en turno para ese entonces, concluyó que en la aplicación de la Ley Núm. 53 hubo numerosas violaciones de los requisitos mínimos de debido proceso de ley, en las fases de investigación, acusación y en las decisiones de jueces y jurados.²⁴ Finalmente, ante las claras violaciones de derechos civiles en aras

20 Ley Núm. 53 del 10 de junio de 1996, 25 LPRÁ § 1001 (Lexis 2009).

21 *Id.*

22 *Id.*

23 Raúl Scrano Gcyls, *Derecho Constitucional de Puerto Rico y Estados Unidos* vol. II, 1312 (Edwards Brothers 2007).

24 *Id.*

de vigilar que cometió el Estado, la ley fue derogada a petición de la Comisión que investigaba el asunto.²⁵

Las “carpetas” también fueron utilizadas para vigilar a los individuos. El Estado creaba unos archivos que contenían información sobre ciertas personas a quienes vigilaba de cerca por motivo de sus creencias políticas o ideológicas, cuando estas eran opuestas a las del Gobierno.²⁶ Dichas personas eran etiquetadas como “subversivos”²⁷ y una vez identificadas, el Estado recopilaba información sobre ellas y las actividades que realizaban.²⁸ En *Noriega v. Hernández Colón*,²⁹ el Tribunal Supremo declaró inconstitucional la práctica del Estado de perseguir a personas por razón de su ideología y ordenó la entrega de los documentos recopilados. Entendemos que la decisión del Tribunal en dicho caso fue acertada, ya que mediante la creación de carpetas el Estado vigiló a las personas e intentó coartar el derecho de libertad de expresión para eliminar la disidencia, en clara violación de los derechos garantizados en la Constitución.

La práctica antedicha se asemeja al examen en el panóptico. En el panóptico el examen constituía una mirada normalizadora, una vigilancia que permitía calificar, clasificar y castigar.³⁰ El examen establecía sobre los individuos una visibilidad que permitía diferenciarlos y sancionarlos.³¹ De la misma manera, la creación de carpetas clasificaba y diferenciaba a los individuos de acuerdo a

25 *Id.*

26 Ramón Bosque Pérez & José Javier Colón Morera. *Las Carpetas: Persecución Política y Derechos Civiles en Puerto Rico* 40 (Centro para la Investigación y Promoción de los Derechos Civiles, Inc. 1997).

27 El Profesor Serrano Geyls, en su obra sobre derecho constitucional, explica que el Estado considera subversivos aquellos mensajes que por su contenido son percibidos por las autoridades gubernamentales como un atentado contra las “bases mismas del gobierno organizado”. Raúl Serrano, *supra* n. 22, en la pág. 1279.

28 Bosque & Colón, *supra* n. 277, en la pág. 40.

29 *Noriega v. Hernández*, 122 D.P.R. 650 (1987).

30 Michael Foucault, *supra* n. 255, en la pág. 189.

31 *Id.*

su ideología política. Además, la información contenida en dichas carpetas permitía que el Estado sancionara a estas personas, garantizando así el ejercicio del poder.

La Ley de Mordaza y la creación de carpetas fueron declaradas inconstitucionales por el Tribunal Supremo. Sin embargo, el Estado ha empleado otros métodos para vigilar tales como la política de “mano dura contra el crimen”. El período en que el Estado implementó dicha política se caracterizó por la formulación de leyes que aumentaron las penas de reclusión de los convictos, reducción de medidas rehabilitadoras, prohibición del consumo y tráfico de drogas y énfasis en la función del control represivo de la policía.³² La represión se dirigió particularmente hacia los individuos que habitaban en residenciales públicos. Los residenciales públicos fueron ocupados por la policía, alegadamente para terminar con el tráfico y venta de sustancias controladas. No obstante, ello implicó la criminalización y segregación de los residenciales públicos y la violación del derecho de intimidad.

Además, la política de mano dura contra el crimen incluyó la activación de la Guardia Nacional. Primero, el Gobernador, Hon. Rafael Hernández Colón promulgó una Orden Ejecutiva que disponía la creación de un plan de acción inmediata para redoblar los esfuerzos en el desarrollo de programas de prevención en los residenciales de alta incidencia criminal.³³ Luego, el Gobernador, Hon. Pedro Rosselló González promulgó una Orden Ejecutiva³⁴ mediante la cual invocaba su autoridad como Comandante en Jefe de las milicias y llamó a la Guardia Nacional de Puerto Rico al Servicio Militar Activo Estatal para dar apoyo a la Policía de Puerto Rico.³⁵ Sin embargo, dichos métodos no erradicaron las

32 Dora Nevares Muñiz, *El Crimen en Puerto Rico: Tapando el Cielo con la Mano* 163 (2da. ed., Instituto para el Desarrollo del Derecho, Inc. 2001).

33 Orden Ejecutiva promulgada el 6 de noviembre de 1992, OE-1992-65.

34 Orden Ejecutiva promulgada el 25 de febrero de 1993, OE-1993-08.

35 La autoridad del Gobernador como Comandante en Jefe de la Milicia emana del Art. IV, § 4, Const. del E.L.A. Mientras que la Ley Núm. 28 de 20 de

drogas de nuestra sociedad, ni redujeron la tasa de criminalidad, tan sólo contribuyeron a despertar un sentimiento de confinamiento y restricción de los derechos civiles en las personas.³⁶

Cónsono con lo anterior, el Tribunal Supremo en *Nieves v. AM Contractors, Inc.*,³⁷ determinó que la ocupación de la policía en el complejo de vivienda pública Jardines de Quintana violaba el derecho de intimidad de los residentes. En esa ocasión, la policía ocupó las entradas del residencial, estableciendo casetas de vigilancia y organizando el tránsito vehicular y peatonal. Además, la policía cerró un acceso hacia una de las calles por la cual los residentes transitaban. Ello, sin consultar a los residentes. Ante tal atropello, los residentes interpusieron una demanda contra el Departamento de Vivienda y el Estado. El Tribunal de Primera Instancia concedió la demanda, pero el Tribunal de Apelaciones revocó. Finalmente, el Tribunal Supremo determinó que el Estado no podía restringir derechos individuales garantizados por la Constitución aunque persiga un interés gubernamental válido.³⁸ El Estado no demostró que la ocupación del residencial adelantara el interés público en prevenir el crimen y salvaguardar la tranquilidad de la vida en comunidad.³⁹ Además, la prevención y rehabilitación no justifica la intrusión en la intimidad individual.⁴⁰ La intrusión en la intimidad de los residentes y el atropello por parte de los Policías resultó evidente en este caso. Adviértase, que las actuaciones de la Policía en aquella ocasión se produjeron en virtud de Órdenes Ejecutivas promulgadas por el Gobernador de Puerto Rico para controlar ciertos

julio de 1989. 25 LPRÁ § 2058(b)(1) (Lexis 2009), faculta al Gobernador de Puerto Rico a Ordenar a Servicio Militar Activo a la Guardia Nacional en apoyo a oficiales del orden público en funciones dirigidas al control del tráfico de narcóticos.

36 Dr. Joel Villa Rodríguez, *Crimen y Criminalidad en Puerto Rico: El Sujeto Criminal* 244 (Ediciones SITUM, Inc. 2006).

37 *Nieves v. AM Contractors, Inc.* 166 D.P.R. 399 (2005).

38 *Id.*, en la pág. 415.

39 *Id.*, en la pág. 427.

40 *Id.*

residenciales públicos de alta incidencia criminal. El anterior, es un claro ejemplo de la criminalización de las personas que habitan el residencial público y de la manera en que el Estado ejerce su vigilancia sobre dichos sectores de manera arbitraria.

Cabe señalar que, distinto a los residenciales públicos donde la vigilancia se ejerce hacia adentro, en las urbanizaciones la vigilancia se ejerce hacia afuera para evitar que “aquellos” no entren.⁴¹ Asimismo, el diseño arquitectónico del residencial y la manera en que se configuran los espacios allí, constituyen una forma de vigilancia. Por ejemplo, en los residenciales vemos focos parecidos a los que alumbran las cárceles, cuarteles de policía y verjas que separan el residencial de los espacios adyacentes.⁴² El diseño arquitectónico antes descrito también podemos compararlo al panóptico, en donde la plena luz y la mirada del vigilante captaban mejor que la sombra, mientras que los muros laterales le impedían entrar en contacto con sus compañeros.⁴³

A. Los Avances de la Tecnología como Métodos de Vigilancia

Los tiempos en que vivimos se caracterizan por los adelantos de la tecnología. En la actualidad tenemos teléfonos celulares que reciben correos electrónicos, graban audio y video para compartir al instante. Contamos también con redes sociales en las cuales intercambiamos todo tipo de información. Además, las cámaras de seguridad están por doquier. El Estado, por su parte, aprovecha dicha tecnología para vigilar. Basado en la lucha contra el crimen el Estado ha colocado cámaras de videograbación en todas partes, desde el semáforo hasta el residencial público.

41 Madeline Román, *Estado y Criminalidad en Puerto Rico: Un Abordaje Criminológico Alternativo* 58 (Publicaciones Pucrtorriqueñas, Inc. 1994).

42 *Id.*

43 Michael Foucault, *supra* n. 255, en la pág. 204.

Las cámaras de videograbación, al igual que el panóptico, inducen en el individuo un estado consciente y permanente de visibilidad, lo cual garantiza el funcionamiento del poder.⁴⁴ La clave en el panóptico era que el poder debía ser visible e inverificable.⁴⁵ Visible, porque el detenido tenía sin cesar los ojos de la torre central desde donde era vigilado. Inverificable, porque el detenido no debía saber jamás en el momento en que se le miraba.⁴⁶ De la misma manera, la presencia de la cámara de videograbación induce en nosotros un estado consciente de visibilidad y aunque nos sentimos vigilados la mirada es inverificable porque nunca sabemos si en efecto la cámara está grabando. Siendo ello así, el Gobernador Hon. Aníbal Acevedo Vilá mediante Orden Ejecutiva incorporó las cámaras de videograbación a los recursos disponibles al Estado en la lucha contra el crimen.⁴⁷

En los residenciales públicos, el Estado justifica la instalación de cámaras para proteger a los propios residentes y a la ciudadanía en general por la alta incidencia criminal en dichos lugares.⁴⁸ Sin embargo, enfatizamos lo dicho anteriormente en cuanto a la tendencia por parte del Estado a criminalizar y marginar a las personas que habitan en estos lugares. La mirada del Estado hacia el residencial es con sospecha hacia todos los individuos que allí habitan. Por tal razón, el Estado necesitaba un recurso tecnológico que le permitiera vigilar las veinticuatro horas del día a dichos sectores y así mantener el control sobre los mismos.⁴⁹

44 *Id.*

45 *Id.*, en la pág. 205.

46 *Id.*

47 Orden Ejecutiva promulgada el 27 de octubre de 2005. OE-2005-67.

48 El Nuevo Día, Expresiones de Sila M. Calderón, Gobernadora de Puerto Rico, en *Recursos Contra el Crimen*, <http://adendi.com/archivo.asp?num=598280&year=2004&month=1&keyword>, (accedido 18 de octubre de 2010).

49 Maritza Díaz Alcaide, Primera Hora, *Vigilancia Todo el Día*, <http://archivo.primerahora.com/archivo.asp?guid=C8CBDBA84B27466EA54352574F283E80&year=2005&mon=8&keyword>, (accedido el 19 de octubre de 2010).

Recientemente, el Tribunal Supremo validó otro método de vigilancia catalogado como un adelanto de la tecnología,⁵⁰ el uso de canes adiestrados para detectar sustancias controladas. En *Pueblo v. Diaz Medina*,⁵¹ dicho foro determinó que el uso de canes para detectar sustancias controladas bajo ninguna circunstancia constituye un registro que active el requisito de orden judicial dispuesto en la Constitución como una protección contra registros y allanamientos irrazonables. En esta ocasión, un agente del orden público vigilaba a dos individuos luego de recibir una confidencia que indicaban que los individuos se encontraban traficando sustancias controladas. El agente luego de recibir la confidencia se trasladó a Culebra para investigar. Mientras se encontraba investigando las confidencias, recibió otra que indicaba que los individuos habían comprado un boleto para viajar hasta Fajardo en avión. Así las cosas, el agente se comunicó con su supervisor y éste le indicó que contactara a un agente manejador de un perro de la Unidad Canina. Ambos agentes se personaron al lugar y al llegar observaron a uno de los acusados con un bulto, indicaron que tan pronto el acusado los vio soltó el bulto. El agente declaró que se acercó a él y le indicó que se levantara, pero el acusado no hizo caso, acto seguido, el otro acusado caminó hacia donde se encontraba el agente y al verlo también soltó un bulto y sostuvo otro bulto que traía consigo. El agente entonces le preguntó al individuo que acababa de llegar si le daba permiso para registrar el bulto, a lo que éste contestó que no tenía ningún problema. El agente comenzó a registrar el bulto, en eso llegó el otro agente con el can el cual se dirigió a los bultos de los acusados y marcó los bultos positivos a sustancias controladas. El agente procedió a registrar los bultos que se encontraban en el piso y encontró varios kilos de cocaína. Los acusados presentaron una moción de supresión de evidencia la cual fue de-

50 W.R. LaFave, *Search and Seizure*, vol. 1. § 2.2 (f), 2.2 (g) (St. Paul, 4ta. ed., West Publ. Co. 2004).

51 *Pueblo v. Diaz Medina*, __2009 TSPR 138, 2009 PR Sup. Lexis 139 (27 de agosto de 2009).

clarada con lugar por el Tribunal de Primera Instancia, inconforme el Procurador General recurre al Tribunal de Apelaciones y dicho foro confirma. Entonces el Procurador General recurre al Tribunal Supremo.

El fundamento principal del Tribunal Supremo, para determinar que el uso de canes no constituye un registro per se, es la lucha del Estado contra el crimen.⁵² Además, al aceptar el can como un instrumento en esa lucha que libra el Estado contra el crimen, el Tribunal elimina los obstáculos físicos que impedían al Estado intrometirse en la esfera personal del individuo. Ello resulta evidente en la expresión del Tribunal en cuanto a que una marca positiva de un can en los artículos personales de un individuo, origina los motivos fundados o corrobora la sospecha previa del agente del orden público para realizar el registro.⁵³

Al respecto, es importante destacar las expresiones del Hon. Juez Presidente, señor Hernández Denton en su opinión disidente:

Como imperativo democrático en protección de la intimidad y los derechos civiles de nuestros ciudadanos, no debemos concederle un cheque en blanco al Estado para que se realicen estas intromisiones al azar y sin justificación previa alguna. Lamentablemente, el razonamiento automático esbozado por la mayoría en el día de hoy para clasificar el examen de olfato canino como un “no registro”, sienta las bases para justificar en el futuro otras intervenciones totalitarias ajenas a los principios fundamentales que emanan de nuestra Carta de Derechos.⁵⁴

Coincidimos con las expresiones del Hon. Juez Presidente, señor Hernández Denton, pues resulta evidente la restricción del derecho de intimidad de los ciudadanos que representa esta decisión. Aquí, la mayoría del Tribunal prescindió de la amplia

52 *Id.*

53 *Id.*, en la pág. 63.

54 *Id.*, en la pág. 110, (Hernández Denton, opinión disidente).

interpretación que le había dado al derecho de intimidad y concede mayores poderes al Estado para vigilar a los ciudadanos. Tal como expresó el Hon. Juez Presidente, la decisión del Tribunal sienta las bases para justificar otras intervenciones totalitarias extrañas a la protección constitucional contra registros y allanamientos irrazonables. Una vez más, el Tribunal valida métodos para vigilar a la ciudadanía, no obstante el derecho de intimidad que nos cobija a todos en virtud de la Constitución. A partir de ahora, el Estado puede utilizar los canes como un arma tecnológica más para vigilar y entrometerse en la intimidad de los individuos.

V. Conclusión

En ninguna manera estamos de acuerdo con actividades delictivas llevadas a cabo por ciertos individuos. Por el contrario, aceptamos que el Estado se esfuerce en tratar de erradicar dichas actividades. En lo que no podemos estar de acuerdo es en la coacción de los individuos, ni con la violación de los derechos civiles.

El derecho de intimidad es un derecho fundamental que debe ser protegido por las tres ramas de gobierno, ya que el derecho de intimidad es fundamental para lograr la paz y el respeto de un ser humano en sociedad.⁵⁵ Es por ello, que en ninguna circunstancia y bajo ningún concepto podemos permitir que métodos como las “carpetas” sean empleados nuevamente en nuestra sociedad. La mirada del Estado no puede abarcar más allá de la esfera permitida por la Constitución.

No obstante lo anterior, el Estado se ha aprovechado de los avances en la tecnología para mantener una mirada constante sobre los individuos. Al igual que en el panóptico, sentimos vigilados por las cámaras de videograbación ejerce una fuerza coactiva sobre nosotros.⁵⁶ Precisamente, la eficacia de este método es que el vigilado, reproduzca por su cuenta las coacciones del poder,

55 *Arroyo v. Rattan Specialties, Inc.*, 117 D.P.R. 35, 62 (1986).

56 Michael Foucault, *supra* n. 255, en la pág. 206.

convertimos en el principio de nuestro propio sometimiento.⁵⁷ Una vez nos acostumbramos a ese sometimiento, lo pasamos inadvertidamente y permitimos que el vigilante continúe en su función. De la misma manera, las cámaras de videograbación y otros instrumentos tecnológicos, han sido insertados en nuestra sociedad para vigilarnos y ya los vemos como objetos necesarios. Debemos advertir dichos métodos para evitar el sometimiento y proteger nuestras libertades.

Por último, el Estado tiene que utilizar métodos que sean efectivos y alejarse de la postura que penaliza y segrega a los sectores pobres del país para lidiar con la criminalidad que aqueja nuestra sociedad. Está demostrado que la mano dura contra el crimen no funciona, por el contrario contribuye al aumento en la criminalidad.⁵⁸ Entonces, es momento de repensar las políticas en contra de las drogas y la criminalidad y emplear métodos eficaces. El Estado tiene que comenzar a integrar a los sectores pobres a la sociedad, en lugar de marginarlos. Además, es necesario atender los problemas de las familias marginadas y comenzar un proceso de educación de los niños que serán los líderes de nuestra sociedad en el futuro.

57 *Id.*

58 Dora Nevares, *supra* en n. 283, en la pág. 195.

Las cláusulas de no competencia en los contratos laborales

Michelle Barada Castro¹

Introducción

En la actualidad, la tecnología y el conocimiento son armas de competitividad en el mercado. Las empresas han reconocido la importancia del recurso humano dentro de las compañías y por ende están invirtiendo dinero en adiestrar y mejorar el empleado con el fin de ocupar una posición ventajosa frente a sus competidores y a su vez aumentar las ganancias. De esta situación, es que surge el interés de las empresas en proteger su información confidencial, sus clientes, sus empleados claves, sus secretos, entre otros; particularmente en aquella información que se basan en el conocimiento o la alta tecnología.

Al presente, en Puerto Rico no existe legislación sobre este concepto. Este trabajo, pretende investigar la figura de las cláusulas de no competencia y la jurisprudencia actual en torno a dicha figura; explorar los principios relacionados a las obligaciones y contratos, el principio de libre contratación que rige en nuestro país y las garantías constitucionales que protegen a los trabajadores. Se examinará el derecho comparado y como se visualiza esta figura en otras jurisdicciones con el fin de llegar a unas conclusiones y hacer recomendaciones según los datos obtenidos en la investigación.

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

I. Figura de la cláusulas de no competencia

La cláusula de no competencia deriva de la práctica comercial. Hace tiempo que se ha implantado en los contratos de trabajo como un método de protección del patrono. Ésta es una disposición contractual que limita la libertad de ejercer un empleo cuando el contrato de trabajo actual termina por cualquier causa. En ella se recogen las obligaciones de lealtad, de exclusividad y de confidencialidad que ya obligaban al trabajador con su empresa durante la ejecución del contrato.²

El objetivo de la cláusula de no competencia es proteger al ex empleador de las actividades competitivas que el empleado podría ejercer una vez fuera de la empresa por un tiempo determinado.³ En la práctica, esta obligación de no competencia también puede estar incluida en el contrato, pero en cualquier caso, **la cláusula debe ser un acuerdo expreso del empleado.**⁴ En otras palabras, **no se presume e impone unas determinadas obligaciones al empleador.**

Las cláusulas de no competencia son usadas empleadas en muchas jurisdicciones. Algunas de éstas, ya sea por legislación o por jurisprudencia, han establecido unos requisitos con los cuales estas deben cumplir para ser válidas. Veamos como se ha trabajado esta figura en Puerto Rico.

II. Requisitos esbozados por el Tribunal Supremo de Puerto Rico para que dichas cláusulas sean válidas

Nuestro más alto foro tuvo la oportunidad de enfrentarse a un contrato laboral que contenía cláusulas de no competencia en un

2 Antonio Sempere Navarro, *El Tribunal Supremo perfila los pactos de no competencia post-contractual* Revista Aranzadi Doctrinal Num.4 parte Tribuna, (SA, Pamplona, 2009).

3 *Id.*

4 *Id.*

importante caso.⁵ Mediante una solicitud de revisión, la empresa Arthur Young & Company solicitó la revocación de la sentencia del Tribunal Superior, la cual decretó la nulidad de una cláusula del contrato de trabajo con el Sr. Virgilio Vega III que lo obligaba, durante un plazo de dos (2) años después de terminada la relación entre ambos, a no ofrecer servicios similares a los de Arthur Young a ciertos clientes de esta empresa.

Siendo éste un asunto novel en Puerto Rico, las partes acuden a la regla de razonabilidad usada en el derecho común anglosajón para defender sus posiciones. El Tribunal Supremo de Puerto Rico se expresó sobre los requisitos necesarios para que un acuerdo de no competitividad sea razonable. En términos generales, este tipo de cláusulas es razonable si protege simultáneamente los intereses legítimos del patrono sin imponer una carga excesiva al empleado y sin perjudicar al público en general.⁶ Específicamente, el Honorable Tribunal expresó que para ser razonable, un acuerdo de no competir debe reunir los siguientes requisitos: (1) debe ser necesario para proteger un interés legítimo del patrono, (2) no debe imponer al empleado una carga demasiado onerosa, (3) no debe afectar demasiado al público. Además, se debe considerar el área en que se le prohíbe competir al empleado, la duración de dicha restricción, el tipo de clientes que le está vedado atender, así como el tipo de servicios que se le prohíbe rendir.⁷ Se presupone, además, que el acuerdo de no competir es incidental a un contrato de trabajo, y que ha mediado causa adecuada.⁸ Después de analizar la aplicabilidad de la regla de razonabilidad en Puerto Rico, el Tribunal reafirma que somos una jurisdicción civilista y que nos rigen los principios de Derecho Civil en lo concerniente a los contratos. Una vez examinados dichos principios, señala la opinión que debido a que en nuestro ordenamiento rige el principio

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

6 *Id.*, en la pág. 167.

7 *Id.*

8 *Id.*

de la libertad de contratación, como regla general los acuerdos de no competencia son válidos. Sin embargo, al considerar que todo contrato debe estar conforme al principio de la buena fe, en ausencia de expresión legislativa al respecto, la validez de las cláusulas de no competencia dependerá del cumplimiento de las condiciones que indicamos a continuación:⁹

Primero, el patrono debe tener un interés legítimo en dicho acuerdo, esto es, que sin la protección de una cláusula de no competencia, su negocio se vería sustancialmente afectado. La magnitud de este interés se medirá, entre otras cosas, a la luz de la posición del empleado dentro de la empresa. Esto es, que la existencia del interés del patrono estará directamente relacionada y dependerá de que el empleado, por la posición que asume en la empresa, esté facultado para competir de forma efectiva con su patrono en un futuro.¹⁰

Segundo, el alcance de la prohibición debe corresponder con el interés del patrono, en cuanto a objeto, término y lugar de restricción o clientes afectados. El objeto de la prohibición se debe limitar a actividades similares a las efectuadas por el patrono; no es necesario que se limite a las funciones específicas del empleado. El término de no competencia no debe excederse de doce (12) meses, entendiéndose que cualquier tiempo adicional es excesivo e innecesario para proteger adecuadamente al patrono.¹¹

Además, respecto al alcance de la prohibición, el contrato debe especificar los límites geográficos o los clientes afectados. En cuanto al área geográfica en la cual aplica la restricción, ésta debe limitarse a la estrictamente necesaria para evitar la competencia real entre el patrono y el empleado. Cuando la prohibición de competencia se refiere a los clientes, debe referirse sólo a aquellos que

9 Charles Zeno Santiago, Bermúdez Pérez, V., *Tratado de Derecho del Trabajo* Tomo I, Cap. X, 232 (Publicaciones JTS 2003).

