

REVISTA JURÍDICA
UNIVERSIDAD INTERAMERICANA
DE PUERTO RICO



UNA MIRADA ALTERNATIVA AL TRATAMIENTO LEGAL
Y CRIMINAL DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN PUERTO RICO

Christian Ríos Vallejo

EL PROCEDIMIENTO DEL PRIVILEGIO DE SECRETO DEL
NEGOCIO CONFORME A *PONCE ADVANCE MEDICAL GROUP,*
INC. v. DR. CARLOS Y. SANTIAGO GONZÁLEZ: UN ANÁLISIS INTEGRAL
SOBRE SU APLICACIÓN AL PRIVILEGIO ABOGADA O ABOGADO-CLIENTE

Rolando Emmanuelli Jiménez
y *Jessica Esther Méndez Colberg*

LA JURISPRUDENCIA DE TRIBUNAL SUPREMO
DE ESTADOS UNIDOS (2017-2018)

Jorge M. Farinacci Fernós

HACIA UNA LEY GENERAL DE TRANSPARENCIA PARA PUERTO RICO

Alba Nydia López Arzola

MEDIACIÓN FAMILIAR: VIABILIDAD DE ESTABLECER LA
MEDIACIÓN COMPULSORIA EN LAS CONTROVERSIAS JUDICIALES
SOBRE LIQUIDACIÓN DE BIENES GANANCIALES
Y DIVISIÓN DE COMUNIDAD DE BIENES EN PUERTO RICO

Michelle Eileen Perillo Rodríguez

LA REINCIDENCIA CRIMINAL COMO UN TRANSPLANTE JURÍDICO
RESILIENTE EN EL ORDENAMIENTO LEGAL DE COLOMBIA Y MÉXICO

Juan Palacios Parra

Todos los derechos reservados.

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

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

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

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

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

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

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

Cítese esta revista de la siguiente manera:

53 REV. JUR. UPR ____ (2019).

Copyright © 2019

All rights reserved.

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

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

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

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

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

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

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

Cite this journal as follows:

53 REV. JUR. UIPR ___ (2019).

REVISTA JURÍDICA
UNIVERSIDAD INTERAMERICANA
DE PUERTO RICO

VOLUMEN LIII

AGOSTO - MAYO 2018-2019

NÚMERO 1

JUNTA EDITORA
2018-2019

Zoé C. Negrón Comas
Directora

Mariela González Alcántara
Directora Asociada

Luis Miguel Cotto Cruz
Director Asociado

Peterson Tavil
Director Asociado

CUERPO DE REDACTORES

Aracelis Burgos Reyes
Juliana Castro Ramos
Jonathan Coley
William Cruz
Yankiomy Hernández Borrero

Xavier Rivera Álvarez
Derdlim Rodríguez Malavé
Nicole Rodríguez Velázquez
Delmaredie Vázquez Fuentes
Johdalys Quiñonez

CUERPO DE EDITORES
Elynest del Mar Cruz Miranda

CONSEJEROS ACADÉMICOS
Prof. Carlos E. Ramos González
Prof. Jorge M. Farinacci Fernós

ADMINISTRADOR
César Alvarado Torres

BIBLIOTECARIO
José M. Estrada-Bolívar

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

UNIVERSIDAD INTERAMERICANA DE PUERTO RICO
FACULTAD DE DERECHO

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

FACULTAD

- Evelyn Benvenuto Toro*, B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., LL.M., Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico; Catedrática Asociada.
- Gerardo J. Bosques Hernández*, B.B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico; LMI, Universidad de Tulane; Catedrático Auxiliar.
- Pedro J. Cabán Vales*, B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico; Doctorado, Universidad Complutense de Madrid; Catedrático Auxiliar.
- Sylvia E. Cancio González*, B.A., Colegio Universitario del Sagrado Corazón; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico; M.C.I., Universidad de Tulane; Catedrática.
- Andrés L. Córdova Phelps*, B.A., Colegio *The Holy Cross*; M.A., Colegio de Boston; J.D., Universidad de Puerto Rico; Catedrático Asociado.
- Juan F. Correa Luna*, B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico; Catedrático Auxiliar.
- Jorge M. Farinacci Fernós*, J.D., Universidad de Puerto Rico; LL.M. Harvard, S.J.D. Georgetown; Catedrático Auxiliar.
- Manuel J. Fernós López-Cepero*, B.B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico; LL.M., Universidad de Nueva York; Diploma de Estudios Avanzados, Facultad de Derecho, Universidad Complutense; Catedrático.
- María Dolores Fernós López-Cepero*, B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico; LL.M., Universidad de Columbia; Catedrática Honoraria.
- Marta Figueroa Torres*, B.B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico; LL.M., Universidad de Harvard; Diploma de Estudios Avanzados, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid; Doctorado, Universidad Complutense de Madrid; Catedrática.
- Julio E. Fontanet Maldonado*, B.A., Universidad Central de Florida; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico; LL.M., Universidad de Chicago; Doctorado en Derecho, Universidad del País Vasco; Catedrático.
- Margarita E. García Cárdenas*, B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico; Doctorado en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Catedrática.
- Marilyn González Báez*, B.B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico; Catedrática Asociada.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

FACULTAD A JORNADA PARCIAL

- Roberto Abesada Agüet*, B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico.
- Diego H. Alcalá Laboy*, B.S., Babson College; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico; LL.M., American University.
- César Alcover Acosta*, B.A. en Ciencias Políticas, Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico.
- Leo M. Aldridge Kontos*, B.A. en Ciencias Económicas, Literatura Hispana, Boston College; J.D., Universidad de Puerto Rico; LL.M., Temple University Law School.
- Harry Anduze Montaña*, B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico.
- Myrna E. Ayala Díaz*, B.A., M.B.A., J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico; LL.M., Universidad de Villanova; P.A.
- Judith Berkan Barnett*, B.A., Universidad de Yale; J.D., Universidad de Harvard.
- Abelardo Bermúdez Torres*, B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico.
- Osvaldo Burgos Pérez*, B.A., J.D., M.A., Universidad de Puerto Rico.
- Iris M. Camacho Meléndez*, B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico; Doctorado en Derecho, Universidad del País Vasco.
- Ariel Caro Pérez*, B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico.
- Juan B. Casillas Rodríguez*, B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico.
- Alberto J. Castañer Padró*, B.A. en Psicología, Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico; LL.M., University of Tulane.
- Lin Collazo Carro*, B.A. en Psicología, J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico.
- Carlos Concepción Castro*, B.A., Universidad de Massachusetts; J.D., Universidad de Puerto Rico; M.A., Universidad de Nueva York.
- Nelson Córdova Morales*, B.S., Goldey Beacon College; J.D. Universidad Interamericana de Puerto Rico; LL.M., Concentración en Litigación, Temple University.
- Wanda Cruz Ayala*, B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico.
- José de la Cruz Feliciano*, B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico.
- Julia A. Cruz Santana*, B.A. en Relaciones Públicas, Purdue University; J.D., Universidad de Puerto Rico.
- Julio De la Rosa Rivé*, B.A., Universidad de Notre Dame; J.D., Universidad de Puerto Rico.
- Manuel Del Valle Colón*, B.A., Universidad de Princeton; J.D., Universidad de Yale; LL.M., Escuela de Economía y Ciencias Políticas de Londres, Universidad de Londres.
- Yvonne Feliciano Acevedo*, B.A., Universidad de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico; LL.M., Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico.
- Félix Figueroa Cabán*, B.A. en Ciencias Políticas y Filosofía; J.D. Universidad de Puerto Rico.
- Miguel Garay Aubán*, Licenciatura en Derecho, Universidad Literaria de Valencia, España.
- Emmalind García García*, B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico; LL.M., Universidad de Nueva York.
- Víctor García San Inocencio*, B.A., J.D. Universidad de Puerto Rico.
- Gustavo Gelpí Abarca*, B.A., Universidad de Brandeis; J.D., Universidad de Suffolk.
- Richard Graffam Rodríguez*, B.S., Universidad de Michigan; J.D., Universidad de Connecticut.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

REVISTA JURÍDICA
UNIVERSIDAD INTERAMERICANA
DE PUERTO RICO

VOLUMEN LIII

AGOSTO - MAYO 2018-2019

NÚMERO 1

TABLA DE CONTENIDO

UNA MIRADA ALTERNATIVA AL TRATAMIENTO LEGAL Y CRIMINAL
DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN PUERTO RICO

Christian Ríos Vallejo 1

EL PROCEDIMIENTO DEL PRIVILEGIO DE SECRETO DEL NEGOCIO CONFORME
A *PONCE ADVANCE MEDICAL GROUP, INC. v. DR. CARLOS Y. SANTIAGO GONZÁLEZ*:
*UN ANÁLISIS INTEGRAL SOBRE SU APLICACIÓN AL PRIVILEGIO ABOGADA
O ABOGADO-CLIENTE*

Rolando Emmanuelli Jiménez y Jessica Esther Méndez Colberg 31

LA JURISPRUDENCIA DE TRIBUNAL SUPREMO DE ESTADOS UNIDOS (2017-2018)

Jorge M. Farinacci Fernós 65

HACIA UNA LEY GENERAL DE TRANSPARENCIA PARA PUERTO RICO

Alba Nydia López Arzola 89

MEDIACIÓN FAMILIAR: VIABILIDAD DE ESTABLECER LA MEDIACIÓN COMPULSORIA
EN LAS CONTROVERSIAS JUDICIALES SOBRE LIQUIDACIÓN DE BIENES GANANCIALES
Y DIVISIÓN DE COMUNIDAD DE BIENES EN PUERTO RICO...

Michelle Eileen Perillo Rodríguez 159

LA REINCIDENCIA CRIMINAL COMO UN TRANSPLANTE JURÍDICO RESILIENTE EN EL
ORDENAMIENTO LEGAL DE COLOMBIA Y MÉXICO

Juan Palacios Parra 203

UNA MIRADA ALTERNATIVA AL TRATAMIENTO LEGAL Y CRIMINAL DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN PUERTO RICO

*Christian Ríos Vallejo**

Resumen

A partir de una mirada crítica, en este escrito se problematiza la criminalización y el uso de la justicia penal tradicional para tratar casos de violencia doméstica. De esa reflexión surgen una serie de cuestionamientos a sectores del movimiento feminista que, en ánimos de erradicar esta violencia, exigieron al Estado desplegar su poder punitivo. En Puerto Rico, tal fenómeno ocurrió a partir del 1989 con la adopción de la Ley 54: Ley para la Prevención e Intervención con la Violencia Doméstica. De la mano con las aportaciones de los feminismos no tradicionales, las denuncias de la criminología crítica y las críticas que se han hecho al Derecho Penal, se presentan nuevas coordenadas para aproximarnos a la violencia doméstica desde un horizonte más allá de la lógica penal y proponer alternativas para escapar los dilemas creados por las estrategias que hemos utilizado para abordar la violencia doméstica en Puerto Rico.

Abstract

From a critical perspective, in this paper the criminalization and the use of traditional criminal justice to deal with cases of domestic violence are problematized. From this reflection arise a series of questions to sectors of the feminist movement that, in the spirit of eradicating this violence, demanded that the State deploy its punitive power. In Puerto Rico, this phenomenon occurred in 1989 with

* El autor es abogado y tiene un Bachillerato en Ciencia Política y Sociología de la Universidad de Puerto Rico en Río Piedras; un Juris Doctor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico; y un Máster en Criminología y Ejecución Penal de la Universidad Pompeu Fabra, en Barcelona. El autor agradece a la criminóloga y catedrática de Derecho Penal, Elena Larrauri Pijoan, por la mentoría, sugerencias y recomendaciones para la elaboración de este escrito. A Elena —y a otras pioneras feministas en el Derecho y la Criminología— mi mayor admiración y agradecimiento. También agradezco las críticas y comentarios de la profesora Ester Blay y los profesores Joel Martí y Josep María Tamarit.

the adoption of Law 54: Law for the Prevention and Intervention of Domestic Violence. Hand in hand with the contributions of non-traditional feminisms, the complaints of the critical criminology and the criticisms to Criminal Law, new coordinates are presented to approach domestic violence from a horizon beyond the criminal logic and propose alternatives to escape the dilemmas created by the strategies we have used to address domestic violence in Puerto Rico.

I.	Introducción	3
II.	Criminología crítica, derecho (penal) en disputa y los otros feminismos.....	5
III.	Consideraciones de la Ley 54: <i>Ley para la prevención e intervención con la violencia doméstica</i>	11
IV.	Violencia doméstica en Puerto Rico.....	19
V.	Más allá de la justicia penal tradicional: abordajes alternativos para tratar la violencia doméstica	20
VI.	Comentarios Finales.....	30

No queremos una justicia machista que no nos defienda y no creemos que la solución sea el populismo punitivo. La posición es complicada y a veces es difícil de explicar La justicia no siempre equivale a más castigo. Más penas y menos derechos no nos van a proteger mejor de esas violencias que se retroalimentan, pero más feminismo, es decir, más estar juntas en el camino hacia esa sociedad diferente que prefiguramos, con toda seguridad sí.

–Nuria Alabao*

* Nuria Alabao, *Sobre la libertad de La Manada: por una justicia feminista y un feminismo antipunitivista*, REVISTA CONTEXTO (27 de junio de 2018), <http://etxt.es/es/20180627/Firmas/20437/nuria-alabao-antipunitivismo-la-manada-teoria-procarcelaria.htm> (última visita 12 de agosto de 2018).

I. Introducción

En tiempos de *#MeToo* y *Time's Up*,¹ ¡Ni Una Menos! y *#8M*, escribir sobre procesos alternativos para tratar la violencia doméstica puede ser controversial. Es indiscutible que la violencia doméstica es un problema social de gran magnitud.² Lo que no es indiscutible son las estrategias para combatirla. A través de este escrito, me propongo conciliar las posturas de un sector del feminismo que insiste en la criminalización de esta violencia con las corrientes críticas de la criminología y del Derecho Penal que señalan una serie de dilemas con esa estrategia de criminalizar y punitiva.

Una de las razones por las cuales decidí escribir sobre este tema fue por tres casos que adquirieron notoriedad internacional en el último año: Bill Cosby, a quien se le impusieron 30 años de prisión; los integrantes de 'La Manada', a quienes le impusieron 9 años; y Larry Nassar, a quien le impusieron de 40-175 años.³ Aunque esos casos trataban sobre violencia sexual,⁴ llamo la atención sobre los discursos que se activaron luego de conocerse las penas que se le impusieron a los tres individuos. Los casos de Cosby y de 'La Manada' causaron gran indignación, pues se entendió que las penas impuestas fueron muy benévolas. El de Nassar, al contrario, recibió gran aceptación por haberse impuesto una pena tan alta.

El que esa pena gozara de tanta aceptación y las otras no, responde a un imaginario punitivo que caracteriza a las sociedades modernas, donde el sistema penal tradicional y los castigos severos se perciben como las formas exclusivas de hacer justicia. Esto, a mi modo de ver, no es así. Ni estos casos ni los de violencia domés-

¹ Estos movimientos surgen por los casos de violencia sexual en la industria cinematográfica en Estados Unidos y han tenido una gran influencia en la manera en que se tratan los casos de violencia sexual en el sistema de justicia. Véase Jeannie Suk Gersen, *Bill Cosby's crimes and the impact of #MeToo on the American Legal System*, THE NEW YORKER (27 de abril de 2018), <https://www.newyorker.com/news/news-desk/bill-cosbys-crimes-and-the-impact-of-metoo-on-the-american-legal-system> (última visita 12 de agosto de 2018).

² WORLD HEALTH ORGANIZATION, GLOBAL AND REGIONAL ESTIMATES OF VIOLENCE AGAINST WOMEN: PREVALENCE AND HEALTH EFFECTS OF INTIMATE PARTNER VIOLENCE AND NON-PARTNER SEXUAL VIOLENCE (2013), http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85239/9789241564625_eng.pdf;jsessionid=9B2772C764A09E769C6C8B152C3A2503?sequence=1 (última visita 18 de diciembre de 2018).

³ Estos casos han generado una cantidad considerable de escritos y columnas periodísticas. La que escribió Jeannie Suk Gersen sobre el caso de Cosby. Suk Gersen, *supra* nota 2. La que escribieron Kelly Hayes y Mariame Kaba sobre el caso Nassar. Kelly Hayes y Mariame Kaba, *The sentencing of Larry Nassar was not 'Transformative Justice.' Here's why*, IN JUSTICE TODAY (5 de febrero de 2018), <https://injusticetoday.com/the-sentencing-of-larry-nassar-was-not-transformative-justice-heres-why-a2ea323a6645> (última visita 12 de agosto de 2018). La de Violeta Assiego sobre el caso de 'La Manada'. Violeta Assiego, *Condena ejemplar del patriarcado a las mujeres*, EL DIARIO (26 de abril de 2018), https://www.eldiario.es/zonacritica/Condena-ejemplar-patriarcado-mujeres_6_765083499.html (última visita 12 de agosto de 2018). Elegí estas tres porque me parecen reflexiones pertinentes para ampliar el debate.

⁴ Es importante mencionar que estos casos son ideales para denunciar la comprensión, o la falta de ella, en temas de género y sexualidad por los operadores jurídicos, en particular, en el caso de 'La Ma-

tica tienen que tratarse exclusivamente bajo una lógica punitiva. Hay otras formas de abordarlos. Por tal razón, en este escrito pretendo: de-construir la idea de que el sistema de justicia penal tradicional es la alternativa más adecuada; identificar los dilemas creados por la criminalización y el uso del Derecho Penal, y plantear un proceso alternativo para lidiar con esta violencia.⁵

Me acercaré al tema de la violencia doméstica como aquella que surge en el contexto de una relación y que puede ser física, sexual, psicológica o emocional.⁶ Esta violencia, a pesar de conceptualizarse como *doméstica*, no es exclusiva al ámbito doméstico. El estatuto legal que criminaliza y penaliza esta violencia en Puerto Rico (*Ley 54: Ley para la Prevención e Intervención con la Violencia Doméstica*) utiliza el concepto de violencia doméstica de forma que ampara las diversas maneras en que se manifiesta y a los diferentes tipos de parejas y relaciones que puedan existir.⁷ De la mano con un análisis de la Ley 54 y de las diversas corrientes teóricas que han criticado el uso de la criminalización y del Derecho Penal, identificaré aquellos dilemas que justifiquen movernos hacia otras maneras de tratar la violencia doméstica. Ello, atado a la reflexión sobre modelos y procesos alternativos, me permitirá esbozar esa otra mirada alternativa que ha motivado este escrito.

nada'. La sentencia de ese caso fue desacertada y nos moviliza a continuar exigiendo una educación legal con perspectiva de género. Agradezco a quienes me hicieron compañía durante las manifestaciones que se realizaron tras conocerse la sentencia de ese caso, pues de allí surgieron discusiones muy provechosas para este escrito.

⁵ Me acerco a estos temas desde una perspectiva feminista. En este sentido, utilizo las técnicas y estrategias investigativas recomendadas por juristas y criminólogas feministas. En síntesis, ellas proponen mirar los fenómenos desde el reconocimiento de la experiencia y voces de las propias mujeres. En otras palabras, proponen incorporar el género como categoría de análisis. Véanse CAROL SMART, *WOMEN, CRIME AND CRIMINOLOGY: A FEMINIST CRITIQUE* (1976); CATHARINE MACKINNON, *FEMINISM UNMODIFIED* (1987); Robin West, *Jurisprudence and gender*, 55 *UNIV. CHI. L. REV.* 1 (1988); Katharine T. Bartlett, *Feminist legal methods*, 103 *HARVARD L. REV.* 829 (1990). Me propongo, además, incorporar las estrategias investigativas de los criminólogos críticos y de los críticos del Derecho Penal. Las aportaciones de estos han sido muy importantes para problematizar el funcionamiento y los efectos de las medidas punitivas. No es una tarea fácil conciliar estas dos posturas. Aunque ambas estén de acuerdo en erradicar la violencia doméstica, ambas proponen estrategias muy distintas para lidiar con ella.

⁶ Esta violencia puede mirarse al interior de un conjunto amplio de violencias. Algunas de ellas se reproducen de forma estructural (desigualdad económica, discriminación, falta de representación política, políticas sobre el control reproductivo), mientras que otras son más habituales (la violencia sexual, las agresiones físicas y psicológicas, las micro agresiones). Estas no operan por separado, sino que se corresponden entre sí y se posicionan al interior de un sistema amplio de opresión y subordinación. Véanse ANDREA DWORKIN, *WOMAN HATING* (1974); Fanny Polanco, *Patrones culturales y jurídicos de la violencia doméstica en América Latina*, 25 *REV. JUR. UIPR* 349 (1991); ALDA FACIO Y LORENA FRIES, *GÉNERO Y DERECHO* (1999); Jodie G. Route, *Gender justice in Puerto Rico: Domestic Violence, Legal Reform, and The Use of International Human Rights Principles*, 33 *HUM. RTS. Q.* 790 (2011); y Diana Valle Ferrer, *La violencia contra las mujeres en Puerto Rico: Dimensiones sociales, institucionales y familiares*, 46 *REV. JUR. UIPR* 5 (2011).