10 *Id.*, en la pág. 232.

11 *Id.*, en la pág. 233.

El empleado atendió personalmente durante un período razonable de tiempo antes de renunciar o en un período inmediatamente anterior a la renuncia, y que al hacerlo todavía eran clientes del patrono. Estos elementos se evaluarán teniendo en mente la naturaleza de la industria involucrada y el posible interés público relacionado.¹²

Tercero, el patrono debe ofrecer una contraprestación a cambio de la firma del acuerdo de no competir por parte del empleado. Esta contraprestación puede consistir, por ejemplo, en la obtención de un ascenso, de beneficios adicionales en el trabajo o del disfrute de cambios sustanciales de similar naturaleza en las condiciones de empleo. Incluso sería suficiente que un candidato obtenga el empleo deseado en la empresa. Sin embargo, no se admitirá como causa del acuerdo de no competencia la mera permanencia en el empleo.¹³

Cuarto, los pactos de no competencia, como todo contrato, deben contar con los elementos esenciales para su validez: consentimiento, objeto y causa. En este punto el tribunal hace hincapié de que serán estrictos en este tipo de contrato al asegurarse de que el empleado firmó libre y voluntariamente el contrato de no competencia; y que no será permitida coacción o presión indebida alguna por parte del patrono.

Finalmente, es indispensable que los pactos de no competencia consten por escrito. En la medida en que estos contratos incumplan con las condiciones anteriores, se considerarán, además de contrarios a la buena fe contractual, violadores del orden público por restringir de forma excesiva e injustificada la libertad de trabajo del empleado y la libertad de selección del público en general. Por tal razón, en vez de modificar la voluntad de las partes para ajustarla a normas razonables, se declarará nulo todo pacto de no competir que no cumpla con las condiciones anteriores.¹⁴

12 *Id.*, en la pág. 234.

13 *Id.*, en la pág. 233.

14 *Arthur Young & Co.*, 136 D.P.R. 157, en la pág. 177.

A. Interés del patrono

Uno de los requisitos que el Tribunal ha establecido para que una cláusula de no competencia sea válida es el interés del patrono, el cual debe ser legítimo. Como intereses legítimos se han reconocido la plusvalía, la clientela y la información confidencial. Se entiende que estos tres elementos forman parte de los activos de la empresa y que el patrono puede solicitar la protección de los mismos para protegerse de la competencia injusta.¹⁵

Reconocido el interés del patrono en esta industria, debemos analizar si el alcance de la cláusula en cuestión se limita estrictamente a proteger ese derecho o si resulta excesiva de forma que se afecte irrazonablemente el interés público y el derecho al trabajo del empleado.

B. Alcance de la prohibición (objeto, término y lugar)

Un acuerdo de no competencia debe tener una vigencia cierta y limitada. El empleado y el patrono deben acordar un término de duración, para la obligación de no competir que asume el primero, que sea razonable y proporcional al propósito de este tipo de contrato y la naturaleza de la prohibición. También, la extensión del término debe contemplar el interés y derecho de los empleados. Los contratos de no competencia sin término son nulos por ser contrarios al orden público.¹⁶

C. Contraprestación económica

Un contrato de no competencia en el cual el patrono no se haya obligado a pagar una contraprestación económica, es nulo por carecer de causa. La contraprestación económica especial que recibe el empleado por firmar este tipo de acuerdo debe contestar

15 Zeno, *supra* n. 318, en la pág. 220.

16 Luis Sánchez Caso, *El contrato de la mordaza: Apuntes sobre el acuerdo de confidencialidad en una relación de empleo*, 39 Rev. Jurídica U. Inter. P.R. 811 (2005).

la razón por la cual se obligó al empleado. La causa de un contrato de no competencia para el empleado tiene que ser adecuada, contemplando una contraprestación económica, o consistir, por ejemplo, en la obtención de un ascenso, de beneficios adicionales en el trabajo o del disfrute de cambios sustanciales de similar naturaleza en las condiciones de empleo.¹⁷

D. Elementos del contrato

Un contrato de trabajo con una cláusula de no competencia, debe cumplir con los elementos esenciales de todo contrato. Por eso el Artículo 1213 del Código Civil de Puerto Rico dispone que “no hay contrato, si no concurren los siguientes requisitos: 1. Consentimiento de los contratantes. 2. Objeto cierto que sea materia del contrato. 3. Causa de la obligación”.¹⁸

Consentir significa coincidencia de voluntades. Un contratante presta un consentimiento válido y se vincula jurídicamente con otro cuando tiene capacidad para contratar y manifiesta libremente su voluntad. El consentimiento debe extenderse a la totalidad del contrato, incluyendo las cláusulas que conforman su contenido. En un contrato de trabajo con una cláusula de no competencia, la voluntad de vincularse debe incluir a ésta.¹⁹

Sobre la voluntad libremente manifestada en el caso de un acuerdo de no competencia, debe tenerse presente la desigualdad de poder entre el patrono y el empleado, y los derechos constitucionales del trabajador que podrían transgredirse. En una sociedad donde el desempleo es alto y el por ciento de pobreza es significativo, el trabajador que no goza de estabilidad y seguridad en su empleo, vive siempre con el temor de la desocupación. Además, el acuerdo de no competencia, representa una limitación al derecho

17 *Aconit Telecommunications, Inc. v. Noa*, 136 D.P.R. 579, 583 (1994).

18 31 L.P.R.A. § 1213 (1930).

19 Sánchez, *supra* n. 325.

fundamental de los trabajadores de escoger y renunciar libremente a su empleo.²⁰

E. Pacto por escrito

Expresamos previamente que mediante un acuerdo de confidencialidad, un empleado renuncia a importantes derechos constitucionales. Para asegurar que la renuncia sea clara, terminante, explícita e inequívoca, el acuerdo de no competencia debe constar por escrito. Además, en dicho tipo de contrato, el empleado debe reconocer expresamente que tiene conciencia de lo que renuncia.²¹

III. Principios de obligaciones y contratos y de libre contratación

En nuestra jurisdicción, como sabemos, rige el principio de libertad de contratación. El Art. 1207 del Código Civil de Puerto Rico,²² reconoce el principio de autonomía contractual de las partes al disponer que los contratantes puedan establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público. De igual forma, el Artículo 1044 del Código Civil,²³ establece el principio general de que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos. Por su parte, los tribunales están facultados para velar por el cumplimiento de los contratos y éstos no deben relevar a una parte del cumplimiento de su obligación contractual, cuando dicho contrato sea legal, válido y no contenga vicio alguno.²⁴

20 *Oriental Financial Services v. Nieves*, 172 D.P.R. 462, 473 (2007).

21 *Sánchez*, *supra* n. 325.

22 31 L.P.R.A. § 3372 (1930).

23 31 L.P.R.A. § 2994 (1930).

24 *Mercado Rivera v. U.C.P.R.*, 143 D.P.R. 610 (1997).

En relación a los contratos, estos deben tener como fundamento el principio de la buena fe contractual. Desde su perfeccionamiento, el contrato obliga no solo 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.²⁵ Es una fuente que produce “especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella”.²⁶

La exigencia del comportamiento conforme a la buena fe es un principio rector de toda actividad jurídica y consiste en la “lealtad en el tratar, el proceder honrado y leal. Supone el guardar la fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza, ni abusar de ella; supone conducirse como cabe esperar de cuantos, con pensamiento honrado, intervienen en el tráfico como contratantes”.²⁷

El principio de buena fe contractual aplica no tan sólo en Puerto Rico, sino también en España. En esta última la obligación de buena fe contractual se reconoce también por vía del Art. 1258 del Código Civil español que es idéntico al Art. 1210 del Código Civil nuestro.²⁸ Se ha reconocido, al amparo de este artículo, que la relación laboral está impregnada del deber de buena fe que obliga al trabajador tanto como lo está al cumplimiento fiel de su tarea.

Esta es “fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella”.²⁹

La libertad de contratación también implica que el tipo de pacto a que pueden llegar los contratantes está tan sólo limitado

25 31 L.P.R.A. § 3375 (1930).

26 *Arthur Young & Co.*, 136 D.P.R. 157.

27 *Berrios v. U.P.R.*, 116 D.P.R. 88 (1985).

28 31 L.P.R.A. § 3375 (1930).

29 Miguel Godreau Robles, *Lealtad y Buena Fe Contractual*, 58 Rev. Jurídica U. Inter. P.R. 367, 379 (1989).

por su imaginación, siendo la voluntad de las partes la ley suprema entre ellos. Ahora bien, “la libertad de contratación privada no es irrestricta”.³⁰ No podemos pasar por alto tres (3) importantes salvedades que el Art. 1207 de nuestro Código Civil,³¹ impone a este principio: los contratos no pueden ser contrarios a la ley, la moral y el orden público.

Por otra parte, en Puerto Rico, el derecho de un trabajador a seleccionar y renunciar a su trabajo goza de una alta estima entre los valores tutelados por nuestra Constitución.³²

El Artículo II, sección 16 de la Constitución de Puerto Rico, 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.³³

Existe una clara política pública a favor del derecho de toda persona a obtener empleo, devengar ingresos y a renunciar a ese empleo en cualquier momento para dedicarse a otra ocupación. No obstante, el Tribunal ha reconocido que éste no es un derecho absoluto y como tal, “puede ser renunciado o limitado por el propio trabajador. Éste puede, mediante la celebración de un contrato, establecer las condiciones razonables de trabajo que regirán la relación obrero-patronal”.³⁴

Al abundar sobre el contrato de trabajo, se alude que en las legislaciones modernas, este contrato no queda librado de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, por cuanto la ley

30 *Hernández v. Méndez & Assoc. Dev. Corp.*, 105 D.P.R. 149, 153 (1976).

31 L.P.R.A. § 3372 (1930).

32 Const. P.R. art. II, § 16.

33 *Id.*

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

le impone limitaciones, encaminadas principalmente a proteger los derechos del trabajador. Esas normas, por afectar el orden público, no pueden ser renunciadas por los interesados en perjuicio del trabajador, aun cuando sí mejoradas por los contratantes.³⁵

El Tribunal Supremo ha reconocido que el contrato de empleo es uno típico de adhesión. Sin embargo, esto no significa que estos contratos deban ser siempre interpretados liberalmente en favor de la parte más débil y mucho menos que tales pactos estén viciados de nulidad.³⁶

Solo cuando el contrato de adhesión contiene cláusulas oscuras o ambiguas se activa la norma de interpretación del Art. 1240 de nuestro Código Civil,³⁷ por la cual toda duda debe resolverse contra la parte que redactó el contrato. En ausencia de ambigüedad u oscuridad, el contrato debe ser interpretado según sus términos.³⁸

Los derechos patronales coexisten con derechos de los trabajadores de igual jerarquía. En toda relación de empleo donde haya un acuerdo de confidencialidad, el empleado podría invocar sus derechos de libertad de expresión y a seleccionar y renunciar a un trabajo. Estos derechos constitucionales del trabajador, son fundamentales, pero no absolutos. Estas libertades, reconocidas en la Carta de Derechos de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, son el resultado de la lucha milenaria de los trabajadores y su esfuerzo por combatir la explotación del hombre por el hombre.³⁹ Por eso, el Pueblo de Puerto Rico exaltó como derecho constitucional fundamental el derecho a escoger y a renunciar

35 Lynette Trillo Rivera. Tania Delgado Corcino, Autor Estudiante. *Derecho a la intimidad v. tecnología: será el derecho a la intimidad en el campo laboral cosa del pasado con la llegada de los microchips?*, 44 Rev. de D.P. 331 (2005).

36 *Santiago v. Kodak Caribbean, Ltd.*, 129 D.P.R. 763 (1992).

37 31 L.P.R.A. § 3478.

38 *González v. Coop de Seguros de Vida de P.R.*, 117 D.P.R. 659 (1986).

39 Sánchez, *supra* n. 325.

a un trabajo. Con ello se quiere evitar que el trabajador, por el miedo al desempleo y lo que ello conlleva, acepte obligaciones de trabajo injustas e intolerables. No podemos olvidar que el contrato de trabajo para el empleado es el medio legítimo de generar un ingreso para vivir; para el patrono, el contrato de empleo sirve para acrecentar su capital.

IV Jurisprudencia Puerto Rico

A continuación estaremos discutiendo jurisprudencia que se ha desarrollado en Puerto Rico en torno a las cláusulas de no competencia:

A) *Aconi Telecommunications, Inc. v. Noa*⁴⁰

En este caso el Tribunal Supremo revisó una resolución emitida por el Tribunal Superior de Puerto Rico, mediante la cual dicho foro judicial se negó a conceder una petición de *injunction* preliminar.

De dicha resolución surgió que Aconi era una corporación que se dedica a ofrecer servicios de instalación y reparación de cuadros telefónicos por catorce (14) años, industria que es competitiva y técnica que requiere una alta inversión de capital y en la cual los márgenes de ganancias son bajos; que el codemandado Rafael Noa fue empleado de Aconi por aproximadamente doce (12) años, habiendo comenzado como instalador-reparador y ascendiendo, según fue adquiriendo experiencia y ciertos cursos de adiestramiento especializado, hasta ocupar puestos de mayor jerarquía; que todos los adiestramientos especializados, que recibiera Noa en los Estados Unidos, fueron sufragados totalmente por Aconi; que previo a la asistencia a uno de esos adiestramientos altamente especializados en los Estados Unidos, Noa firmó un contrato mediante el cual se comprometió, *en lo pertinente*, a que durante los nueve (9) meses siguientes a la fecha en que cesaran sus servicios

40 *Aconi Telecommunications, Inc. v. Noa*, 136 D.P.R. 579 (1994).

para Aconi, él se abstendría de trabajar o prestar servicios, para otras empresas o personas cuyas operaciones, actividades y/o negocios que fueran de la misma rama que Aconi; y que, antes de firmar el referido acuerdo, Noa fue informado por el gerente de operaciones de Aconi que, de no hacerlo, se 'quedaría atrás' en la Compañía; y que luego de que Noa renunciara a su empleo con Aconi, inmediatamente comenzó a prestarle servicios a empresas e instituciones que tenían cuadros telefónicos marca Rolm, de los cuales Aconi era el distribuidor exclusivo en Puerto Rico.

En este caso el Tribunal determinó que el patrono tenía un interés legítimo en proteger la inversión hecha cuando el patrono paga adiestramientos especializados a sus empleados. Validó una cláusula de no competencia y señaló que el pacto entre la empresa y el empleado no se había realizado bajo presión o coacción de clase alguna; y que el señalamiento al empleado de que se 'quedaría atrás' no constituyó coacción suficiente para anular dicho acuerdo.

Algunas personas no están de acuerdo con la decisión tomada en este caso. Señala la opinión disidente, entre otras cosas, que en el caso no medió una contraprestación económica en el pacto de no competencia, mas sin embargo, fue convalidado por la mayoría.⁴¹ Concuerda Vázquez Bote al señalar:

Me sigue asombrando más que una relación, que se comenzó a analizar como laboral, pasó a convertirse en un contrato de servicios profesionales. Me asombra más todavía que, en una economía en que se clama y se grita por la libre competencia, se afirmó que una empresa puede defenderse contra ella mediante cláusulas de restricción. Y en fin, no sé qué pensar cuando se pretendió afirmar que, como contraprestación a la cláusula, el trabajador fue recompensado, pues fue ascendido a gerente,

41 *Aconi*, 136 D.P.R. 579 (Opinión disidente emitida por el Hon. Juez Asociado Señor Fuster Berlingeri).

cuando tal ascenso ocurrió bastantes años después de comenzar relaciones.⁴²

B) *PACIV, Inc. v. Pérez Rivera*⁴³

En este caso la empresa PACIV instó una reclamación de daños por incumplimiento del contrato, en la alternativa, una reclamación de daños por responsabilidad extracontractual. Alegó que el Sr. Pérez Rivera incumplió con el acuerdo de no competencia, suscrito por éste, al comenzar a trabajar con Foster Wheeler, compañía que brindaba servicios análogos a los brindados por PACIV. Por su parte, Pérez Rivera alegó que el acuerdo de no competencia era nulo por no cumplir con los requisitos necesarios para su validez, según esbozados por nuestra jurisprudencia. Alegó, además, que dicho contrato era violatorio de su derecho a escoger libremente su profesión, consagrado en la nuestra Constitución.

Concluyó el Tribunal que el contrato en controversia adolecía de nulidad por incumplir varios de los requisitos dispuestos para este tipo de contrato. Específicamente resolvió que la prohibición en cuanto a los clientes que el empleado puede atender era excesiva, pues no se limitaba a aquellos clientes del demandante que hayan sido atendidos por Pérez Rivera en un tiempo razonable anterior a su partida, sino que se extendía a toda industria regulada por la F.D.A. Además, disponía que la prohibición en cuanto a las actividades en las que podría desempeñarse el empleado durante el año de vigencia del acuerdo, resultaba ser muy amplia. Fue decretada la nulidad del acuerdo de no competencia, por entender que las restricciones impuestas eran excesivamente amplias, por cuanto no se limitó el área geográfica y tampoco se delimitó la clientela que le estaba vedada.

42 Eduardo Vázquez Botc, *Derecho Civil Patrimonial*, 64 Rev. Jurídica U.P.R. 723 (1995).

43 *PACIV, Inc. v. Pérez Rivera*, 159 D.P.R. 523 (2003).

En cuanto a las restricciones relativas a los clientes prohibidos, en *Arthur Young & Co. v. Vega III*, el Tribunal señaló que ésta debe limitarse a los clientes que el empleado había atendido durante un período razonable de tiempo antes de renunciar o en un período inmediatamente anterior a la renuncia y que al hacerlo todavía eran clientes del patrono.⁴⁴

Sin embargo, entendió el Tribunal que este requisito debió ser cualificado, pues no debería ser aplicado automáticamente a aquellos acuerdos en los cuales el interés del patrono no esté relacionado con la protección de las relaciones de su compañía con sus clientes. Si lo que se pretende proteger es otro tipo de interés -como por ejemplo secretos de negocio, información confidencial de la compañía o la inversión hecha por el patrono al sufragar adiestramientos altamente especializados- entonces no haría sentido que se limite la restricción a los clientes que el empleado atendió personalmente antes de su renuncia.

A modo de ilustración, podemos mencionar el caso *Aconi Telecommunications, Inc. v. Noa*,⁴⁵ en el cual el Tribunal entendió que el patrono tenía un interés legítimo en proteger la inversión que hacía al sufragar adiestramientos especializados a sus empleados validando una cláusula de no competencia en la cual el empleado se comprometió a abstenerse de trabajar o prestar servicios “para otras empresas o personas cuyas operaciones, actividades y/o negocios” fueran similares a las de su patrono, sin pretender que la prohibición se limitara a ciertos clientes en específico. Si el análisis conlleva una evaluación del interés que pueda tener el patrono en el acuerdo pactado, es necesario escuchar al patrono con el fin de saber cuál es su interés. Le corresponde a éste el peso de la prueba para demostrar la legitimidad del alegado interés.⁴⁶

44 *Arthur Young & Co.*, 136 D.P.R. 157.

45 *Aconi Communications, Inc.*, 136 D.P.R. 579.

46 *PACIV, Inc.*, Pérez Rivera, 2003 TSPR 84, la pág. 542.

C) *Oriental Financial Services v. Nieves*⁴⁷

En *Oriental Financial Services*, se contrató los servicios del Sr. Nieves. Éste informó a Oriental, una empresa financiera, que interesaba desempeñarse como corredor de inversiones, lo que le requería tomar unos cursos que se ofrecían fuera de Puerto Rico y obtener una licencia especial. La empresa accedió a ello sujeto a la firma de un contrato de reembolso por gastos de estudio y entrenamiento. En consecuencia, la empresa le pago el entrenamiento, le ayudó a obtener la licencia y le concedió una compensación de \$1,500 mensuales durante los seis (6) meses que duró el entrenamiento. La cláusula en cuestión disponía que el costo del entrenamiento ascendía a \$60,000, y que el beneficiado se obligaba a reembolsar dicha cantidad si renunciaba a su trabajo dentro del primer año, \$45,000 si renunciaba previo a un segundo año, \$30,000 si renunciaba previo a un tercero y \$15,000 si renunciaba previo a un cuarto. El Sr. Nieves renunció previo al tercero, el patrono reclamó el pago de \$30,000. El empleado cuestionó el cobro, el cual fue validado por el Tribunal de Primera Instancia. Sin embargo, el Tribunal de Apelaciones estimó que no procedía. El Tribunal Supremo validó estas cláusulas pues las encontró razonables, vistos los intereses de los patronos y el beneficio recibido por el empleado. Al resumir las normas generales obligacionales, indicó que las cláusulas de reembolso son válidas mientras que éstas pretendan recuperar los costos reales -directos e indirectos- incurridos por el patrono en el adiestramiento o educación especializada del empleado. La inversión del patrono debe ser considerable, determinación que se hará caso a caso. Además, el término pactado debe ser moderado y debe existir una correlación entre los costos incurridos y el término impuesto.

47 *Oriental Financial Services*, 172 D.P.R. 462.

V. Derecho Comparado

La figura de las cláusulas de no competencia son usadas en la actualidad por un sinnúmero de jurisdicciones. Sin embargo, en este trabajo nos limitamos a España, Estados Unidos y Argentina.

A) España

i. Derecho español: Una mirada a las cláusulas de no competencia

En lo que se refiere al Derecho laboral, “la fórmula civilista española no responde al desarrollo y enfoque de la legislación laboral de Puerto Rico. En nuestro derecho laboral todo trabajador tiene un derecho constitucional a renunciar libremente a su empleo. Este derecho le permite poner fin a su ocupación y a dedicarse a otra, en cualquier momento. Sabido es, que el derecho laboral español no favorece que un trabajador renuncie libremente a su oficio”.⁴⁸

El tema de las cláusulas de no competencia en España se encuentra regulado en el artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores de 1995.⁴⁹ Se trata de pacto limitativo de las facultades y expectativas profesionales del trabajador del que resultan obligaciones recíprocas: para el propio trabajador una abstención profesional y para el empresario la obligación de satisfacer la oportuna contraprestación en orden a compensar tal inactividad laboral mediante ingresos aseguradores de su estabilidad económica.⁵⁰ Concorre, pues, un doble interés: para el empleador la no utilización de los conocimientos adquiridos en otras empresas; para el trabajador

48 Zeno, *supra* n. 318, en la pág. 227.

49 Real Decreto Legislativo (1/1995, de 24 de marzo).

50 Antonio Sempere Navarro, *El Tribunal Supremo perfila los pactos de no competencia post-contractual*: Revista Aranzadi Doctrinal Num. 4 Parte Tribuna (SA, Pamplona 2009).

asegurarse una estabilidad económica una vez extinguido el contrato de trabajo.⁵¹

Solo si empresa y trabajador lo han concluido puede considerarse existente y desplegar sus efectos. Se trata de un pacto expreso, de modo que el intercambio de voluntades resulta imprescindible, sin que pueda entenderse válidamente surgido como consecuencia de convenio colectivo o de decisión unilateral; el legislador se limita a explicitar la posibilidad de que se concluya y a establecer sus requisitos mínimos.