⁷ Aunque me estaré refiriendo únicamente al concepto de violencia doméstica, considero adecuado el empleo de conceptos más amplios, pues de ello va a depender el alcance de las legislaciones que se promulguen. Véase ESTHER VICENTE, *MÁS ALLÁ DE LA LEY: SEXO, GÉNERO Y VIOLENCIA EN LAS RELACIONES*

II. Criminología crítica, derecho (penal) en disputa y los otros feminismos⁸

Una de las estrategias más aceptadas por el movimiento feminista tradicional para erradicar la violencia doméstica ha sido su criminalización.⁹ Si bien esto permitió ciertos avances, también dio paso al surgimiento de consecuencias y efectos no deseados. Por un lado, entre los aspectos positivos destacaría: la consolidación del activismo feminista como un movimiento político; la incorporación de las voces, experiencias y mayor participación de las mujeres en la adopción de políticas públicas; provocar una toma de conciencia sobre cómo las instituciones influyen y actúan sobre las vidas de las mujeres; y, aún más importante, poner remedios inmediatos a la disposición de las mujeres maltratadas.¹⁰ Por otro lado, tal estrategia, desafortunadamente, ha exhibido una serie de desaciertos, pues ningún conflicto social que se tramite en el sistema legal estará exento de las tensiones y limitaciones al interior de este sistema.

A. Derecho Penal y las mujeres

Cuando las mujeres llegan a las puertas del Derecho para reclamar una serie de protecciones especiales tienen que adentrarse a un campo repleto de contradicciones, limitaciones y polémicas.¹¹ Es decir, a las mujeres acudir al Derecho para encontrar soluciones a problemas que le aquejan, se tienen que enfrentar a nuevas problemáticas. Por ejemplo, la forma en que el Derecho reproduce discursos esencialistas y estereotipados sobre las mujeres. La docilidad, la sumisión y lo maternal, son algunas de las características que estos discursos adjudican a las

DE PAREJA (2017). Ejemplos de conceptos más amplios: violencia contra las mujeres, violencia machista, violencia en la relación de pareja, entre otros.

⁸ Feminismos en plural para distinguir a los feminismos que no son el feminismo del Estado, liberal o tradicional.

⁹ ELIZABETH M. SCHNEIDER, BATTERED WOMEN AND FEMINIST LAWMAKING 29-56 (2000). Recomiendo, además, una lectura de JAMES B. JACOBS Y KIMBERLY POTTER, HATE CRIMES. CRIMINAL LAW AND IDENTITY POLITICS (1998). Dicho ejercicio sirve para comparar los procesos de creación de leyes que criminalizan conductas humanas que muchas veces escapan la lógica del Derecho con los procesos de criminalización de la violencia doméstica. Véase, además, ELENA LARRAURI, LA HERENCIA DE LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA 218 (1991). La autora reflexiona sobre el concepto *empresarios morales atípicos* de Sebastian Scheerer. Ambas lecturas permiten una reflexión crítica sobre el uso del Derecho Penal por parte de las mujeres y otros movimientos.

¹⁰ SCHNEIDER, *supra* nota 10, en las págs. 3-28.

¹¹ Véanse Nils Christie, *Conflicts as property*, 17 THE BRITISH J. OF CRIMINOLOGY 1 (1977); FACIO Y FRIES, *supra* nota 7; ELENA LARRAURI, CRIMINOLOGÍA CRÍTICA Y VIOLENCIA DE GÉNERO (2007); ELENA LARRAURI, MUJERES Y SISTEMA PENAL (2008); Sonia Serrano Rivera, *Emboscada de la igualdad: Una reflexión sobre la violencia de género y el Derecho*, 45 REV. JUR. UIPR 333 (2010). Cabe tener en cuenta que, si bien puede ser una herramienta para tratar problemáticas sociales, el Derecho también puede llegar a ser una herramienta que reproduce y protege las condiciones en que se formaron esas problemáticas en primer lugar. Véanse MICHEL FOUCAULT, LA VERDAD Y LAS FORMAS JURÍDICAS (1996); DUNCAN KENNEDY, IZQUIERDA Y DERECHO: ENSAYOS DE TEORÍA JURÍDICA CRÍTICA (2010).

mujeres.¹² Según Mackinnon,¹³ West,¹⁴ y Jaramillo,¹⁵ esto responde al hecho de que el Derecho se piensa desde y para un sujeto masculino; a que el Derecho es una institución más del patriarcado para mantener subordinadas a las mujeres,¹⁶ y a que el Derecho se construye desde y para construir una categoría de mujer particular.¹⁷ En la práctica se puede observar en la creación y en la forma que se aplican e interpretan las normas jurídicas y en el tratamiento y procesamiento legal de las mujeres. En el Derecho Penal, esto cobra mayor relevancia al mirar las conductas que se penalizan y las que no, la interpretación sesgada de los delitos, y las penas que se imponen cuando quien delinque es una mujer.¹⁸ Este imaginario esencialista se puede ver en los casos de violencia doméstica, en los que la mujer maltratada se tiene que enfrentar a prejuicios y visiones estereotipadas sobre su rol en las relaciones.

Donna Coker argumenta que el uso del Derecho Penal para tratar la violencia doméstica ha llevado un mayor control estatal sobre las vidas de las mujeres y el surgimiento de nuevas problemáticas.¹⁹ Coker identifica tres formas para ejemplificar esto. Primero, el hecho que las leyes que criminalizan esta violencia se utilizan contras las mujeres de forma más punitiva.²⁰ Por ejemplo, esto incluye la disparidad en el uso de la pena de prisión para mujeres ofensoras por violencia doméstica en comparación con los hombres ofensores.²¹ Esto no solo es un dilema causado por la existencia de legislación criminalizando esa conducta, sino es el resultado de un sistema legal que, por actitudes y nociones estereotipadas, castiga de forma más severa a las mujeres ofensoras. Ello ocurre sin tomar en consideración que, muchas veces, las mujeres que son arrestadas por violencia doméstica estaban defendiéndose de un ataque o de un patrón de maltrato.²²

¹² ANDREA DWORKIN, WOMAN HATING 20-21 (1974).

¹³ CATHARINE MACKINNON, FEMINISM UNMODIFIED (1987).

¹⁴ Robin West, *Jurisprudence and gender*, 55 U. CHI. L. REV. 1 (1988).

¹⁵ Isabel C. Jaramillo, *La crítica feminista al derecho, estudio preliminar*, en GÉNERO Y TEORÍA DEL DERECHO 27-66 (Robin West ed., 2000).

¹⁶ MACKINNON, *supra* nota 14, en las págs. 70-77.

¹⁷ Dicho planteamiento ha sido criticado por otras teóricas, como la socióloga feminista Carol Smart, que proponen ver el género no como un antes del Derecho, sino como un después creado por el discurso jurídico y su efecto simbólico Carol Smart, *The Woman of Legal Discourse*, 1 SOC. & LEGAL STUD. 29, 34-37 (1992).

¹⁸ ELENA LARRAURI, MUJERES, DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA 93-106 (1994).

¹⁹ Donna Coker, *Crime Control and Feminist Law Reform in Domestic Violence Law: A critical review*, 4 BUFF. CRIM. L. REV 801, 805-07 (2001).

²⁰ *Id.* en la pág. 830.

²¹ Marriane Hester, *Portrayal of women as intimate partner domestic violence perpetrators*, 18 VIOLENCE AGAINST WOMEN 1067, 1070 (2012); VICENTE, *supra* nota 8, en la pág. 240.

²² LARRAURI, DERECHO PENAL *supra* nota 19; Luz Rioseco Ortega, *Mediación en casos de violencia doméstica*, en GÉNERO Y DERECHO 391-416 (Alda Facio y Lorena Fries eds., 1999); Coker, *supra* nota 20, en la pág. 831.

Segundo, la intervención de agencias estatales. Por ejemplo, tome las agencias protectoras de menores y los protocolos que utilizan de remoción como medidas de protección. Estos procesos terminan cuestionando la capacidad de la mujer maltratada de ser una *buena madre* durante las batallas legales por la custodia del menor.²³ Las repercusiones de esto pueden ser gravísimas, ya que les crea mayores conflictos para sobrellevar y salir de la situación en la que se encuentran.²⁴ Tercero, la intervención para proteger a las víctimas termina siendo perjudicial para las mujeres, quienes han tenido que recurrir o han sido obligadas a cometer actividades ilícitas como parte de la violencia que viven en sus relaciones. Por ejemplo, el consumo y venta de drogas, y la práctica de la prostitución.²⁵

Otro desacierto al recurrir al Derecho Penal —relacionado al anterior— es la pérdida del agenciamiento y autonomía de las mujeres a partir de las políticas de arresto mandatorio, la política de permitir que otros inicien el proceso, y la de proceder con los cargos cuando la víctima decide retirarlos. En busca de proteger a las mujeres maltratadas, se ha entrado a operar en un sistema donde la mujer maltratada pierde cierta libertad para lidiar con la violencia que enfrenta, y tiene que someterse a los remedios que la legislación le impone y continuar con los cargos, aunque no decida continuar con el proceso.²⁶ El problema de esto radica en que se excluyen otros mecanismos que las mujeres han utilizado para resistir y oponerse a esa violencia.²⁷ Estos mecanismos, muchas veces, son menos invasivos y más efectivos que los que ofrece el Derecho Penal.

Otro dilema que enfrentan las mujeres al recurrir al sistema legal y crear leyes que criminalicen la violencia doméstica tiene que ver con el funcionamiento discursivo del Derecho y las formas de exclusión que posibilita.²⁸ Destaco tres asuntos para ilustrar este punto. Primero, la clasificación o categoría de *mujer maltratada* que emplean muchas legislaciones²⁹ y el efecto de esto en fortalecer el binomio

²³ Coker, *supra* nota 20, en las págs. 833-37

²⁴ LORRAINE RADFORD Y MARIANNE HESTER, *MOTHERING THROUGH DOMESTIC VIOLENCE* (2006).

²⁵ Coker, *supra* nota 20, en las págs. 833-37; Carmen Anthony García, *Reflexiones sobre los procesos de criminalidad y criminalización de las mujeres de América Latina implicadas en delitos relacionados con droga*, en GÉNERO Y DERECHO 511-516 (Alda Facio y Lorena Fries eds., 1999); Angela M. Moe, *Women, drugs and crime*, 19 CRIMINAL JUSTICE STUDIES 337 (2006).

²⁶ Coker, *supra* nota 20, en las págs. 821-823. Es importante mencionar que las *no drop policies* buscan ayudar a las mujeres que renuncian a los cargos por presiones de sus parejas, familiares, amigos o personas cercanas. En ese sentido, sirven para lidiar con un problema real. Sin embargo, propongo mirarlas críticamente porque pueden tener efectos no deseados y también porque se traducen en una especie de plataforma para obviar el uso de otras estrategias de resistencia que emplean las mujeres maltratadas.

²⁷ Diana Valle Ferrer, *La violencia contra las mujeres en Puerto Rico: Dimensiones sociales, institucionales y familiares*, 46 REV. JUR. UIPR 5 (2011); y VICENTE, *supra* nota 8, en la pág. 36.

²⁸ DRUCILLA CORNELL, *THE PHILOSOPHY OF THE LIMIT* 155-69 (1992).

²⁹ Véanse SHARON LAMB, *NEW VERSIONS OF VICTIMS: FEMINISTS STRUGGLE WITH THE CONCEPT* (1999); SCHNEIDER, *supra* nota 10, en las págs. 60-62; Cynthia Román Hernández, *Feminismos, Estado y política social: Análisis discursivo en torno a la Ley 54 como política social*, 12 ANÁLISIS 49 (2011); VICENTE, *supra* nota 8.

hombre/mujer, en el que el hombre se percibe como sujeto siempre agresor y la mujer como sujeto siempre víctima y pasiva.³⁰ Segundo, relacionado con el primero, resalto el debate entre adoptar leyes neutrales o de sexo específico, de ello depende la protección que puedan recibir víctimas que no responden al sexo específico o que no se encuentran en relaciones tradicionales. Tercero, las categorías que se utilizan, por ejemplo, violencia doméstica o delito pasional. Esta última rechazada ampliamente por el activismo feminista tradicional en sus esfuerzos para que la violencia no se considerase un asunto patológico.³¹ La categoría que finalmente se escoja importa, pues de ello dependerá la protección extensiva o limitada de las leyes.

B. La otra cara de la criminalización: aportaciones de la criminología crítica

En la adopción e implementación de las leyes que criminalizan la violencia doméstica es notable una tendencia cada vez más punitiva y el mayor despliegue de las fuerzas represivas del Estado.³² Esto lo observamos en el aumento de penas, en la prohibición o las limitaciones que se les imponen a las medidas alternativas, en el privilegio que tiene la cárcel sobre otras formas de castigo, en los arrestos mandatorios, en que otra persona pueda iniciar el proceso por la víctima, y en la política de no retirar cargos.³³ Detrás de ese desarrollo punitivo han estado sectores del movimiento feminista, quienes no tuvieron la intención de entrar en esa tendencia más punitiva, sino que buscaban que los casos no se trivializaran.

Afortunadamente, otros sectores del movimiento feminista se han encargado de problematizar esto. Estas feministas se han nutrido de las críticas al Derecho Penal

³⁰ Esto es problemático, pues lleva a reforzar los discursos esencialistas en torno al género y la sexualidad. JUDITH BUTLER, *GENDER TROUBLE* 13-16 (1990).

³¹ El concepto de violencia doméstica ha sido problematizado por quienes plantean que podría prestarse para considerar la violencia de otros sujetos en el contexto doméstico, lo que precisamente buscaba evitar el activismo feminista al crear legislación especial. Madeline Román, “*Préndeme fuego si quieres que te olvide...*” *Del delito pasional a lo pasional del delito*, en *MÁS ALLÁ DE LA BELLA (IN)DIFERENCIA: REVISIÓN POST-FEMINISTA Y OTRAS ESCRITURAS POSIBLES* 152-163 (Heidi Figueroa Sarriera, María Milagros López y Madeline Román eds., ed. 1994); y Madeline Román, *Género, delito y sistema legal (a propósito del asesinato de Ivonne Negrón Cintrón)*, 80 *GRADOS* (19 de septiembre de 2014), <http://www.80grados.net/genero-delito-y-sistema-legal-a-proposito-del-asesinato-de-ivonne-negron-cintron/> (última visita 12 de agosto de 2018). Aunque en parte coincido con descartar la categoría de delito pasional, reconozco las aportaciones del psicoanálisis —y otros saberes— en cuanto al fenómeno de la violencia en las relaciones de pareja y en cómo problematizan el entendido de un sujeto enteramente racional. JESSICA BENJAMIN, *THE BONDS OF LOVE. PSYCHOANALYSIS, FEMINISM, AND THE PROBLEM OF DOMINATION* (1988); y MADELINE ROMÁN, *ESTADO Y CRIMINALIDAD EN PUERTO RICO* 117-31 (1993).

³² Emily J. Sack, *Battered Women and the State: The struggle for the future of domestic violence policy*, 2004 *WIS. L. REV.* 1657 (2004); Claire Houston, *How Feminist Theory became (Criminal) Law: Tracing the path to mandatory criminal intervention in domestic violence cases*, 21 *MICH. J. GENDER & L.* 217, 252-71 (2014).

³³ Leigh Goodmark, *Should domestic violence be decriminalized?*, 40 *HARVARD J. OF L. & GENDER* 53, 60-74 (2017).

que, entre otros asuntos, advierten sobre la expansión del aparato penal (severidad de las penas y las conductas que se criminalizan),³⁴ y de los señalamientos de la criminología crítica, tales como: que la categoría de delito es un asunto definido por el Estado; que cada vez más se recurre al aparato criminal como solución a todo conflicto social; que hay una aplicación sesgada, y los efectos de esto sobre sectores marginados; y que debemos movernos a formas alternativas de pensar lo criminal.³⁵ Esos enunciados han sido ampliamente analizados por sociólogas, criminólogas y juristas feministas, quienes han ido sobre las contribuciones de los intelectuales críticos para proponer reflexiones alternativas sobre la violencia contra las mujeres, y las han abordado desde una perspectiva crítica para señalar sus insuficiencias, limitaciones y contradicciones teóricas.³⁶

Una de las formas más conocidas de medir cuán punitiva es una sociedad y sus leyes es la frecuencia con la que emplean la prisión como castigo.³⁷ En este asunto, varias feministas han desarrollado el concepto “*carceral feminism*” para problematizar el uso de la prisión en casos de violencia doméstica.³⁸ Victoria Law suele utilizarlo como una forma de abordar críticamente los procesos de criminalización adoptados por el activismo feminista tradicional y le sirve, además, como una forma de plantear otros dilemas:

Casting policing and prisons as the solution to domestic violence both justifies increases to police and prison budgets and diverts attention from the cuts to programs that enable survivors to escape, such as shelters, public housing, and welfare. And finally, positioning police and prisons as the prin-

³⁴ Véanse Luigi Ferrajoli, *El Derecho Penal mínimo*, en PREVENCIÓN Y TEORÍA DE LA PENA 25-48 (Juan J. Bustos Ramírez ed., 1995); DAVID GARLAND, *THE CULTURE OF CONTROL: CRIME AND SOCIAL ORDER IN CONTEMPORARY SOCIETY* (2001); JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL: ASPECTOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN LAS SOCIEDADES POSTINDUSTRIALES* (2001); Roberto Gargarella, *El Derecho y el castigo: de la injusticia penal a la justicia social*, 25 DERECHOS Y LIBERTADES 37 (2011).

³⁵ Véanse IAN TAYLOR, PAUL WALTON & JOCK YOUNG, *THE NEW CRIMINOLOGY: FOR A SOCIAL THEORY OF DEVIANCE* (1973); MASSIMO PAVARINI, *CONTROL Y DOMINACIÓN. TEORÍAS CRIMINOLÓGICAS BURGUESAS Y PROYECTO HEGEMÓNICO* (1983); ALESSANDRO BARATTA, *CRIMINOLOGÍA CRÍTICA Y CRÍTICA DEL DERECHO PENAL* (1986); WALTER S. DEKERESEDI, *CONTEMPORARY CRITICAL CRIMINOLOGY* (2011).

³⁶ ELENA LARRAURI, *CRIMINOLOGÍA CRÍTICA Y VIOLENCIA DE GÉNERO* 55-81 (2007).

³⁷ Gazir Sued, *Del derecho penal y la (sin)razón carcelaria*, 80 GRADOS (15 de noviembre de 2013), <http://www.80grados.net/del-derecho-penal-y-la-sinrazon-carcelaria/> (última visita 12 de agosto de 2018); Madeline Román, *Entre los agujeros de la topera y los anillos de la serpiente: signos de tránsito*, UMBRAL (13 de octubre de 2016), <http://umbral.uprrp.edu/agujeros-topera-anillos-serpiente-signos-transito> (última visita 12 de agosto de 2018).

³⁸ Elizabeth Bernstein, *The sexual politics of the “new abolitionism”*, 18 DIFFERENCES: A J. OF FEMINIST CULTURAL STUDIES 128 (2007); Elizabeth Bernstein, *Militarized humanitarianism meets carceral feminism: The politics of sex, rights, and freedom in contemporary antitrafficking campaigns*, 36 J. OF WOMEN IN CULTURE AND SOC’Y 45 (2010); Sune Sandbeck, *Towards an understanding of carceral feminism as neoliberal biopower*. Escrito presentado en la conferencia anual de la *Canadian Political Science Association*, Universidad de Alberta, Edmonton, Alberta, Canadá (2012), <https://www.cpsa-acsp.ca/papers-2012/Sandbeck.pdf> (última visita 12 de agosto de 2018).

*cipal antidote discourages seeking other responses, including community interventions and long-term organizing.*³⁹

Law también señala que quienes operan al interior del *carceral feminism* ignoran cómo la violencia afecta de distintas formas a diferentes mujeres. Pues, las que se encuentran en situaciones de alta vulnerabilidad (por ejemplo, las inmigrantes) tienen mayores dificultades de acceder a los recursos legales para salir de una relación abusiva.⁴⁰ Por tal razón, a la hora de pensar en estrategias se tiene que buscar proteger a las mujeres —en plural— y no solo a las que tienen mayor posibilidad de acceso al sistema de justicia criminal.⁴¹

Ese desarrollo punitivo, además, ha permitido un mayor control e intervención con los sectores marginados,⁴² señalamiento hecho por los exponentes de la criminología crítica, en particular por los marxistas. Los criminólogos marxistas advierten que el aparato penal responde a los intereses de las clases dominantes y sirve como un recurso de control social de las poblaciones excedentes.⁴³ Aunque la criminología marxista haya sido revaluada, actualizada y abandonada por la criminología *mainstream*, la crítica del aparato penal como clasista y discriminatorio es acertadísima para entender el funcionamiento del sistema criminal contemporáneo.⁴⁴ Esto es lo que se conoce como la aplicación sesgada. En los casos de violencia doméstica se ha documentado cómo la mayoría de los ofensores son de sectores marginados, a quienes también se le imponen las penas más severas de estas leyes.⁴⁵ La aplicación sesgada también nos lleva a cuestionarnos la efectividad de estas leyes para disuadir a reincidentes y nuevos ofensores.⁴⁶

Otro asunto observado ha sido la forma en que los políticos aprovechan para aprobar políticas criminales severas (mano dura) en momentos en que la ciudadanía indica sentirse insegura.⁴⁷ Ello conlleva, entre otras cosas, privilegiar la presencia

³⁹ Victoria Law, *Against carceral feminism*, JACOBIN (17 de octubre de 2014), <https://www.jacobin-mag.com/2014/10/against-carceral-feminism/> (última visita 12 de agosto de 2018).

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ Beth E. Richie, *A black feminist reflection on the antiviolence movement*, 25 SIGNS 1133 (2000); Coker, *supra* nota 20, en la pág. 811.

⁴² MADELINE ROMÁN, ESTADO Y CRIMINALIDAD EN PUERTO RICO 125 (1993).

⁴³ MASSIMO PAVARINI, CONTROL Y DOMINACIÓN. TEORÍAS CRIMINOLÓGICAS BURGUESAS Y PROYECTO HEGEMÓNICO 31-33 (1983).

⁴⁴ Solo basta con mirar el perfil de la población de personas confinadas en cualquier ordenamiento — en Puerto Rico también— para constatar que los más impactados son personas marginadas.

⁴⁵ Beth E. Richie, *A black feminist reflection on the antiviolence movement*, 25 SIGNS 1133, 1136-1137 (2000); INCITE! WOMEN OF COLOR AGAINST VIOLENCE Y CRITICAL RESISTANCE, STATEMENT ON GENDER VIOLENCE AND THE PRISON INDUSTRIAL COMPLEX (2001), http://www.incite-national.org/sites/default/files/incite_files/resource_docs/5848_incite-cr-statement.pdf; y Law, *supra* nota 40.

⁴⁶ Coker, *supra* nota 20, en la pág. 820.

⁴⁷ Recomiendo una lectura de un artículo publicado por el profesor Varona Gómez (2015): *Opinión pública y castigo: La investigación sobre las actitudes punitivas en España*, para entender la influen-

de la víctima en el debate público, lo cual entra en tensión con cualquier crítica que se haga en beneficio del ofensor. Hay quienes han argumentado que las leyes de violencia doméstica fueron adoptadas, en parte, gracias al auge de la mano dura y a las ventajas políticas que este discurso ofrece a los gobiernos en la lucha contra la criminalidad. Ello se ve en que las leyes de violencia doméstica han facilitado –en ciertas ocasiones– una intervención excesiva, clasista, discriminatoria y punitiva por parte del Estado, lo cual no hubiese sido posible sin la existencia de normas legales que justificaran dicha intervención.⁴⁸

III. Consideraciones de la Ley 54:

Ley para la prevención e intervención con la violencia doméstica

La Ley 54 se aprobó en Puerto Rico el 15 de agosto de 1989, como resultado de un intenso cabildeo por el activismo feminista local.⁴⁹ La misma se considera una ley especial de naturaleza criminal, civil y preventiva. Este enfoque le hizo una medida de avanzada para la época, por lo cual obtuvo gran acogida en la comunidad internacional.⁵⁰

A. Trasfondo histórico y proceso de adopción

Las décadas de los ‘60, ‘70 y ‘80 fueron cruciales para el progreso de los derechos de las mujeres en Puerto Rico. En esas décadas coincidieron varios sucesos que desembocaron en la aprobación de la Ley 54.

Durante la década de los ‘60 se consolidaron un gran número de organizaciones feministas. En ellas se buscaba discutir, organizar y proponer acciones concretas para luchar contra la opresión y desigualdad que vivían las mujeres. Estas primeras organizaciones estuvieron influenciadas por el activismo feminista internacional,⁵¹ y no estuvieron exentas de los debates entre feminismos tradicionales y feminismos socialistas, radicales y alternativos.⁵² A pesar de ello, estaban repletas de una gran

cia de la opinión pública en la adopción y desarrollo de las políticas criminales. Esta relación también ha sido discutida bajo la discusión sobre el fenómeno del ‘populismo punitivo’. Daniel Varona Gómez, *Opinión pública y castigo: La investigación sobre las actitudes punitivas, en ESPAÑA, EN CRIMEN, OPORTUNIDAD Y VIDA DIARIA: LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR DR. MARCUS FELSON 679-700* (Fernando Miró Llinares ed., 2015).

⁴⁸ Coker, *supra* nota 20.

⁴⁹ VICENTE, *supra* nota 8, en las págs. 15-16.

⁵⁰ Jodie G. Route, *Gender Justice in Puerto Rico: Domestic Violence, Legal Reform, and the Use of International Human Rights Principles*, 33 HUM. RTS. Q. 790 (2011); VICENTE, *supra* nota 8, en la pág. 343.

⁵¹ Esther Vicente, ¿Es que podremos dismantelar el andamiaje del patriarcado con sus propios instrumentos?: La Ley 54 y la vida de las mujeres en Puerto Rico, 32 REV. JUR. UIPR 367, 368 (1998).

⁵² Cynthia Román Hernández, *Feminismos, Estado y política social: Análisis discursivo en torno a la Ley 54 como política social*, 12 ANÁLISIS 49, 52-54 (2011).

diversidad de mujeres (negras, inmigrantes, lesbianas, obreras, académicas, profesionales, entre otras). Estas feministas no solo se dedicaron al quehacer político (entendido como cabildeo y presencia en el debate público), sino que también fueron responsables de abrir los primeros centros universitarios para los estudios de género, generar una gran cantidad de investigaciones sobre violencia doméstica, crear material educativo, y abrir hogares para mujeres y niños maltratados.⁵³

En la década de los '70 se publicó el informe de la Comisión de Derechos Civiles (1972): *La igualdad de derechos y oportunidades de la mujer puertorriqueña*.⁵⁴ En este informe se relatan las causas y consecuencias de la desigualdad que enfrentaban las mujeres en la sociedad puertorriqueña y describe como esa desigualdad servía de justificación para la desventaja política, económica y legal de las mujeres. El informe forjó un debate que culminó en la aprobación e implementación de una serie de reformas legales que mejoraron la situación de las mujeres.⁵⁵ El informe también culminó en la creación de la Comisión de Asuntos de la Mujer.⁵⁶

Todos esos sucesos fueron decisivos para que, en la década de los '80, Puerto Rico fuese escenario de una de las leyes de violencia doméstica más avanzadas en el mundo. Tras años de una presencia considerable en el debate público, las feministas decidieron impulsar la creación de la Ley 54 como una forma de visibilizar y crear mecanismos estatales en contra de esa violencia.⁵⁷ Para ello, también fue necesario recurrir a investigaciones que evidenciaban un alto número de casos de mujeres maltratadas.⁵⁸ Al mismo tiempo, en los medios de comunicación resonaron casos de violencia que tuvieron un impacto directo sobre la percepción social que hasta entonces se tenía.⁵⁹

Durante el proceso de aprobación de la Ley 54, el activismo feminista tuvo que enfrentarse a discursos que planteaban que la violencia doméstica era un asunto personal y al dilema sobre los mecanismos que se utilizarían para intervenir con esta

⁵³ Vicente, *supra* nota 52.

⁵⁴ COMISIÓN DE DERECHOS CIVILES DE PUERTO RICO, LA IGUALDAD DE DERECHOS Y OPORTUNIDADES DE LA MUJER PUERTORRIQUEÑA (1972), http://www2.pr.gov/agencias/cdc/InstitutoEducacion/MaterialEducativo/Recursos%20Educativos/La%20Igualdad%20de%20Derechos%20y%20Oportunidades%20de%20la%20Mujer%20Puertorriqueña%201972-CDC-022.pdf?Mobile=1&Source=%2Fagencias%2Fcdc%2FInstitutoEducacion%2FMaterialEducativo%2F_layouts%2Fmobile%2Fview.aspx%3FList%3Dac343ac4-fffb-4161-b11b-b2aee85a69da%26View%3D10e259bc-7107-4605-8d56-3cc86b427912%26CurrentPage%3D1 (última visita 18 de diciembre de 2018).

⁵⁵ Por ejemplo, la reforma laboral, que buscaba reivindicar los derechos de las mujeres trabajadoras, y la reforma legal, que, entre otras cosas, reformó el Código Civil para reconocerle derechos a las mujeres en distintas áreas. Estas reformas fueron un avance para la igualdad de las mujeres.

⁵⁶ Vicente, *supra* nota 52, en la pág. 369. La Comisión tuvo como función analizar y proponer políticas públicas que adelantaran y mejoraran la situación política, social, económica y legal de las mujeres puertorriqueñas.

⁵⁷ Route, *supra* nota 51.

⁵⁸ RUTH SILVIA BONILLA, EL MARCO SOCIAL DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN LA VIDA CONYUGAL (1985); Alice Colón Warren, *Puerto Rico: Feminism and feminist studies*, 17 GENDER AND SOC'Y 664, 678-80 (2003).

⁵⁹ Route, *supra* nota 51.

violencia.⁶⁰ Sobre el primer asunto, es importante señalar que las feministas incentivaron un giro discursivo en cómo la sociedad entendía el problema de la violencia doméstica. Ellas plantearon que no era un problema de la esfera privada, individual o patológico, sino que era una violencia recurrente y no aislada; que respondía a un problema de relaciones de poder; y que había que entenderla como parte de unas estructuras que reproducen la opresión y subordinación de las mujeres.⁶¹

Por tal razón, era un asunto público y el Estado debía movilizarse e intervenir para proteger a las mujeres. Todo lo anterior quedó resumido en la popular frase proveniente del ensayo de Carol Hanisch: “*The personal is political*”.⁶² En cuanto al segundo asunto, en el proceso de elaboración de la Ley 54 estuvo presente el debate sobre las tensiones que habría con recurrir al Derecho,⁶³ puesto que en este se reproducen discursos patriarcales, androcéntricos y existen limitaciones que perjudicarían a las propias mujeres.⁶⁴ Al decidir por el Derecho, las feministas sabían que tendrían que mantener una constante presencia en el debate público para que sus reclamos no se perdieran en esas limitaciones.⁶⁵

⁶⁰ Durante esta época, donde el activismo feminista estaba en todo su apogeo, estaban desarrollándose transformaciones sociales muy importantes. Destaco tres de ellas: la liberación sexual, los cambios en la estructura familiar y un cuestionamiento sobre la visión hegemónica de lo que significaba ser mujer. Estas tres transformaciones representaron un cambio de paradigma social que, para muchas, representó un auténtico enfrentamiento a la dominación masculina y al sistema que reproducía la subordinación de las mujeres. Véase DWORKIN, *supra* nota 13.

⁶¹ MACKINNON, *supra* nota 14, en las págs. 46-62; Sally F. Goldfarb, *Violence against women and the persistence of privacy*, 61 OHIO ST. L. J. 1 (2000); Esperanza Bosch Fiol y Victoria Aurora Ferrer Pérez, *La violencia de género: De cuestión privada a problema social*, 9 INTERVENCIÓN PSICOSOCIAL 7 (2000).

⁶² Carol Hanisch, *The personal is political*, en NOTES FROM THE SECOND YEAR: WOMEN’S LIBERATION 76-78 (Shulamith Firestone y Anne Koedt eds., 1969).

⁶³ Este debate se nutrió de las aportaciones y denuncias lanzadas por criminólogas y profesionales críticas del Derecho Penal. Madeline Román, “*Préndeme fuego si quieres que te olvide...*” *Del delito pasional a lo pasional del delito*, en MÁS ALLÁ DE LA BELLA (IN)DIFERENCIA: REVISIÓN POST-FEMINISTA Y OTRAS ESCRITURAS POSIBLES 152-63 (Heidi Figueroa Sarriera, María Milagros López y Madeline Román eds., 1994); y TRINA RIVERA DE RÍOS, INTERVENCIÓN DE TRINA RIVERA DE RÍOS ANTE LA COMISIÓN DE LO JURÍDICO DE LA RAMA LEGISLATIVA DE PUERTO RICO (2002), http://www.ramajudicial.pr/CodigoPenal/acrobat/18-2002_0426-Transcripcion-de-VP-RS203.PDF (última visita 18 de diciembre de 2018).

⁶⁴ Véanse MACKINNON, *supra* nota 14; Katharine T. Bartlett, *Feminist legal methods*, 103 HARV. L. REV. 829 (1990); Vicente, *supra* nota 52.

⁶⁵ Como bien ha señalado la profesora Esther Vicente:

Desde la perspectiva de las mujeres, el Derecho es campo peligroso y a la vez inevitable en nuestros procesos de lucha y resistencia. Tenemos que mantener un estado de conciencia constante ante el Derecho, pues le resulta muy fácil dismantelar nuestras estrategias, volcarlas en contra nuestra o simplemente ignorarlas. No basta ver convertidos en ley nuestros reclamos y propuestas, el proceso de implantación y de hacer cumplir las leyes también requiere nuestra participación activa.

Vicente, *supra* nota 52, en la pág. 372.

La aprobación de la Ley 54 fue un proceso arduo de participación política y consenso entre grupos feministas gubernamentales y no gubernamentales. Requirió también de debates ideológicos y un largo proceso de concientización. Ese proceso no estuvo exento de resistencia y oposición por distintos sectores de la sociedad.⁶⁶

C. Aspectos normativos y jurisprudenciales

1. Política pública y definición de violencia doméstica

La Ley 54 adopta un abordaje integral para tratar la violencia doméstica. Es decir, emplea diversos acercamientos y mecanismos para atender todas las circunstancias que rodean esta violencia. Ello se refleja en los remedios que establece y en la política pública que persigue:

[E]l Gobierno del Estado Libre Asociado de Puerto Rico repudia enérgicamente la violencia doméstica por ser contraria a los valores de paz, dignidad y respeto que este pueblo quiere mantener para los individuos, las familias y la comunidad en general. A través de esta política pública se propicia el desarrollo, establecimiento y fortalecimiento de remedios eficaces para ofrecer protección y ayuda a las víctimas, alternativas para la rehabilitación de los ofensores y estrategias para la prevención de la violencia doméstica.⁶⁷

La Ley 54 utiliza el concepto de violencia doméstica para referirse a una diversidad de manifestaciones de violencia que se dan en las relaciones.⁶⁸ En la Ley se define como:

[...] un patrón de conducta constante de empleo de fuerza física o violencia psicológica, intimidación o persecución contra una persona por parte de su cónyuge, ex cónyuge, una persona con quien cohabita o haya cohabitado, con quien sostiene o haya sostenido una relación consensual o una persona con quien se haya procreado una hija o un hijo, independiente-

⁶⁶ María Dolores Fernós, *Estrategias contra la violencia de género: Un análisis comparativo de las medidas adoptadas en Puerto Rico a la luz de las experiencias internacionales*, 46 REV. JUR. UIPR 63 (2011).

⁶⁷ Ley para la Prevención e Intervención con la Violencia Doméstica, Ley Núm. 54 de 15 de agosto de 1989, 8 LPRA § 601 (2018).

⁶⁸ Reconozco que en otras jurisdicciones —por ejemplo, España— la violencia doméstica y la violencia de género no hacen referencia a lo mismo. Sin embargo, en Puerto Rico esta distinción no existe jurídicamente hablando. Ahora bien, cabe mencionar que el activismo feminista y el activismo gay han intentado que el texto de la Ley 54 se modifique para que lea violencia de género, pues estaría más acorde con el alcance que ya se supone tenga la Ley.

mente del sexo, estado civil, orientación sexual, identidad de género o estatus migratorio de cualquiera de las personas involucradas en la relación, para causarle daño físico a su persona, sus bienes o a la persona de otro o para causarle grave daño emocional.⁶⁹

Vemos que la definición es tan amplia que sirve para acoger los conceptos de violencia machista, violencia de género, violencia en relaciones de pareja o cualquier otra variación. La amplitud del concepto también permite hacer aplicable la protección de la Ley a la diversidad de relaciones que puedan existir. En un principio, la definición no fue tan amplia, sino que ha evolucionado tras varias reformas legislativas y decisiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico.⁷⁰

2. Remedios en la Ley 54

La Ley 54 contiene tres tipos de remedios: los de naturaleza civil, los de naturaleza criminal y los de naturaleza preventiva.⁷¹

Las órdenes de protección son el remedio civil característico de la Ley 54. Las mismas se pueden solicitar en los tribunales (Tribunal de Primera Instancia y oficina de jueces municipales) por la persona víctima, otra persona si la víctima se encuentra impedida de hacerlo, o por un patrono para sus empleados. Para expedir la orden de protección no se requiere una denuncia o acusación previa. Las órdenes de protección funcionan para proteger a la víctima mediante determinaciones que hace el tribunal. Las determinaciones son variadas.⁷² Dada la facilidad y flexibilidad

⁶⁹ Ley para la Prevención e Intervención con la Violencia Doméstica, Ley Núm. 54 de 15 de agosto de 1989, 8 LPRA § 602(r) (2018).

⁷⁰ En su libro, *Más allá de la Ley: Sexo, género y violencia en las relaciones de pareja*, Esther Vicente hace un recuento magistral de las reformas legales y decisiones del Tribunal Supremo, desde que se aprobó la Ley 54. VICENTE, *supra* nota 8. Por mencionar las decisiones más relevantes: Pueblo v. Figueroa Santana, 154 DPR 717 (2001) (donde se decidió que un solo acto puede constituir los elementos del delito de maltrato); Pueblo v. Ríos Alonso, 149 DPR 761 (1999) (donde se aclaró las modalidades de los delitos tipificados en la Ley); Pueblo v. Flores Flores, 181 DPR 225 (2011) (donde se decidió que la Ley 54 no protege a personas víctimas en relaciones de adulterio); Pueblo v. Leandro Ruiz Martínez, 159 DPR 194 (2003) (donde se determinó que la Ley 54 no aplica a personas en relaciones del mismo sexo); Pueblo v. Pérez Feliciano, **183 DPR** 1003 (2011) (donde se decidió que sostener relaciones sexuales equivale a sostener una relación íntima, la cual está protegida bajo la Ley 54). Estas decisiones tuvieron un impacto en la elaboración de un estatuto más amplio y eficaz para tratar la violencia doméstica. Esther Vicente, *Una ley mal tratada: El Tribunal Supremo del siglo 21 ante la violencia, las mujeres y el género*, 46 REV. JUR. UIPR 95 (2011).

⁷¹ Este esquema es utilizado comúnmente para explicar la Ley 54. VICENTE, *supra* nota 8, en las págs. 234-70.

⁷² Por ejemplo: abstenerse de hacer algo, entregar un arma de fuego, determinar una pensión y la custodia provisional de menores, proteger los bienes de la persona que solicite la orden o aquellos que pertenecen a la sociedad legal de gananciales, indemnizar a la persona víctima, entre otras.

que existe para solicitarlas, las órdenes de protección son un remedio utilizado con mucha frecuencia. El incumplimiento de una orden de protección podría acarrear pena de reclusión por un término fijo –que no puede ser menor de tres (3) años ni mayor de ocho (8) años– o una sentencia suspendida con la obligación de estar bajo supervisión electrónica.