En el desempeño de su actividad, el trabajador está obligado a cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo de conformidad a las reglas de la buena fe; el mandato, contenido en el Art. 5.a) ET⁵² adapta al ámbito laboral lo previsto por el Artículo 1258 del Código Civil de España⁵³ (las partes no sólo han de cumplir lo expresamente pactado, sino también todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe). La buena fe suele considerarse como un principio general del Derecho que impone un comportamiento ajustado a valoraciones éticas, que lo convierte en un criterio de valoración de conductas al que ha de ajustarse el cumplimiento de la prestación,⁵⁴ pero en modo alguno se está ante una mera directiva ética o moral, sino ante verdadera obligación, hasta el extremo de que su trasgresión constituye prototípica causa de despido disciplinario, conforme al Art. 54.2 d) ET.⁵⁵

51 José Lujan Alcaraz, *La competencia del trabajador con su empresa: obligaciones generales y pactos especiales*. Revista Aranzadi Social Num. 3 Parte Tribuna. (SA, Pamplona 2009).

52 a) Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia.

53 Real Decreto de 24 de julio de 1889.

54 STS 17 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9042).

55 d) La trasgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

En cuanto a las consecuencias de incumplimiento, respecto del trabajador, la posibilidad de respetarlo o no se actualizará en la mayoría de las ocasiones una vez extinguido el contrato. Por tanto, y como regla, dichos incumplimientos abocan a la indemnización de daños y perjuicios, generalmente cifrada en la devolución de la compensación económica percibida por el trabajador.⁵⁶

No obstante, también se considera lícito el establecimiento cláusulas penales que valoran los perjuicios que podría causar el incumplimiento por parte del trabajador de la obligación asumida de no hacer competencia para después de extinguido el contrato. La razón fundamental es que ante todo se pretende resarcir a la empresa, en alguna medida, de los daños y perjuicios que le pueda irrogar la competencia o concurrencia del trabajador cesado. Pero además, por otro lado, dicha indemnización tiene, con respecto al trabajador cesado, una finalidad disuasoria, al objeto de impeler a éste para que se abstenga de llevar a cabo actos que incurran en concurrencia o competencia con la empresa a la que había pertenecido hasta el cese, y por tanto, también es claro que esta finalidad impone la consecuencia de que la mayor duración de la obligación de no concurrir exige un mayor importe de la compensación pactada y viceversa.⁵⁷

Una vez definida la figura de la cláusula de no competencia en el derecho español, pasemos a ver los requisitos establecidos para que dichas cláusulas sean válidas. Según el Estatuto de Trabajadores, la validez de dicha cláusula depende de que se cumplan con los criterios siguientes: (1) el patrono debe tener un efectivo interés comercial o industrial que justifique la prohibición; (2) la restricción no debe ser ilimitada en alcance, lo cual lesionaría intolerablemente el derecho al trabajo de los empleados; (3) el término pactado no debe exceder de dos (2) años en cuanto a trabajadores técnicos ni seis (6) meses sobre los demás empleados;

56 STS 7 noviembre 2005 (RJ 2005, 1692).

57 STS 21 enero 1991, (RJ 1991, 46).

(4) se debe pactar una compensación económica adecuada, y (5) se debe establecer por escrito, ya que se trata de una obligación para después de extinguido el contrato de trabajo.⁵⁸ El Derecho español permite que el pacto de no competencia se convierta en un deber póstumo, esto es, que exista aún después de extinguido el contrato laboral.

Respecto de la forma, es cierto que el Art. 21.2 del Estatuto de Trabajadores, no exige que el pacto se haga por escrito.⁵⁹ Sin embargo, el contenido mínimo legal del pacto, y en particular la necesidad de prever una compensación económica adecuada para el trabajador, hacen más que aconsejable que el mismo se formalice por escrito. En todo caso, sí es preciso un pacto expreso, por lo que la mera declaración unilateral del trabajador que manifiesta su voluntad de no hacer competencia post contractual no sirve a estos efectos.

Si el trabajador renuncia a la posibilidad de desarrollar una actividad competitiva (acabado el contrato) es razonable que la compensación económica “expresa” o “adecuada” se configure como elemento esencial del pacto, preservando de ese modo el equilibrio de las prestaciones.⁶⁰ La inexistencia de una contraprestación pecuniaria identificada como tal priva de validez al pacto, debiendo tenerse por no puesto. El término “expresa”, empleado por el precepto estatutario equivale a explícita, indubitable o manifiesta, es decir, que está expuesta de modo claro y terminante; esa compensación consiste en una superior retribución a la que se hubiera pactado de no existir esa obligación, sea de tracto único o sucesivo, debiendo hacerse constar expresamente en el acuerdo. Es dudoso que esta exigencia se cumpla cuando la misma cuantía sirve para compensar el pacto de no competencia post-contractual.⁶¹

58 E.T..., Artículo 21.2.

59 Sala Social Tribunal Supremo España, 6 de marzo 1991 (RJ 1991,1835).

60 STSJ Cataluña, 3 noviembre de 1995 (AS 1995. 4424).

61 STSJ Baleares de 17 diciembre 2004 (AS 2004, 3801).

Lo mismo sucede si hablamos del pacto post contractual: la eficacia ex post *contractu* -una vez extinguida la relación laboral-, del mencionado pacto se halla inexcusablemente condicionada por la exigencia legal de que se satisfaga al trabajador la referida compensación económica, dada la evidente limitación que supone para el derecho al trabajo⁶² y la necesidad que surge para el trabajador de asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo. Además, es en el momento de suscripción del pacto de no concurrencia post contractual cuando debe quedar estipulada y determinada la compensación económica adecuada a satisfacer al trabajador, sin que sea posible su fijación en un momento posterior.⁶³

La adecuación de la compensación económica a que se refiere el Art. 21.2 E.T. dependerá de la valoración que las partes hagan de sus respectivos sacrificios. Sin duda, podría entenderse como tal la retribución que viniera percibiendo el trabajador hasta la extinción del contrato; pero pueden manejarse otros criterios y, en todo caso, corresponderá al Juez de lo Social decidir sobre la adecuación o no de la misma. Aunque sea polémico, ha de defenderse la necesidad de que la compensación económica resulte adecuada, seria y proporcional, a fin de que el pacto sea válido y pueda entenderse que el sacrificio está compensado por el empresario.⁶⁴ La ausencia de este requisito determina que el pacto sea nulo *ab origine*, no pudiéndosele reconocer efectividad alguna, ni ser subsanada la omitida compensación económica por el Juzgador mediante un pronunciamiento constitutivo.⁶⁵ Lo que está claro, es que la compensación económica no debe ser necesariamente abonada en moneda de curso legal, sino que cabe la entrega de otro tipo de bienes

62 Const. Española, Art. 35 CE (RCL 1978, 2836).

63 STSJ Cataluña de 16 de mayo 2000 (AS 2000, 1925).

64 STSJ Cataluña 12 de mayo 1992 (AS 1992, 2384); Andalucía/Málaga 14 de octubre 1992 (AS 1992, 5034).

65 STS de 10 julio 1991, (RJ 1991, 5880).

susceptibles de valoración económica. Por ejemplo, el abono del precio de un curso de formación seguido por el trabajador.⁶⁶

**ii. Interés empresarial y alcance de la prohibición:
Elementos requeridos para la validez de la cláusula
de no competencia en España**

En el pacto de no competencia se exige que haya un interés empresarial para legitimar el acuerdo en cuestión, respecto del cual la exigencia legal es clara, de modo que no basta la mera adscripción a una empresa, cuyo objeto social sea parcialmente concurrente con el de la empresa de origen, si la categoría profesional del trabajador es distinta y también sus funciones por lo que, atendiendo a las circunstancias de hecho concurrentes, no se vislumbra un efectivo interés empresarial.⁶⁷ En tal sentido, si la limitación o prohibición de concurrencia se concreta en el pacto, refiriéndola solo a dedicarse y desarrollar la misma actividad profesional (las mismas funciones) que las que se desempeñaban en la empresa de origen, no constituiría incumplimiento contractual el dedicarse a realizar otras funciones profesionales, aun cuando la nueva empresa pertenezca al mismo sector y se dedique a análoga actividad.⁶⁸ La doctrina judicial acepta que se incluyan los trabajos por cuenta propia entre los restringidos, pero de ahí no deriva la conclusión de que sólo estén prohibidas las actividades por cuenta propia cuando así se haya acordado.

Otro punto sobre el cual se ha expresado la jurisprudencia española, lo es la validez del desistimiento unilateral por la empresa respecto de un pacto de no competencia post-contractual. En un caso ante el tribunal,⁶⁹ una empresa despidió a un grupo de trabajadoras. Tras proceder a su despido, dicha empresa notificó a las trabajadoras que quedaban liberadas de su compromiso de no

66 STSJ Castilla y León/ Burgos, 15 enero 1993 (AS 1993, 38).

67 STSJ Madrid de 7 septiembre 1999 (AS 1999, 3215).

68 STSJ Cataluña de 16 mayo 2000. (AS 2000, 1925).

69 STS 15 de enero de 2009 (RJ 2009, 653).

competencia suscrito en el contrato de trabajo. Éstas consideraron nulos los apartados sobre renuncia empresarial al pacto de no competencia y presentaron demanda interesando el abono de la indemnización correspondiente al pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo (4.200 €, 2.448 € y 3.774 € respectivamente). El Tribunal absolvió a la empresa demandada, por entender que careciendo ésta de un interés comercial real en el mantenimiento del pacto, éste pierde su validez.⁷⁰ Señaló además que el artículo 21.2 E.T. (RCL 1995, 997) exige para la validez del pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello.⁷¹ En el presente caso se acreditó que la empresa carece de interés en mantener el pacto de no competencia, poniéndolo en conocimiento de los afectados al amparo de las propias previsiones en su día acordadas.

En una sentencia previa,⁷² el Tribunal ya había abordado supuesto similar y afirmado que siendo el pacto en cuestión bilateral, en cuanto generador de derechos y obligaciones para ambas partes, la posibilidad de modificarlo o extinguirlo no puede dejarse a la decisión unilateral de una de las partes y, por ello, debe tenerse por nula la cláusula que así lo establezca. Como era de esperar, la sentencia comentada reitera el criterio ya unificado: la cláusula contractual de renuncia unilateral a un pacto de no competencia post-contractual contraviene la disciplina jurídica de los negocios jurídicos bilaterales, generadores de derechos y obligaciones para ambas partes que los conciertan y debe considerarse nula. No es válido el desistimiento unilateral por la empresa respecto de un pacto de no competencia post-contractual. El pacto de referencia genera por el trabajador no sólo la expectativa de una indemnización, sino la necesidad de prepararse para una futura o futurible actividad nueva con nuevas expectativas que pueden quedar

70 *Id.*

71 *Id.*

72 STS 5 de abril 2004, (RJ 2004, 3437).

frustradas por una decisión unilateral como la producida; la posibilidad de modificarlo o extinguirlo no puede dejarse a la decisión unilateral de una de las partes y, por ello, debe tenerse por nula la cláusula que así lo establezca.⁷³

B) Estados Unidos

i. Las cláusulas de no competencia en el derecho anglosajón

La jurisprudencia en Estados Unidos ha reconocido la validez de los acuerdos de no competir según los términos de la doctrina de razonabilidad. Estos acuerdos son ampliamente usados por las firmas de contabilidad y se consideran válidos si cumplen con los requisitos generales de la doctrina.⁷⁴

La regla de razonabilidad (*rule of reason*) requiere un análisis extenso y ponderado de todas las circunstancias del caso específico. Algunos elementos a considerar cuando se utiliza este método de análisis son, entre otros: (a) estudiar los hechos particulares del negocio al que se le está aplicando la restricción, incluyendo una definición de los productos que compiten actualmente o podrían competir en el futuro; (b) la composición y el comportamiento del mercado; (c) la condición del negocio o mercado antes y después de la restricción; (d) la naturaleza de la restricción; (e) el efecto real o probable de la restricción.

Según esta doctrina, una cláusula es razonable si protege intereses legítimos del patrono sin imponer una carga excesiva al empleado y sin perjudicar al público en general.

Para ser razonable, un acuerdo de no competir debe reunir los requisitos siguientes: (1) debe ser necesario para proteger un

73 SSTS 2 julio 2003 (RJ 2003, 3805); 21 de enero (RJ 2004, 1727).

74 Stuart L. Paclman, *Accountants and Restrictive Covenants: The Client Commodity*, 13 *Scton Hall L. Rev.* 312314 (1983).

interés legítimo del patrono; (2) no debe imponer al empleado una carga demasiado onerosa, y (3) no debe afectar demasiado al público. Además, se debe considerar el área en que se le prohíbe competir al empleado, la duración de dicha restricción, el tipo de clientes que le está vedado atender, así como el tipo de servicios que se le prohíbe rendir. Se presupone, además, que el acuerdo de no competir es incidental a un contrato de trabajo, y que ha mediado causa adecuada.⁷⁵ Conforme con la regla de razonabilidad, ante un acuerdo irrazonable, existen varios cursos de acción que los tribunales en Estados Unidos han tomado. Primeramente, algunos declaran nulo el acuerdo.⁷⁶ Otros, ordenan que se cumpla el compromiso sólo cuando resulte razonable. Para ello se ha adoptado el *blue pencil approach*, conocido también como “doctrina de separabilidad,” o, como alternativa, el método de cumplimiento parcial. Mediante este método adjudicativo -hoy abandonado por la mayoría de los estados- el tribunal determina si algunas partes del acuerdo pueden eliminarse o tacharse, de modo que el acuerdo restante sea válido. El método de cumplimiento parcial requiere que el tribunal interprete razonablemente el acuerdo y ordene el cumplimiento del acuerdo según modificado.⁷⁷ Existe, además, una posición intermedia. Si a la luz de las circunstancias del caso el tribunal determina que el patrono intentó de buena fe que la restricción fuera razonable, el tribunal procede a aplicar el método de cumplimiento parcial. De otro modo, el tribunal la invalida en su totalidad. Corresponde al patrono demostrar su buena fe.⁷⁸

C) Argentina

La doctrina argentina por su parte, acoge la buena fe como principio medular en su derecho de contratos. Sus dictámenes

75 *Office Mates 5, North Shore v. Hazen*, 599 N.E.2d 1072, 1080 (1992); *Pear Marwick Main & Co. v. Hass*, 818 S.W.2d 381, 382, 386 (1991).

76 *Pear Marwick*, 818 S.W.2d en la pág. 388.

77 *Holloway v. Faw, Casson & Co.*, 552 A.2d 1311, 1315 (1989).

78 *Id.*

vinculan a las partes durante las relaciones precontractuales, afectan la interpretación de los contratos, regulan su cumplimiento y permiten su modificación.⁷⁹

Dicha doctrina también, reconoce el deber de fidelidad del empleado, según lo establece la Ley de Contrato de Trabajo en su Artículo 85: "El trabajador debe observar todos aquellos deberes de fidelidad que deriven de la índole de las tareas que tenga asignadas, guardando reserva o secreto de las informaciones a que tenga acceso y que exijan tal comportamiento de su parte".⁸⁰ Así como también debe abstenerse de realizar cualquier acto que perjudique al patrono al ejercer el deber de no concurrencia según lo establece el Art. 88 de la misma ley: "El trabajador debe abstenerse de ejecutar negociaciones por cuenta propia o ajena, que pudieran afectar los intereses del empleador, salvo autorización de éste".⁸¹

Señala ésta, que las cláusulas de no competencia para después de finalizada la relación de trabajo solo deben aplicarse a aquellos empleados capaces de competir efectivamente y que puedan hacerlo en el futuro debido a su posición en la empresa. La prohibición no puede extenderse en cuanto a objeto, lugar y tiempo más allá de lo que fuera necesario para proteger los intereses legítimos del antiguo patrono.⁸²

Para que ello ocurra, se precisa siempre un convenio especial entre las partes. Estos convenios están subordinados a las reglas generales del derecho común, aunque deben ser juzgados e interpretados de acuerdo con los propósitos del derecho del trabajo,

79 J. Mosset Iturraspe. *Interpretación económica de los contratos* Cap. IV (Culzoni Editores, 1994).

80 Ley de Contrato de Trabajo. Ley 20,744 por Decreto 390/76. Art.85 (13 de mayo de 1976).

81 *Id.*, Art.88.

82 Código del Trabajo Anotado, 7ma. Ed., (Eds. Depalma, 1986); E. Krotoschin, *Tratado práctico de derecho del trabajo*, vol. I. Pág. 209 (Eds. Depalma, 1955).

teniendo en cuenta la protección del trabajador dependiente. Por eso, las cláusulas de interdicción de competencia, con efecto posterior a la terminación del contrato, sólo pueden reconocerse como válidas dentro de ciertos límites.⁸³

VI. Conclusión y recomendaciones

Según los fundamentos esbozados podemos concluir que los pactos o cláusulas de no competencia son cada vez más frecuentes en las relaciones obrero- patronales. Sin embargo, éstas deben ser miradas con recelo porque chocan con algunos derechos de los trabajadores. En Puerto Rico, rige el principio de la libre contratación. El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha protegido reiteradamente los derechos del obrero a escoger y renunciar libremente a su ocupación consagrada en la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.

Toda controversia sobre estos acuerdos encierra un conflicto de intereses y derechos antagónicos de los trabajadores y los patronos. Para el empleado entra en juego su capacidad de progreso profesional, pues su carrera y progreso laboral dependen en gran medida del conocimiento adquirido en sus trabajos previos. Para la empresa está en juego su plusvalía, ganancias, y su competitividad en el mercado frente a sus competidores ya que el éxito depende de la ventaja que concede el conocimiento exclusivo de cierta información.

Como todo contrato, la validez de un acuerdo de no competencia depende de que se den los elementos esenciales de todo contrato y no sea contrario a la ley y al orden público. Por existir una relación de poder desigual entre el trabajador y el empleador, la validez del consentimiento del primero está condicionada a que sea claro, terminante, explícito e inequívoco. Después de todo, por virtud de un acuerdo de no competencia, el empleado renuncia a

83 Krotoschin, *supra* n. 391, en la pág. 215.

derechos constitucionales. Es por esto, que nuestro más alto foro, detalló los requisitos con los que debe cumplir este tipo de pacto y estableció que: el patrono debe tener un interés legítimo en dicho acuerdo, el alcance de la limitación debe estar de acuerdo al interés de ese patrono, el patrono debe ofrecer una contraprestación a cambio de la firma del acuerdo de no competir por parte del empleado, ese pacto debe contar con los elementos del contrato (consentimiento, objeto y causa) para su validez y debe constar por escrito y no debe tener una duración que exceda 12 meses.

Al comparar esta figura con otras jurisdicciones se puede distinguir que la mayoría comparte el principio básico de la buena fe al contratar por ambas partes; como por ejemplo España y Argentina. Estados Unidos, se utiliza la doctrina de razonabilidad. No obstante, la jurisprudencia ha establecido unos requisitos en los pactos de no competencia, es menester que haya una legislación a estos efectos.

Los detalles sobre la validez de estos contratos o cláusulas, debe recaer en la Asamblea Legislativa o a los organismos administrativos que puedan recibir prueba sobre las ventajas e inconvenientes de diversos esquemas y, en consecuencia, establecer los límites que en cada caso deben aplicarse. En los últimos años el Tribunal ha emitido varias decisiones que aclaran, o creemos que más bien modifican lo resuelto en la decisión de Arthur Young en el 1994. De éstas, han surgido varias interrogantes sobre la figura que no han sido aclaradas y sobre la validez de muchas de estas cláusulas. Por tal razón, entendemos que el mejor foro para evaluar esa validez y el que advierte a todos sobre sus consecuencias futuras, es el legislativo y no el judicial el cual ha ocupado el lugar del primero al básicamente legislar sobre este tipo de pacto en ausencia de un estatuto regulador. Por tanto, es menester que se evalúe la posibilidad de redactar una legislación en Puerto Rico que regule la figura de la cláusula de no competencia y sirva de orientación a la ciudadanía, a los obreros y las empresas.

Ley de Violencia Doméstica¹: 20 años después

Ivette Jo García Ledesma²

*"We do not think of the family
as society's most violent social institution."³*

I. Introducción

"Mi esposo y yo tenemos treinta y pico de años. Yo tengo diploma de escuela superior y actualmente estoy asistiendo a un colegio universitario de la localidad, tratando de obtener la educación académica adicional que me hace falta. Mi marido es graduado de universidad y un profesional en su especialidad. Ambos somos bien parecidos y en gran medida respetados y aceptados. Tenemos cuatro hijos y vivimos en una residencia de clase media con todas las comodidades que podríamos desear. Yo tengo de todo, menos una vida libre de temores. Durante toda mi vida matrimonial mi esposo me golpea periódicamente."⁴

La Ley Núm. 54 de 15 de agosto de 1989, según enmendada, conocida como la Ley para la Prevención e Intervención con la Violencia Doméstica, estableció un conjunto de medidas dirigidas a prevenir y combatir la violencia doméstica en Puerto Rico. Además, facultó a los tribunales a expedir órdenes de protección

-
- 1 Ley 54 de 15 de agosto de 1989 del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.
 - 2 Estudiante de cuarto año de la Facultad de Derecho de Universidad Interamericana de Puerto Rico.
 - 3 Richard J. Gelles. *Intimate Violence in Families*, 1, (3ra. Edición, Sage Publications, 1997).
 - 4 Extracto de una carta anónima de una esposa maltratada forma parte del expediente legislativo de la Ley 54 de 1989.

para las víctimas de violencia doméstica y establecer un procedimiento fácil y expedito para el trámite y adjudicación de dichas órdenes.

Esta Ley define el término violencia doméstica como “un patrón de conducta constante de empleo de fuerza física o violencia psicológica, intimidación o persecución contra una persona de parte de su cónyuge, ex-cónyuge, persona con quien cohabita o haya cohabitado, persona con quien sostiene o haya sostenido una relación consensual o persona con quien haya procreado hijos(as), para causarle daño físico a su persona, sus bienes o para causarle grave daño emocional.”⁵

La propia Ley establece las distintas manifestaciones de violencia, ya sea mediante agresión física y/o verbal, amenazas, agresión sexual y privación de libertad. A tales efectos, ha tipificado los actos por los cuales la víctima puede acudir al cuartel de la Policía más cercano y radicar una querrela. Estos son:

1. Maltrato
2. Maltrato agravado (violación a la orden de protección, en presencia de los(as) menores, entre otros)
3. Maltrato mediante amenaza
4. Maltrato mediante restricción de la libertad
5. Agresión sexual (relación sexual no consentida)

Pero, ¿por qué la Ley 54,⁶ aprobada hace 20 años, considerada como una ley de avanzada y modelo para otros países y jurisdicciones, cuyo fin es prevenir y disuadir la violencia doméstica, no ha logrado detener este mal social en Puerto Rico?

No pretendemos analizar la violencia doméstica, su génesis ni sus ciclos; tampoco encontrar soluciones. Sin embargo, a través

5 Artículo 1.3, inciso (k), Ley 54 de 1989.

6 *Supra* n. 393.

de este artículo es nuestra intención analizar si en efecto se logró el resultado deseado por el Estado.

II. Trasfondo Histórico

El interés sobre el tema de la violencia doméstica en Puerto Rico surgió para la década de los setenta como parte del movimiento de los derechos de la mujer. Este fuerte interés fomentó la realización de múltiples estudios como el Manual sobre Violencia Doméstica preparado por la Oficina de Asuntos de la Mujer del Municipio de San Juan,⁷ que alertó sobre un aumento de 125% en casos de violencia personal para los años 1960 a 1965. A partir de ahí surgieron diferentes esfuerzos del Estado como la Ley Núm. 57 de 1973, según enmendada en 1979, que creó la Comisión de Asuntos para la Mujer.

Desde entonces, comenzó en Puerto Rico una ola por encaminar, como política pública, la eliminación de las condiciones que engendran y perpetúan la violencia en el hogar y hacia la mujer. La primera iniciativa legislativa surgió en el cuatrienio 1981-1984, cuando la entonces senadora Velda González radicó una medida que se convirtió en el Proyecto del Senado 1197, que aspiraba a tipificar el delito de maltrato conyugal. Lamentablemente este proyecto fue vetado por el entonces Gobernador de Puerto Rico, Carlos Romero Barceló. No obstante, la misma senadora durante el cuatrienio 1985-1988 presentó dos proyectos similares: el Proyecto del Senado 467 y el 1140; ambos fueron derrotados por los miembros de la Asamblea Legislativa.