En cuanto a los remedios de naturaleza criminal, la Ley tipifica cinco delitos: maltrato, con una pena de reclusión de seis (6) meses a tres (3) años; maltrato agravado, con una pena de reclusión de tres (3) años a ocho (8) años; maltrato mediante amenaza, con una pena de reclusión de seis (6) meses a tres (3) años; maltrato mediante restricción de la libertad, con una pena de reclusión de tres (3) años a ocho (8) años; y agresión sexual conyugal, con una pena de reclusión de quince (15) años a veinticinco (25) años.⁷³

La Ley dispone que se podrá imponer una pena de restitución adicional a la pena de reclusión. La pena que finalmente se imponga puede incorporar los agravantes y atenuantes que establece el Código Penal. Además, en el Código Penal aparece que las personas reclusas pueden ser consideradas para salir en libertad bajo palabra si cumplen con parte de la condena.⁷⁴

La Ley 54 establece un programa de desvío si se cumplen las siguientes condiciones: que haya una alegación de culpabilidad; que se acuerde la participación en un programa de reeducación y readiestramiento de ofensores; que se tome en consideración la opinión de la víctima y del Ministerio Fiscal; que el acusado no sea reincidente y no haya violado una orden de protección impuesta; y que se firme un convenio entre Ministerio Fiscal, acusado y el organismo que proveerá el programa de reeducación y readiestramiento. El efecto de este programa es que se suspende el procedimiento y la persona convicta se somete a libertad a prueba. Si alguna de esas condiciones se incumple, el tribunal podrá dejar sin efecto la libertad a prueba y proceder a imponer sentencia.⁷⁵

En la severidad de las penas que se imponen a cada delito; en los términos que se tiene que cumplir para poder estar bajo libertad a prueba; y en las condiciones restrictivas del programa de desvío, podemos comenzar a ver como permea una lógica altamente punitiva en la Ley 54. Además de lo anterior, la Ley dispone sobre los arrestos mandatorios, y las notificaciones que se tienen que hacer a la víctima

⁷³ Ley para la Prevención e Intervención con la Violencia Doméstica, Ley Núm. 54 de 15 de agosto de 1989, 8 LPRA §§ 631-642 (2018); CÓD. PEN. PR, 33 LPRA §§ 5001-5416 (2014).

⁷⁴ El Código establece: 50% del término de reclusión impuesto en los delitos de maltrato y de maltrato mediante amenaza, 60% del término de reclusión impuesto en los delitos de maltrato agravado y maltrato mediante restricción de la libertad y 80% del término de reclusión impuesto en el delito de agresión sexual conyugal.

⁷⁵ Cabe mencionar que no encontré datos sobre la cantidad de casos que se remiten al programa de desvío. Es importante tener esta cifra para medir la efectividad del programa y la frecuencia con que se utiliza.

cuando la persona convicta sea considerada para salir bajo libertad a prueba o cuando vaya a ser excarcelada por haber cumplido la pena impuesta.⁷⁶

En cuanto a los remedios de naturaleza preventiva, se destacan aquellos relacionados al estudio e investigación y a los aspectos administrativos envueltos en la implementación de la Ley. En síntesis, estos remedios permiten que la Oficina de la Procuradora de las Mujeres realice estudios, informes, investigaciones y campañas de prevención y concientización.⁷⁷ Además, pueden adoptar programas de apoyo a la víctima durante la denuncia hasta finalizar el trámite judicial.⁷⁸ Asimismo, se dispone para la creación y evaluación de programas para los ofensores. A su vez, se hace un mandato para la colaboración entre distintas agencias en las tres ramas de gobierno.⁷⁹ En el estatuto también se le exige a la Policía de Puerto Rico realizar informes estadísticos sobre los casos reportados y enviar copia de estos a la legislatura y a la Oficina de la Procuradora de las Mujeres.⁸⁰ Igualmente, se dispone que la Rama Judicial tiene la obligación de reportar a la Policía cuantas órdenes de protección se solicitan y se expiden.⁸¹

D. Dilemas, conflictos y desaciertos con la aplicación de la Ley 54

En la Parte I problematicé, a grandes rasgos, el uso del sistema criminal y penal para atender la violencia doméstica. Ahora bien, en esta sección destacaré los problemas más notorios en la aplicación de la Ley 54. Estos problemas no solo se limitan al hecho de que se atienda un problema social bajo una lógica legal punitiva y criminal, sino también a fenómenos políticos y culturales que intervienen.

Primero, el cumplimiento deficiente de las agencias a las cuales se les ha delegado intervenir y ejecutar la Ley. Entre estas agencias se destaca la Policía de Puerto Rico y sus funcionarios. La intervención que estos realizan ha sido criticada por ser insuficiente, discriminatoria y sexista. También se ha documentado que las víctimas no son tratadas con sensibilidad y que existe un mal manejo de los informes estadísticos sobre casos reportados.⁸² Esta falta de compromiso no puede ser enteramente

⁷⁶ Ley para la Prevención e Intervención con la Violencia Doméstica, Ley Núm. 54 de 15 de agosto de 1989, 8 LPRA § 637(e) (2018).

⁷⁷ 8 LPRA en la § 651.

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ *Id. Véase, también, Esther Vicente, Beyond Law Reform: The Puerto Rican Experience in the Construction and Implementation of the Domestic Violence Act*, 68 REV. JUR. UPR 553 (1999).

⁸⁰ Ley para la Prevención e Intervención con la Violencia Doméstica, Ley Núm. 54 de 15 de agosto de 1989, 8 LPRA § 641 (2018).

⁸¹ *Id.*

⁸² DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, INVESTIGACIÓN DE LA POLICÍA DE PUERTO RICO (2011), https://www.justice.gov/sites/default/files/crt/legacy/2011/09/08/prpd_exec_summ_espanol.pdf; Elisa M. Hernández Negrón, *Ley 54: Evolución y obstáculos*, 46 REV. JUR. UPR 23, (2011);

atribuible a los miembros de la Policía, sino que también es el resultado del exceso de trabajo, y la falta de recursos y de adiestramientos especializados.

Segundo, la falta de una perspectiva de género en el sistema judicial. Esto queda demostrado en el tratamiento que recibe la Ley 54 por parte de miembros de la judicatura. Algunos ejemplos concretos son: la minimización la gravedad del problema; la resistencia para conceptualizar la violencia doméstica como una conducta criminal; el trato misógino y sexista a las mujeres víctimas; el trato discriminatorio a hombres víctimas y personas no heterosexuales; la actitud negativa de abogados y otros funcionarios del tribunal; el ambiente intimidatorio para las víctimas; el retraso para atender los casos; la falta de seguimiento de los casos; la interpretación errónea de la Ley; el culpar a las mujeres, ignorar las causas y efectos de la violencia doméstica y el no brindar apoyo a las víctimas durante el trámite judicial.⁸³ Este trato, en conjunto al de los funcionarios de la Policía, ha sido identificado como un factor para que las mujeres no denuncien incidentes o que se retiren del proceso.

Tercero, la falta de apoyo por partes de líderes políticos. Esto se evidencia en la falta de fondos asignados a las agencias que tienen que intervenir y colaborar en la implantación.⁸⁴ Asimismo, lo vemos en los recortes presupuestarios a los programas, agencias y servicios que implementan la Ley 54. De otro lado, la escasez de estudios e investigaciones sobre el tema —pues en Puerto Rico es notoria la falta de apoyo del gobierno a iniciativas de índole académicas e investigativas— es otra forma de ver la falta de compromiso.

Cuarto, atado al anterior, se trata de la visible negligencia con los programas de apoyo a las víctimas, y los dirigidos a la rehabilitación y tratamiento de ofensores. Esta negligencia se demuestra en que no existen mecanismos efectivos de evaluación, seguimiento y rendición de cuentas de los servicios y tratamientos que se ofrecen.⁸⁵

Quinto, uno de los desaciertos más notables y criticados de la Ley ha sido el enfoque punitivo que la caracteriza.⁸⁶ El texto de la Ley y su aplicación ha demostrado que se ha privilegiado el fin punitivo sobre los otros fines que persigue la Ley. Las innumerables reformas que han aumentado las penas de los delitos tipificados son

ACLU, ISLA DE IMPUNIDAD: POLICÍA DE PUERTO RICO AL MARGEN DE LA LEY (2012), https://www.aclu.org/files/assets/islandofimpunity_executivesummary_spanish_0.pdf.

⁸³ Esther Vicente, *supra* nota 80, en la pág. 623; Véase EMILY J. SACK, REPORT ON DOMESTIC VIOLENCE PRACTICES AND SERVICES OF THE PUERTO RICO COURT SYSTEM AND ITS PARTNERS: ASSESSMENT, EVALUATION AND RECOMMENDATIONS (2006), <http://www.ramajudicial.pr/orientacion/Informe-violencia-domestica-ingles-E-Sack.pdf>.

⁸⁴ Elisa M. Hernández Negrón, *Ley 54: Evolución y obstáculos*, 46 REV. JUR. UIPR 23 (2011).

⁸⁵ VICENTE, *supra* nota 8.

⁸⁶ Madeline Román, “Préndeme fuego si quieres que te olvide...” *Del delito pasional a lo pasional del delito*, en MÁS ALLÁ DE LA BELLA (IN)DIFERENCIA: REVISIÓN POST-FEMINISTA Y OTRAS ESCRITURAS POSIBLES 152-63 (1994).

ejemplo de esto.⁸⁷ Ese enfoque sobre lo punitivo ha obviado los remedios preventivos que aparecen en la Ley.⁸⁸

Sexto y último dilema, la falta de protección extensiva de la Ley 54 a todas las personas que sean víctimas de violencia doméstica. A pesar de que la Ley ha sido enmendada para la protección de todas las víctimas, en la práctica se ha evidenciado la protección desigual con las personas de la comunidad LGBTTIQ.⁸⁹ De otra parte, también se ha denunciado un trato discriminatorio hacia los hombres víctimas,⁹⁰ debido a que el tratamiento que estos reciben es desigual y está cargado de estigmas y estereotipos, a pesar de que el lenguaje de la Ley 54 es neutral.⁹¹

IV. Violencia doméstica en Puerto Rico

Desde el año 1990 —año próximo a la aprobación de la Ley 54— hasta el año 2015, en Puerto Rico se reportaron 463,223 incidentes de violencia doméstica. Durante este mismo periodo se reportaron 627 asesinatos de mujeres por violencia doméstica. Para el periodo de 1993 a 2014 se emitieron 389,661 órdenes de protección. Por otra parte, el Departamento de Corrección y Rehabilitación reportó que para el año 2015, había 921 personas confinadas por delitos bajo la Ley 54, 847 hombres (con población de 12,381) y 37 mujeres (con población de 420). En cuanto al perfil de las mujeres maltratadas en Puerto Rico: las víctimas suelen ser mujeres entre 20-29 años —los ofensores también se encuentran entre este rango de edad—; los casos más reportados se registran en el área metropolitana, y el delito de maltrato en su modalidad física (Artículo 3.1 de la Ley 54) es el más reportado.⁹²

Ahora bien, veamos las cifras de los años 2009 al 2015 para obtener una idea general de la situación actual. Para este periodo de tiempo se reportaron 101,198

⁸⁷ Véase Ivette Jo García Ledesma, *Ley de violencia doméstica: 20 años después*, 7 REV. CRIT. UIPR 153 (2011).

⁸⁸ Un ejemplo de esto es la forma en que se destinan grandes cantidades de dinero en instrumentos tecnológicos para lidiar con ofensores y en adiestramientos mal preparados a funcionarios, sin destinar fondos similares para iniciativas sobre educación y concientización, formas efectivas de prevención.

⁸⁹ Véanse José Toro-Alfonso, *¿Violencia de género o terrorismo? La violencia doméstica en parejas del mismo sexo*, 46 REV. JUR. UIPR 231 (2012); Caleb Esteban, *La mujer lesbiana puertorriqueña: ¿Qué sabemos de ella?*, 30 CIENCIAS DE LA CONDUCTA 48 (2015).

⁹⁰ Véase Freddy A. Hernández Martínez, *Ley núm. 54: 25 años de violencia institucional*, 49 REV. JUR. UIPR 73 (2014).

⁹¹ A mi modo de ver, esto no solo se debe a la interpretación sobre el alcance de la Ley, sino en la forma en que se ha construido los imaginarios sociales respecto a la masculinidad. Véase JULIO C. GONZÁLEZ PAGÉS, *MACHO, VARÓN, MASCULINO: ESTUDIOS DE MASCULINIDADES EN CUBA* (2010).

⁹² Melissa Domínguez Rivera, *La política pública y la violencia doméstica en Puerto Rico*, 4 REV. CRIT. UIPR 187 (2009); OFICINA DE LA PROCURADORA DE LAS MUJERES, *IMPLANTACIÓN DE LA LEY 54 DE VIOLENCIA DOMÉSTICA: COMPENDIO 25 AÑOS* (2014), <http://www2.pr.gov/agencias/mujer/InvestigacionesEstudios/Documents/Implantación%20de%20la%20Ley%2054%20de%20VD%20Compendio%20de%2025%20Años.pdf> (última visita 20 de diciembre de 2018).

incidentes de violencia doméstica;⁹³ hubo 12,153 condenas bajo la Ley 54,⁹⁴ se expedieron 55,581 órdenes de protección emitidas bajo la Ley 54;⁹⁵ y asesinaron a 100 mujeres en incidentes de violencia doméstica.⁹⁶

Si miramos estas cifras, podemos constatar que a través de los años se han ido reduciendo los incidentes; sin embargo, estos siguen siendo bastante altos considerando que Puerto Rico no tiene una gran población. El tener 12,153 condenas bajo la Ley 54 en un periodo de seis años es un hecho que debería llevarnos a cuestionar, al menos, la efectividad de la Ley 54 e incentivarnos a reflexionar sobre los dilemas creados a partir de su implementación.⁹⁷

V. Más allá de la justicia penal tradicional: abordajes alternativos para tratar la violencia doméstica

A lo largo de este escrito he abordado críticamente varios aspectos del trato que ha recibido la violencia doméstica en Puerto Rico. Esto lo he realizado problematizando la estrategia de criminalización y el uso de Derecho Penal. También expuse algunos de los problemas que han surgido en la implementación de la Ley 54.⁹⁸ En

⁹³ Oficina de la Procuradora de las Mujeres e Informes oficiales de la División de Estadísticas de la Criminalidad de la Policía de Puerto Rico. OFICINA DE LA PROCURADORA DE LAS MUJERES, ESTADÍSTICAS (2009-2014), <http://www.mujer.pr.gov/>; y POLICÍA DE PUERTO RICO, OFICINA DE ESTADÍSTICAS DE LA CRIMINALIDAD. INCIDENTES REPORTADOS (2009-2015), <https://www.policia.pr.gov/estadisticas-querellas-administrativas/> (última visita 20 de diciembre de 2018).

⁹⁴ Anuarios Estadísticos de la Rama Judicial de Puerto Rico. RAMA JUDICIAL, ANUARIOS ESTADÍSTICOS DE LA RAMA JUDICIAL (2009-2015), <http://www.ramajudicial.pr/orientacion/informes/index.htm> (última visita 20 de diciembre de 2018).

⁹⁵ Oficina de la Procuradora de las Mujeres e Informes oficiales de la División de Estadísticas de la Criminalidad de la Policía de Puerto Rico. OFICINA DE LA PROCURADORA DE LAS MUJERES, ESTADÍSTICAS (2009-2014), <http://www.mujer.pr.gov/>; y POLICÍA DE PUERTO RICO, OFICINA DE ESTADÍSTICAS DE LA CRIMINALIDAD. INCIDENTES REPORTADOS (2009-2015), <https://www.policia.pr.gov/estadisticas-querellas-administrativas/> (última visita 20 de diciembre de 2018).

⁹⁶ A pesar de que no son números elevados, en comparación con otros delitos que se cometen en el país, 100 casos es un número considerable y alarmante. Fuentes: Oficina de la Procuradora de las Mujeres e Informes oficiales de la División de Estadísticas de la Criminalidad de la Policía de Puerto Rico. OFICINA DE LA PROCURADORA DE LAS MUJERES, ESTADÍSTICAS (2009-2014), <http://www.mujer.pr.gov/> (última visita 20 de diciembre de 2018); y POLICÍA DE PUERTO RICO, OFICINA DE ESTADÍSTICAS DE LA CRIMINALIDAD. INCIDENTES REPORTADOS (2009-2015), <https://www.policia.pr.gov/estadisticas-querellas-administrativas/> (última visita 20 de diciembre de 2018).

⁹⁷ El análisis de estas cifras no estaría completo sin mencionar otros factores que pudieron incidir en las mismas. Aunque tal consideración escapa el alcance del presente escrito, propongo que se tome en cuenta a la hora de interpretarlas.

⁹⁸ Como mencioné arriba, estos problemas han sido: el cumplimiento deficiente por parte de las instituciones y funcionarios; la exclusión de personas no mujeres cisgénero y heterosexuales; aplicación atropellada por un sistema judicial carente de una perspectiva de género; falta de apoyo institucional; aplicación deficiente de los programas de apoyo a la víctima y de rehabilitación de ofensores, y el privilegiar ciertos modelos punitivos sobre cualesquiera otros abordajes posibles.

esta sección propongo pensar en un proceso alternativo que sustituya al proceso que provee la justicia penal tradicional, pues considero que es insuficiente e inadecuado para atender la complejidad envuelta en casos de violencia doméstica.

En *La verdad y las formas jurídicas*, Michel Foucault plantea que el Derecho es la continuación de la guerra de una forma reglamentada.⁹⁹ Bajo esa forma reglamentada ubicaría las estructuras, procedimientos y normativas que organizan los procesos judiciales para lidiar con los delitos bajo la Ley 54. En los casos de violencia doméstica esa reglamentación implica recurrir al sistema de justicia penal tradicional en el que la víctima no tiene voz activa, el desenlace es un juego de suma cero (en el que el ofensor termina en la cárcel o en un programa de desvío) y donde los casos se tratan sin atender las necesidades particulares de cada uno.¹⁰⁰ Así, pues, impera la racionalidad formalista y limitante de la justicia penal tradicional y esta se convierte en un callejón sin salida o, mejor dicho, con una sola salida. ¿Será posible pensar una justicia más allá de estas limitaciones?

A. Hacia una justicia penal rehabilitadora y restauradora

El uso de procesos alternativos para lidiar con la violencia doméstica ha recibido gran resistencia por parte de los sectores feministas, pues les consideran: contraproducentes en cuanto se trata de relaciones desiguales y el énfasis es hacia el futuro y no al pasado (cuando lo que se quiere castigar es maltrato que existía); inefectivos para lidiar con situaciones de seguridad, coerción e intimidación que surjan durante el proceso; reprivatizadores en cuanto se trata de un asunto que se luchó para trasladar a la esfera pública y con los procesos alternativos se comunica que es un asunto que tienen que atender entre sí las personas envueltas; e insuficientes en cuanto a que el desenlace no muestre el rechazo social que amerita esta violencia, no disuada (prevención) y no reduzca la reincidencia.¹⁰¹

De otro lado, hay quienes promueven el uso de estos procesos alternativos para: lidiar con la insatisfacción y dilemas que genera el sistema penal tradicional; dar mayor participación y control a las víctimas sobre el proceso y el desenlace;¹⁰² dar

⁹⁹ MICHEL FOUCAULT, *LA VERDAD Y LAS FORMAS JURÍDICAS* 56-57 (1996).

¹⁰⁰ Véase NOEMÍ PEREDA Y JOSEP M. TAMARIT, *VICTIMOLOGÍA TEÓRICA Y APLICADA* (2013).

¹⁰¹ Karla Fischer, Neil Vidmar y Rene Ellis, *The Culture of Battering and the Role of Mediation in Domestic Violence Cases*, 46 SMU L. REV. 2117, 2157-171 (1993); Luz Rioseco Ortega, *Mediación en casos de violencia doméstica*, en GÉNERO Y DERECHO 391-419 (Alda Facio y Lorena Fries eds., 1999); VICENTE, *supra* nota 8, en las págs. 325-29.

¹⁰² Véanse Charles A. Bethel y Linda R. Singer, *Mediation: A new remedy for cases of domestic violence*, 7 VT L. REV. 15 (1982); Donna Coker, *Enhancing Autonomy for Battered Women: Lessons from Navajo Peacemaking*, 47 UCLA L. REV. 1 (1999); AMANDA DISSEL Y KINDIZA NGUBENI, *GIVING WOMEN THEIR VOICE: DOMESTIC VIOLENCE AND RESTORATIVE JUSTICE IN SOUTH AFRICA*. ESCRITO SOMETIDO

voz a la comunidad que juega un rol importante en el *shaming*,¹⁰³ y en que el agresor reconozca el daño; alcanzar mayor satisfacción de las partes con el proceso y mayor cumplimiento con lo acordado; y la posibilidad de que las víctimas que no confían en el sistema tradicional puedan encontrar una opción más adecuada.¹⁰⁴

Cualquier modelo alternativo al cual aspiremos tiene que partir de tres reconocimientos: primero, que existen unas dinámicas de poder y desigualdad en la relación de pareja; segundo, que la lucha por dar visibilidad a la violencia doméstica requirió enfrentarse a discursos que situaban esa violencia como una personal y privada; y tercero, que las medidas que se alcancen al final tienen que ser suficientes para censurar y disuadir, sin trivializar el daño a la víctima y tomando en consideración las necesidades del ofensor.