Asimismo, el Departamento de Justicia, preocupado por el incremento de la violencia entre parejas, estableció medidas y mecanismos para atender la proliferación del maltrato conyugal

⁷ Manual preparado por el Programa de Asistencia a Víctimas de Violencia mediante la subvención del Programa "Crime Victims Assistance Grant", que a su vez era administrado por el Departamento de Justicia de Puerto Rico, 1980.

mediante órdenes administrativas⁸ creando un programa de asistencia a víctimas y testigos de delito,⁹ así como una oficina de investigaciones y procesamiento de asuntos de menores y familia.¹⁰

Igualmente, nuestro más alto foro, en aquel entonces, se expresó en torno a la política pública del Estado con relación a la violencia doméstica en un voto particular emitido por la Jueza Asociada Hon. Miriam Naveira de Rodón en el caso de *Pueblo v. Esmurria Rosado*:¹¹

La violencia es uno de los problemas sociales más serios y alarmantes a que nos enfrentamos hoy en día. Particularmente la violencia contra la mujer en sus distintas manifestaciones y el abuso de menores, lo que ha ido en aumento en los últimos tiempos.¹² Un gran número de los crímenes y actos de violencia que a diario salen publicados en los periódicos están relacionados con muertes o violencia sufrida por las mujeres de parte de sus esposos, ex esposos, amantes o amigos, lo que demuestra la gran alza en la incidencia de este tipo de actuación. Esto es así aun cuando la mayoría de este tipo de actos de violencia no es informado a la Policía. De un análisis de aquellas incidencias que si son informadas a la Policía se desprende que estos actos de violencia trascienden todas las líneas raciales, económicas y sociales. Las mujeres víctimas de abusos físicos, emocionales y sexuales, así como sus agresores, provienen de todo tipo de hogares, preparación académica, ocupación o profesión y situación económica y social.¹³

8 Orden Administrativa Número 85-1 de 1985.

9 Orden Administrativa Número 87-10 de 1987.

10 Orden Administrativa Número 87-08 de 1987.

11 117 D.P.R. 884 (1986).

12 Citando a ().

13 Citando a

En respuesta al problema de conducta antisocial de maltrato físico y emocional a manos de cónyuges, ex-cónyuges o personas con la que se ha sostenido alguna relación íntima-amorosa, el 2 de febrero de 1989 fue radicada una medida que se convirtió en el Proyecto del Senado 90, cuyo propósito era añadir el Artículo 122-A a la Ley Núm. 115 de 22 de julio de 1974, según enmendada, conocida como Código Penal del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, a los fines de crear el delito de maltrato conyugal.

Posteriormente, el 28 de abril del mismo año fue radicada otra medida convertida en el Proyecto del Senado 470, con el propósito de establecer un conjunto de medidas dirigidas a prevenir y combatir la violencia doméstica en Puerto Rico y tipificar el delito de maltrato conyugal. Esta medida establecía y diseñaba, además, un procedimiento fácil y expedito para el trámite y adjudicación de órdenes de protección y medidas provisionales para las víctimas de violencia doméstica, así como medidas dirigidas a la prevención de este tipo de violencia.

El legislador escuchó, mediante vistas públicas, las recomendaciones de las agencias gubernamentales¹⁴ y organizaciones de bienestar social que día a día manejaban las huellas que la violencia doméstica dejaba en cada hogar puertorriqueño. Finalmente, el 25 de junio de 1989 fue radicado el sustitutivo a los Proyectos del Senado 90 y 470, que fue finalmente aprobado el 28 de junio de 1989 y se convirtió en la Ley 54¹⁵ el 15 de agosto del mismo año. A continuación un extracto del primer párrafo de la Exposición de Motivos:

14 Oficina de la Administración de Tribunales, la Administración de Corrección, la Policía de Puerto Rico, el Departamento de Justicia, la Comisión para los Asuntos de la Mujer, la Oficina del Gobernador, el Centro de Ayuda a las Víctimas de Violación, las Feministas en Marcha, el Comité del Colegio Universitario de Humacao, el Proyecto CERES del Centro de Investigaciones Sociales de la Universidad de Puerto Rico, la Casa Protegida Julia de Burgos, la Organización Puertorriqueña de la Mujer Trabajadora, entre otras.

15 *Supra* n. 393.

La Encuesta Nacional del Crimen¹⁶ realizó un estudio entre los años 1978 a 1982 y encontró que en los Estados Unidos aproximadamente 2.1 millones de mujeres fueron víctimas de maltrato conyugal por lo menos una vez en un período promedio de doce (12) meses. Los investigadores estiman que en Puerto Rico un 60% de las mujeres casadas son o han sido víctimas de maltrato conyugal.

Al tipificar esta conducta antisocial como un delito, el Estado reconoció que la violencia doméstica constituye uno de los más graves problemas de nuestra sociedad. A través de la nueva Ley se pretendió disuadir ese tipo de conducta y el Estado transmitió así su más enérgico mensaje de repudio.

III. Estadísticas

1. Casos de Violencia Doméstica presentados durante los años 1990-2009¹⁷

Año	Casos Reportados
1990	13,528
1991	13,410
1992	14,642
1993	17,873
1994	18,079
1995	19,411
1996	19,132
1997	21,217
1998	21,084
1999	20,153
2000	18,285

16 National Crime Survey Bureau of Justice Statistics, Special Report, pages 1-5. (August 1986).

17 Policía de Puerto Rico, Unidad de Estadísticas.

Año	Casos Reportados
2001	17,766
2002	20,059
2003	21,345
2004	22,274
2005	22,838
2006	20,965
2007	17,239
2008	20,389
2009	19,124

2. Órdenes de protección solicitadas v. órdenes expedidas durante los años 2005 a 2009¹⁸

Véase anexo en la página 168.

IV. Legislación presentada

A pesar de que la Ley 54¹⁹ castiga al agresor de manera enérgica, la realidad es que la violencia doméstica ha continuado su ascenso y, como vimos en la tabla anterior, el año 2005 reflejó la más alta incidencia de casos.

Con el fin de fortalecer los mecanismos y penalidades impuestos por la Ley 54,²⁰ la legislatura ha radicado varias enmiendas a través de los años, siendo precisamente el 2005 el año de mayor radicación y aprobación de legislación a tales efectos.

1. El Proyecto de la Cámara 222 se convirtió en la Ley 30 de 2005. Esta enmendó el Artículo 4.2 de la Ley Núm. 54,²¹

18 Oficina de Administración de Tribunales, Directoría de Operaciones, 29 de enero de 2010.

19 *Supra* n. 393.

20 *Id.*

21 *Id.*

a los fines de extender el privilegio de confidencialidad a las agencias que prestan servicios a las víctimas de violencia doméstica en armonía con la Regla 26-A de las de Evidencia y la Carta de Derechos de las Víctimas y Testigos de Delito.

2. El Proyecto de la Cámara 329 se convirtió en la Ley 91 de 2005. Esta enmendó el Artículo 3.6 de la Ley Núm. 54,²² al añadir un nuevo inciso (d) a los fines de que la participación en programas de desvío sea condicionada a que la persona acepte la comisión del delito imputado y reconozca su conducta.
3. El Proyecto de la Cámara 2149 se convirtió en la Ley 165 de 2005. Esta enmendó los Artículos 1.3, 2.8, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4 y 3.5 y añadió unos nuevos incisos (i) y (j) al Artículo 3.2 de la Ley Núm. 54.²³ Lo anterior a los fines de aclarar la definición y aplicación del término albergue, pero, además, y como un disuasivo a la alta incidencia del 2005, tipificar la violación a las órdenes de protección y el delito de maltrato agravado cuando el mismo se cometiere contra un menor de dieciséis (16) años por un mayor de dieciocho (18) años . De esa manera, fue atemperada la Ley a las disposiciones del nuevo Código Penal que entró en vigor en el 2005.²⁴
4. El Proyecto de la Cámara 1696 se convirtió en la Ley 221 de 2008. Esta medida añadió un nuevo Artículo 4.3, reformuló el Artículo 4.3 como Artículo 4.4 y enmendó el rediseñado Artículo 4.4 de la Ley Núm. 54,²⁵ a los fines de integrar un Registro de Direcciones Sustitutas para Víctimas

22 *Id.*

23 *Id.*

24 Ley Núm. 149 de 18 de junio de 2004, "Código Penal del Estado Libre Asociado de Puerto Rico".

25 *Supra* n. 393.

de Violencia Doméstica al Sistema de Información de Justicia Criminal con el propósito de proteger la vida y seguridad de las víctimas y sus familiares, y de esa manera propiciar el desarrollo y establecimiento de estrategias para la prevención de la violencia doméstica. El interés del legislador con esta medida fue proveer información sustituta para hacer menos probable la localización de la víctima por parte de su agresor.

5. El Proyecto de la Cámara 3677 se convirtió en la Ley 225 de 2008. Esta creó un nuevo Artículo 2.9 en la Ley Núm. 54²⁶ que dispone que en los casos en que los hijos presenciaren y/o perciban un acto de maltrato, el tribunal estará obligado a referir a la parte querrelada al Departamento de la Familia para evaluación de trabajo social. El espíritu de esta legislación es el fortalecimiento de la política pública en contra del maltrato de menores. Se ha demostrado que los casos de violencia doméstica que son presenciados por el o los hijos menores de edad, constituyen un acto de maltrato en contra de éstos. Esta es una de las razones por la cual se justifica que, como parte de la orden de protección que se expide, se refiera al querrelado a evaluación de trabajo social. En esa evaluación se determinará si se requiere algún tipo de ayuda psicológica.
6. El Proyecto del Senado 183 se convirtió en la Ley 14 de 2010. Esta ley enmendó el Artículo 2.1 de la Ley 54,²⁷ a los fines de disponer que cuando se haya incautado un arma de fuego como parte del protocolo a seguir luego de la emisión de una orden de protección, quedará revocada permanentemente cualquier tipo de licencia de posesión o portación de armas a la persona que resulte convicta por incumplir con los términos de la orden de protección.

26 *Id.*

27 *Id.*

En el 2010 se presentaron, además, otras medidas encaminadas a frenar la alta incidencia de violencia doméstica en el país:

1. El Proyecto del Senado 1689 pretendía proveer información a la parte peticionaria de una orden de protección. A tales efectos, propuso incluir un nuevo inciso (c) al Artículo 2.6 de la Ley Núm. 54,²⁸ a fin de añadir al dorso del formulario de la orden de protección las medidas mínimas que debe tomar la parte peticionaria para lograr mayor efectividad de la misma.
2. El Proyecto del Senado 1747 pretendía añadir el inciso (c) al Artículo 2.6 y unos nuevos Artículos 2.9 y 2.10 a la Ley Núm. 54²⁹ para establecer una vista de seguimiento a expedición de órdenes de protección cada treinta (30) días. Asimismo, a juicio del legislador “es necesario proveer atención a la peligrosidad que pueda representar un agresor cuando se solicita una orden de protección. A esos efectos, se propone que luego de ser expedida una orden de protección al amparo de la Ley Núm. 54 sea necesaria una evaluación por un profesional de la salud mental que determine si existen factores de riesgo que impidan que se desestime la petición de orden de protección. Este profesional de la salud deberá hacer un informe en donde documente los factores que representan riesgo para la seguridad de la víctima y someta recomendaciones de los servicios que necesita ese agresor, si alguno, para evitar su reincidencia en esta conducta delictiva.”³⁰

28 *Id.*

29 *Id.*

30 Exposición de Motivos del Proyecto del Senado 1747, presentado por los Senadores Alejandro García Padilla y Antonio Fas Alzamora.

V. Conclusiones

La socialización del hombre y la mujer se ha fundamentado en actitudes, valores, modelos de crianza, ambiente y creencias. Como norma general, se ha visto al hombre como el fuerte, el capaz, el impulsivo y el agresivo al momento de manifestar sus emociones. Por otro lado, la mujer ha sido vista tradicionalmente como frágil, sumisa y débil ante el manejo de sus emociones.

Las familias puertorriqueñas han tenido que hacer grandes ajustes para enfrentarse a los cambios generados por las transformaciones de la estructura económica del país. Muchos de estos ajustes han sido en la transformación de los roles tradicionales de la mujer dentro y fuera del hogar, lo que a su vez ha llevado a la transformación de los roles de otros miembros del núcleo familiar. La sociedad puertorriqueña actual exige que la mujer trabaje fuera del hogar. La división de tareas, la toma de decisiones y los roles económicos dentro del hogar son sólo algunos de los ajustes que nuestras familias han tenido que incorporar sin el apoyo adecuado de un sistema de educación eficiente en todos sus niveles.

A todo lo anterior debemos sumar la difícil situación económica que atraviesa el país, con una tasa de desempleo de un 16.9%,³¹ lo que representa unas 211,000 personas sin ingresos. En consecuencia, somos testigos de una serie de serios problemas sociales, como el alcoholismo, el consumo de sustancias controladas, la delincuencia y la violencia doméstica, que nos llevan a cuestionar la efectividad de la legislación de más de dos décadas de existencia.

Viendo, leyendo y escuchando los medios de comunicación pudiéramos pensar que la problemática va en aumento y el Estado no encuentra las medidas necesarias para controlar esta situación. Empero, a juicio de la Lcda. Ana Irma Rivera Lassén,³² así como

31 Departamento del Trabajo y Recursos Humanos, Informe Estadístico (Julio 2010).

32 Abogada que dirige la organización Feministas en Marcha.

de la Profa. Sara Benítez Delgado,³³ los beneficios de la Ley 54³⁴ son identificables. Ambas coincidieron en que las fallas de esta Ley radican principalmente en su implantación. Dice la licenciada Rivera Lassén que “la gran aportación de la Ley 54 es que fomenta la discusión del problema. Antes, la gente no se metía; ratificaban la creencia de que la mujer era propiedad del hombre. La Ley 54 saca a la calle ese problema; lo hace público. Ahora la gente no se atreve a decir que hay que aceptar la violencia, sino que la cuestiona.”³⁵

Otro factor a considerar es que el 50% de los casos de violencia doméstica no progresan en los tribunales porque la víctima desiste de su acción. Las razones para que una víctima desista son diversas e incluyen la falta de apoyo familiar, presión de la comunidad, amenazas por parte del agresor (a los hijos, a la propia víctima o a sí mismo), dependencia económica de la víctima, capacidad de la víctima y pobre autoestima. A juicio de la profesora Benítez, un elemento adicional es que “muchos jueces han llegado a amenazar a la víctima manifestándole que si retira los cargos y luego regresa con otra querrela es a ella quién van a procesar. Esto claramente muestra poco conocimiento del ciclo de violencia, del proceso emocional en que se encuentra la víctima y de la perspectiva de género. [...] Todavía hay muchos jueces que creen que la situación de violencia doméstica se puede resolver con consejería matrimonial.”³⁶

Tampoco podemos pasar por alto la situación de las parejas del mismo género; en éstas la complicación es mayor. Pues, además de los prejuicios que enfrentan de ordinario, en *Pueblo v. Ruiz Martínez*³⁷ nuestro Tribunal Supremo determinó que la Ley

33 Catedrática de la Universidad de Puerto Rico en Humacao.

34 *Supra* n. 393.

35 Entrevista a Emaris Otero Jover, *Hogar, violento hogar*, Diálogo, 8-9, (Septiembre-Octubre 2009).

36 *Supra* n. 425.

37 2003 T.S.P.R. 52, 158 D.P.R. 35 (2003).

54³⁸ no les era aplicable. Allí dijo el Tribunal que “del historial legislativo de la Ley Núm. 54 surge claramente que la conducta que el artículo 3.2 de dicha ley tipifica como ‘maltrato agravado’ en relaciones de pareja se limita a relaciones entre hombre y mujer. Asimismo, al emplear el término ‘relación consensual íntima’ el legislador quiso proteger a aquellas parejas que, aunque sostienen una relación afectiva, no ‘cohabitan’ en el sentido de convivir bajo el mismo techo.”³⁹ Lo anterior nos plantea la interrogante de a dónde deben acudir las víctimas de las parejas del mismo género en busca de protección.

Por otro lado, una mirada sencilla a las estadísticas de incidencia de casos de violencia doméstica, incluidas en este artículo, nos permite ver una considerable disminución de casos entre los años 1999 al 2001. Qué ocurrió durante esos años no es materia de este artículo, pero, según las estadísticas del Departamento de Trabajo y Recursos Humanos de Puerto Rico, la tasa de desempleo para el año 2000 fue de 9.5%.

Empero, es propio estudiar la advertencia que hizo el Administrador Auxiliar de Corrección en su ponencia ante las Comisiones de lo Jurídico, de Desarrollo Cultural y la Especial de Asuntos de la Mujer para el año 1989 en representación del Departamento de Corrección, el Sr. Luis Figueroa. Éste dijo que encarcelar a uno de los cónyuges, en lugar de ayudar a resolver el problema, puede traer como consecuencia más hostilidad y más daño a los hijos que han de ver a uno de sus padres en el rol de acusador y otro en el rol de acusado. Añadió que al hacer delictiva el tipo de conducta que señalaba el Proyecto del Senado 90 no se atacaba la raíz del grave problema que constituye el maltrato conyugal.

38 *Supra* n. 393.

39 *Supra* n. 429.

Al mirar atrás, vemos como la Ley 54⁴⁰ sólo fue el puntero de todo lo que falta por realizar. Aún cuando las palabras del Administrador Auxiliar de Corrección suenan lapidarias, la realidad es que los estudiosos del problema de la violencia doméstica concurren en que la forma apropiada de responder a los incidentes para prevenir el que se cause más daño es mediante el arresto, pero no es suficiente. Ciertamente tenemos como sociedad que iniciar verdaderos procesos transformadores en la institución familiar. Tenemos que avalar la inclusión de las parejas del mismo género, que ser firmes en la implementación de todos los mecanismos que provee la Ley y no seguir añadiendo articulados que no se ejecuten efectivamente.

Finalmente, opino que aquel deseo de los legisladores en 1989 de crear una pieza legislativa como disuasivo a la conducta antisocial de maltrato físico, verbal o emocional no ha sido exitoso. En 1990 fueron informados 13,528 casos de violencia doméstica; veinte años más tarde 19,124, lo que representa un 29% de aumento. Habrá quien piense que aumento en la incidencia tiene que ver con el aumento poblacional, pero no es cierto. En 1990 la población de Puerto Rico era 3,522,037 habitantes y el estimado oficial del Censo de los Estados Unidos arrojó una población para el 2010 de 3,926,638,⁴¹ lo que representa un aumento poblacional de solo 10%.

Corresponde al Estado estimular el uso de materiales educativos que presenten una visión equilibrada de la institución familiar y atacar las relaciones basadas en el poder y control. Para ello, debe proveer educación continua a los educadores, jueces, fiscales, oficiales del orden público, trabajadores sociales y todos los involucrados en atender casos de violencia doméstica. Todo lo anterior, unido a la voluntad de crear fuentes de empleo que permitan

40 *Supra* n. 393.

41 http://factfinder.census.gov/servlet/ADPTable?_bm=y&-qr_name=ACS_2007_3YR_G00_DP3YR5&-geo_id=04000US72&-ds_name=&-_lang=es, (consultado el 24 de octubre de 2010).

la integración a la fuerza laboral de la mayoría de los adultos capaces para el trabajo en nuestra Isla. Tenemos que rescatar la cultura de trabajo y aspirar a que nuestros hijos nos vean como trabajadores y que crezcan en una sociedad donde lo que reciben sea a cambio del esfuerzo.

La violencia entre parejas es un problema social; no individual. Las familias afectadas hoy verán las consecuencias en el futuro cuando sus hijos conformen las familias del mañana. De ahí surge la responsabilidad de establecer programas de prevención y un sistema de inclusión de todos los sectores involucrados. Si logramos reducir la tasa de incidencias, con ella se reducirán otros problemas sociales.

Anejo

TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
ORDENES DE PROTECCION SOLICITADAS Y EXPEDIDAS, POR SALA
AÑOS CALENDARIOS 2005 A 2009

SALAS	2005		2006		2007		2008		2009	
	Ordenes solicitadas	Ordenes expedidas								
Atjuntas	89	74	135	116	128	65	148	118	121	67
Aguasada	184	84	210	88	225	49	215	78	165	91
Aguacilla	662	262	848	271	844	328	675	403	628	165
Aguas Buenas	188	154	186	170	148	51	151	21	167	47
Alborno	122	83	733	434	708	454	807	588	738	434
Añasco	112	88	121	112	103	80	158	145	145	135
Arasco	1128	550	1183	842	1108	581	1228	700	1183	713
Arroyo	150	140	187	187	147	139	114	58	117	101
Barrancuela	138	81	141	83	182	120	138	82	142	100
Barranquitas	708	483	271	225	244	202	224	194	238	163
Bayamón	3737	2283	1751	1283	4431	3803	4401	3350	3688	3138
Cabo Rojo	178	128	244	181	204	148	223	180	228	180
Caguas	1803	1838	1826	1730	1735	1085	1642	1481	1572	677
Camuy	122	88	-	-	100	18	148	28	130	10
Candorinas	281	185	323	155	262	89	268	144	368	223
Carolina	1350	488	1327	267	1084	168	1228	168	1430	288
Cabo Rojo	170	101	241	122	75	37	57	50	38	47
Cayey	384	234	401	181	321	125	358	118	334	238
Ceiba	11	8	38	23	41	31	N/D	N/D	N/D	N/D
Ciales	174	41	164	54	128	45	148	45	122	28
Cidra	118	150	106	148	274	163	288	228	232	258
Coamo	300	147	251	88	238	108	228	104	278	107
Comerio	238	287	177	82	153	38	148	53	148	43
Corozal	251	117	238	148	148	83	144	131	55	88
Culebra	-	-	-	-	N/D	N/D	N/D	N/D	N/D	N/D
Domato	188	280	218	131	138	205	328	254	207	185
Fajardo	744	457	718	453	754	352	784	438	N/D	N/D
Florida	81	24	65	18	78	35	61	58	65	51
Guánica	104	58	101	66	128	75	79	27	88	37
Guayama	368	228	373	288	700	515	767	568	738	625
Guayanilla	137	81	118	58	108	83	64	28	123	71
Guaynabo	523	425	223	200	511	313	285	217	107	138
Guatabo	237	88	278	85	235	111	258	30	222	82
Halifax	125	57	142	101	161	35	143	23	148	17
Hormigueros	115	75	88	68	N/D	N/D	N/D	N/D	N/D	N/D
Humacao	652	387	873	327	854	488	865	488	618	301
Isabela	85	54	128	73	208	128	198	88	173	84
Jayuya	88	57	134	101	128	72	111	81	118	84
Justin D'íaz	283	184	304	191	278	178	328	208	231	133
Justus	284	142	323	148	144	81	248	70	467	338
Lajas	148	85	138	85	110	72	113	64	148	128
Lares	133	82	178	24	127	61	177	107	138	82
Las Mercedes	22	18	17	11	18	5	20	12	20	13

TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
ORDENES DE PROTECCIÓN SOLICITADAS Y EXPEDIDAS, POR SALA
AÑOS CALENDARIOS 2005 A 2008

SALAS	2005		2006		2007		2008		2009	
	Ordenes solicitadas	Ordenes expedidas								
Luz Piedras	288	108	288	88	282	113	288	100	253	83
Luziza	172	110	165	118	183	81	104	73	168	140
Lucupillo	-	-	-	-	N/D	N/D	N/D	N/D	N/D	N/D
Manatí	288	120	280	82	240	81	250	84	282	53
Maricao	8	4	5	3	11	7	5	4	13	8
Maurabón	84	44	84	31	88	41	82	79	110	81
Meyaguez	804	582	508	288	475	272	307	348	1384	1382
Moca	211	52	185	81	183	78	157	81	184	73
Morovis	208	85	188	83	208	54	188	78	151	104
Naguabo	85	71	104	58	188	71	104	97	183	78
Namajilo	150	84	81	54	251	183	175	154	75	70
Orocovis	238	124	132	80	128	101	123	80	188	48
Pedías	185	180	183	180	152	148	114	111	134	88
Perucales	108	51	138	78	115	84	24	35	82	38
Ponce	1857	578	1884	584	1358	785	1733	880	1538	837
Quebradillas	134	84	71	38	141	55	111	18	120	17
Rincón	-	-	-	-	N/D	N/D	N/D	N/D	N/D	N/D
Río Grande	280	100	288	81	410	337	N/D	N/D	N/D	N/D
Sabana Grande	84	80	101	77	118	80	113	51	147	123
Salinas	188	128	211	200	187	144	208	185	218	128
San Germán	188	112	188	80	188	70	188	55	174	43
San Juan	4880	2388	4888	3777	4838	3883	5287	4387	5187	4422
San Lorenzo	273	84	310	150	145	83	280	88	214	208
San Sebastián	225	50	215	74	287	114	254	57	231	120
Santa Isabel	118	88	125	78	138	80	154	98	83	54
Tea Alta	387	228	434	241	555	288	284	240	200	258
Tea Baja	841	784	783	872	343	308	411	388	157	227
Trujillo Alto	384	182	347	80	338	153	327	128	248	188
Utuado	313	248	245	180	285	238	312	225	348	220
Vega Alta	251	178	238	140	182	188	98	98	8	15
Vega Baja	581	453	584	504	512	412	388	311	222	228
Vieques	34	34	38	30	43	30	72	32	N/D	N/D
Villalba	144	118	148	84	134	88	155	85	128	78
Yabucoa	247	148	280	175	284	185	272	188	248	177
Yauco	251	177	238	144	288	125	180	137	181	83
Total	30848	18381	28004	17798	30820	20258	30852	20280	28871	19504

NI No es una información.

N/D Datos no disponibles porque no fueron informados separadamente.

San municipios en los cuales por el volumen o por las condiciones del local se atienden casos en un municipio contiguo, o un juez constituye las salas en otro lugar durante determinados días.

Fuente: OAT, Dirección de Operaciones, Oficina de Estadísticas.

28 de enero de 2010

RVB

Los derechos humanos de las personas mayores y la Procuraduría de las Personas de Edad Avanzada en Puerto Rico: Su efectividad para cumplir con la política pública y cómo le afecta el Plan de Reorganización Núm. 1 de las Procuradurías

Astrid Soto López¹

*Dedicado a la memoria de mi amado padre
Salvador Soto Oliveras*

“Si los individuos no se ayudan entre sí, viven en la pobreza; si la sociedad no reconoce los derechos del individuo, se producen conflictos. La pobreza crea la angustia y los conflictos engendran la desgracia. Para mitigar la angustia y eliminar los conflictos, lo mejor es instituir una sociedad que reconozca claramente los derechos del individuo.”²

“Envejeczo aprendiendo cada día muchas cosas nuevas.”³

I. Introducción

Todas las personas, no importa su edad ni su condición de salud, tienen derecho al respeto de su dignidad humana. Debido al aumento de la esperanza de vida y a la disminución de la tasa de fecundidad, la proporción de personas mayores de 60 años está aumentando más rápidamente que cualquier otro grupo de edad en casi todos los países.⁴ El envejecimiento de la población puede considerarse un éxito de las políticas de salud pública y el desarrollo socioeconómico, pero también constituye un reto para

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

2 Siun Tseu (293-238 aC).

3 Platón.

4 Organización Mundial de la Salud. *Envejecimiento*. <http://www.who.int/topics/ageing/cs/index.html> (consultado el 28 de marzo de 2010).

la sociedad, que debe adaptarse a ello para mejorar al máximo la salud y la capacidad funcional de las personas mayores, así como su participación social y su seguridad.⁵

La población de edad avanzada es el grupo de mayor crecimiento en todo el mundo, con un aumento estimado de 10% entre 1950 y el 2025, frente al 6% en el grupo de personas de menores de 60 años de edad y algo más del 3% en el conjunto de la población.⁶

Las personas de edad avanzada son un grupo diverso, con fortalezas y debilidades individuales. Asimismo, la edad adulta tardía es un periodo normal de la vida, con su propia naturaleza, sus tareas de desarrollo y oportunidades para el crecimiento psicológico.⁷ Sin embargo, el envejecimiento de una población muchas veces es visto como un problema que se añade a un país. Esto va a depender de cuán preparados estén los gobiernos y las sociedades para enfrentar el reto de una población vieja que cada día aumenta más.

En Puerto Rico el aumento en la población de edad avanzada se vincula a cambios en las variables demográficas de natalidad, mortalidad y migración. Por ejemplo, los niveles de fecundidad de la mujer puertorriqueña han ido en descenso, al igual que los niveles de mortalidad de la población en general. Además, los movimientos migratorios entre Puerto Rico y el exterior, particularmente de personas jóvenes emigrando al extranjero en busca de nuevas oportunidades y de personas adultas que regresan a Puerto Rico a pasar sus últimos años de vida, han traído cambios en la estructura de edad de la población. Por otro lado, los avances de la

5 *Id.*

6 Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Personas de Edad, *Derechos Humanos y personas de edad*, http://www.arteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_469_1.pdf (consultado el 28 de marzo de 2010).

7 Diana E. Papalia y Sally Wendkos Olds, *Desarrollo Humano con aportes para Iberoamérica*, 565-566 (6ta. ed., 1997).

medicina, los cambios en los hábitos alimentarios y los cambios en los estilos de vida han ayudado a que el puertorriqueño de hoy día tenga una expectativa de vida de 78 años.⁸

No obstante, en Puerto Rico el 44% de la población vive en niveles de pobreza. Esto es casi la mitad de este grupo de edad. El 84.2% de este grupo depende del seguro social como principal fuente de ingresos y el 34.4% depende del Programa de Asistencia Nutricional.⁹ Las necesidades de las personas de edad avanzada se han ido documentando por los estudiosos de este sector poblacional. Según datos provistos por la Junta de Planificación, la mayor parte del ingreso de las personas de edad avanzada proviene de los programas de Seguro Social, seguido de la asistencia pública y los sistemas de retiro. Para diciembre de 1999, un total de 284,460 trabajadoras y trabajadores retirados de 65 años o más recibieron un promedio de \$527 mensuales del Seguro Social. Los beneficios de Asistencia Económica que provee el Departamento de la Familia van a individuos sin familia o cuyas familias no asumen o no pueden asumir la responsabilidad por su cuidado. Cerca del 3.6% de la población de 60 años o más recibe un promedio de \$64.00 mensuales de Asistencia Económica. Por otra parte, cerca de 125,000 personas de 60 años o más recibe Asistencia Nutricional.¹⁰

Los datos estadísticos revelan, además, que según aumenta la expectativa de vida, aumenta el número de años en los que la persona promedio es productiva y tiene capacidad para valerse por sí misma. La persona de edad avanzada, hoy día, asume roles de apoyo a la familia, provee servicios de asistencia social, tales como el cuidado de niños o la intervención en problemas familiares

8 Oficina de la Procuradora de Personas de Edad Avanzada, *Informe Anual 2008*, pág. 13.

9 *Id.*

10 Alcida Varona Méndez, *La diversidad de formas familiares ante el derecho: Estrategias para el sustento de las personas de edad avanzada*, 41 Rev. Jur. U.I.P.R. 5, 86 (2006).

para prevenir el divorcio. Incluso, hay abuelos que pagan las pensiones alimentarias de sus nietos. Otros, continúan en la fuerza laboral o hacen trabajo voluntario. Esta población está cada vez más educada, más integrada a su familia y con más ingresos provenientes de pensiones y seguro social. Por tanto, los viejos y viejas no deben ser vistos como receptores pasivos de asistencia social.¹¹

En este trabajo se estudiarán los instrumentos que se han desarrollado en Puerto Rico para potenciar el derecho de las personas de edad avanzad, además de cómo surge, se ha desarrollado y cuál es la situación actual de la Procuraduría de las Personas de Edad Avanzada.

En la primera parte, se dará un resumen sobre los antecedentes históricos y la protección internacional de los derechos humanos de las personas mayores a través de los instrumentos y tratados internacionales. Luego, se presentará cómo se ha incorporado a las personas de edad avanzada en el marco jurídico de Puerto Rico y cuál ha sido la trayectoria en términos del desarrollo de leyes y entidades gubernamentales para la protección de las personas de edad avanzada.

Se examinará, además, la *Ley 203 de 7 de agosto de 2004* (en adelante la “*Ley 203*”) que crea la Oficina de la Procuraduría de Personas de Edad Avanzada (en adelante la “OPPEA”) y las funciones y deberes asignados a esta oficina. También se estudiará cuáles son los recursos y presupuestos asignados para cumplir con las funciones, el logro efectivo de sus metas y los obstáculos que han enfrentado para cumplir con sus responsabilidades. Se discutirá el impacto que pudiera tener el Plan de Reorganización Número 1 de la *Ley Núm. 182 de 17 de diciembre de 2009*, conocida como *Ley de Reorganización y Modernización de la Rama Ejecutiva 2009* (en adelante el “Plan”) sobre la OPPEA y la legalidad de la misma. Finalmente, se presentarán las conclusiones.

11 *Id.*

II. Los derechos humanos de las personas de edad avanzada en el sistema internacional de derechos humanos

A. Las personas de edad avanzada como grupo vulnerable

Las personas de edad avanzada conforman un conglomerado tan heterogéneo y variado como otros segmentos de la población y se le ubica entre los grupos más vulnerables y desprotegidos del mundo. Esta situación obedece a que las instituciones, en términos estructurales e ideológicos, aún no se han adaptado a la nueva estructura etaria de la población y asocian la vejez con la palabra “pérdida”.¹² Esto conlleva a que las personas mayores tengan problemas de índole social, económica y cultural para proteger su lugar en la sociedad.

En la cultura occidental, la vejez se considera un hecho negativo. Muchas personas consideran la palabra “viejo” como un tabú en la sociedad civilizada. A las personas de mayor edad se les llama “ciudadanos mayores”, “personas de la edad dorada”, “personas de edad avanzada”, “ancianos” o “personas más viejas”. Se entiende que se prefiere utilizar estos términos ya que, aunque todo el mundo quiere vivir por largo tiempo, pocos quieren ser considerados como viejos. Con frecuencia en la sociedad, la palabra “viejo” implica debilidad, inhabilidad y estrechez mental. Según un análisis de diferentes estudios, las personas de edad avanzada son juzgadas más negativamente que las más jóvenes en todas las características estudiadas, en especial la competencia y el atractivo.¹³

Las personas mayores, por su edad cronológica, pueden sufrir pobreza, invisibilidad y discriminación que puede manifestarse en diferentes expresiones. Su situación es peor aún si se suman otras

12 Sandra Huenchuan, *Diferencias sociales en la vejez. Aproximaciones conceptuales y teóricas*, Revista de trabajo social Perspectivas: Notas sobre intervención y acción social, No. 12 (Chile, 2003).

13 *Supra* n. 440.

fuentes de desigualdad como el origen étnico o el género.¹⁴ En algunos países, las personas mayores están expuestas a la pobreza debido a la escasa cobertura de seguridad social, y no hay programas cooperativos que les permitan acceder a un ingreso. También puede verse su invisibilidad cuando se están creando o evaluando políticas públicas que les afectan. Otro factor es el discrimen que sufren por la imagen estereotipada y negativa que tienen de esta etapa de la vida. En cuanto a la salud, se ven reducidas las posibilidades de mantener su autonomía funcional. Además, tienen poder limitado como grupo social.¹⁵

Es por esto que se hace imperativo que los diversos países creen políticas y promuevan derechos para este grupo social. Las personas mayores ven reducidas sus posibilidades como grupo social en la búsqueda de hacer efectivos sus derechos. La igualdad de derechos no debe estar ajena a las personas mayores. Los gobiernos y la sociedad en general deben velar por el respeto humano y proveer los mecanismos para que se de protección social a este grupo.

B. Instrumentos de las Naciones Unidas de aplicación a las personas de edad avanzada

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, idioma o cualquier otra condición. La concepción de las personas mayores como sujetos de derechos se inserta en un contexto más amplio de análisis teórico político referido a la atribución de derechos a ciertos grupos desfavorecidos.¹⁶ En la Declaración Universal de Derechos Humanos hay ciertos derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la igualdad, la prohibición de discriminación

14 *Supra* n. 445.

15 *Id.*

16 *Supra* n. 12, pág. 445.

por cualquier condición, el derecho a la seguridad social y a condiciones de vida adecuada.¹⁷ Estos derechos son extensivos a las personas mayores y son importantes en el desarrollo de una mejor calidad de vida en la vejez.

El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 desarrolla todos estos conceptos de manera más amplia. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirmó en 1999 que los Estados partes en el pacto deben prestar más atención a la protección de estos derechos en las personas de edad avanzada y preparó un documento de comentarios generales sobre la aplicación a las personas mayores de ese artículo.¹⁸

En 1982, la Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, realizada en Viena, adoptó el “Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento”. Este plan contiene 62 recomendaciones o directrices encaminadas a que la comunidad internacional, los gobiernos, otras organizaciones internacionales y la sociedad en su conjunto puedan hacer frente al progresivo envejecimiento de las sociedades y las necesidades de las personas adultas mayores.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no contiene ninguna referencia explícita a los derechos de las personas de edad avanzada. Sin embargo, teniendo presente que sus disposiciones se aplican plenamente a todos los miembros de la sociedad, es evidente que las personas de edad avanzada tienen derecho a gozar de todos los derechos reconocidos en el Pacto.¹⁹

A fines de la década de 1980 se incorporaron medidas específicas a favor de las personas mayores en el Protocolo de San

17 Naciones Unidas. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, <http://www.un.org/cs/documents/udhr/> (consultado el 4 de abril de 2010).

18 Provea. *Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*, http://www.derechos.org/ve/provcaaweb/wp-content/uploads/obs_gral_06.pdf (consultado el 4 de abril de 2010).

19 *Id.*

Salvador. Hasta el momento, éste es el único instrumento vinculante en este tema para los países que han ratificado el Pacto. Además de incluir los derechos ya reconocidos por el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, este protocolo incluye y amplía la cobertura a América Latina y el Caribe de los derechos de protección de las personas mayores.²⁰

Antes de la década de 1990, la edad estaba comprendida en la categoría de “cualquier otra condición social” en la doctrina de derechos humanos. Un cambio en este paradigma surge cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó los “Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad” el 16 de diciembre de 1991. Esta resolución es considerada la base de una futura convención sobre los derechos de las personas mayores.²¹

Las Naciones Unidas alientan a los gobiernos a que introduzcan en sus programas nacionales, cada vez que sea posible, los siguientes principios: independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad. Estos principios abarcan los derechos de las personas de edad avanzada en áreas como el acceso a la educación, la alimentación, el cuidado por parte de su familia o en lugares de cuidado de larga duración, el trabajo remunerado, la integración a la sociedad, la relación con los más jóvenes, el acceso a los servicios de salud, el desarrollo pleno de su potencial, una vida con dignidad y seguridad y estar libres de explotación y de malos tratos físicos y mentales, entre otros.²²

En 1992, esta misma Asamblea aprobó cuatro objetivos globales sobre el envejecimiento, una guía breve para el establecimiento de objetivos nacionales para el año 2001 y la Declaración sobre el Envejecimiento. Finalmente, en el 1999, la ONU declaró el

20 *Supra* n. 445.

21 *Id.*

22 Naciones Unidas, *Resolución 46/91 de 1991*, <http://www.un.org/spanish/Depts/dpi/boletin/olderpersons/princ.html> (consultado el 29 de marzo de 2010).

Año Internacional de las Personas de Edad en reconocimiento a la longevidad demográfica de la humanidad.

En el año 2002 se realizó la Segunda Asamblea Mundial sobre Envejecimiento en Madrid, España. En este evento se emitieron las estrategias internacionales para los próximos 20 a 25 años. El Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento 2002 constituye nuevamente un compromiso de Estado a las acciones de seguimiento adoptados en la I Asamblea Mundial del Envejecimiento de 1982, en favor de las personas mayores. En esta Asamblea, cada país estableció el compromiso de adoptar e implementar el plan de acción, especialmente la existencia de una política de atención integral, el fortalecimiento a las instituciones con programas de adultos mayores y la creación de una institución a máximo nivel que sea rectora de la política, planes y programas que beneficien a la población de cada país.²³

Por otro lado, la resolución CE130.R19 sobre salud y envejecimiento de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) insta a los Estados a que “aboguen por la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas mayores” y a que, entre otras actividades,; 1) adopten prioridades de promoción de la salud apropiadas para las personas mayores y fijen metas con enfoque de género y estrategias de vigilancia en las áreas de salud nutricional, actividad física, lesiones no intencionales, incluidas la prevención de las caídas y la salud mental; 2) incrementen el acceso a la atención de la salud de manera apropiada, así como a los medicamentos esenciales para las personas mayores, especialmente aquellas que carecen de recursos; y 3) promuevan iniciativas de atención comunitaria a largo plazo y reglamenten la prestación de asistencia a las poblaciones vulnerables. Además, solicita al director de la OPS que ayude a los

23 Naciones Unidas, *Informe de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento Madrid 8 a 12 de abril de 2002*, <http://www.un.org/spanish/envejecimiento/index.html> (consultado el 30 de marzo de 2010).

Estados a trabajar a favor del desarrollo de entornos favorables para las personas mayores.²⁴

Vemos como a nivel internacional hay una gran preocupación de parte de los gobiernos por trabajar con la situación de la población envejeciente que aumenta a un ritmo acelerado. El desarrollo de estas actividades y resoluciones son compromisos para que cada país trabaje de una forma responsable con su población de adultos mayores. Aunque Puerto Rico no está insertado directamente en estos organismos internacionales, a nivel regional ha participado en las reuniones que se han celebrado. En la Segunda Asamblea Mundial sobre Envejecimiento en Madrid, Puerto Rico participó como observador. Recordemos que nuestra representación se vislumbra a través de Estados Unidos por nuestra situación política.

III. Puerto Rico

A. Trasfondo histórico sobre la política pública en beneficios de las personas de edad avanzada

En Puerto Rico, la preocupación por la población de personas mayores se remonta al año 1962, cuando se creó la *Ley Núm. 16 del 22 de mayo de 1962*, conocida como *Ley Orgánica de la Comisión de Gericultura*.²⁵ Esta comisión funcionó por 26 años como el organismo encargado de coordinar las actividades y los servicios relacionados con las personas de edad avanzada en Puerto Rico. Por la noción que se tenía de las personas de edad avanzada en ese momento, la atención iba dirigida a enfermedad y atención médica; es por esto que estuvo adscrita al Departamento de la Salud.

24 Organización Panamericana de la Salud, *Informe Final 130 - Sesión del Comité Ejecutivo*, <http://www.paho.org/spanish/gov/cc/cc130-fr-s.pdf> (consultado el 30 de marzo de 2010).

25 24 L.P.R.A. §321 (2004).

Más adelante, en el año 1965 se creó la ley federal “*Older American Act*”,²⁶ con el propósito de proveer asistencia en el desarrollo y mejoramiento de programas dirigidos a personas de edad avanzada. Había una preocupación por la falta de servicios sociales en la comunidad dirigidos a esta población. A través de esta ley, se asignan ayudas federales a cada estado de los Estados Unidos para que se ofrezcan servicios a la población de edad avanzada y se lleve a cabo planificación comunitaria, adiestramiento e investigaciones. Para poder recibir estos fondos, cada estado debía someter una propuesta al Departamento de Salud Federal que cumpliera con unos criterios establecidos. Se estableció, entonces dentro del Departamento de la Salud, Educación y Bienestar del gobierno federal, una agencia llamada “*Administration on Aging*” que se designó como la “administradora de las personas de edad avanzada”.²⁷

En Puerto Rico se desarrolló un plan estatal para recibir estos fondos federales. El Departamento de Salud aprobó el plan sometido y comenzó a atender la población de personas de edad avanzada con la asignación federal. Esta ley fue administrada en ese entonces por la Comisión de Gericultura adscrita al Departamento de Salud. Bajo esta ley se creó una estructura coordinada dividida en nueve regiones, las cuales estaban encargadas de administrar los fondos. La Comisión de Gericultura sometía cada cuatro años un plan estatal que hacía las veces de contrato entre el gobierno de Puerto Rico y el gobierno federal.²⁸

Durante esa administración, el gobierno federal señaló varias veces que había una mala administración de los fondos, pues los

26 42 U.S.C. 3001 (2001).

27 Department of Health and Human Services. Administration on aging, *Older Americans Act*, http://www.aoa.gov/AoARoot/AoA_Programs/OAA/index.asp (consultado el 21 de febrero de 2010).

28 Rossana López León, Ponencia, *Procuraduría de las Personas de Edad Avanzada* (San Juan, PR, 17 de marzo de 2010) (transcripción de ponencia en la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico).

mismos estaban siendo utilizados en otras poblaciones. Otros señalamientos indicaban conflictos de intereses, los cuales impedían que estos administradores fueran los mejores defensores de la población de edad avanzada.²⁹

La *Ley Núm. 171 del 30 de junio de 1968*, conocida como la *Ley Orgánica del Departamento de la Familia*, creó el Departamento de Servicios Sociales (hoy Departamento de la Familia).³⁰ Entonces, la Comisión de Geriatria fue adscrita a esta nueva agencia. Otra vez, el gobierno federal hizo varios señalamientos, entre estos mala administración de fondos, utilización de los mismos en otras poblaciones y conflicto de interés con la ley federal.

Como puede notarse, en Puerto Rico se comenzó a atender a esta población movidos por una asignación de fondos federales y no por una genuina preocupación por los derechos que se les debe brindar a este grupo. El interés estaba enmarcado en recibir estos fondos para darle otros usos diferentes a los establecidos por la ley federal.

En el 1986, la Legislatura de Puerto Rico, mediante legislación especial, aprobó la *Ley 121 del 12 de julio de 1986*, según enmendada, conocida como la *Carta de Derechos de la Persona de Edad Avanzada*, la cual estableció medidas para garantizar los derechos de las personas de edad avanzada³¹.

Esta ley define a las “personas de edad avanzada” como aquellas que tienen sesenta (60) años de edad o más. En su exposición de motivos se planteó la necesidad de desarrollar esta carta de derechos, ya que las personas de edad avanzada, a pesar de gozar de los mismos derechos naturales, legales y humanos de todos los adultos en Puerto Rico, muchas veces se veían marginadas e imposibilitadas de ejercerlos, ya sea por desconocimiento, por su

29 *Id.*

30 3 L.P.R.A. §211 (2009).

31 8 L.P.R.A. §34 (2004).

condición física o mental o por la estrechez de su ambiente social y humano.³²

A su vez, destaca el compromiso del gobierno de hacer todo aquello que esté a su alcance para mejorar las condiciones de vida de las personas de edad avanzada, en la medida en que los recursos gubernamentales así lo permitan. En la exposición de motivos de esta ley se reafirma la importancia que tiene el anciano en nuestra sociedad y recaban de las agencias públicas y privadas que realicen el máximo esfuerzo para que estas personas disfruten a plenitud de los derechos y prerrogativas que tienen merecidos.

Esta Carta y la declaración de política pública del gobierno son un paso decisivo para garantizar el bienestar de las personas de edad avanzada.

Vemos por primera vez en Puerto Rico el desarrollo de una ley que va acorde a los planteamientos internacionales que buscan mejorar el lugar de las personas de edad avanzada en la sociedad.

Luego de ser aprobada la Carta de Derechos de las Personas de Edad Avanzada, a través de la *Ley Núm. 68 del 11 de julio de 1988* se creó la *Ley Orgánica de la Oficina del Gobernador para Asuntos de la Vejez* (en adelante "OGAVE").³³ A través de esta ley se estableció una oficina dedicada a manejar los asuntos de la vejez desde la Oficina del Gobernador. A pesar de estos cambios, en junio de 1991 se publicó otro informe con varios señalamientos federales, entre los cuales están récords de contabilidad inadecuados, informes de gastos y "financial status reports" incorrectos. También se señala falta de información del parco, registros de propiedad inadecuados, monitorías de las agencias de área y centros inadecuados y otros más.³⁴

32 *Id.*

33 3 L.P.R.A. §1951 (2004). Derogada por la Ley Núm. 203 del 7 de agosto de 2004.