Habiendo considerado estos reconocimientos, corresponde situarnos en modelos punitivos que se puedan adaptar a las exigencias que emanan de cada uno. Por tal razón, pongo énfasis en dos modelos que sirven nítidamente para tratar la violencia doméstica alternativamente: el modelo rehabilitador (prevención especial positiva) y el modelo restaurador.¹⁰⁵

A grandes rasgos, el modelo rehabilitador enfoca la justificación de la pena hacia el futuro y no al pasado. Para ello, este modelo busca identificar los factores que llevaron a ese sujeto a delinquir y lo encamina a una reeducación y reinserción adecuada.¹⁰⁶ Este modelo propone un abordaje en el cual el vínculo del ofensor con la sociedad se vea lo menos afectado posible.¹⁰⁷

Por su parte, el modelo restaurador se distancia del sistema de justicia penal tradicional incorporando los principios de la justicia restauradora. Este modelo propone un proceso en el que las partes entre sí —con apoyo de terceros— y sin recurrir a las formalidades restrictivas de los procesos tradicionales, busquen una solución

PARA EL XITH INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON VICTIMOLOGY, STELLENBOSCH, SOUTH AFRICA (2003), <http://www.csvr.org.za/docs/crime/givingwomenvoice.pdf> (última visita 20 de diciembre de 2018); Donna Coker, *Restorative Justice, Navajo peacemaking and domestic violence*, 10 THEORETICAL CRIMINOLOGY 67 (2006).

¹⁰³ Recomiendo leer sobre el concepto de *reintegrative shaming* desarrollado por John Braithwaite. JOHN BRAITHWAITE, CRIME, SHAME AND REINTEGRATION (1989).

¹⁰⁴ Véanse Natalie J. Sokoloff y Ida Dupont, *Domestic violence at the intersections of race, class, and gender*, 11 VIOLENCE AGAINST WOMEN, 38 (2005); ELENA LARRAURI, MUJERES Y SISTEMA PENAL 219-244 (2008); Roni Elias, *Restorative Justice in domestic violence cases*, 8 DEPAUL J. SOCIAL JUST. 67 (2016); Brady T. Heiner y Sarah K. Tyson, *Feminism and the carceral state: Gender-Responsive Justice, community accountability, and the epistemology of antiviolence*, 3 FEMINIST PHIL. Q. 1 (2017).

¹⁰⁵ El resto de los otros modelos punitivos, en particular el retributivo, han sido los que tradicionalmente se utilizan.

¹⁰⁶ CLAUS ROXIN, DERECHO PENAL. PARTE GENERAL 85-89 (1997); JOSEP CID MOLINÉ, LA ELECCIÓN DEL CASTIGO 29-48 (2009).

¹⁰⁷ Por tal razón, este modelo no favorece medidas como la prisión, sino que propone medidas dirigidas a rehabilitar al individuo haciendo que confronte los factores que le llevaron a delinquir. MOLINÉ, *supra* nota 107.

satisfactoria para todas las partes envueltas. Este modelo persigue tres fines: reparar el daño ocasionado en satisfacción con los intereses de la víctima, el ofensor y la comunidad, reintegrar al ofensor y restaurar la paz social.¹⁰⁸

Ambos modelos han sido recipientes de críticas y señalamientos. El modelo rehabilitador ha sido criticado por no prestar suficiente atención a las víctimas y por la imposición de medidas que podrían entrar en conflicto con las garantías del delincuente.¹⁰⁹ De otra parte, las principales críticas al modelo restaurador han sido: primero, al igual que el rehabilitador, la crítica por la carencia de atención a las garantías del delincuente; segundo, lo que algunos han llamado la privatización de la justicia penal o reducir un asunto que es de interés colectivo a un asunto entre las partes envueltas, y tercero, la efectividad y contenido de los acuerdos que se alcancen.¹¹⁰

Las deficiencias pueden ser resueltas si aspiramos a la integración o fusión de estos modelos. Este modelo integrado ha sido planteado de dos formas. Primero, John Braithwaite propone una teoría restaurativa de la rehabilitación basada en la incorporación de aspectos del modelo rehabilitador a procesos restaurativos; por ejemplo, la presencia de profesionales especializados y el uso de programas y tratamientos de rehabilitación.¹¹¹ Segundo, a diferencia de Braithwaite, Josep Cid propone un modelo de integración basado en un sistema de justicia penal, en el cual predomine el modelo rehabilitador, se tome en consideración y se le dé mayor participación a la víctima y a la comunidad. De esta forma, la víctima queda satisfecha con el desenlace del caso y, al mismo tiempo, se atienden las necesidades de rehabilitación del ofensor.¹¹²

¹⁰⁸ MOLINÉ, *supra* nota 107, en las págs. 30-31. A mi modo de ver, la justicia restauradora representa una ruptura radical con la justicia penal tradicional. Mientras que la justicia penal tradicional se enfoca en el castigo y en el resultado final que se alcance, la justicia restauradora se enfoca en restaurar y en que el proceso en sí mismo fomente esa restauración. Esa ruptura también es de índole procesal y de índole filosófica. En la actualidad se conocen tres modelos para implementar la justicia restaurativa: círculos, las conferencias y la mediación víctima-ofensor. Joanna Shapland, *Implications of growth: Challenges for Restorative Justice*, 20 INT'L R. VICTIMOLOGY 111, 113-15 (2014) (donde se discuten estos tres modelos y su desarrollo).

¹⁰⁹ MOLINÉ, *supra* nota 107, en las págs. 31-37.

¹¹⁰ Daniel Varona Gómez, La lógica del sistema punitivo: modelos punitivos. Fundación para la *Universitat Oberta* de Catalunya, Barcelona, http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/75430/2/Penolog%C3%ADa_M%C3%B3dulo%203_La%201%C3%B3gica%20del%20sistema%20punitivo%3B%20modelos%20punitivos.pdf (última visita 20 de diciembre de 2018). Esta segunda crítica es la que ha sido utilizada con más frecuencia entre los sectores del activismo feminista para oponerse a la adopción de procesos alternativos para atender los casos de violencia doméstica.

¹¹¹ JOHN BRAITHWAITE, *RESTORATIVE JUSTICE AND RESPONSIVE REGULATION* (2002). Según Braithwaite, este abordaje es más efectivo que el tradicional de rehabilitación, pues permite: construir una motivación sustancial para que el agresor cumpla; movilizar mayores recursos para programas y tratamientos; reforzar los principios cognitivos sociales que son la piedra angular del éxito de los programas de rehabilitación; fomentar la deliberación plural que influye sobre la receptividad de las partes envueltas; y mejorar las estrategias de seguimiento con lo acordado. *Id.* en las págs. 97-102.

¹¹² MOLINÉ, *supra* nota 107, en las págs. 43-46.

Aunque el modelo de Cid esté más cerca de los modelos punitivos tradicionales, me parece que es el más viable para atender casos de violencia doméstica.¹¹³ Por tal razón, propongo que en Puerto Rico nos encaminemos a adoptar un proceso alternativo basado en el modelo integrador que propone Cid. No es mi interés en este escrito proponer un modelo particular para ese proceso, por el momento solo me interesa describir que criterios debería cumplir.¹¹⁴

En este sentido, propongo que el proceso sea elaborado desde las voces y experiencias de las mujeres y del movimiento feminista; que habiendo identificado las deficiencias que han experimentado otros países con modelos alternativos, logre evitarlas; que considere las aportaciones de quienes critican la criminalización y la expansión del Derecho Penal; que incorpore la censura como un fin, pero que también considere la rehabilitación, la reparación y la reintegración. Un proceso que podría ser voluntario, con el encuentro directo o no entre víctima y ofensor, y en el cual las partes estén apoyadas por profesionales y personal de acompañamiento.¹¹⁵ Un proceso en el que todas las partes envueltas alcancen una solución que sea satisfactoria para la víctima en cuanto a su integridad, bienestar, seguridad, estabilidad económica, emocional y física; y, al mismo tiempo, garantice que el agresor se responsabilice, repare los daños económicos, físicos y emocionales de la víctima y cumpla a cabalidad con tratamientos y programas de rehabilitación.

Este proceso que propongo requiere de un personal adiestrado en temas de género. También requiere que el Estado se comprometa a destinar mayores fondos para programas de rehabilitación y reeducación. Esto, sin duda alguna, invita a la incorporación de penas alternativas para casos de violencia doméstica; por ejemplo, el trabajo en beneficio de la comunidad,¹¹⁶ la pérdida de otros derechos que no sean la libertad o, como última opción, que se mantengan las penas privativas de libertad, pero de tipo régimen abierto y de corta duración.¹¹⁷

¹¹³ Este proceso no tendría que ser ajeno al sistema penal tradicional, pues reconozco que habrá ocasiones en donde no funcione y sea necesario recurrir el proceso tradicional. También reconozco la importancia de las garantías del Derecho Penal, por lo que considero que deben formar parte del proceso alternativo en igual forma que forman parte del tradicional.

¹¹⁴ De los tres modelos que podrían considerarse: mediación, conferencia y los círculos de paz, personalmente favorezco la conferencia por la posibilidad que ofrece de integrar a terceros y a la comunidad durante el proceso.

¹¹⁵ Esos profesionales pueden ser jueces, abogados, trabajadores sociales, psicólogos y otros profesionales de la conducta humana.

¹¹⁶ Véase Ester Blay, *El trabajo en beneficio de la comunidad como pena para la violencia familiar*, 2 REV. DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA 397 (2007) para una mejor comprensión de este ejemplo.

¹¹⁷ Reconozco que la Ley 54 provee un programa de desviación que, en cierto sentido, tiene similitudes con este proceso que describo. Sin embargo, por las limitaciones que discutí arriba, pienso que sigue respondiendo a la lógica de la justicia penal tradicional y, por ende, me parece insuficiente e ineficaz.

E. Experiencia de otros países con procesos alternativos

La insatisfacción con el sistema de justicia penal tradicional ha llevado a muchos países a adoptar modelos alternativos. Los casos descritos a continuación podrían servir como referente para el proceso que propuse en la sección anterior.

1. Europa

Los casos más notorios han sido Austria, Finlandia y Alemania. En Austria, se utiliza la modalidad de mediación víctima-ofensor.¹¹⁸ Esta modalidad es voluntaria y se hace con dos mediadores, uno que es hombre y otra mujer.¹¹⁹ Existen ciertas precondiciones que se tienen que aceptar: la víctima debe aceptar participar del proceso, el agresor debe comprometerse a que la violencia se detenga, que el agresor se responsabilice, y no se culpe a la víctima, y que esta acepte los acuerdos finales.¹²⁰ En Finlandia, también, se utiliza la mediación víctima-ofensor y entre los acuerdos se incluye un perdón, un compromiso de cambio por parte del agresor y la promesa de atender tratamientos.¹²¹ Por otro lado, en Alemania, también, se emplea la modalidad de víctima-ofensor. Se puede llevar cara a cara o indirectamente, y también se usan dos mediadores, una mujer y otro hombre.¹²² Otras jurisdicciones que emplean procesos alternativos son: Bélgica, Grecia, Países Bajos, Reino Unido y Rumania.¹²³

2. Estados Unidos

En Estados Unidos, los procesos alternativos complementan el sistema de justicia tradicional. Por ejemplo, en Carolina del Norte, la mediación se lleva a cabo en las propias cortes. La idea de realizarlos allí es que intervengan jueces, abogados y policías, de ser necesario.¹²⁴ Por otro lado, en Arizona, se ha documentado la experiencia

¹¹⁸ JAMES PTACEK, EVALUATION RESEARCH ON RESTORATIVE JUSTICE AND INTIMATE PARTNER VIOLENCE: A REVIEW AND CRITIQUE. The National Science Foundation and the National Institute of Justice, Arlington, VA (2014), https://pdfs.semanticscholar.org/6d8d/e5da17b1d0295d9b669a538e3f8225b7bd1f.pdf?_ga=2.48708006.125473950.1546108053-2004114777.1546108053.

¹¹⁹ *Id.* en las págs. 12-14.

¹²⁰ MARIANN LIEBMANN Y LINDY WOOTTON, RESTORATIVE JUSTICE AND DOMESTIC VIOLENCE/ABUSE. THE HOME OFFICE CRIME REDUCTION UNIT FOR WALES (2010), <https://restorativejustice.org.uk/sites/default/files/resources/files/Restorative%20Justice%20and%20Domestic%20Violence%20and%20Abuse.pdf> (última visita 20 de diciembre de 2018).

¹²¹ *Id.*; Andrea Păroșanu, *A Review of European Standards on Restorative Justice and Domestic Violence*, 5 OCCASIONAL PAPERS IN RESTORATIVE J. PRACTICE (2016).

¹²² Păroșanu, *supra* nota 122.

¹²³ *Id.*

¹²⁴ *Id.*

de nativos americanos con los círculos de paz.¹²⁵ Los procesos incluyen miembros de las familias, de la comunidad e incorporan principios de la justicia restaurativa. A pesar de tener sus fortalezas, los procesos han sido criticados, por no considerar las dinámicas de poder que se suscitan al interior de las parejas.¹²⁶ En otros estados se utiliza la mediación para controversias sobre custodia y otros asuntos tras un proceso de separación. Esto ha sido fuertemente criticado.¹²⁷ Dichas críticas no deberían considerarse razones para descartar estos procesos, sino como sugerencias para el momento de adoptarlos y a qué casos aplicarlos. Hay quienes plantean que estos procesos deberían expandirse a otras formas de violencia contra las mujeres.¹²⁸

3. Sur África

En Sur África se utiliza el *victim-offender conferencing*. El proceso está muy atado a la justicia penal tradicional, es voluntario e incluye la participación de terceros nombrados por las partes. En un estudio publicado en el 2003, se encontró que las mujeres víctimas estaban satisfechas con los procesos, pues valoraron positivamente el poder participar, el apoyo durante el proceso de separación y el efecto que tuvo sobre el agresor.¹²⁹

4. Nueva Zelanda

En Nueva Zelanda, han experimentado con la modalidad de mediación de víctima-ofensor en paneles comunitarios.¹³⁰ Al igual que en otras jurisdicciones, los

¹²⁵ Véanse Donna Coker, *Enhancing Autonomy for Battered Women: Lessons from Navajo Peacemaking*, 47 UCLA L. REV. 1 (1999); Donna Coker, *Restorative Justice, Navajo Peacemaking and Domestic Violence*, 10 THEORETICAL CRIMINOLOGY 67 (2006).

¹²⁶ *Navajo Peacemaking and Domestic Violence*, supra nota 126, en la pág. 69.

¹²⁷ Las críticas se dirigen al hecho de que no se hacen excepciones a casos con historial de violencia doméstica. Kerry Loomis, *Domestic Violence and Mediation: A Tragic Combination for Victims in California Family Court*, 35 CAL. WESTERN L. REV. 355 (1999).

¹²⁸ En el estado de Arizona, la profesora Mary P. Koss desarrolló un programa piloto llamado RESTORE (Responsability and Equity for Sexual Transgressions Offering a Restorative Experience) para incorporar la justicia restauradora en casos de violencia sexual. Mary P. Koss, *Restorative Justice for Acquaintance Rape and Misdemeanor Sex Crimes*, en RESTORATIVE JUSTICE AND VIOLENCE AGAINST WOMEN 218-38 (James Ptacek ed., 2010). En este trabajo no discuto el uso de procesos alternativos en casos de delitos sexuales, pero recomiendo una lectura detenida de las aportaciones de la profesora Koss y del programa RESTORE como un ejercicio que nos permita evaluar la efectividad de los procesos que actualmente se emplean para lidiar con la violencia sexual y para considerar otras formas de hacerle frente.

¹²⁹ AMANDA DISSEL Y KINDIZA NGUBENI, GIVING WOMEN THEIR VOICE: DOMESTIC VIOLENCE AND RESTORATIVE JUSTICE IN SOUTH AFRICA. ESCRITO SOMETIDO PARA EL XITH INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON VICTIMOLOGY, STELLENBOSCH, SOUTH AFRICA (2003), <http://www.csvt.org.za/docs/crime/givingwomenvoice.pdf> (última visita 20 de diciembre de 2018).

¹³⁰ Shirley Jülich, *Restorative Justice and Gendered Violence in New Zealand: A Glimmer of Hope*, en RESTORATIVE JUSTICE AND VIOLENCE AGAINST WOMEN 239-254 (James Ptacek ed., 2010).

procesos están atados al sistema de justicia penal tradicional, e incluyen el apoyo de la comunidad y de operadores jurídicos. Las víctimas reportaron satisfacción con los procesos y valoraron positivamente el poder participar. Mientras tanto, los agresores expresaron satisfacción en cuanto el respeto que recibieron, el apoyo de los actores envueltos y tener la posibilidad de expresarse y participar activamente.

5. Australia

La mayoría de los procesos en Australia han formado parte de programas piloto y los programas establecidos por comunidades aborígenes. Estos procesos se destacan por un componente de participación comunitaria fuerte y por privilegiar los principios de justicia restaurativa y transformadora.¹³¹ Es interesante ver cómo en Australia, al igual que en Estados Unidos y Latinoamérica, la existencia de poblaciones indígenas ha permitido el desarrollo de medidas alternativas como una forma de resolver sus conflictos según sus tradiciones.¹³² Es importante conocer y estudiar la experiencia de estas y otras jurisdicciones para (re)plantearnos las formas en que Puerto Rico se ha tratado la violencia doméstica, y para tenerlas como referentes.¹³³

F. Apuntes para escapar la justicia penal tradicional en Puerto Rico

Puerto Rico ya tiene experiencia con el uso de procesos alternativos.¹³⁴ Desde el año 1983, contamos con un estatuto para el establecimiento de programas y métodos alternativos.¹³⁵ La modalidad más utilizada ha sido la mediación en procesos de menores y familia.¹³⁶ También se utilizan otras modalidades como el arbitraje, las

¹³¹ LIEBMANN Y WOOTTON, *supra* nota 121.

¹³² Heather Nancarrow, *Restorative Justice for Domestic and Family Violence: Hopes and Fears of Indigenous and Non-indigenous Australian Women*, en RESTORATIVE JUSTICE AND VIOLENCE AGAINST WOMEN 123-49 (James Ptacek ed., 2010).

¹³³ Otros ejemplos serían: comunidades indígenas en América Latina (reconocidas por favorecer el uso de procesos alternativos para resolver conflictos entre sus miembros), Canadá y Chile (mediación en casos de violencia intrafamiliar). También es importante destacar los ordenamientos en donde se han adoptado medidas alternativas a la prisión para tratar casos de violencia doméstica. Por ejemplo, España es un buen referente de estos ordenamientos. Ester Blay, *El trabajo en beneficio de la comunidad como pena para la violencia familiar*, 2 REV. DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA 397 (2007); y Elena Larrauri, *Los programas formativos como medida penal alternativa en los casos de violencia de género ocasional*, 8 REV. ESPAÑOLA INVESTIGACIÓN CRIMINOLÓGICA 1 (2010).

¹³⁴ Alba L. Ortiz Morales, *Programas de mediación penal: ¿Alternativa para nuestro sistema judicial?*, 45 REV. JUR. UIPR 463, 474 (2010).

¹³⁵ *Id.* en las págs. 474-75.

¹³⁶ MILDRED E. NEGRÓN MARTÍNEZ Y MANUEL GATELL GONZÁLEZ, RESUMEN DEL TALLER: LA MEDIACIÓN EN LOS PROCESOS DE MENORES Y FAMILIA (2003), http://www.ramajudicial.pr/Miscel/Conferencia/PDF/12_

salas especializadas y las *drug courts*.¹³⁷ Sin embargo, para los casos de violencia doméstica no se concibe la posibilidad de utilizarlos. Yo identifico tres dificultades en Puerto Rico para adoptar procesos alternativos en casos de violencia doméstica.

La primera es de aspecto normativo. Aunque en Puerto Rico no existe una prohibición explícita de procesos alternativos (mediación, conferencia o círculos) para casos de violencia doméstica, sí existe una prohibición parcial.¹³⁸ Esta aparece en el *Manual de Normas y Procedimientos de los Centros de Mediación de Conflictos* (2004), en los incisos 4 y 5 del Capítulo 8.¹³⁹ Dice el Manual:

4. La mediadora o el mediador tendrá claro en todo momento que la violencia, las Órdenes de Protección, ni las denuncias son asuntos negociables.
5. Sólo [sic] se podrán mediar aspectos relacionados con:
 - a) el plan de relaciones paterno o materno filiales;
 - b) aspectos relacionados con el cuidado de los o las menores;
 - c) custodia;
 - d) división de sociedad o comunidad de bienes; u
 - e) otros aspectos de la relación familiar que no se refieran a la expresión de conducta violenta.¹⁴⁰

MGatell.pdf (última visita 20 de diciembre de 2018). La mediación ha sido recibida con gran aceptación por parte de los operadores jurídicos. Ejemplo de esto es que cada vez se ofrecen más cursos de mediación en las escuelas de Derecho y más abogados se certifican como mediadores.