34 *Supra* n. 461.

Los anteriores señalamientos llevaron a que la Oficina se convirtiera en una agencia de alto riesgo o “high risk agency”.

En el año 2003, las estructuras sin fines de lucro que desempeñaban las funciones administrativas de la OPPEA fueron descertificadas. El gobierno federal recomendó cambios, facilitó el proceso, y OGAVE se convirtió en la administradora directa de los fondos federales. Se comenzó un proceso de descertificación de estas agencias sin fines de lucro para cumplir con el debido proceso de ley. Estas agencias tuvieron oportunidad de comparecer a vistas públicas y presentar sus argumentos. Se comenzó a trabajar una política pública dirigida a esta población y se estableció una estructura para darle continuidad a los servicios que se ofrecían.³⁵

En el año 2004, luego de evaluar la necesidad de otorgar más poderes a esta agencia que le permitieran trabajar efectivamente con las demandas de una población en aumento, OGAVE se convirtió en la primera OPPEA avalada por la administración federal a través de la *Ley Núm. 203 del 7 de agosto de 2004*, mejor conocida como la *Ley de la Oficina del Procurador(a) de las Personas de Edad Avanzada*.³⁶

B. Legislación desarrollada para proteger los derechos de las personas de edad avanzada

Desde 1984, se han aprobado una serie de leyes dirigidas a proteger los derechos de la población de edad avanzada. Entre éstas, podemos mencionar las siguientes:

- *Ley Núm. 32 de 29 de mayo de 1984* que promueve servicios funerales a los médicos indigentes.
- *Ley Núm. 108 de 12 de julio de 1985* que concedió a mitad de precio la admisión de personas de 60 años o más a cualquier actividad que se ofrezca en facilidades públicas.

35 *Id.*

36 3 L.P.R.A. §1976 (2004).

- *Ley Núm. 22 de 4 de febrero de 1995* que tipifica como delito el que una persona le niegue alimentos a una persona de edad avanzada.
- *Ley Núm. 23 de 4 de febrero de 1995* que tipifica como delito el abandono de una persona de edad avanzada.
- *Ley Núm. 51 de 4 de julio de 2001* para establecer la obligación de las agencias y corporaciones del ELA de crear una fila de servicio expreso para personas con impedimentos y personas mayores de 60 años de edad.
- *Ley Núm. 160 de 17 de noviembre de 2001*, mejor conocida como la *Ley de Declaración Previa de Voluntad sobre Tratamiento Médico en caso de Sufrir una Condición de Salud Terminal o de Estado Vegetativo Persistente*. Esta ley reconoce el derecho de toda persona de edad avanzada, en pleno uso de sus facultades mentales, a declarar previamente su voluntad sobre tratamiento médico en caso de sufrir una condición de salud terminal y de estado vegetativo persistente, sus requisitos, efectos, condiciones, nombrar un mandatario y para otros fines.
- *Ley Núm. 14 de 5 de enero de 2002* para enmendar el Artículo 4 de la *Ley Núm. 33 de 27 de junio de 1985*, según enmendada, conocida como *Ley para Establecer Requisitos Procesales Mínimos para la Suspensión de Servicios Públicos Esenciales*, a fin de clarificar el inicio del término para el envío de la notificación de suspensión de servicios públicos esenciales por falta de pago.
- *Ley 193 de 17 de agosto de 2002*, conocida como la *Ley para el Fortalecimiento del Apoyo Familiar y Sustento a Personas de Edad Avanzada*. A través de esta ley, las personas de 60 años y más de edad cuentan con un recurso para solicitar y obtener sustento de sus descendientes directos adultos.

- *Ley Núm. 165 de 10 de agosto de 2002* para derogar y adoptar una nueva sección 5.15 de la *Ley Núm. 5 de 14 de octubre de 1975*, según enmendada, conocida como *Ley de Personal del Servicio Público de Puerto Rico*, a fin de establecer como un beneficio marginal al que tienen derecho a disfrutar los empleados públicos, la utilización de la licencia por enfermedad o gestiones de personas de edad avanzada o impedidas del núcleo familiar, en reconocimiento a la necesidad de atender a esta población cada vez más numerosa y a quien le debemos respeto y atención.
- *Ley Núm. 244 de 3 de septiembre de 2003* para la creación de proyectos de vivienda de “vida asistida” para personas de edad avanzada en Puerto Rico.
- *Ley Núm. 183 de 1 de agosto de 2004* para adicionar un artículo 17A en la *Ley Núm. 76 de 24 de junio de 1975*, según enmendada, a fin de establecer que toda nueva construcción que se realice a partir del 1 de enero de 2006 y se destine como establecimiento para personas de edad avanzada y/o con impedimentos cumpla con la reglamentación vigente aplicable adoptada por el *United States Access Board*.
- *Ley Núm. 203 de 7 de agosto de 2004*³⁷ para crear la Oficina y el cargo del Procurador(a) de las Personas de Edad Avanzada.

Otra legislación de Estados Unidos de América que aplica en Puerto Rico es la siguiente:

- *Fair Housing Act*³⁸: Prohíbe la discriminación por razón de raza, color, origen, nacionalidad, religión, sexo, estado familiar, entre otras, en la venta, alquiler, financiamiento de viviendas y en otras transacciones relacionadas.

37 *Id.*

38 Title VIII of the Civil Rights Act of 1968.

- *Age Discrimination In Employment Act*³⁹: Prohíbe la consideración de la edad como único elemento al reclutar, rechazar, disciplinar, promover, degradar, despedir, asignar turnos de trabajo, así como implantar cualquier otra práctica que pueda afectar la condición de empleo de un individuo.
- *Older Americans Act 1965*⁴⁰: Establece la política pública del gobierno de los Estados Unidos de Norte América para las personas de edad avanzada.
- *Social Security Act*⁴¹: Es un seguro de retiro en beneficio de los trabajadores incapacitados y pensionados. La ley contempla el pago de pensiones de incapacidad para trabajadores que advienen incapacitados o que llegan a la edad de retiro, sus dependientes y sus descendientes.
- Incluye los programas de Medicaid para financiar asistencia médico-hospitalaria a personas de bajos ingresos que sean ancianos (65 años o más), ciegos o incapacitados, familiar con niños dependientes y/o necesitados, y Medicare, seguro de salud que beneficia a las personas de 65 años o más quien recibe seguro social, incapacitadas menores 65 años y de cualquier edad con daño permanente del riñón.

C. Oficina del Procurador(a) de las Personas de Edad Avanzada⁴²

Para implantar la política pública declarada en la *Ley Núm. 203 del año 2004*⁴³ se creó la OPPEA y el cargo del Procurador(a) de las Personas de Edad Avanzada, el cual cuenta con poderes investigativos, fiscalizadores y cuasi-judiciales. Estos poderes

39 29 U.S.C. §621 - §634 (2004).

40 *Supra* n. 459.

41 42 U.S.C. §7 (2006).

42 Creada por la Ley Núm. 203 del 7 de agosto de 2004, según enmendada.

43 *Supra* n. 469.

garantizan la defensa de la población ante entes públicos, privados e individuales. También tiene la facultad de ofrecer y exigir a las agencias gubernamentales el cumplimiento de estas leyes. Nótese que esta ley otorga poderes diferentes a OGAVE.

Entre sus responsabilidades están crear el Consejo Consultivo sobre Asuntos de la Vejez; establecer su composición y sus funciones; disponer el procedimiento para tramitar reclamaciones y querrelas; autorizar la imposición de multas administrativas y compensación por daños y fijar penalidades; establecer cláusulas transitorias; derogar la *Ley Núm. 68 de 11 de julio de 1988*, según enmendada, que crea la Oficina para los Asuntos de la Vejez y transferir sus fondos, equipos, expedientes y personal a la nueva Oficina; derogar la *Ley Núm. 308 de 3 de octubre de 1999*; y otros fines.⁴⁴

Con esta ley se comenzaron procesos nuevos entre los cuales está establecer la importancia de buscar entes de conocimientos especializados para crear programas acordes con las necesidades de esta población. La función principal de la OPPEA es ejercer liderazgo como defensor de las personas de 60 años y más, dirigir esfuerzos de organizaciones públicas y privadas, individuos y grupos comunitarios para lograr una mejor calidad de vida para la población de edad avanzada en Puerto Rico.

La OPPEA es responsable del cumplimiento de la *Ley Núm. 121 de 12 de julio de 1986*, conocida como la *Carta de Derechos de las Personas de Edad Avanzada*. Su misión es asegurar la excelencia en la calidad de vida de las personas de edad avanzada en Puerto Rico, protegiendo y promoviendo su derecho a la seguridad física, mental y social. Su visión es ser la agencia líder que promueva y garantice el bienestar físico, mental y social de estas personas, de manera que disfruten de una vida plena y productiva,

44 3 L.P.R.A. §1976a (2006).

proactiva en la defensa de los derechos humanos y legales e integrar y fiscalizar la gestión del sector público.⁴⁵

La OPPEA tiene la responsabilidad de fiscalizar la implantación de la política pública y de su cumplimiento por parte de agencias públicas y las entidades privadas. Esta oficina reglamenta, investiga, emite decisiones, acusa y adjudica. Su propósito principal es investigar y proveer los remedios y las actuaciones correctivas que sean necesarias ante acciones u omisiones que lesionen los derechos de las personas de edad avanzada.⁴⁶ Todo esto en armonía con la política pública enunciada en virtud de esta ley, de la *Ley Pública Núm. 89-73 del 14 de julio de 1965*, según enmendada, conocida como *Older American Act de 1965*⁴⁷, de la *Ley Núm. 121 del 12 de julio de 1986*, según enmendada, conocida como la *Carta de Derechos de Personas de Edad Avanzada* y de cualquier otra ley especial que así le faculte.

Además, esta oficina es un ente cuasi judicial y una entidad gubernamental, separada de la legislatura y de los tribunales, que administra o pone en vigor las leyes estatales y federales, cuyas actuaciones afectarán los derechos y obligaciones de toda clase de personas, ya sean naturales, jurídicas, privadas, agencias o entes gubernamentales. Esta agencia tiene la responsabilidad de educar, orientar, desarrollar política pública, iniciar o encaminar proyectos en todos los temas que afecten y mejoren la calidad de vida de dicha población.

El artículo 5 de la *Ley Núm. 203 de 7 de agosto de 2004* crea el cargo de Procurador(a) de las Personas de Edad Avanzada.⁴⁸ Este

45 Gobierno de Puerto Rico. Oficina de la Procuradora de Personas de Edad Avanzada, *Directorio de Servicios para las Personas de Edad Avanzada*, <http://www.gobierno.pr/NR/rdonlyres/FD392601-D4C4-4BDF-B3D8-A5C3874C453D/0/DirectorioPersonasEdadAvanzada.pdf> (consultado el 4 de abril de 2010).

46 3 L.P.R.A. §1976c (2009).

47 *Supra* n. 459.

48 3 L.P.R.A. §1976b (2009).

artículo establece que el Procurador(a) de las Personas de Edad Avanzada será nombrado por el Gobernador(a) con el consejo y consentimiento del Senado del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, por el término de diez (10) años y hasta que su sucesor o sucesora sea nombrado y tome posesión del cargo.⁴⁹

La ley establece que la persona designada deberá ser de reconocida capacidad profesional, independencia de criterio y probidad moral. Además, dicho cargo sólo podrá ser desempeñado por una persona que tenga conocimientos y/o experiencia en la administración pública, gestión gubernamental, servicios para las personas de edad avanzada y que haya cursado estudios y obtenido un grado universitario a nivel graduado en gerontología.⁵⁰

También deberá haber estado domiciliada en Puerto Rico por lo menos cinco (5) años inmediatamente anteriores a la fecha de su nombramiento. Ninguna persona que haya ocupado un puesto electivo o algún puesto ejecutivo que requiera confirmación del Senado del Estado Libre Asociado de Puerto Rico podrá ser nombrada durante el término por el cual fue electa o designada para ocupar el cargo de Procurador(a) de las Personas de Edad Avanzada.⁵¹

El artículo 5 de la ley también indica que “el Gobernador(a), sin menoscabo de sus prerrogativas constitucionales, podrá solicitar y recibir recomendaciones del sector gubernamental y de los grupos identificados con los derechos de las personas de edad avanzada sobre posibles candidatos(as) para ocupar el cargo. El Gobernador(a), previa notificación y vista, podrá declarar vacante el cargo del Procurador(a) por incapacidad física o mental que le inhabilite para el desempeño de las funciones del cargo, por negligencia en el desempeño sus funciones u omisión en el cumplimiento del deber. Además, serán causas de destitución del cargo

49 *Supra* n. 36, Art. 469.

50 *Supra* n. 479.

51 *Id.*

la comisión y convicción de cualquier delito contra la función pública, contra el erario público y/o cualquier delito grave”.⁵²

Además, la ley establece que “en caso de enfermedad o ausencia temporal del Procurador(a), éste podrá designar a un Procurador(a) Auxiliar que asumirá todas las funciones, deberes y facultades de dicho cargo hasta tanto el Procurador(a) se incorpore en el mismo. Cuando surja una incapacidad que le impida continuar en dicho cargo o el cargo de Procurador(a) quede vacante de forma permanente antes de expirar el término de su nombramiento, la persona designada temporariamente asumirá todas las funciones, deberes y facultades de ésta por el término no cumplido de la que ocasione tal vacante, hasta que su sucesor(a) sea designado y tome posesión del cargo”.⁵³

La OPPEA cuenta con el asesoramiento de un Consejo Consultivo sobre los Asuntos de la Vejez, el cual está integrado por los Secretarios de los Departamentos de Salud, Familia, Educación, Recreación y Deportes, Trabajo y Recursos Humanos y Vivienda, además de otros cinco miembros representantes del interés público que son nombrados por el Gobernador, dos de los cuales tienen que ser personas de edad avanzada.⁵⁴

Esta Oficina está encargada de desarrollar y administrar el *Plan Estatal en Envejecimiento* de acuerdo a los requerimientos de la *Ley Federal Núm. 88-73 de 14 de julio de 1965*, conocida como *Ley del Ciudadano de Edad Avanzada*, según enmendada en el año 2006. Por otro lado, es la principal responsable de coordinar y evaluar todas las actividades relacionadas a los objetivos de la ley y el principal defensor de la población de edad avanzada en Puerto Rico. Además esta oficina ha sido designada por la Organización

52 *Id.*

53 *Id.*

54 3 L.P.R.A. §1976h (2009).

de las Naciones Unidas para garantizar el cumplimiento del Plan de Envejecimiento de Madrid.⁵⁵

1. Presupuesto y recursos asignados

La OPPEA está a cargo de administrar los fondos federales para atender a la población de personas de 60 años o más con o sin recursos. El noventa por ciento (90%) de estos fondos son fondos federales. El gobierno estatal brinda un dos por ciento (2%) de los fondos que se les exige como fondos de pareo o “matching funds”. Otros fondos que se asignan provienen de fondos especiales.

...los dineros que se recauden por concepto de las multas administrativas que se impongan, ..., por acciones u omisiones que lesionen los derechos de las personas de edad avanzada ingresarán a un fondo especial bajo la responsabilidad de la Procuraduría, sin sujeción a la política pública contenida en la *Ley Núm. 230 de 23 de julio de 1974, según enmendada, conocida como Ley de Contabilidad del Gobierno de Puerto Rico*.⁵⁶

Este dinero es utilizado para cubrir parte de los gastos operacionales, fiscales y administrativos de la OPPEA, además de las asignaciones presupuestarias anuales.

Durante el año fiscal 2007-2008, la OPPEA contó con un presupuesto consolidado de fondos federales y estatales de \$22,265,994. Este presupuesto provino de fondos estatales (RC Fondo General y RC Asignación Especial) - \$3,755,000; fondos federales bajo la *Ley del Ciudadano de Edad Avanzada*, Título III, VII y NSIP - \$16,878,355; y fondos federales (Proyectos Especiales) - \$1,632,639.⁵⁷ En el año fiscal 2008-2009, el presu-

55 Portal del Reciento de Ciencias Médicas, UPR, *Informe Anual 2008*, http://www.rcm.upr.edu/PublicHealth/medu6500/Unidad_3/Labault_Informe-Anual.pdf (consultado el 30 de abril de 2010).

56 3 L.P.R.A. §1976k (2009).

57 Presupuesto recomendado 2010-2011.

puesto consolidado disminuyó a \$21,024,000, aumentando para el año 2009 en \$22,770,000, y disminuyendo nuevamente en el año 2010 a \$22,161,000. El presupuesto consolidado para el año 2010-2011 asciende a \$23,171,000. Los recursos incluyen \$1,281,000 provenientes de la Resolución Conjunta del Presupuesto General, \$1,300,000 de asignaciones especiales, \$19,969,000 de Fondos Federales y \$621,000 del Fondo de Estabilización.⁵⁸

Los gastos de funcionamiento reflejan un aumento de \$1,010,000 en comparación con los recursos asignados el año anterior. Esto responde principalmente a un incremento en los fondos federales para el año fiscal 2010-2011. La asignación especial de fondos está destinada para nutrir proyectos en beneficio de esta población. Por otro lado, los Fondos de Estabilización Fiscal son producto de la *Ley Núm. 91 de 13 de mayo de 2006*, según enmendada, conocida como *Ley del Fondo de Interés Apremiante*.⁵⁹

2. Logro de sus metas

En su informe anual 2008, la OPPEA destaca como logro la obtención de más fondos federales para servicios y la creación de más de 29 acuerdos colaborativos e iniciativas con agencias públicas y entes privados. También menciona que han impulsado el desarrollo de reglamentos y protocolos que dieron inicio al discrimen de esta población.⁶⁰

La OPPEA ha tenido una participación activa en proyectos de ley cuya temática está relacionada con asuntos de interés para las personas de edad avanzada. Ha logrado acuerdos de colaboración con la Autoridad de Desperdicios Sólidos, Departamento de Recursos Naturales y Ambientales y Junta de Calidad Ambiental en un plan de educación masiva en beneficio de las personas de edad avanzada, para que tomen conciencia de las medidas de

58 *Id.*

59 *Id.*

60 OPPEA, Informe Anual 2008.

protección del ambiente y los derechos que tienen a disfrutar de un ambiente saludable. Se desarrolló un Plan Operacional de Emergencias a ser utilizado en Centros de Servicios Múltiples y Establecimientos de Cuidado de Larga Duración. Además, se inició un programa de transportación para personas de edad avanzada en toda la isla, junto a la Autoridad Metropolitana de Autobuses.⁶¹

La OPPEA también participó del Congreso de Vivienda Mundial donde obtuvieron recursos de Canadá y Estados Unidos para trabajar el tema de vivienda con Puerto Rico, y, junto al Departamento de Salud, se logró la vacunación de personas de edad avanzada.⁶²

3. Obstáculos en la OPPEA

En el año 2009, la OPPEA enfrentó diferentes obstáculos para poder cumplir con las metas de brindar servicios a la población de personas de edad avanzada. En el Informe Final del Proceso de Transición del Hon. Luis Fortuño⁶³ se advierte que existe una demanda radicada por la Procuradora de las Personas de Edad Avanzada contra el Departamento de Hacienda.

Esta demanda, que solicita la devolución de \$2.1 millones de dólares, se refiere a fondos federales asignados y recibidos por Hacienda correspondientes a los programas de los centros y grupos auspiciadores que brindan servicios y beneficios a la población de edad avanzada. La demanda alega, según indica el informe, que la práctica utilizada por Hacienda, en la cual deposita en una cuenta común todos los ingresos, incluyendo aquellos de programas federales, para luego desembolsar los dineros, es una práctica ilegal.⁶⁴ Entendemos, que si el gobierno estatal utiliza unos fondos

61 *Id.*

62 *Id.*

63 Informe Final del Proceso de Transición del Comité de Transición del entrante Gobernador. Luis G. Fortuño, 25 (28 de enero de 2009).

64 *Id.*

federales asignados a programas donde se atiende a la población de personas de edad avanzada, los servicios se van a afectar. Por lo tanto, uno de los primeros obstáculos que identificamos que impiden cumplir de forma plena con los servicios dirigidos a esta población es esta práctica del Departamento de Hacienda que ha sido denunciada por la Procuradora.

Otro de los escollos que se han identificado en el camino es el relacionado a la aprobación de la *Ley Núm. 7 del 9 de marzo de 2009*, conocida como la *Ley Especial Declarando Estado de Emergencia Fiscal y Estableciendo un Plan Integral de Estabilización Fiscal para Salvar el Crédito de Puerto Rico*, que redujo la cantidad de empleados en la nómina del gobierno como medida para enfrentar la crisis económica que vive Puerto Rico. En su exposición de motivos, la ley establece que la reducción de los gastos de nómina “se atiende mediante el plan de reducción de gastos que se dispone en el Capítulo III de esta Ley”. La ley establece que “los empleados afectados son de aquellas agencias que atienden sus nóminas del fondo general del gobierno estatal”⁶⁵

Luego de que se aprobó esta ley, se entregó a los jefes de agencias del Gobierno de Puerto Rico las cartas de despido de sus empleados para que ellos a su vez hicieran la entrega de las mismas. Cuando la Procuradora de las Personas de Edad Avanzada, la Sra. Rossana López León, recibió las cartas de despidos para sus empleados, no las entregó y le comunicó a la Junta de Reestructuración y Estabilización Fiscal (en adelante “JREF”) que debían de eximirla de cumplir con esta ley. Entre los fundamentos presentados a esta Junta estableció que su agencia operaba en un 90% con fondos federales. Además, el despedir empleados pudiera afectar adversamente los servicios que se ofrecen a esta población. No obstante, la JREF no escuchó sus planteamientos.

65 Ley 7 de 9 de marzo de 2009.

La OPPEA entró en un pleito legal con el gobierno estatal, y radicó una demanda en el Tribunal Federal, Distrito de Puerto Rico. López León solicitó al Tribunal Federal en San Juan que ordenara un cese y desista en contra del gobernador Hon. Luis Fortuño y la JREF, ante el pedido de que entregara 111 cartas de cesantías a empleados cuyos sueldos son pagados con fondos federales. Sin embargo, el juez federal García Gregory desestimó la demanda y expuso que “la demandante no sufriría un daño irreparable si se entregan las cartas de cesantía a cualquiera de los empleados cuyos sueldos provienen de fondos federales, porque el despido no sería inmediato”.⁶⁶ Inconforme, López León acudió en alzada al Primer Circuito de Boston, en donde el caso continúa pendiente.⁶⁷

Entendemos que la OPPEA ha demostrado a través de sus informes que el 90% de los fondos con los que operan son federales. Por otra parte, el Gobierno asigna otros fondos de parco o “matching funds”. El Gobierno, según se desprende de los informes anuales de la OPPEA, no ha aumentado la cantidad de fondos que le asigna a la agencia más de lo que está obligado por el gobierno federal. Los otros fondos que utiliza la agencia son del fondo especial que son obtenidos de las multas administrativas que se imponen por acciones u omisiones que lesionan los derechos de las personas de edad avanzada. Además, la propia *Ley* ⁷⁶⁸ establece que se despedirán a los empleados “donde sus agencias atienden sus nóminas del fondo general del gobierno estatal”. La finalidad de esta agencia es atender y viabilizar la solución de los problemas de esta población y es éste el punto de partida a utilizar en la toma

66 Microjuris. *A Boston la Procuradora de Envejecientes*, <http://pr.microjuris.com/contentNews?id=111> (consultado el 4 de abril de 2010).

67 Portal de Primera Hora. *Apoyan en Estados Unidos a la Procuradora de Personas de Edad Avanzada*, www.primerahora.com, (consultado el 30 de marzo de 2010).

68 Ley Núm. 7 del 9 de marzo de 2009.

de decisiones que puedan afectar los servicios que se ofrecen en esta oficina.

4. Plan de Reorganización Número 1

Otro de los retos que ha presentado la OPPEA en los últimos meses es la aprobación de la *Ley Núm. 182 de 17 de diciembre de 2009*, conocida como *Ley de Reorganización y Modernización de la Rama Ejecutiva 2009* (en adelante la “*Ley 182*”).

Esta ley fue creada con el fin de reorganizar y modernizar las agencias de la Rama Ejecutiva y crear el Consejo de Modernización de la Rama Ejecutiva, adscrita a la Oficina del Gobernador.⁶⁹ El consejo asesor que evalúa las estructuras administrativas de diferentes agencias recomendó la consolidación de las procuradurías bajo una entidad sombrilla en un plan conocido como el *Plan de Reorganización Núm. 1 de 2010, Unión de las Procuradurías*.⁷⁰

El Plan pretende reorganizar las funciones, poderes, facultades y responsabilidades de las procuradurías que atienden los derechos de las personas con impedimentos, veteranos, pacientes beneficiarios de la Reforma de Salud, mujeres, personas de edad avanzada y la Oficina del Procurador del Ciudadano (Ombudsman), y adscribir dicha oficina a la rama ejecutiva.⁷¹

Además, con esta reorganización se pretende crear la Oficina del Procurador de la Salud y la Oficina del Procurador de Personas Pensionadas y de Edad Avanzada; transformar la Oficina del Coordinador General para el Financiamiento Socio-Económico y

69 Oficina de Servicios Legislativos de Puerto Rico, <http://www.oslpr.org/DOWNLOAD/ES/2009/0182c1644.pdf> (consultado el 31 de marzo de 2010).

70 Asamblea Legislativa, *Plan de Reorganización Número 1 2010: Procuradurías*, http://www.senadopr.us/Plancs%20dc%20Reorganizacion/PLAN_01.pdf (consultado el 28 de abril de 2010).

71 *Id.*

la Autogestión en la Oficina del Procurador de las Comunidades; crear la Oficina de Administración de las Procuradurías (en adelante “OAP”) como componente administrativo y operacional de las procuradurías; y establecer la jurisdicción de la OAP y de cada una de las procuradurías conforme a la organización gubernamental propuesta. Este proyecto está siendo evaluado en la Asamblea Legislativa y al momento no ha sido aprobado.⁷²

El artículo 2 del Plan establece que “estos cambios generarán economías procesales y presupuestarias que resultarán en más y mejores recursos para ofrecer servicio directo a los ciudadanos”. En este Plan, la OPPEA servirá, además, a las personas pensionadas. A tales efectos, este artículo establece que la OPPEA será responsable de atender los reclamos y viabilizar la solución a los problemas y necesidades de todo pensionado, participante y/o beneficiario de los diversos sistemas de retiros públicos, así como de las personas de edad avanzada en las áreas de educación, planificación financiera, salud, empleo, derechos civiles y políticos, legislación social, laboral y contributiva, vivienda, transportación, recreación, cultura y otras que le sean referidas por la OAP. Las labores administrativas que actualmente realiza la OPPEA estarán integradas a la OAP.

Basado en lo anterior, habría que preguntarse cómo se hará la reasignación de fondos para atender cada población. Hay que recordar que en el pasado hubo mal manejo de los fondos federales que estaban dirigidos a las personas de edad avanzada. Por esta razón, se creó la Procuraduría como un órgano independiente separada de cualquier otra agencia o entidad pública.

Por otro lado, en el artículo 18 del Plan pueden verse algunos de los cambios propuestos en relación con la OPPEA. El primer cambio es que esta oficina ya no será una entidad jurídica independiente separada de cualquier otra agencia o entidad pública,

72 *Id.*

sino que será “una entidad jurídica independiente en la Rama Ejecutiva”.

En el mismo artículo puede apreciarse que se retiran funciones que tenía bajo la *Ley 203*.

Según esta ley, la OPPEA sirve como instrumento de coordinación para atender y viabilizar la solución de los problemas, necesidades y reclamos de las personas de edad avanzada en las áreas de educación, salud, entre otros. Bajo el Plan, sus funciones se limitarán a atender e investigar los reclamos y velar por los derechos de todo pensionado, participante y/o beneficiario de los diversos sistemas de retiro público o privados, así como de las personas de edad avanzada en las mismas áreas, añadiendo planificación financiera y seguridad. En otro párrafo del mismo artículo puede apreciarse que su función se limitará a “fiscalizar la implantación y cumplimiento por las agencias y entidades privadas de la política pública dispuesta en la *Ley Núm. 121*”, eliminando las funciones de investigar, reglamentar, planificar, coordinar, diseñar y desarrollar programas y proyectos encaminados a atender estas necesidades.

Otro gran cambio del Plan está relacionado al nombramiento del Procurador(a) de las Personas Pensionadas y de Edad Avanzada. El artículo 19 del Plan mantiene algunos de los criterios que se exigen en la *Ley Núm. 203*, eliminando los siguientes requisitos: que la persona tenga independencia de criterio, experiencia en administración pública, gestión gubernamental y en servicios para las personas de edad avanzada y que haya obtenido un grado universitario a nivel graduado en gerontología. Además, se establece que el sueldo para este funcionario(a) será el equivalente al de un Juez del Tribunal de Apelaciones. En la *Ley 203*, la remuneración del cargo la fijaba el gobernador tomando en consideración lo establecido para los Secretarios(as) de departamentos ejecutivos.

El cargo del Procurador(a) bajo la nueva reestructuración requiere una persona con menos preparación. Ni siquiera indica el tipo de preparación académica; sólo “experiencia profesional”. Este requisito es muy general y no establece unos criterios específicos del tipo de experiencia profesional requerida. Por otro lado, elimina que la persona en este puesto tenga independencia de criterio, requisito que consideramos de suma importancia para evaluar diferentes situaciones y circunstancias.

Otro cambio que se contempla es que en caso de enfermedad, incapacidad, ausencia temporal, o cuando por cualquier causa el cargo del Procurador adviniere vacante, el Gobernador designará a una persona que asumirá las funciones hasta tanto su sucesor sea nombrado en propiedad y tome posesión del cargo o concluya el término del nombramiento de su predecesor, lo que ocurra primero. La *Ley 203* da amplia libertad en estas instancias, ya que menciona que:

...en caso de enfermedad o ausencia temporal del Procurador(a), el Procurador(a) podrá designar a un Procurador(a) auxiliar a cubrir dicha posición y asumirá todas las funciones, deberes y facultades de dicho cargo, hasta tanto el Procurador (a) se incorpore en el mismo.⁷³

Lo que se hace en el Plan es añadir otras razones que pueden provocar la ausencia del Procurador(a) para dar la facultad nominadora al propio Gobernador. Este cambio demuestra la independencia que va perdiendo este ente jurídico, ya que el Gobernador es el que está facultado para hacer los nombramientos de esta oficina.

Actualmente, bajo la *Ley 203* para seleccionar el cargo de Procurador(a), el Gobernador puede solicitar y recibir recomendaciones del sector gubernamental y de los grupos identificados con los derechos de las personas de edad avanzada. Bajo el nuevo Plan

se elimina esta disposición, y da completa libertad al Gobernador de nombrar a quien estime pertinente para el puesto.

Como mencionamos anteriormente, el Plan elimina funciones al Procurador y las transfiere al OAP. Esta agencia ya no tendría las facultades cuasi judiciales que tiene en el presente, ya no recibiría, atendería, investigaría y procesaría las querellas. También pierde sus funciones reglamentarias y la facultad de emitir decisiones en las controversias que se presentan.

Cabe señalar que la actual Procuradora de la OPPEA hizo varios planteamientos a la Comisión que está evaluando este proyecto. Entre las razones que expone para oponerse a la aprobación del Plan se encuentra que se paralizarían los servicios que se ofrecen a más de 453,000 personas a través de los municipios y a las organizaciones sin fines de lucro. Estas últimas serían estranguladas y se verían obligadas a cerrar. A su entender, este proyecto costará más añadiendo otras estructuras y pondrá en riesgo 26 millones de dólares federales. La Procuradora expone que se aumenta la burocracia y no se requiere del procurador designado y del personal que labora con éste(a), el conocimiento especializado para atender esta población. Por otro lado, señala que la implantación de la estructura propuesta resultaría en un costo mucho más alto para el Pueblo de Puerto Rico.⁷⁴

Anualmente, la OPPEA somete un plan de trabajo estatal que necesita la aprobación del gobierno federal para la asignación de fondos. El plan estatal de la OPPEA para el año 2010 ya fue sometido y aprobado por el gobierno federal. El Plan altera lo ya dispuesto y acordado. La ley federal *Older American Act of 1965*⁷⁵ establece que cualquier cambio en la estructura aprobada en el plan estatal de la OPPEA debe ser sometido y aprobado por

74 Rossana López León, *Ponencia sobre el Plan de Reorganización Núm. 1 ante la Comisión de Gobierno de la Cámara de Representantes de Puerto Rico* (San Juan, PR, 9 de febrero de 2010) (transcripción de ponencia).

75 *Supra* n. 459.

el gobierno federal como requisito para la asignación de fondos. La Procuradora indicó que cualquier incumplimiento con esta ley federal provocaría una paralización en los fondos que se reciben.⁷⁶

Otro de los aspectos señalados por la Procuradora en su ponencia está relacionado a las funciones del Consejo de Modernización de la Rama Ejecutiva, según lo establecido en la *Ley Núm. 182*. El artículo 3 inciso (g) señala que entre los propósitos y objetivos de la reorganización está:

Desarrollar un plan de trabajo para la reorganización que provea para que cada departamento o agencia sea evaluado en las siguientes áreas: 1) organización interna; 2) misión y tangencia de los programas para el logro de dicha misión; 3) coordinación intra e interagencial y relación con las funciones de otras agencias o programas; 4) evaluación de eficiencia (tiempo, procesos y costos) y efectividad (resultados) en los servicios críticos; 5) reglamentos operacionales, a fin de reducir procesos burocráticos y eliminar obstáculos que limiten el desarrollo socioeconómico del país.⁷⁷

La Procuradora expresó que de acuerdo con los propósitos y objetivos de la reorganización, el *Consejo de Modernización de la Rama Ejecutiva* en ningún momento llevó a cabo una amplia evaluación de la OPPEA. Señaló que no hubo evaluación de la organización interna; no se realizó una evaluación de eficiencia y efectividad en los servicios críticos ni el área fiscal, programática, manejo de fondos y reglamentos de acuerdo al Art. 3(g)(5). La Procuradora expone otros procesos que no se llevaron a cabo según lo contempla la ley para hacer las recomendaciones de reestructuración.

⁷⁶ *Supra* n. 507.

⁷⁷ 3 L.P.R.A. §8822 (2009).

El Artículo 5 de la *Ley Núm. 182* establece las funciones, facultades y deberes del Consejo, los cuales podemos resumir de la siguiente forma:

El Consejo tendrá los poderes, facultades, atribuciones y prerrogativas inherentes al cargo entre los cuales se enumera, sin que ello constituya una limitación, los siguientes:

- a. requerir de las agencias la información, documentos y/o expedientes necesarios para llevar a cabo las funciones y responsabilidades asignadas mediante esta Ley;
- b. citar a reunión y discutir con los jefes de agencia o sus representantes autorizados las propuestas de cambio que se estén evaluando y que puedan afectar a sus respectivas agencias, así como los borradores de los planes de reorganización que se produzcan como resultado de dichas evaluaciones;
- c. Evaluar a la Rama Ejecutiva, incluyendo las corporaciones públicas, con miras a proponer los cambios necesarios que le permitan cumplir con el propósito y los fines expresados en el Artículo 3 de esta ley;
- d. Someter el plan o los planes de reorganización recomendados, a que se hace referencia más adelante, a la consideración del Gobernador. Los jefes de agencia podrán presentar propuestas de reorganización y hacer recomendaciones de cambio al Consejo. Junto con el plan o planes correspondientes, el Consejo enviará un informe explicativo de los mismos, mediante el cual justificará la necesidad de su aprobación, conforme a las disposiciones de esta ley; y
- e. Establecer la reglamentación interna que permita el funcionamiento efectivo, eficiente y ordenado para poder cumplir con los objetivos de esta ley.⁷⁸

La Procuradora señaló que en ningún momento los miembros del Consejo de Modernización se acercaron a la OPPEA a requerir información, documentos y/o expedientes que eran necesarios para llevar cabo las funciones y responsabilidades, según dispone el Art. 5(a) y tampoco fue citada a alguna reunión junto con los jefes de agencia para discutir las propuestas de cambio que se estaban evaluando. En este caso, habría que evaluar la legalidad de las actuaciones del Consejo de Modernización. A través de la *Ley 182* se establecen una serie de pasos para cumplir con el procedimiento de reorganización, pero según expone la Procuradora, este Consejo violentó la propia ley que los crea.

Consideramos que los señalamientos de la Procuradora de las Personas de Edad Avanzada son muy válidos en la defensa de los fondos que se asignan para atender a la población que representa. Antes de la OPPEA, la protección de los derechos de la población de edad avanzada estuvo asignada al Departamento de la Salud y posteriormente al Departamento de Servicios Sociales. Estos departamentos no protegieron los fondos asignados y la agencia estuvo clasificada como una de “alto riesgo” por el gobierno federal. Desde la creación de la OPPEA se estableció un mecanismo de auditoría interna y externa que ha demostrado que se está haciendo un uso correcto de los fondos. El gobierno federal ha asignado más fondos a esta entidad, debido a la buena administración. Además, la Oficina del Contralor ha premiado a esta oficina por no tener señalamientos negativos en las auditorías realizadas durante los últimos años.

Cuando se creó la OPPEA se estableció la importancia de buscar entes especializados en gerontología, pues las necesidades de esta población son particulares y propias.

Por otro lado, este organismo se creó para integrar y fiscalizar la gestión del sector público, investigar y proveer los remedios y actuaciones correctivas que sean necesarias ante acciones u omisiones que lesionen los derechos de las personas de edad avanzada.

¿Cómo será posible lograr esa fiscalización si se responde al propio gobierno, entiéndase al Gobernador? Además, el Gobernador tendría amplio criterio para nombrar a la persona a este cargo y a los miembros del Consejo.

La OPPEA pasaría de ser un ente cuasi judicial que administra y pone en vigor leyes estatales y federales, a ser un administrador que vele porque se corrija alguna queja o querrela que le llegue a través de la OAP. Debe tenerse cuidado al estudiar este Plan y tener como norte el que no se afecten los servicios que merecen el grupo de personas de edad avanzada.

IV. Conclusión

Como puede apreciarse, la OPPEA ha estado muy activa en los últimos años. Esta oficina ha ampliado sus servicios y está consciente de que la labor de educación es muy importante para continuar ofreciendo la calidad en los servicios y poder seguir defendiendo a esta población.

En Puerto Rico, la población de personas de 60 años o más está creciendo a un ritmo acelerado y existe una preocupación por desarrollar y crear las estructuras que permitan poder llenar las necesidades de esta población. En el año 2010 se planteó que esta población alcanzará una proyección de 802, 587 (20.1%) y por primera vez en la historia de Puerto Rico se iguala a la población de 15 años o menos.

Asimismo, el 44% de la población vive en niveles de pobreza. Esto es casi la mitad de este grupo de edad. El 84.2% de este grupo depende del seguro social como fuente de ingresos principal y el 34.4% depende del Programa de Asistencia Nutricional. El costo de vida seguirá aumentando, por lo que un ingreso de seguro social no es suficiente para atender sus necesidades médicas, de salud, de recreación y otras.

Por otro lado, el desarrollo de política pública en torno a los derechos de personas de edad avanzada ha ido en crecimiento. Se han desarrollado varias leyes que plantean unos propósitos de justicia social, igualdad, concesión de poderes y coordinación de esfuerzos interagenciales que garantizan la calidad de vida de las personas de edad avanzada.

La Carta de Derechos de las Personas Mayores y posteriormente la creación de la OPPEA, a través de la creación de la *Ley Núm. 203*, demuestran que el Estado ha estado brindando gran atención a esta población.

La OPPEA en Puerto Rico surgió como un ente que administra los fondos federales que brinda el gobierno de los Estados Unidos para el desarrollo de programas, investigaciones y atenciones a esta población. Le corresponde desarrollar y administrar el “Plan Estatal en Envejecimiento” de acuerdo a los requerimientos federales. La finalidad primordial de esta procuraduría es defender los derechos de las personas de edad avanzada o adultos mayores defendiéndolos, educando a la población y sensibilizándola.

A pesar de todos estos esfuerzos, la OPPEA se ve amenazada con desaparecer. El Plan, que está siendo considerado por la Comisión de Gobierno de la Cámara de Representantes, podría ser un retroceso a los logros alcanzados. Luego de que se legisló y logró salvar los fondos federales asignándolos a esta Oficina y que se le concedieron unos poderes con el propósito de garantizar el bienestar de las personas de edad avanzada, parece verse amenazada ante el Plan que se pretende aprobar.

Está claro que la ley federal *Older American Act*⁷⁹ tiene unas exigencias para seguir brindando fondos que sean utilizados en programas para las personas de edad avanzada. El Plan anual fue aprobado y no permite cambios, lo que podría afectar la asignación de 26 millones de dólares. Ahora se pretende que la Procuradora

79 *Supra* n. 459.

velo por los intereses de los pensionados. En otros países como Guatemala, por ejemplo, en el año 2005, se separó la Defensoría del Adulto Mayor de la Defensoría de Personas Discapacitadas porque se dieron cuenta de que las necesidades de cada población son muy diferentes.⁸⁰

Sólo resta esperar que el Plan no sea aprobado y que la OPPEA siga respondiendo a las personas de edad avanzada en Puerto Rico como lo ha hecho hasta el presente.

80 Portal Mayores, *Boletín Envejecimiento y Desarrollo en América Latina y el Caribe*, Núm. 4, 5, <http://www.portalmayores.csic.es/documentacion/biblioteca/registro.htm?iPos=0&id=51621&irPag=1&clave=R2A1st2A1C&p=0> (consultado el 31 de marzo de 2010).

Reproducción Asistida: ¿Familia construida? Análisis del Proyecto de Ley P. del S. 1568 y Derecho comparado

Isabel Smith¹

I. Introducción

Es difícil concebir que en el siglo XXI vivamos en una sociedad donde los avances científicos progresan a un ritmo tan acelerado que nuestro orden jurídico no tiene la agilidad para amoldarse a una nueva realidad cotidiana. Éste es el caso de la reproducción asistida. Tan reciente como el pasado 7 de mayo del 2010, la senadora Luz Z. Arce Ferrer presentó una controversial medida en el Senado de Puerto Rico, proyecto núm. 1568, para enmendar la Ley Núm. 149 de 18 de junio de 2004, según enmendada, conocida como “Código Penal del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.”² Dicho proyecto está destinado a regular distintos aspectos de la reproducción asistida. No somos el primer país que se embarca en regular dicha práctica científica, ya alrededor del mundo existe legislación relacionada a este tema tan controversial, por tal razón, esta legislación, aunque no perfecta, vislumbra voluntad a nueva era.

Para comprender el mandato de ley en la práctica de reproducción asistida, se explicaran los conceptos ligados al tema científico, al igual, que los aspectos sociales que se ven afectados. Para luego en un ejercicio crítico del mandato, presentar una opinión de los puntos a favor y en contra del proyecto de ley núm. 1568.

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

2 33 L.P.R.A. § 3001 (2004).

II. ¿Qué es la reproducción asistida?

A. Contexto Familiar

Hoy día, la idea de lo que equivale a una familia se ha apartado de lo que una vez fue el concepto establecido luego de la Segunda Guerra Mundial. Éste definió la familia como un vínculo entre hombre y mujer; el hombre siendo quien aporta económicamente al sustento de la misma mientras la mujer educa a los hijos comunes y mantiene el hogar.³ No muy favorablemente, este modelo anticuado continúa definiendo el concepto de familia tanto en el ámbito jurídico como en el social. Dicha noción familiar, aunque aceptada por las masas, implanta una limitada visión de lo que pudiera ser la familia en otras circunstancias. De tal realidad jurídica, podemos inferir que ésta es una de las razones, por el cual al derecho se le dificulta adaptarse a las cambiantes situaciones familiares creadas por la reproducción asistida.⁴

El Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce:

El derecho de los hombres y de las mujeres a partir de la edad núbil a casarse y fundar familia; sin que este derecho pueda ser impedido ni prohibido por motivos de raza, nacionalidad o religión, el párrafo tercero añade que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado.⁵

B. Definiciones científicas

Madre siempre se ha identificado con un proceso natural de gestación. El parto luego, identificaba al hijo y establecía un

3 Encarnación Roca Trias. *La Diversidad de Formas Familiares ante el Derecho*, 41 Rcv. Jurídica U. Inter. P.R. 7, 8 (2007).

4 *Id.*

5 *Id.*, en la pág. 15.

vínculo jurídico entre ambos. Para reconocer la maternidad, el derecho ha dado importancia a: la concepción, la gestación, el parto y la identidad del niño.⁶ Los avances científicos han logrado modificar esa definición estática. Parejas, personas solteras, mujeres viudas que conservan esperma de su difunta pareja, parejas homosexuales, entre otros, han acudido al campo científico para atemperar el deseo que tienen de crear prole y la situación médica particular, que indica que no pueden concebir naturalmente.

La reproducción asistida ha cogido un auge en nuestros tiempos. Existen varios métodos para la misma:

1. Inseminación artificial homóloga (IAH) – la inseminación de una mujer con esperma de su pareja.⁷
2. Inseminación artificial con donante (IAD) – se lleva a cabo la inseminación con esperma de un donante, no relacionado con la mujer. Se deposita en el óvulo o en las trompas de Falopio.⁸
3. Fertilización-in vitro- el óvulo se fertiliza fuera del útero y luego se trasplanta como embrión o cigoto. También se pueden congelar para utilizar en una fecundación subsiguiente por si el procedimiento no da fruto.⁹

Las causas para llevar a cabo dichos procedimientos pueden ser varias. Una de estas razones es la esterilidad. Ésta puede ser afectada por distintas causas: 1) Causas naturales, cuando la persona no produce gametos o no puede concebir 2) Causas voluntarias,

6 Ivette Coll de Pestana & Cándida R. Urrutia de Basora. Ponencia. *La Nueva Tecnología Reproductiva: Reflexiones sobre los Nuevos Métodos de Inseminación Artificial y sus Efectos en las Normas Filiatorias y Hereditarias*, 8-9 (XXI Congreso Internacional del Notariado Latino en Berlín, Alemania, 1995).

7 Ramón Isals, *Aspectos Legales de la Reproducción Asistida y la Clonación*, 87-88, <http://www.uprb.edu/milenio/Milenio2003/12AspLeg03.pdf> (accedido 5 de octubre del 2010).

8 *Id.*

9 *Id.*, en la pág. 88.

personas que en algún momento eran fértiles, pero se esterilizaron voluntariamente 3) Causas circunstanciales, cuando la persona era fértil pero por un accidente o enfermedad quedó afectada su capacidad de procrear.¹⁰

La maternidad subrogada es otro método de reproducción asistida, pero quizás la más controversial por lo que la discutiremos de manera separada. Ésta involucra a una mujer gestando para otra, de manera que la madre gestante y la madre quien criará al niño son distintas.¹¹ Existen dos tipos de subrogación: la subrogación parcial o genética y la completa, no genética. En la subrogación parcial, la madre gestante y el padre contratante, son los padres genéticos de la criatura; de manera que la madre contratante no se relaciona genéticamente con la criatura. En la subrogación completa, el padre y la madre contratante son los padres biológicos de la criatura, y la madre gestante solo presta su vientre para gestar.¹² Luego de nacer el niño la pareja adquirente, adopta de manera legal a la criatura.

III. ¿Cuál es la opinión sobre la reproducción asistida?

A. Creencias religiosas

La iglesia católica se ha expresado sobre la reproducción asistida. Entienden que el ser humano debe de ser respetado de manera absoluta desde su concepción, porque es la única criatura en el mundo que Dios ha querido para sí mismo y cuando ocurre

10 Ivette Coll de Pestana & Cándida R Urrutia de Basora, ponencia, *La Nueva Tecnología Reproductiva: Reflexiones sobre los Nuevos Métodos de Inseminación Artificial y sus Efectos en las Normas Filiatorias y Hereditarias*, 7 (XXI Congreso Internacional del Notariado Latino en Berlín, Alemania, 1995).