¹³⁷ Las *drug courts* son salas especializadas a donde se remiten casos de personas acusadas por delitos relacionados con el uso de drogas. Lo que caracteriza estas cortes es el hecho de que se apartan del proceso tradicional y emplean los principios de la justicia terapéutica. El efecto ha sido muy positivo y se destaca por su capacidad de atender a las personas usuarias de una forma más humana, justa e integral que en el proceso penal tradicional.

¹³⁸ El *Reglamento de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos* (1998) tiene tres exclusiones y en ninguna de ellas se hace explícita una prohibición a utilizar la mediación en casos bajo la Ley 54. RAMA JUDICIAL, REGLAMENTO DE MÉTODOS ALTERNOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS (1998), <http://www.ramajudicial.pr/NegMed/Recursos/Normas/REGLAMENTO-METODOS-ALTERNOS.pdf> (última visita 20 de diciembre de 2018). Sin embargo, hay quienes interpretan que la exclusión que lee: “los casos en los que una parte no sea capaz de proteger efectivamente sus intereses durante el proceso de negociación”, podría utilizarse para excluir la mediación en casos de violencia doméstica. VICENTE, *supra* nota 8, en las págs. 327-28. Por otro lado, en el *Reglamento de Certificación y Educación Continua Relacionado con los Métodos Alternos para la Solución de Conflictos* exige a quienes se certifiquen como mediadores tener una serie de adiestramientos relacionados a la Ley 54 y a los aspectos relacionados con la violencia doméstica. RAMA JUDICIAL, REGLAMENTO DE CERTIFICACIÓN Y EDUCACIÓN CONTINUA RELACIONADO CON LOS MÉTODOS ALTERNOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTO (1999), http://www.ramajudicial.pr/NegMed/Recursos/Normas/RegCertificacion_1999.pdf.

¹³⁹ RAMA JUDICIAL, MANUAL DE NORMAS Y PROCEDIMIENTOS DE LOS CENTROS DE MEDIACIÓN DE CONFLICTOS (2004), http://www.ramajudicial.pr/NegMed/Recursos/Reglamentos/docs/ManualCMC_11mayo2004.pdf (última visita 20 de diciembre de 2018).

¹⁴⁰ *Id.* en la pág. 36.

La segunda es de aspecto regional. Existe, en América Latina y el Caribe, cierta oposición al uso de procesos alternativos en casos de violencia doméstica. Ejemplo de esto se observa en un informe publicado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en donde se exalta y recomienda prohibir expresamente el uso de métodos alternativos para estos casos.¹⁴¹ La tercera dificultad es de aspecto político. Como mencioné anteriormente, el movimiento feminista tradicional ha mostrado oposición a la adopción de estos procesos por distintas razones. Los intentos por aprobar legislación de esta índole han sido criticados por no ser una forma adecuada de atender estos casos.¹⁴² Esa resistencia del activismo feminista local conlleva que cualquier proyecto o iniciativa que se someta ante la legislatura sea descartado inmediatamente.

Como he venido mencionando, creo que existen razones de peso para ir alejándonos de ese enfoque punitivo e ir adoptando procesos y medidas que garanticen la seguridad de las mujeres maltratadas, censuren y reduzcan la reincidencia, disuadan a futuros agresores, modifiquen el comportamiento de los agresores acusados; sin entrarnos en los dilemas y problemáticas señaladas a lo largo de este escrito.

El modelo que describí arriba no requiere que se invente la rueda, sino que en nuestro ordenamiento ya existen los mecanismos. Desde el año 2007 existen salas especializadas para casos de violencia doméstica. En esas salas se puede aplicar el modelo integrado del cual hablo, en donde tendría la participación de profesionales que tienen la experiencia de haber trabajado exclusivamente con casos de violencia doméstica. El año pasado se enmendó la Ley 54 para que se permitiera la intervención de intercesores, técnicos y personas de apoyo durante el testimonio de la víctima.

La Ley 54 provee remedios de naturaleza civil que no son punitivos y son frecuentemente utilizados por las víctimas. La Ley también provee para la creación de programas de reeducación del ofensor y provee un programa de desviación (muy limitado). Ya se permite la mediación para ciertas controversias entre personas que han sido víctimas de violencia doméstica y agresores. Los estatutos que regulan la mediación exigen que los mediadores se adiestren sobre aspectos de violencia doméstica. La mediación ha sido exitosa en casos de menores y familia.

Las *drug courts* han demostrado la efectividad de la justicia terapéutica y de un abordaje eficaz. Estos programas, a su vez, ayudan a que las cortes no se congestionen de casos, lo cual es beneficioso para garantizar el acceso a la justicia y a las cortes. Con todos estos hechos, lo que quiero ilustrar es que ya tenemos figuras legales y

¹⁴¹ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL), INFORME ANUAL 2013-2014. EL ENFRENTAMIENTO DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (LC/G.2626), SANTIAGO DE CHILE, 29 (2014), https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37185/S1500499_es.pdf?jsessionid=79FFDECE9A97884B30A37987BAC0C79B?sequence=4 (última visita 20 de diciembre de 2018).

¹⁴² VICENTE, *supra* nota 8, en la pág. 107.

mecanismos en nuestro ordenamiento para encaminarnos al abordaje alternativo que aquí propongo. ¿Qué falta entonces? Falta que conciliemos las posturas feministas y los abordajes críticos y pasemos a la creación de un proceso que sea verdaderamente alternativo y que nos ayude a escapar los dilemas creados por el sistema de justicia penal tradicional.

V. Comentarios Finales

A lo largo de este escrito he compilado las reflexiones que por décadas se han tenido acerca de la violencia doméstica y el uso de procesos alternativos para erradicarla. Es innegable que la violencia doméstica es un asunto con el cual tenemos que lidiar. No pongo en duda que la Ley 54 ha sido una estrategia útil para miles de mujeres. En definitiva, la Ley fue un gran triunfo para el activismo feminista local al incidir y participar en procesos de políticas que afectan directa y desproporcionalmente a las mujeres, proveer herramientas para las mujeres maltratadas, y visibilizar un asunto que se excluía de la agenda pública. Como feminista celebro todo aquello que adelante las causas por las cuales luchamos.

No obstante, no puedo ignorar a los sectores –dentro y fuera del movimiento feminista– que han señalado una serie de problemáticas creadas al encauzar la erradicación de la violencia doméstica a través de su criminalización y del uso del Derecho Penal. Las denuncias que estos sectores hacen no pretenden trivializar la violencia que viven diariamente las mujeres maltratadas; al contrario, reconocen que es un hecho repudiable, pero creen que la lucha por su erradicación no debería aliarse con las formas punitivas del Estado. Me posiciono entre estos sectores. No estoy de acuerdo con la descriminalización de la violencia doméstica, ni con la eliminación de la Ley 54, pero sí estoy de acuerdo con encontrar formas alternativas de erradicar esta violencia sin promover la expansión del Derecho Penal y los dilemas creados a partir de reducir un conflicto social a su criminalización.

Por lo anterior, propongo que adoptemos un proceso alternativo que nos permita conciliar los propósitos que persigue la Ley 54 con los señalamientos que han hechos esos otros sectores. Ese proceso alternativo integraría las ventajas de dos modelos (rehabilitador y restaurador) que no privilegian lo punitivo sobre otros fines que se podrían alcanzar. Ese proceso tendría como referente la experiencia de otros países y la propia experiencia de Puerto Rico con procesos y mecanismos alternativos.

A más avanzan los reclamos del movimiento feminista, mayor resistencia habrá de ciertos sectores. Resistencia que se manifiesta de la forma más cruda en los casos de violencia doméstica, entre otras formas. Es irrefutable que necesitamos mecanismos para erradicar esta violencia, pero no podemos optar por aquellos mecanismos que propicien mayores y nuevos dilemas, prejuicios y retrocesos. Mientras alcanzamos su erradicación, invito a que asumamos una mirada alternativa basada en otros posicionamientos y reflexiones.

EL PROCEDIMIENTO DEL PRIVILEGIO DE SECRETO DEL NEGOCIO CONFORME A PONCE ADVANCE MEDICAL GROUP, INC. V. DR. CARLOS Y. SANTIAGO GONZÁLEZ: UN ANÁLISIS INTEGRAL SOBRE SU APLICACIÓN AL PRIVILEGIO ABOGADA O ABOGADO-CLIENTE

*Rolando Emmanuelli Jiménez, J.D., LL.M.**
*Jessica Esther Méndez Colberg, M.B.A., J.D.***

Resumen

La *Opinión* del Tribunal Supremo de Puerto Rico en el caso *Ponce Advance* establece un procedimiento sobre cómo las partes y el Tribunal de Primera Instancia manejarán objeciones durante el descubrimiento de pruebas sobre el privilegio de secretos del negocio según la Regla 513 de Evidencia. Además, dispuso que este procedimiento es también aplicable a los otros privilegios evidenciarios. A esos efectos, este artículo analiza las implicaciones prácticas de dicho procedimiento y los efectos de su aplicación al privilegio de abogada o abogado-cliente, particularmente en el contexto de la producción de documentos e información voluminosa a tenor con la Regla 505 de Evidencia de Puerto Rico.

Abstract

The Decision of the Supreme Court of Puerto Rico in the *Ponce Advance* case, establishes a procedure on how the parties and the Court of First Instance will manage

* El autor es estudiante del programa de Doctor en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana y fue abogado de la parte demandante en el caso objeto de análisis en este artículo. Actualmente es Socio Capital del Bufete Emmanuelli, C.S.P., en Ponce, Puerto Rico y se desempeña como presidente de la firma. 787-848-0666. www.bufete-emmanuelli.com.

** La autora es estudiante del programa graduado de maestría en Derecho (LL.M.) de Thomas Jefferson School of Law en San Diego, California y fue abogada de la parte demandante en el caso objeto de análisis en este artículo. Actualmente es Socia Capital del Bufete Emmanuelli, C.S.P., en Ponce, Puerto Rico, donde se desempeña como Abogada-Notario y Principal Oficial de Operaciones.

objections during discovery about the trade secrets privilege according to Rule 513 of the Puerto Rico Rules of Evidence. In addition, the Court ruled that this procedure is also applicable to other evidentiary privileges. As so, this article analyzes the practical implications of this procedure and the effects of its application to the attorney-client privilege, particularly in the context of the production of voluminous documents and information in accordance with Rule 505 of the Puerto Rico Rules of Evidence.

I. Introducción	33
II. Resumen de los hechos del caso	33
III. Proceso de descubrimiento de prueba	37
IV. Consideraciones prácticas en la aplicación del procedimiento conforme al caso <i>Ponce Advance</i>	41
V. Naturaleza y alcance del privilegio abogada o abogado-cliente ...	44
VI. La regla 503 de evidencia y la renuncia al privilegio de abogada o abogado-cliente	53
VII. Privilegio abogada o abogado-cliente a la luz de los resuelto en <i>Ponce Advance</i>	58
VIII. Conclusión.....	64

I. Introducción

El 12 de abril de 2017, el Tribunal Supremo de Puerto Rico [en adelante “*TSPR*” o el “*Tribunal*”], por voz del Juez Asociado señor Martínez Torres, emitió una opinión en el caso *Ponce Advance Medical Group Network, Inc. v. Carlos Y. Santiago González, et al.*,¹ [en adelante, “la *Opinión*” o “*Ponce Advance*”] en que atendió por primera vez el alcance del privilegio de secretos del negocio y detalló un procedimiento para invocar y conceder, de ordinario, un privilegio probatorio en nuestro ordenamiento legal.² La *Opinión* expresa que este procedimiento es de aplicación a todos los privilegios contenidos en las Reglas de Evidencia de Puerto Rico.³

Luego de exponer un breve resumen de la *Opinión*, en este artículo se explica el proceso establecido por el más alto Foro al momento de levantar un privilegio y se analizan las consideraciones prácticas de los pronunciamientos del caso. Asimismo, se evalúan las implicaciones de dicho procedimiento y los efectos de su aplicación al privilegio de abogada o abogado-cliente, particularmente en el contexto de la producción de documentos e información voluminosa a tenor con la Regla 505 de Evidencia de Puerto Rico.

II. Resumen de los hechos del caso

Ponce Advance Medical Group Network, Inc. [en adelante, *PAMG*], un grupo incorporado de médicos, presentó una demanda contra el Dr. Carlos Y. Santiago González, como creador y administrador de la página “Medicina Defectuosa” en la red social de Facebook. *PAMG* alegó que el doctor Santiago González realizó expresiones libelosas, ante miles de seguidores de la página, que menoscabaron la reputación del grupo médico.

En el descubrimiento de prueba, el doctor Santiago González cursó a *PAMG* un requerimiento de admisiones, un pliego de interrogatorio y una solicitud de producción de documentos. Entre los documentos solicitados se encontraban las planillas de contribución de ingresos de *PAMG*, una lista de accionistas de *PAMG*, las minutas de las reuniones de la Junta de Directores de *PAMG*, los contratos suscritos entre *PAMG* y los seguros médicos *MMM* y *PMC*, así como los contratos suscritos entre *PAMG* y los médicos que rinden servicios a nombre del grupo.

PAMG no se negó a entregar los documentos. Sin embargo, ante la preocupación de que la información solicitada fuera publicada en Facebook, condicionó su entrega a que el doctor Santiago González firmara un acuerdo de confidencialidad. En

¹ *Ponce Advance v. Santiago*, 197 DPR 891 (2017).

² *Id.* en la pág. 895.

³ 32 LPRA Ap. IV (2009).

respuesta a esa exigencia, el doctor Santiago González envió una carta a PAMG en la que denunció que ciertas preguntas del interrogatorio fueron contestadas inadecuadamente y exigió nuevamente la entrega de los documentos solicitados. PAMG contestó la carta y sugirió concertar una reunión para resolver la controversia sobre el descubrimiento de prueba.

El doctor Santiago González hizo caso omiso de la solicitud de PAMG para llevar a cabo una reunión y acudió al Tribunal de Primera Instancia [en adelante *TPI*], Sala Superior de Ponce. Allí solicitó, al amparo de la Regla 34.1 de Procedimiento Civil,⁴ que se ordenara a PAMG a contestar correctamente todas las preguntas del interrogatorio y a producir la documentación solicitada. PAMG presentó su correspondiente oposición y expresó que no se había negado a entregar los documentos, sino que solamente condicionó su entrega a la firma de un acuerdo de confidencialidad e indicó haber invitado al representante legal del doctor Santiago González a una reunión para solucionar la controversia.

Sin la celebración de una vista, el *TPI* emitió una orden en la que proveyó Ha Lugar la moción del doctor Santiago González y ordenó a PAMG contestar los interrogatorios y entregar los documentos en un término de quince días, “sin reserva, ni excepción”.⁵ Así las cosas, PAMG presentó una solicitud de reconsideración y una orden protectora en la que solicitó, entre otras cosas, que se le requiriera al doctor Santiago González firmar un acuerdo de confidencialidad como condición para la entrega de los documentos. Sin embargo, el *TPI* determinó No Ha Lugar a esa solicitud. Luego de varios trámites procesales, el Tribunal de Apelaciones [en adelante *TA*] confirmó la determinación del *TPI*. Razonó que PAMG se “[l]imitó a señalar que la información solicitada por la parte demandada constituía un secreto de negocio sin ofrecer fundamentos que sustentaran la invocación del privilegio”. Así, el *TA* concluyó que PAMG “[f]alló en demostrar la alegada naturaleza confidencial que le designa a la prueba objeto de impugnación”.⁶ Inconforme con tal determinación, la parte demandante recurrió al *TSPR*.

En la *Opinión*, el *TSPR* procedió a hacer una exposición sobre los privilegios y el proceso de descubrimiento de prueba. A esos efectos, puntualizó que:

[l]a parte que se considere poseedora de cierta materia privilegiada cuyo descubrimiento se procura, deberá, tan pronto se solicite la información: (1) objetar la producción de los documentos, las comunicaciones o los objetos requeridos; (2) indicar expresamente el privilegio específico que pretende invocar; (3) exponer con particularidad los hechos concretos en los que se basa la aplicabilidad del privilegio; (4) fundar con claridad la existencia de

⁴ R. P. CIV. 34.1, 32 LPRA Ap. V (2009).

⁵ *Ponce Advance*, 197 DPR en la pág. 897.

⁶ *Id.* en las págs. 897-98.

los elementos legales del privilegio en cuestión; y (5) describir la naturaleza de la evidencia no producida de forma tal que, sin revelar la información privilegiada, permita a otras partes evaluar su reclamación.⁷

Estos cinco puntos fueron incorporados en la *Opinión* como parte del contenido de las comunicaciones requeridas entre las partes cuando se discute la existencia o no de un privilegio. El *TSPR* reiteró que:

[d]e no haber discrepancia entre las partes en torno a la existencia y alcance del privilegio o de mediar un acuerdo entre ellas sobre cómo proceder con la información privilegiada, la intervención de los foros judiciales es innecesaria y el procedimiento de descubrimiento de prueba continuará de manera extrajudicial.⁸

Ahora bien, el Tribunal enfatizó que, si no es posible que las partes lleguen a un acuerdo, la parte que se opone a la extensión del privilegio tiene que acreditar que realizó los esfuerzos de buena fe exigidos en la Regla 34.1 de Procedimiento Civil.⁹ De esta forma, el Tribunal puede resolver, mediante preponderancia de la prueba, si el poseedor del privilegio estableció los elementos del privilegio que invoca.¹⁰

Por otro lado, en cuanto al privilegio de secreto de negocio, el *TSPR* reconoció que la Regla 513 de Evidencia no establece la definición de lo que constituye un secreto de negocio o comercial.¹¹ Amparándose en la Ley Núm. 80-2011, mejor conocida como la *Ley para la protección de secretos comerciales e industriales de Puerto Rico*,¹² el Tribunal elaboró una definición del concepto “secreto comercial” al exponer que:

[d]e las disposiciones legales expuestas podemos deducir que un secreto comercial es toda aquella información (1) de la cual se deriva un valor actual, un valor potencial o una ventaja económica; (2) que no es de conocimiento común o accesible por medios apropiados; y (3) que se ha mantenido confidencial a través de medidas razonables de seguridad. Art. 3 de la Ley Núm. 80-2011, *supra*.¹³

⁷ *Id.* en la pág. 900. Véase R. P. CIV. 23.3, 32 LPRA Ap. V (2009); Pagán et al. v. First Hospital, 189 DPR 509 (2013); MICHAEL H. GRAHAM, HANDBOOK OF FEDERAL EVIDENCE sec. 501:1 (7ma ed. 2016).

⁸ *Ponce Advance v. Santiago*, 197 DPR 891, 900 (2017).

⁹ R. P. CIV. 34.1, 32 LPRA Ap. V (2009).

¹⁰ *Ponce Advance*, 197 DPR en las págs. 900-01. Véase Pagán et al. v. First Hospital, 189 DPR 509 (2013).

¹¹ *Id.* en la pág. 903.

¹² Ley para la protección de secretos comerciales e industriales de Puerto Rico, Ley Núm. 80-2011, 10 LPRA § 4131 (2011).

¹³ *Ponce Advance*, 197 DPR en la pág. 906.

Mediante el uso de los cinco puntos antes mencionados y la definición de lo que constituye un secreto comercial, el *TSPR* elaboró un procedimiento a seguir ante una solicitud de información o documentos cuando una de las partes alegue que se encuentran cobijados por el privilegio de secreto del negocio. Uno de los propósitos del procedimiento es que las partes puedan llegar a un convenio sobre la controversia del privilegio y que la participación del tribunal sea innecesaria. Sin embargo, si no se logra un acuerdo, la *Opinión* establece también unas guías para que el *TPI* maneje la controversia.

Finalmente, el Alto Foro concluyó que resulta irrazonable exigirle a una parte que establezca extrajudicialmente el alcance de un privilegio mediante preponderancia de la prueba.¹⁴ Por ello, si las partes no pueden acordar cómo proceder con la controversia sobre el descubrimiento de prueba, el *TSPR* reiteró que los foros de instancia deben tomar cartas en el asunto. Esto implica resolver si el poseedor del privilegio estableció la existencia de los elementos del privilegio que invoca mediante preponderancia de la prueba bajo el marco procesal establecido en la *Opinión*.¹⁵ A esos efectos, revocó las determinaciones del *TPI* y del *TA* y procedió a devolver el caso al foro primario para que este determine si la información solicitada está sujeta al privilegio de secretos del negocio.¹⁶

Debe notarse que, aunque en la *Opinión* no se dispuso expresamente la celebración de una vista, cuando se menciona que el poseedor del privilegio tendrá que establecer los elementos mediante preponderancia de la prueba, es evidente que esto se refiere a la celebración de una vista bajo la Regla 110 de las de Evidencia.¹⁷ Por tanto, se trata de una vista evidenciaría conforme a los criterios de la Regla 109 (A) de Evidencia.¹⁸

¹⁴ *Id.* en la pág. 913.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.* en la pág. 912.