11 Jennifer A. Baines, *Gamete Donors and Mistaken Identities: The Importance of Genetic Awareness and Proposals Favoring Donor Identity Disclosure for Children Born from Gamete Donations in the United States*, 45 *Fam. Ct. Rev.* 116, 117 (2007).

12 Baines, *supra* en la n. 524, en la págs. 117-118.

la concepción es que nace también el alma del ser, gravando a su vez la imagen del creador. Manifiestan que mantener la permanente relación con Dios, el creador, es el único fin que tiene el ser humano aquí en la tierra. En acciones médicas, solo se permiten las intervenciones sobre el embrión humano mientras conserven la integridad del mismo y respeten la vida que el mismo representa. Entienden que deben tener el fin de curación, mejora de condición o supervivencia individual del embrión sin exponerlo a riesgos desproporcionales. Para valorar si una práctica infringe en dicha integridad sobre el embrión, indican que hay que considerar las circunstancias y consecuencias sobre el embrión humano. Creen que en la fecundación in vitro se crean un sin número de embriones humano y algunos luego se destruyen y que esto va en contra de la integridad de los embriones en un proceso semejante al aborto.¹³

La iglesia enseña que existe una conexión inherente entre el matrimonio y la procreación, mas entiende que el hombre no puede romper este vínculo, mucho menos separarlos hasta excluir positivamente la procreación de la relación conyugal. Entienden que la procreación se debe llevar a cabo en el matrimonio entre el amor de los esposos y el amor feraz de Dios. La iglesia expresa el siguiente análisis: La fecundación artificial homóloga realiza dicha separación ya que procrea fuera de la unión matrimonial. Moralmente la procreación queda fuera de su perfección propia ya que la unión de los esposos no crea la misma, y para la criatura que va a nacer solamente es responsable la procreación matrimonial. La fecundación artificial heteróloga “es contraria a la unidad del matrimonio, a la dignidad de los esposos, a la vocación propia de los padres y al derecho de los hijos a ser concebidos y traídos al mundo en el matrimonio y por el matrimonio”.¹⁴ Expresan que

13 Francisco J Ramiro García, Ponencia. *Instrucción sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación*, 4 (Congregación para la Doctrina de la Fe. 1987).

14 *Id.*, en la pág. 5.

esta misma reproducción afecta al niño de diversas maneras: le priva de sus derechos como hijo, le quita toda relación filial con su progenitor y puede crear problemas de autoestima y maduración debido a que su identidad personal quedará siempre incompleta. Enuncian que ésta a su vez ofende a la maternidad y paternidad de los esposos; lesiona la integridad y unidad del matrimonio, crea una ruptura entre la genética y la responsabilidad familiar y crea repercusiones en la sociedad, también porque amenaza la estabilidad familiar. Mantienen que recurrir a la utilización de gametos de terceras personas para procrear viola el compromiso matrimonial de mantener la unidad. “La maternidad sustitutiva representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instaura, en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos, y morales que la constituyen”.¹⁵

Por otro lado, señalan que padres que no pueden concebir naturalmente por razones de esterilidad o porque temen traer al mundo un hijo con afecciones genéticas deben de ser comprendidos. Más aún cuando el deseo fuerte de procrear se ve tronchado por una esterilidad que parece incurable. Sin embargo, la procreación no es un derecho absoluto que se otorga al matrimonio. En esta situación triste los esposos no pueden pasar por alto la oportunidad de llevar a cabo otras obras del Señor, ni mucho menos entender que su vida conyugal matrimonial deberá de sufrir por su imposibilidad de procrear. Deberán tomar la oportunidad para servir a través de sus vidas. Pueden posiblemente adoptar, realizar actividades educativas o ayudar a niños y familias pobres o minusválidas.¹⁶

La ley debe de proteger y respetar a quien está a punto de nacer garantizando que desde su misma concepción existan

15 Ramiro García, *supra* en n. 526, en la pág. 9.

16 *Id.*, en la pág. 12.

sanciones penales apropiadas para quien viole los derechos de no nacido. “La ley no podrá tolerar; es más, deberá prohibir explícitamente; que seres humanos, aunque estén en estado embrional, puedan ser tratados como objetos de experimentación, mutilados o destruidos, con el pretexto de que han resultado superfluos o de que son incapaces de desarrollarse normalmente”.¹⁷ La legislación tiene que garantizar la protección de la familia ya que sobre esta se establece la sociedad. Deberá pues, prohibir la reproducción asistida, la fecundación post-mortem, los bancos de espermia y la maternidad subrogada.¹⁸

B. Aspectos socio-culturales

1. Inseminación artificial

Las dos razones más comunes que se ofrecen para apoyar la teoría de que el conocimiento del origen genético de uno es un derecho son: que esa información sobre nuestra identidad es considerada esencial para el bienestar, tanto físico como mental del ser humano, y que las personas tienen el derecho de saber la verdad de su origen.¹⁹ También se ha argumentado que los hijos del donante pudieran ser heridos por habersele negado el conocimiento de su origen genético.²⁰ Muchos contra-argumentos ofrecen razones convincentes para no comunicarles a los niños sobre la donación. Investigadores han argumentado que la realidad es que no está en el mejor interés del niño el saber su origen. Estudios revelan que, entre los profesionales de la inseminación artificial, existe un miedo que el decirle al niño sobre su concepción podría traer problemas tanto sociales como psicológicos. También está la preocupación de que si los padres le dicen a sus hijos sobre la concepción asistida y por consiguiente otros familiares se enteren, la familia

17 *Id.*, en la pág. 13.

18 *Id.*, en la pág. 13.

19 Baines. *supra* en la n. 524, en la págs. 118-119.

20 *Id.*

extendida pudiera desaprobar o hasta rechazar al niño. Además, los padres temen por su propio bienestar social y el estigma adjunto a la infertilidad y el potencial cambio en la relación entre el padre legal no-genético y el niño.²¹

2. Maternidad Subrogada

Existen varias razones tanto sociales como morales en contra de la práctica de la maternidad subrogada. El primer argumento en contra es que la “maternidad subrogada explota a las mujeres dispuestas a dar o alquilar su vientre como recipiente, cargando a los niños de otras personas”.²² Las estadísticas indican que hay una gran diferencia “entre las realidades económicas de las personas que entran en contratos de subrogación”.²³ Además, se entiende que en esta industria existe una tonalidad racista ya que la subrogación se alimenta de que para estas parejas afluentes (usualmente profesionales blancos) no hay bebés adoptables (entiéndase de tez blanca). Quienes critican esta práctica entienden que la subrogada no tiene alternativa cuando entra en dicho contrato, por su necesidad económica y por su falta de educación.²⁴

El segundo argumento se fundamenta en que el contrato de subrogación se establece antes de que la mujer contratada esté embarazada por lo que se entiende que no puede tomar una decisión informada.²⁵ Entienden que no se debe validar en derecho dicho consentimiento ya que la mujer no sabe lo que se va a sentir estar embarazada. Se discute que la mujer nunca puede dar un consentimiento del todo informado antes de culminado el embarazo ya que

21 *Id.*, en la pág. 119-120.

22 Eduardo V. Ramírez, *Artículos: El Contrato de Maternidad Subrogada: Argumentos a Favor y en Contra de Concederle Eficacia Jurídica*, 63 *Rev. Jurídica U.P.R.* 515, 516 (1994).

23 *Id.*

24 *Id.*

25 *Id.*, en la pág. 520.

la mujer no va a saber lo que es cargar un niño en su vientre por nueve meses para luego entregarlo.²⁶

El tercer argumento para los que consideran que la vida comienza en el momento de la concepción, es que no se debe de inmiscuir sobre embriones humanos si no es para un fin honorable.²⁷

A su vez, también hay varios argumentos que favorecen la maternidad subrogada. El primer argumento, ataca el precepto de que la subrogación es una adopción a cambio de dinero, ya que los padres contratantes tienen relación genética con el niño que va a nacer. En la subrogación se determina todos los acuerdos de antemano. Los padres que se harán legalmente responsables de la criatura están claramente distinguidos, más que desde antes de la concepción la intención de separar la maternidad gestante con la legal es clara. Este argumento se enfoca en que la legislación debe hacerse cargo de las negociaciones antes de la concepción para asegurar la voluntariedad de la madre subrogada al igual que un mejor bienestar del niño.²⁸

El segundo argumento, contrarresta la idea de que la subrogación explota a la madre subrogada. Quienes afirman que este concepto es erróneo, arguyen que es muy extremo indicar que toda situación de esta naturaleza va a perjudicar a las partes. Concluyen que es demasiado radical esta idea de la explotación de las clases menos privilegiadas, y que no está basada en ninguna data científica sino más especulativa. Entienden que para ser más eficaces, la legislación debe intervenir para evitar esta explotación.²⁹

El tercer argumento, contrarresta la idea de que las mujeres subrogadas entran a dichos contratos en contra de su voluntad. Entienden que la posibilidad de que la necesidad económica sea la única consideración que toman dichas mujeres es muy minúscula.

26 *Id.*, en la pág. 521.

27 *Id.*, en la pág. 522.

28 *Id.*, en la págs. 523-529.

29 *Id.*

Existen situaciones sociales y culturales que se deben de considerar también.

3. Argumentos legales

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha determinado que la procreación es un derecho fundamental otorgado por el derecho a la privacidad cobijado en la Constitución de la nación. Se sobre entiende que este derecho es inalienable, inclusive para parejas infértiles. La maternidad subrogada es una alternativa para éstos. Se entiende que debe de estar tan protegida como cualquier otra forma de procrear. Lo único que justificaría la intervención del Estado con un derecho fundamental constitucionalmente protegido es que se esté llevando a cabo un daño grave, que amerite dicha intervención.³⁰

Otro derecho fundamental comprende el poder que un ser humano tiene sobre su cuerpo y el entendimiento de que pueda realizar con él lo que quiera. Se tiene que presumir entonces, que mientras no cause daño a una tercera persona inocente, cualquier acto que haga con su cuerpo sería aceptable. Esto razonaría que una mujer que decida alquilar su vientre a cambio de una ganancia económica, puede hacerlo sin que intervenga el Estado y que cualquier acción de este último sería en contra de ese derecho fundamental mas intervendría contra la privacidad y el uso y disfrute de la propiedad que tiene todo individuo.³¹

Los contratos de subrogación también presentan un problema legal. Consideran que un contrato hecho gratuitamente es válido legalmente mientras el que se haga por una compensación económica es nulo *ab initio*. El problema surge porque el derecho protege uno mientras no protege otro. La mujer que recibe compensación por la contratación de sus servicios podría obtener una declaración de nulidad del contrato por haber recibido dicho

30 *Id.*, en la pág. 525.

31 *Id.*, en la págs. 523-524.

dinero. La que lleve a cabo la misma acción gratuitamente no tiene la misma protección para declarar nulo el contrato porque no habría base para dicha determinación. Se entiende que esta injusticia puede ser manejada por el sistema legislativo y judicial.³²

IV. Proyecto de Ley P. del S. 1568 7 de mayo de 2010³³

A continuación presentaremos las disposiciones del proyecto que presentase la Senadora Luz Z. Arce Ferrer por petición, el 7 de mayo del 2010.

Para añadir los nuevos Artículos 116 (a), (b) y 118 (a) al Título- Delitos Contra la Persona, Capítulo 1- Delitos Contra la Vida, Sección Cuarta- De la Ingeniería Genética y la Reproducción Asistida a la Ley Núm. 149 de 18 de junio de 2004, según enmendada, conocida como "Código Penal del Estado Libre Asociado de Puerto Rico:

De la Ingeniería Genética y la Reproducción Asistida

Artículo 116 (a). **Reproducción Asistida prohibida.** Toda persona que practique o utilice técnicas de reproducción asistida con el fin de procrear embriones humanos que no tendrán un padre y una madre biológicos de identidad conocida al momento del nacimiento, incurrirá en delito grave de segundo grado. Incurrirá también en delito grave de segundo grado toda persona que utilice gametos de personas difuntas para provocar la concepción post-mortem.

Artículo 116 (b). **Donantes anónimos prohibidos.** Toda persona que practique la reproducción asistida, utilizando gametos, cigotos, embriones o material genético, cuya procedencia genética sea desconocida para

32 *Id.*, en la págs. 526-527.

33 Sen. P.R. 1568, 16ta Asam. Leg., 3ra Sesión (Mayo 7, 2010) (promulgada).

los participantes del proceso, incurrirá en delito grave de segundo grado.

Artículo 118 (a). **Paga por gametos, cigotos, embriones y alquiler de vientres.** Toda persona que con ánimo de lucro reciba dinero u otros bienes a cambio de gametos, cigotos, embriones o de la gestación de un embrión o de su participación en algún tratamiento de procreación asistida incurrirá en delito grave de tercer grado. Toda persona que practique la reproducción asistida a sabiendas de tal transacción, incurrirá en delito grave de tercer grado.³⁴

A. Exposición de Motivos/ Crítica

El proyecto de ley de la Senadora Arce Ferrer en su exposición de motivos indica el porqué de su creación. El propósito primordial que luego dilucida a fondo en el resto de su exposición es:

Prohibir la utilización de las técnicas de reproducción asistida para procrear embriones humanos que no tendrán un padre y una madre biológicos de identidad conocida al momento del nacimiento; prohibir la utilización de gametos de personas difuntas para la concepción post-mortem; prohibir la utilización de gametos, cigotos, embriones o material genético de procedencia desconocida; y prohibir la compra-venta de gametos, cigotos, embriones y alquiler de vientres.³⁵

El proyecto de ley está bastante claro en cuanto a lo que la senadora pretende condenar y tipificar como delito. Pero al analizar el razonamiento que utiliza la senadora para declarar que estas prácticas son contrarias a la ley, moral y el orden público, se descubre que está un poco alejado de la realidad tanto jurídica como social; es mi opinión que causaría más daño del que está

34 *Id.*

35 Exposición de Motivos, Sen. P.R. 1568, 16ta Asam. Leg., 3ra Sesión (Mayo 7, 2010).

intentando proteger. Para beneficio del lector, se agrupan las ideas expuestas de manera que se puedan entender mejor.

1. Comienza la exposición hablando sobre la inseminación artificial tanto con gametos anónimos como los gametos de parejas. Indica que:

Personas solteras han acudido a comprar gametos de donantes anónimos para procrear niños que, al nacer, no poseerán ninguno de los derechos reconocidos por ley a los demás hijos biológicos del “donante”. Esta práctica resulta en un discrimen contra él así nacido, quien, como resultado, se convierte en un hijo ilegítimo. Además, el desconocimiento sobre sus raíces genéticas puede provocar que en la adultez cometa un acto de incesto con alguno de sus hermanos biológicos desconocidos.³⁶

Es verdad que la ley busca proteger a los niños en su legítimo derecho de conocer su descendencia y también tener derecho de herencia frente a sus padres, en este sentido, la senadora persigue un interés genuino del Estado. El problema surge en la manera de ver la situación. La reproducción asistida de la cual habla, es cuando la que acude a un banco de esperma, es una mujer soltera con deseo de criar un hijo por su cuenta. El niño en esta instancia, solo conocerá una parte de su historial familiar por lo que correctamente indica que no sería justo para el menor. La equivocación aquí es asumir que todo niño que es concebido dentro de una relación consensual, es primeramente reconocido por el padre, segundo presentado a los otros hijos del mismo, y tercero que participe de cualquier forma en la vida del niño, siendo a veces la situación de que el niño ni siquiera sabe el nombre de su padre. El segundo error es que inclusive en las situaciones de adopción, que luego la senadora alaba como la mejor manera de tener hijos si no se puede, existen instancias en las cuales los padres que entregan la criatura

no quieren que ésta sepa de su descendencia. De hecho, legalmente la adopción es la rotura del vínculo jurídico con la familia biológica para pasar a ser parte de la nueva familia adoptante. Por lo tanto, decir que esta es la única instancia en la cual se le priva al niño a saber su descendencia es menospreciar la situación diaria que viven personas a diario que no son siquiera producto de la reproducción asistida. La solución para este problema sería regular las prácticas de donaciones anónimas, cambiar el derecho positivo para que esos donantes no puedan ser anónimos y que el niño tenga derecho a contactar y conocer su descendencia.

2. “En ocasiones, las personas que se someten al tratamiento de procreación asistida pactan acuerdos de maternidad subrogada para dar a luz un hijo que no tendrá madre ante la ley”.³⁷

Como se ha mencionado anteriormente, los contratos de maternidad se pactan como si fuera un contrato por servicios prestados donde luego de que la madre subrogada dé a luz, la madre contratante o la pareja, en muchos casos, “adoptan” legalmente a la criatura. El problema con lo que indica el proyecto de ley es que la realidad, independientemente de lo que se pacte antes o después de que una mujer dé a luz, es que la ley determina la maternidad con el parto. Por lo que no importa los acuerdos pactados, para cuestiones registrales tan pronto la criatura nazca tiene madre.

3. La donación de órganos y tejidos no debe estar ligada a ningún tipo de remuneración... Hay razones importantes que determinan esta postura en medicina moderna: introducir una remuneración por tejido humano equivale a comercializar el cuerpo humano, implica tratarlo como un ente material que se puede traficar y negociar en el mercado capitalista del mejor postor. Además, esta práctica eventualmente implicará la explotación de los miembros más pobre y vulnerables de la sociedad... Las consecuencias de la legalización de la venta de tejidos humanos permitiría el beneficio

37 *Id.*

de una clase privilegiada económicamente a expensas de la más vulnerable.³⁸

Claramente, hemos discutido este asunto y esto es una preocupación válida que tienen la mayoría de las personas. Quienes contratan los servicios de madres subrogadas tienden a ser personas adineradas, ya que el procedimiento y el costo de contratación son costosos. Por el otro lado, las mujeres que se prestan para dicho procedimiento, por lo general, son mujeres con escasos recursos económicos. Proteger a las mujeres de situaciones como estas, en que se exploten para beneficio de otros es primordial. Lo que sucede es que la reproducción asistida no va a dejar de suceder. Hay países que lo permiten o lo regulan por lo que no hay señales de que vaya a desaparecer en un futuro cercano. Creo que lo más beneficioso para aquellas mujeres “vulnerables” a las cuales se refiere la senadora, sería legislar las prácticas que se intentan vivificar. Entiendo que, al igual que sucedió con el aborto por muchos años, se crearía un mercado negro para que las personas interesadas en continuar con estas prácticas, pudiesen acudir. El problema con ese escenario es que las mismas mujeres que se intentan proteger quedarían hasta más afectadas porque quedarían fuera de las protecciones posibles ante la ley. Legislar, además, pondría el control nuevamente en las manos correspondientes que sería la legislatura para que crearan estándares de cómo se debe manejar este negocio.

4. “Permitir el uso indiscriminado de las técnicas de procreación asistida a la merced de quienes compran el servicio, abre las puertas a situaciones insospechadas en las cuales, la víctima resultaría ser el menor así nacido”.³⁹

Esta oración mejor se resume lo que la senadora intenta criminalizar y prohibir. En mi opinión es un error que se apruebe este proyecto de ley. Se han expuesto las razones sociales y religiosas

38 *Id.*

39 *Id.*

por las cuales las personas apoyan o rechazan estas prácticas y son todas válidas. El problema surge cuando se mezcla una cosa con otra. Entiendo que moralmente muchas personas tienen problemas con la reproducción asistida, pero la realidad es que la ciencia hoy día puede lograr lo que nunca: darle prole a personas que antes no podían. Cada persona tiene su propio criterio moral y no me parece que el Estado puede determinar lo que debe o no ser moralmente correcto. Debe velar por los mayores intereses de sí mismo pero más importante, el de su gente. El entrar en un tema tan delicado como éste e indicar que porque la moral o las creencias religiosas de algunas personas no permiten estas prácticas se debe legislar y tipificarla como delito es sumamente peligroso. Cuando se hacen leyes que su fundamento es la religión y las creencias particulares, estás limitando a aquellas personas que quizás no piensan de la misma manera. Hay quien no cree que exista un problema moral con la reproducción asistida y ese es su derecho. Por lo que la ley debe de atemperar las creencias de todo su pueblo y proteger los intereses reales. Este proyecto de ley se concibe, me parece a mí, desde un punto de vista religioso. Me parece que realmente lo que están es condenando algo que la religión considera un PECADO y dándole una pena correspondiente de delito.

V. Legislación en el resto del Mundo

A. Europa

Reino Unido y Australia, se ha estimado que para el 2012, más de 45,000 niños habrán nacido por donaciones de gametos. Se permite la maternidad subrogada gratuita y la regula a través del *Surrogacy Arrangements Act* del 1985. La donación de óvulos y esperma ya no es anónima. Los hijos producto de éstos, tendrán derecho a los 18 años de conocer la identidad de sus padres biológicos mientras que éstos no pueden conocer a los hijos.⁴⁰

40 Vanessa Muñoz Martínez, Autor estudiante, *Podemos dividir un niño*

España, los contratos de maternidad subrogada son nulos; el parto determina la maternidad. Los donantes son anónimos pero el niño tiene derecho a saber si estos padecen alguna enfermedad y cualquier otra información general.⁴¹

Suiza, se prohíbe todo tipo de maternidad subrogada y de comercialización del embrión. La reproducción asistida está altamente regulada y se somete a análisis psicológico antes, durante y después del proceso. Los niños pueden solicitar conocer al donante, pero éste tiene que acceder a conocerlos a ellos.⁴²

Alemania, prohíbe la maternidad subrogada. Impone penas de hasta tres años de cárcel o multas por fecundar a una mujer con el óvulo de otra, o utilizar la fecundación artificial para fecundar a una mujer que no sea la que aporta el óvulo. Estas sanciones se le aplican solamente a quien intenta el procedimiento de fecundación.⁴³

B. Estados Unidos

Luisiana, la legislación no permite la maternidad subrogada por compensación pero sí permite cuando es un pariente quien subroga la criatura. La ley presume que la madre es quien pare y para que pase a ser de la madre contratante, debe haber un proceso de adopción. Los donantes de esperma pueden ser responsables para con los hijos que resulten de esas donaciones.⁴⁴

California, se han dilucidado casos sobre la maternidad subrogada y las donaciones anónimas pero han aplicado a los casos particulares. En dichos casos, no han aceptado los contratos de maternidad subrogada como vinculantes y las partes han tenido que

entre dos o más forma salomónica? Maternidad subrogada: Propuesta Legislativa, 76 Rev. Jurídica U.P.R. 1197, 1211(2007).

41 *Id.* en la pág. 1212-1213.

42 *Id.* en la pág. 1213-1214.

43 *Id.* en la pág. 1213-1215.

44 *Id.* en la pág. 1203-1204.

adoptar las criaturas. Los donantes de espermatozoides no se consideran padres del niño, si no el esposo de la mujer si éste conciente a la inseminación.⁴⁵

Nueva York, este estado tipifica como delito la maternidad subrogada imponiéndole multa de \$500 a quien participe de dicho acto y \$10,000 a las personas que llevan a cabo los procesos y si son condenados por segunda vez se les imputa un delito grave.⁴⁶

Florida, la ley de este estado permite la maternidad subrogada entre parejas casadas.⁴⁷

VI. Conclusión

Las prácticas tanto de la reproducción asistida como la maternidad subrogada se deben regular estrictamente en materia contractual entre las partes para ofrecer salvaguardas jurídicas de obligaciones y contratos en caso de incumplimientos por algunas de las partes. No se debe permitir que el Estado infrinja vía legislación el derecho fundamental de la intimidad concedido por la Constitución americana como la puertorriqueña a todo individuo. A nivel mundial, países han tomado acciones para proteger a las personas que se someten a estos tratamientos. Este proyecto de ley, de ser aprobado, sería en detrimento a todas las personas durante un proceso de reproducción asistida, abriéndole las puertas al Estado a entrometerse en las decisiones y vidas privadas de sus ciudadanos en materia de procreación. Exhortamos un estudio comparativo de legislaciones extranjeras de países como Inglaterra y España donde existe legislación madura relacionada a la reproducción asistida.

45 *Id* en la pág. 1205.

46 *Id* en la pág. 1206.

47 *Id* en la pág. 1210.