¹⁷ R. EVID. 110, 32 LPRA Ap. IV(2009).

¹⁸ Véase la expresión de la Jueza Asociada señora Pabón Charneco al concurrir con el resultado en la que se hizo constar que:

La Jueza Asociada señora Pabón Charneco concurre con el resultado. Como expresara en su Opinión Disidente en *Pagán et al. v. First Hospital*, 189 D.P.R. 509, 543-559 (2013), al considerar la etapa procesal en la que se da este tipo de controversia se precisa la celebración de una vista para dilucidar la reclamación de un privilegio probatorio ante la oposición de una de las partes.

Ponce Advance v. Santiago, 197 DPR 891, 912 (2017); R. EVID. 109, 32 LPRA Ap. IV (2009).

REGLA 109. DETERMINACIONES PRELIMINARES A LA ADMISIBILIDAD DE EVIDENCIA 237

(A) Admisibilidad en general

Las cuestiones preliminares en relación con la capacidad de una persona para ser testigo, la existencia de un privilegio o la admisibilidad de evidencia serán determinadas por el Tribunal salvo a lo dispuesto en el inciso (B) de esta Regla. Al hacer tales determinaciones, el Tribunal no queda obligado por las Reglas de Derecho Probatorio, excepto por aquellas relativas a privilegios.

III. Proceso de descubrimiento de prueba

Ponce Advance establece todo un marco procesal que deben seguir las partes y el *TPI* cuando se levanta la existencia del privilegio de secretos del negocio. Este marco comienza desde una etapa extrajudicial y se desarrolla al ámbito judicial en caso de que las partes no puedan llegar a un acuerdo. Conforme a ello, el *TSPR* estableció que para entrar en el ámbito de protección del privilegio de secretos del negocio, la parte proponente deberá cursar a la parte que procura su divulgación una comunicación en la cual: (1) objete la producción de la información privilegiada tan pronto la otra parte la solicite; (2) indique específicamente los documentos, las comunicaciones o los objetos requeridos que designa como secreto comercial; (3) señale con particularidad los hechos precisos que dan lugar a que esa materia sea catalogada como un secreto comercial; (4) fundamente con claridad que de esa información se deriva un valor económico o una ventaja comercial demostrable, que no es conocida generalmente o verificable fácilmente por terceros, especialmente por competidores, y que ha sido objeto de medidas razonables de seguridad para mantener su confidencialidad; y, por último, (5) describa la naturaleza de la evidencia no producida de forma tal que, sin ser revelada, permita a las partes y, eventualmente, al tribunal evaluar su reclamación.¹⁹ Posteriormente:

*si la parte que solicita la información se opone a la extensión del privilegio y presenta la certificación exigida por la Regla 34.1 de Procedimiento Civil, supra, deberá controvertir los hechos en los que se sustenta la clasificación de la información como privilegiada o podrá demostrar que los elementos constitutivos del privilegio no están presentes.*²⁰

La comunicación que la *Opinión* le exige a la parte que levanta el privilegio debe considerarse como una gestión de buena fe de las que requiere la Regla 34.1 de Procedimiento Civil.²¹ Sin embargo, el Tribunal le exige a la parte que se opone al privilegio a que también realice una gestión de buena fe de acuerdo a la citada Regla, previo a solicitar la intervención del *TPI*. Esto presupone que la parte opositora al privilegio debe al menos escribir una carta o solicitar una reunión en la que pueda exponer los fundamentos de su oposición a la existencia o alcance del privilegio.

Conforme al lenguaje expreso de la *Opinión*, una vez concluidas las gestiones de buena fe que exige la Regla 34, la parte que solicita la información y se opone a la aplicación del privilegio, le corresponde *controvertir* los hechos en los que la otra parte se sustenta para clasificar la información como privilegiada o demostrar

¹⁹ *Ponce Advance*, 197 DPR en las págs. 907-08.

²⁰ *Id.* en la pág. 908.

²¹ R. P. Civ. 34.1, 32 LPRA Ap. V (2009).

que los elementos constitutivos del privilegio no están presentes.²² Para ello, sería necesario aplicar la definición de secreto comercial que ya estableció el Tribunal, conforme a las disposiciones de la Ley Núm. 80-2011, para determinar que la información o documentos en cuestión no son privilegiados. Una vez satisfecho ese turno de prueba o argumentación, establece la *Opinión*, que la parte proponente del privilegio podrá rebatir los argumentos que se esgriman en contra de la aplicación del privilegio.²³

Una interpretación literal del orden procesal que el Tribunal establece en la *Opinión* parece partir de la premisa de que en la vista corresponde al que se opone a la aplicación del privilegio el primer turno para establecer por qué se opone y por qué no existe o no aplica un privilegio. Esto, antes que requerir que quien invoca un privilegio pruebe su existencia por preponderancia de la prueba. Esto, contrario a lo resuelto en *Pagán v. First Hospital*, que dispuso expresamente que “[e]s imprescindible tener presente que el peso de demostrar que aplica un privilegio reside en quien sostiene su existencia, no en la parte contraria”.²⁴ Abona a esta aparente contradicción el que la *Opinión* de *Ponce Advance* también hace mención del inciso (c) del Art. 11 de la Ley Núm. 80-2011, que dispone que el tribunal deberá determinar si la parte que solicita el descubrimiento tiene una necesidad sustancial de la información *antes de ordenar su producción*.²⁵ Sin embargo, en la *Opinión* no se especifica en qué momento debe hacerse esta determinación sobre la necesidad sustancial de la información. Debe notarse que la inexistencia de una necesidad sustancial de la información hace académica cualquier determinación sobre la existencia o aplicación del privilegio de secretos del negocio.

La obligación de presentar evidencia primeramente recae sobre la parte que sostiene la afirmativa en el asunto en controversia.²⁶ En este contexto, la parte que promueve la existencia del privilegio es la que sostiene la afirmativa en el asunto en controversia. Por lo tanto, le corresponde a esta presentar la evidencia para probarlo por preponderancia de la prueba.²⁷ Ahora bien, la *Opinión* parece sugerir lo contrario.

Ciertamente, si las partes no logran un acuerdo, corresponde a la parte que se opone a la aplicación del privilegio acudir al tribunal para solicitar el remedio que le corresponde. Es decir, presentar una moción para que se ordene a descubrir lo solicitado conforme a la Regla 34.2 de Procedimiento Civil, en la cual deberá exponer alegaciones concretas en cuanto a por qué no procede la aplicación del

²² *Ponce Advance*, 197 DPR en las págs. 908-09.

²³ *Id.*

²⁴ *Pagán et al. v. First Hospital*, 189 DPR 509, 519 (2013).

²⁵ Ley para la protección de secretos comerciales e industriales de Puerto Rico, Ley Núm. 80-2011, 10 LPRÁ § 4139 (2018). Véase *Ponce Advance*, 197 DPR en la pág. 905.

²⁶ R. EVID. 110 (B), 32 LPRÁ Ap. IV (2009).

²⁷ Véase *Pagán, et al.*, 189 DPR en la pág. 519.

privilegio.²⁸ Esto es lo que da base al tribunal para imponer a la parte que se opone a la aplicación del privilegio el peso de controvertir, mediante una moción detallada, los hechos que la otra parte alega dan lugar a la existencia del privilegio o demostrar que no están presentes los elementos del privilegio. Sin embargo, esto no debe interpretarse como contrario a la normativa establecida en la Regla 110 (B) de Evidencia, así como lo resuelto en *Pagán v. First Hospital Panamericano, et al.*, precisamente en cuanto a la obligación que tiene el proponente de un privilegio de establecer su existencia por preponderancia de la prueba.

A esos efectos, entendemos que en términos procesales, y conforme a la normativa vigente, en caso de que sea necesaria la intervención del tribunal por un reclamo de privilegios, y luego de que las partes hayan realizado las gestiones de buena fe conforme exige la Regla 34.1 de Procedimiento Civil, el primer turno de prueba le corresponde a la parte que promueve la existencia del privilegio, quien tendrá que establecerlo por preponderancia de la prueba.²⁹ La parte que se opone a la aplicación del privilegio, naturalmente tendrá un turno para refutar esa prueba e impedir la aplicación del privilegio. Para ello, sería necesario aplicar la definición de secreto comercial que ya estableció el Tribunal, conforme a las disposiciones de la Ley Núm. 80-2011, para determinar que la información o documentos en cuestión son privilegiados.³⁰

Por otro lado, *Ponce Advance* también guía al *TPI* en cómo manejar este tipo de reclamo y dispone que el tribunal efectuará una inspección en cámara de la materia en cuestión.³¹ Durante su revisión, el juez debe prestar especial atención a la comprobación de que el dueño del alegado secreto comercial tomó medidas razonables para proteger su confidencialidad.³² Nótese que esto es uno de los requisitos de contenido en la comunicación inicial que se le exige a la parte que promueve el privilegio.³³

La *Opinión* recalca que por mandato del Art. 11 de la Ley Núm. 80-2011, si se discute o divulga la información durante una vista, el tribunal ordenará el desalojo de la sala de todas aquellas personas cuya presencia no sea imprescindible para la continuación de los procedimientos.³⁴ Asimismo, el tribunal le permitirá al dueño de la información obtener acuerdos de confidencialidad firmados individualmente por todas las personas que se encuentren presentes en sala o sean parte de cualquier procedimiento en el cual se discuta o divulgue de cualquier modo el posible secreto comercial.³⁵ Sin embargo, el Tribunal no hace mención de la grabación en sala, so-

²⁸ R.P. CIV. 34.2, 32 LPRA Ap. V (2009).

²⁹ *Pagán, et al.*, 189 DPR en la pág. 519.

³⁰ *Ponce Advance v. Santiago*, 197 DPR 891, 906 (2017).

³¹ *Id.* en la pág. 908.

³² *Id.*

³³ *Id.* en las págs. 907-08.

³⁴ *Id.* en la pág. 908.

³⁵ *Id.* en las págs. 908-09.

bre las cuales podría solicitarse su reproducción después del pago de los aranceles correspondientes.³⁶ Tampoco se menciona específicamente si el Tribunal debe instruir al personal de sala a que la información allí ofrecida no se refleje en las minutas, ya que los expedientes del tribunal son públicos.³⁷ Entendemos que ante la rigurosidad que el Tribunal Supremo impone para salvaguardar la confidencialidad de los secretos de negocio, deben tomarse medidas similares sobre el registro grabado y las minutas del expediente.

La Regla 513 de Evidencia, establece circunstancias en las que, a pesar de que el privilegio sea de aplicación, este cede si se demuestra que con su implementación se encubre un fraude o se causa una injusticia.³⁸ La *Opinión* recalca que el *TPI* debe considerar los planteamientos de fraude o injusticia de conformidad con las cuatro circunstancias dispuestas en el inciso (c) del Art. 11 de la Ley Núm. 80-2011.³⁹

Resulta interesante, además, que la *Opinión* dispone que, si se ordena la divulgación de la información, de todos modos, se podría proteger la información. Esto, pues el dueño puede *exigir* la adopción de alguna medida de seguridad como condición para la entrega de la información y el juzgador deberá tomar las medidas razonables de seguridad que resulten necesarias para proteger el secreto comercial.⁴⁰ En ese sentido, la *Opinión* parece sugerir que el Tribunal carece de discreción para denegar la solicitud del dueño del secreto comercial a que se impongan medidas para salvaguardar la confidencialidad de la información. Ciertamente, el análisis y la razonabilidad de las medidas a imponer serán una cuestión a determinarse caso a caso.⁴¹

³⁶ Reglas para la Administración del Tribunal de Primera Instancia, 4 LPRA Ap. II-B, R. 28 (2009).

³⁷ Reglas para la Administración del Tribunal de Primera Instancia, 4 LPRA Ap. II-B, R. 32 (2009).

³⁸ Véase R. EVID. 513, 32 LPRA Ap. IV (2009); *Ponce Advance*, 197 DPR en la pág. 909.

³⁹ Ley para la protección de secretos comerciales e industriales de Puerto Rico, Ley Núm. 80-2011, 10 LPRA § 4139 (2011), en su Art. 4 (c):

Antes de ordenar el descubrimiento de información designada por su dueño como un Secreto Comercial o Industrial, el Tribunal deberá determinar si la parte que solicita el descubrimiento tiene una necesidad sustancial de la información. Para fines de esta Ley se entenderá que existe una “necesidad sustancial”, si están presentes las siguientes circunstancias:

- i. las alegaciones presentadas con el fin de establecer la existencia o ausencia de responsabilidad han sido presentadas de manera específica;
- ii. la información que se busca descubrir es directamente relevante a las alegaciones presentadas de manera específica;
- iii. la información que se busca descubrir es tal, que la parte que busca su descubrimiento quedaría sustancialmente perjudicada si no se le permite acceso a la misma; y
- iv. existe una creencia de buena fe de que el testimonio o evidencia que se derive de la información que forma parte del Secreto Comercial será admisible en el juicio.

⁴⁰ *Ponce Advance v. Santiago*, 197 DPR 891, 909 (2017).

⁴¹ *Id.* en la pág. 909.

IV. Consideraciones prácticas en la aplicación del procedimiento conforme al caso *Ponce Advance*

Según hemos mencionado, el Tribunal Supremo estableció unos requisitos sobre el contenido de la comunicación inicial que debe cursar la parte proponente del privilegio de secretos del negocio cuando surge la controversia en el descubrimiento de prueba.

El primer requisito es que se objete la producción de la información privilegiada tan pronto la otra parte la solicite.⁴² De entrada, podemos notar la importancia de que la objeción sea oportuna. En la práctica, en el contexto de un pliego de interrogatorio con producción de documentos o en una solicitud de producción de documentos, la parte a la que se le solicita la información está obligada por las Reglas de Procedimiento Civil a someter una contestación dentro del término de treinta días o quince días, respectivamente.⁴³ En esa contestación, la parte objetará la pregunta realizada o la producción de esos documentos bajo el fundamento de que es privilegiada por el secreto del negocio. Con esa objeción se entendería cumplido el primer requisito de contenido de la comunicación a cursar.

En cuanto al segundo requisito de contenido, este requiere que se indiquen específicamente los documentos, las comunicaciones o los objetos requeridos que designa como secreto comercial.⁴⁴ Para satisfacer este requisito, entendemos que basta con que se enumeren las preguntas o documentos según solicitados por la parte promotora del pliego de interrogatorios o en la solicitud de producción de documentos.

El tercer requisito establece que se señale con particularidad los hechos precisos que dan lugar a que esa materia sea catalogada como un secreto comercial.⁴⁵ Dependiendo de la cantidad de información y documentos solicitados, este ejercicio puede consumir mucho tiempo y resultar sumamente oneroso. Nótese que hay un elemento de especificidad con el que la parte debe cumplir. Ante ello, podría entenderse que para cada documento solicitado debe hacerse una relación de los hechos precisos que dan lugar a que el documento sea catalogado como secreto comercial. Sin embargo, nada impide que documentos similares puedan agruparse para así ahorrar tiempo y recursos.

El cuarto requisito establece que se fundamente con claridad que de esa información se deriva un valor económico o una ventaja comercial demostrable, que no es conocida generalmente o verificable fácilmente por terceros, especialmente por competidores, y que ha sido objeto de medidas razonables de seguridad para mantener su confidencialidad.⁴⁶ Este elemento se basa en demostrar la existencia de los

⁴² *Id.* en la pág. 907.

⁴³ R. P. CIV. 30.1, 31.2, 32 LPRA Ap. V (2009).

⁴⁴ *Ponce Advance*, 197 DPR en la pág. 907.

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ *Id.*

elementos legales del privilegio de secreto del negocio conforme a la definición que el Tribunal Supremo incorporó de la Ley Núm. 80-2011. En esencia, se requiere que la parte que levanta el privilegio demuestre el valor económico de la información o la ventaja competitiva que esta le brinda. Esto puede requerir la divulgación de información técnica o pericial, lo que complica la rapidez y economía del procedimiento. Además, debe demostrar qué gestiones ha realizado, fuera del contexto de su caso, para garantizar la confidencialidad de esa información. La *Opinión* ya establece ejemplos de gestiones que denotan la intención de la parte de mantener la información confidencial.⁴⁷

El quinto requisito dispone que la parte debe describir la naturaleza de la evidencia no producida de forma tal que, sin ser revelada, permita a las partes y, eventualmente, al tribunal evaluar su reclamación.⁴⁸ Este requerimiento podría obviarse si en el segundo, al enumerar la información solicitada, la parte describe la naturaleza de la información solicitada de una vez.

Lo cierto es que todo el trámite que se establece en *Ponce Advance* y los gastos que esto conlleva, podrían evitarse si de entrada las partes consienten a suscribir un acuerdo de confidencialidad, comportándose bajo el marco de la buena fe que requieren las Reglas de Procedimiento Civil y, en cuanto a los abogados y las abogadas, también los Cánones de Ética Profesional.⁴⁹ Después de todo, de ordinario la información que se solicita en un caso debe pretenderse utilizar solo en el contexto del caso y no para perjudicar a la otra parte o con un propósito ulterior. Además, aun cuando el tribunal determine que la información es privilegiada, este podrá establecer medidas razonables para mantener la confidencialidad de la información, y esto incluye un acuerdo de confidencialidad.

Por otro lado, en *Ponce Advance*, la Regla 23.2 de Procedimiento Civil *no* fue objeto de discusión detallada. Sin embargo, esta Regla es pertinente pues provee para que el tribunal dicte una orden protectora sobre documentos o información *confidencial*, aunque no se trate de información privilegiada. Nótese que el inciso (7) de la Regla 23.2 dispone para que “[u]n secreto comercial u otra información confi-

⁴⁷ *Id.* en la pág. 908:

Así, por ejemplo, observará si la información se guarda en archivos o áreas restringidas; si está sujeta a medidas de seguridad tales como códigos de acceso u otras restricciones físicas de acceso; o si se requiere que otras personas que tienen acceso a la información suscriban acuerdos de confidencialidad, entre otros factores. (citas omitidas).

⁴⁸ *Ponce Advance v. Santiago*, 197 DPR 891, 907 (2017).

⁴⁹ Véase CÓD. ÉTIC. PROF. Parte IV, 4 LPRA Ap. IX (1970).

Deberes del Abogado en Relación con sus Compañeros y su Profesión. Criterio general. La preservación del honor y la dignidad de la profesión y la buena relación entre compañeros es responsabilidad ineludible de todo miembro de la profesión legal y para ello todo abogado debe observar con sus compañeros una actitud respetuosa, sincera, honrada y de cordialidad y cooperación profesional, velando siempre por el buen ejercicio de la profesión legal.

dencial no sea divulgada o que lo sea únicamente bajo ciertas condiciones”.⁵⁰ En ese sentido, la Regla contempla que el tribunal puede tomar medidas para salvaguardar la confidencialidad de cierta información si así lo estima conveniente, aunque no se trate de información cobijada por algún privilegio. En términos prácticos, a las partes les resulta menos oneroso y el trámite procesal se simplifica en la medida en que puedan estar de acuerdo en la naturaleza confidencial de la información, independientemente de la existencia del privilegio, y llegar a acuerdos que satisfagan tanto el interés de que la información se produzca, así como el de que esa información no sea divulgada fuera de los parámetros del caso en cuestión. Cabe destacar que lo anterior no necesariamente es posible con aquellos privilegios de naturaleza absoluta, como el privilegio abogado o abogado-cliente de la Regla 503 de las de Evidencia, toda vez que una vez se cumplen los requisitos que lo constituyen, los tribunales carecen de discreción para obligar a divulgar la información privilegiada.⁵¹

Por otro lado, según mencionado anteriormente, entendemos que las ambigüedades de la *Opinión* en cuanto al peso de la prueba y la obligación de presentar evidencia deben interpretarse armoniosamente. Es decir, si bien es cierto que la parte que se opone al privilegio debe recurrir al tribunal, luego de las gestiones de buena fe bajo la Regla 34.1 de Procedimiento Civil y exponer detalladamente en una moción las razones por las cuales debe descubrirse la información, esto solo se considera como alegaciones del caso relacionadas a la controversia y no como prueba. Por otro lado, la parte promovida que levanta la protección del privilegio no solo debe presentar su oposición por escrito a la moción, sino que en la vista ante el *TPI*, de ser necesario, debe mostrar la prueba real, documental, testifical o pericial que sustente la existencia del privilegio a base del estándar de preponderancia de la prueba. De esta manera, se armonizan las expresiones de *Ponce Advance* con las del caso de *Pagán v. First Hospital*.

Finalmente, los hechos que dan lugar al caso de *Ponce Advance*, se dan en el contexto del descubrimiento de prueba por un pliego de interrogatorio con solicitud de producción de documentos cursada por la parte demandante. Sin embargo, en el caso de una deposición, el procedimiento es más rápido y dinámico. La Regla 27.7 (1) de Procedimiento Civil establece que durante el curso de una deposición solo podrán presentarse y fundamentarse aquellas objeciones que estén relacionadas con materia protegida por algún privilegio o aquellas que se entiendan renunciadas si no se interponen.⁵² Por lo tanto, como hemos visto, los privilegios siempre requieren de una objeción oportuna para su aplicación y evitar que se entiendan renunciados. Ahora bien, la Regla 27.7 (4) de Procedimiento Civil dispone que, si un o una deponente se

⁵⁰ R. P. CIV. 23.2 (7), 32 LPRA Ap. V (2009).

⁵¹ E. L. CHIESA APONTE, TRATADO DE DERECHO PROBATORIO: REGLAS DE EVIDENCIA DE PUERTO RICO Y FEDERALES 193 (1998); *Ponce Advance*, 197 DPR en las págs. 900-01.

⁵² R. P. CIV. 27.7(1), 32 LPRA Ap. V (2009).

niega a contestar una pregunta, las partes podrán iniciar una conferencia telefónica con el juez o la jueza que preside la sala, a los fines de obtener una resolución del tribunal con respecto al asunto en controversia. En tal caso, las partes actuarán en conformidad con lo dispuesto por el tribunal en ese momento, el cual levantará un acta a esos efectos que será notificada a las partes. De no estar disponible el tribunal, la deposición continuará sobre todo aquel asunto no relacionado con la objeción.⁵³

En ese contexto, al levantarse la objeción de privilegio en una deposición, las partes vendrán obligadas a fundamentar los elementos de la existencia del privilegio conforme a lo resuelto en la *Opinión*, no solo para el privilegio de secretos del negocio, sino para todos los privilegios. Dada la especificidad que se requiere para fundamentar la procedencia del privilegio, el tribunal podría posponer el asunto para atenderlo en una vista en la que la parte promovente del privilegio pueda presentar la prueba necesaria para establecer la aplicabilidad del privilegio por preponderancia de la prueba. Si el tribunal no resuelve la controversia en la deposición, las partes tendrán que cumplir con el procedimiento establecido en *Ponce Advance* en cuanto a las comunicaciones necesarias para cumplir con las gestiones de buena fe que requiere la Regla 34.1.

V. Naturaleza y alcance del privilegio abogada o abogado-cliente

La *Opinión* objeto de análisis parece limitarse al privilegio de secretos del negocio, sin embargo, el Tribunal Supremo comienza expresando: “[a]provechamos esta ocasión para detallar el procedimiento necesario para invocar y conceder, *de ordinario, un privilegio probatorio* en nuestro ordenamiento legal”.⁵⁴ A la luz de lo resuelto en la *Opinión*, el objetivo de este artículo es tomarle la palabra al Tribunal Supremo de Puerto Rico y extrapolar sus señalamientos procesales al privilegio abogada o abogado-cliente de la Regla 503 de las de Evidencia.⁵⁵

Primero expondremos los contornos de este privilegio según definido por la Regla 503 de las de Evidencia de Puerto Rico.⁵⁶ Esta regla dispone lo siguiente:

(A) Según usadas en esta Regla, las siguientes expresiones tendrán el significado que a continuación se indica:

(1) Abogada o Abogado: Persona autorizada o a quien el o la cliente razonablemente creyó autorizada a ejercer la profesión de la abogacía en

⁵³ R. P. CIV. 27.7(4), 32 LPRA Ap. V (2009).

⁵⁴ *Ponce Advance v. Santiago*, 197 DPR 891, 895 (2017) (énfasis suplido).

⁵⁵ R. EVID. 503, 32 LPRA Ap. IV (2009).

⁵⁶ La Regla 503 corresponde a la Regla 25 de 1979 y no tiene equivalente en las Reglas Federales de Evidencia.

Puerto Rico o en cualquier otra jurisdicción; incluyendo a sus asociadas, ayudantes y empleadas.

(2) Cliente: Persona natural o jurídica que, directamente o a través de representante autorizado, consulta a una abogada o a un abogado con el propósito de contratarle o de obtener servicios legales o consejo en su capacidad profesional. Incluye a la persona incapaz que consulta a una abogada o a un abogado o cuyo tutor, tutora o encargada hace tal gestión con la abogada o el abogado a nombre de la persona incapaz. Representante autorizado: Persona facultada para obtener servicios legales o actuar a base de consejo legal ofrecido, en representación de la que es cliente. Incluye a una persona que, con el propósito de que se brinde representación legal a quien es cliente, hace o recibe una comunicación confidencial mientras actúa dentro del alcance de su empleo con el o la cliente.

(3) Comunicación confidencial: Aquélla habida entre una abogada o un abogado y su cliente en relación con alguna gestión profesional, basada en la confianza de que no será divulgada a terceras personas, salvo a aquéllas que sea necesario para llevar a efecto los propósitos de la comunicación.

(B) Sujeto a lo dispuesto en esta Regla, el o la cliente –sea o no parte en el pleito o acción– tiene el privilegio de rehusar revelar, y de impedir que otra persona revele, una comunicación confidencial entre ella y su abogada o abogado. El privilegio puede ser invocado no s[o]lo por quien lo posee –que es la persona cliente– sino también por una persona autorizada a invocarlo en beneficio de [e]sta, o por la abogada o el abogado a quien la comunicación fue hecha si lo invoca a nombre de y para beneficio de la que es cliente.

(C) No existe privilegio bajo esta Regla si:

(1) Los servicios de la abogada o del abogado fueron solicitados u obtenidos para permitir o ayudar a cualquier persona a cometer o planear la comisión de un delito o un fraude.

(2) La comunicación es pertinente a una controversia entre los herederos de la persona cliente ya fallecido, independientemente de que las reclamaciones provengan de un testamento o de sucesión intestada o de transacción entre vivos.

(3) La comunicación es pertinente a una controversia relativa a una violación de los deberes mutuos que surjan de la relación abogada o abogado-cliente.

(4) La comunicación es pertinente a una controversia relativa a un documento en que intervino la abogada o el abogado en calidad de notaria o notario.

(5) La comunicación es pertinente a una materia de común interés para dos o más personas que son clientes de la abogada o del abogado, en cuyo

caso una de las personas clientes no puede invocar el privilegio contra las otras.

(D) Cuando dos o más personas se unen como clientes de una misma abogada o un mismo abogado en cuanto a un asunto de interés común entre ellas, ninguna podrá renunciar al privilegio sin el consentimiento de las otras.⁵⁷

La información privilegiada se excluye por razones y consideraciones de política pública, para adelantar valores o intereses sociales ajenos o antagónicos a la búsqueda de la verdad, que es fundamental para la más justa adjudicación de las controversias judiciales.⁵⁸ La Regla 503 de Evidencia contiene el privilegio no constitucional más sólido de nuestro ordenamiento.⁵⁹ El privilegio abogada o abogado-cliente ha protegido el vínculo de confianza de esta relación fiduciaria, ya que revelar las confidencias del cliente constituye, no solo un acto de traición, sino que viola el deber de lealtad del abogado.⁶⁰ Este privilegio pretende proteger la confidencialidad de las comunicaciones entre los abogados, abogadas y sus clientes, que estén relacionadas a alguna gestión profesional y basadas en la confianza de que las mismas no serán divulgadas más allá de lo necesario para llevar a cabo sus fines.⁶¹

Las disposiciones del privilegio abogado o abogada-cliente pretenden fomentar la más amplia y libre comunicación entre ambos, asunto que es fundamental para el trabajo profesional del abogado o la abogada. Si lo que se le dice al abogado o abogada pudiera divulgarse posteriormente, muy pocas personas confiarían los datos pertinentes a los asuntos judiciales y se imposibilitaría la función de impartir justicia y resolver los litigios privados y judiciales.⁶² Por estas razones, la reglamentación profesional del abogado o abogada le prohíbe divulgar las comunicaciones confidenciales como salvaguarda adicional para que el cliente se sienta totalmente libre en sus conversaciones con el representante legal.⁶³

⁵⁷ R. EVID. 503, 32 LPRA Ap. IV (2009).

⁵⁸ Ortiz García v. Meléndez Lugo, 164 DPR 16, 35 (2005).

⁵⁹ Pueblo v. Fernández, 183 DPR 770 (2011). De hecho, una violación al privilegio abogado o abogada-cliente por parte del abogado o abogada puede acarrearle responsabilidad profesional. El cliente que se ve afectado por la violación al privilegio abogado-cliente tiene dos remedios: (1) presentar una demanda civil por daños contra el abogado, y (2) procurar una acción disciplinaria contra el abogado.

⁶⁰ In re: Rochet Santoro, 174 DPR 123 (2008); In re: Monge García, 173 DPR 379 (2008).

⁶¹ Pagán et al. v. First Hospital, 189 DPR 509, 522 (2013).

⁶² Informe de las Reglas de Derecho Probatorio, Comité Asesor Permanente de Reglas de Evidencia, 12 de marzo de 2007, en la pág. 226.

⁶³ Ver el CÓD. ETIC. PROF. 21, 4 LPRA Ap. IX, § 2 (1970), que dispone en lo pertinente de su tercer párrafo lo siguiente: “La obligación de representar al cliente con fidelidad incluye la de no divulgar sus secretos confidenciales y de adoptar medidas adecuadas para evitar su divulgación”. Por tanto, el abogado o abogada está obligado a levantar el privilegio abogado o abogada-cliente para proteger las confidencias de su cliente cuando surja la oportunidad.

Los privilegios se interpretan en forma restrictiva⁶⁴ para evitar una ampliación excesiva que afecte irrazonablemente el descubrimiento de la verdad. Si la información privilegiada se divulga en alguna forma, el tribunal puede determinar que se ha renunciado al privilegio.⁶⁵ Esta renuncia puede ser en forma implícita.⁶⁶ Por estas razones, cuando se hace una determinación sobre la existencia de un privilegio bajo la Regla 109 (A),⁶⁷ el tribunal debe estar bien seguro de que los hechos se ajustan estrictamente a las definiciones del privilegio y que no es aplicable alguna de las excepciones.⁶⁸

El proceso de análisis para que se determine la existencia del privilegio requiere que la información se ajuste a las tres definiciones que ofrece la Regla en el inciso (A) y que no concurra alguna de las excepciones que establece el inciso (C).⁶⁹

La primera definición que establece el inciso (A) de la Regla 503 es la de abogado.⁷⁰ No es necesario que el abogado esté debidamente admitido para practicar la profesión. Basta con que el cliente que se relaciona con él lo crea razonablemente autorizado para ejercitar la profesión en Puerto Rico o en cualquier otra jurisdicción. Es decir, que aplicaría el privilegio en el caso de que el cliente entienda que el abogado está autorizado a ejercer la profesión en otro estado de Estados Unidos o

⁶⁴ R. EVID. 518, 32 LPRA Ap. IV (2009).

REGLA 518. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

Las Reglas de privilegios se interpretarán restrictivamente en relación con cualquier determinación sobre la existencia de un privilegio, a excepción de las Reglas 501, 502 y 512 relativas a privilegios de rango constitucional.

⁶⁵ R. EVID. 517, 32 LPRA Ap. IV (2009).

REGLA 517. RENUNCIA A PRIVILEGIOS

(A) Renuncia expresa

Una persona, que de otro modo tendría el privilegio de no divulgar un asunto o materia específico, o de impedir que otra persona los divulgue, no tiene tal privilegio respecto a dicho asunto o materia si el Tribunal determina que (1) esa persona, o cualquier otra mientras era la poseedora del privilegio, se obligó con otra a no invocar el privilegio, o (2) que sin haber sido coaccionada y con conocimiento del privilegio, divulgó cualquier parte del asunto o materia, o permitió tal divulgación por otra persona.

(B) Renuncia implícita

La Jueza o el Juez que preside un caso podrá admitir una comunicación de otra manera privilegiada cuando determine que la conducta de quien posee el privilegio equivale a una renuncia, independientemente de lo dispuesto en el inciso (A) de esta Regla.

(C) Esta Regla no se aplicará a los privilegios establecidos en las Reglas 501, 502 y 512.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ R. EVID. 109(A), 32 LPRA Ap. IV (2009).

⁶⁸ *Lugo Ortiz v. Ferrer*, 85 DPR 862 (1962).

⁶⁹ Informe de las Reglas de Derecho Probatorio, Comité Asesor Permanente de Reglas de Evidencia, 12 de marzo de 2007, en la pág. 225.

⁷⁰ R. EVID. 503(A), 32 LPRA Ap. IV (2009).

en un país extranjero. La definición de abogado o abogada incluye a otras personas relacionadas con este y autorizadas a ayudarlo en la gestión profesional. De esa forma están cobijados bajo esta definición los empleados, asistentes, paralegales y secretarías del abogado o abogada.

La definición del inciso (A)(2) sobre quién es el cliente, incluye a personas naturales o jurídicas que personalmente o por medio de su representante autorizado, en alguna manera consulten a un abogado o una abogada para obtener consejo legal en su capacidad profesional o para contratar sus servicios.⁷¹ No es necesario que se formalice un contrato de representación profesional. La mera consulta puede dar base a que la persona se considere como un cliente. La norma aclara que la definición de cliente incluye al incapaz que consulta a un abogado o una abogada, o cuyo tutor o encargado hace tal gestión con el abogado o la abogada a nombre de él.⁷²

Lo importante para determinar que la persona es un cliente conforme a la Regla es la intención que tiene cuando se relaciona con el abogado o la abogada. La intención tiene que ser de contratarle o de obtener servicios o consejo profesional. Si la consulta es para obtener información del abogado o la abogada actuando en otro tipo de capacidad (ingeniero, contable, etc.), la persona no se ajusta a la definición de cliente.⁷³

La Regla 503 introduce la figura del representante autorizado en el apartado (A) (3) y define su significado.⁷⁴ Conforme a la Regla, el representante autorizado es la persona facultada para obtener servicios legales o actuar a base del consejo legal ofrecido, en representación de la persona que es cliente.⁷⁵ Incluye una persona que, con el propósito de que se brinde representación legal a quien es cliente, hace o recibe una comunicación confidencial mientras actúa dentro del alcance de su empleo con el cliente. Este es el caso típico de los empleados de una corporación quien es cliente del abogado o la abogada. Bajo el representante autorizado del cliente se mantiene la confidencialidad de las comunicaciones. De esta manera, se codificó lo resuelto en el caso *Upjohn Co. v. U.S.*⁷⁶ En *Upjohn* el Tribunal Supremo de los Estados Unidos resolvió que el privilegio se extiende a conversaciones entre el abogado o la abogada y los representantes y empleados del cliente.⁷⁷ Esta decisión tiene una importancia fundamental en el ámbito de las corporaciones, ya que extiende el privilegio a todos los empleados de la corporación si tales comunicaciones resultan pertinentes para asesorar al cliente.

⁷¹ *Id.* en la R. 503 (A)(2).

⁷² *Id.*

⁷³ Informe de las Reglas de Derecho Probatorio, Comité Asesor Permanente de Reglas de Evidencia, 12 de marzo de 2007, en la pág. 227.

⁷⁴ R. EVID. 503(A)(3), 32 LPRA Ap. IV (2009).

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *Up John Co. v. U.S.*, 449 U.S. 383 (1981).

⁷⁷ *Id.*

En *Pagán et al. v. First Hospital*,⁷⁸ el Tribunal Supremo tuvo la oportunidad de delimitar el alcance del privilegio abogado-cliente en el contexto corporativo. En específico, si una conversación sostenida entre un empleado de una corporación y los abogados de esta, de cara a una potencial demanda contra la corporación por parte de terceros, constituye materia privilegiada en un pleito independiente instado por el empleado contra la corporación al amparo de múltiples leyes laborales. Dispuso el Tribunal lo siguiente:

[e]n Puerto Rico no aplica el estándar de la prueba del grupo-control (Control Group Test). Esto en función de nuestra codificación expresa de *Upjohn Co. v. United States*, *supra*, en nuestra Regla 503(a) de Evidencia, *supra*. Consecuentemente, el privilegio abogado-cliente no está limitado a las comunicaciones que ofrezcan los oficiales y empleados de las altas esferas de la corporación encargados de diseñar la política corporativa. Al contrario, hoy adoptamos el estándar sugerido en el caso federal nombrado, el cual se asemeja a la prueba de materia (Subject Matter Test). Así, un empleado será un representante autorizado del cliente (la corporación), siempre y cuando: (1) haya ofrecido sus comunicaciones al abogado corporativo para asegurar asesoría legal a la corporación; (2) las comunicaciones estaban relacionadas con las funciones y tareas corporativas específicas del empleado y [e]ste era consciente de que el abogado lo consultaba para que la corporación pudiese ser asesorada legalmente, y (3) la corporación trató sus comunicaciones confidencialmente por instrucciones de los gerentes de la empresa.⁷⁹ [Énfasis suprimidos]

....

Según lo reseñado en nuestra discusión legal, cuando un agente interesa utilizar una comunicación confidencial para vindicar sus derechos de cara al cliente que representa, no existe confidencialidad que proteger entre el representante autorizado y el cliente corporativo. Ello, pues, el cliente corporativo no tuvo la intención de excluir a su representante autorizado del contenido de la comunicación y, por ende, ninguno tiene nada que ocultarle al otro respecto a la comunicación en disputa. Como resultado, aunque el cliente puede impedir que su representante autorizado divulgue el contenido de la comunicación a terceros ajenos a ella, no puede impedir que [e]ste utilice su contenido al instar una causa de acción contra la corporación con el fin de vindicar sus derechos frente al cliente corporativo.⁸⁰

⁷⁸ *Pagán, et al., v. First Hospital*, 189 DPR 509 (2013).

⁷⁹ *Id.* en la pág. 531.

⁸⁰ *Id.* en la pág. 542.

En términos generales, para que un tribunal reconozca la existencia de una comunicación confidencial es necesario que concurren cuatro condiciones fundamentales, a saber: (1) la comunicación tiene que haberse originado en la confianza de que no será divulgada; (2) este elemento de confiabilidad tiene que ser esencial para mantener plena y satisfactoriamente la relación entre las partes; (3) la relación debe ser una que la comunidad considere debe ser diligentemente promovida; y (4) el perjuicio que causaría la divulgación de la comunicación debe ser mayor que el beneficio obtenido por la correcta disposición del pleito.⁸¹

La Regla 503 de Evidencia define comunicación confidencial en su apartado (A) (4) como aquella habida entre el abogado o la abogada y su cliente según definidos anteriormente, en relación con alguna gestión profesional y que esté basada en la confianza de que la información no será divulgada a terceras personas salvo aquellas que deban tener conocimiento para llevar a cabo los propósitos de la información.⁸² Lo importante es la creencia o confianza razonable que tiene el cliente de que la información suministrada o la conversación habida con el abogado o la abogada permanecerá confidencial. Bajo esta disposición, todo lo discutido en el consultorio del abogado o la abogada estaría protegido si está vinculado a alguna gestión profesional. La comunicación confidencial incluye tanto lo que dice el cliente como lo que aconseja el abogado o la abogada.

Ahora bien, lo que observa el abogado o la abogada durante dicha conversación o relación con el cliente no es una comunicación confidencial, salvo que haya observado el hecho en una manera que justifique la confidencialidad. Por ejemplo, si el abogado o la abogada observa unos detalles en la vestimenta del cliente que están a la vista de todos, no se trata de una comunicación confidencial y podría ser obligado a declarar sobre lo que observó. Si lo que ocurre es que el cliente le mostró un documento o un objeto en una manera que dejaba claro el deseo de que el asunto se mantuviera confidencialmente, aplica la definición de comunicación confidencial.⁸³

El inciso (B) dispone en qué consiste el privilegio. El privilegio lo posee el cliente, aunque no sea parte en un pleito o acción. Dicho privilegio le permite rehusar revelar o impedir que otro revele la comunicación confidencial que se ajusta a la definición antes mencionada. Este privilegio puede ser invocado personalmente, por su abogado o abogada o por cualquier otra persona autorizada a hacerlo, pero siempre que sea en beneficio del cliente. El Canon de Ética Profesional número 21 dispone en lo pertinente de su tercer párrafo lo siguiente: “La obligación de representar al cliente con fidelidad incluye la de no divulgar sus secretos o confidencias y de adoptar medidas adecuadas para evitar su divulgación”.⁸⁴ Por tanto, el abogado o la

⁸¹ *García v. Tribunal Superior*, 104 DPR 727, 732 (1976).

⁸² R. EVID. 503 (A)(4), 32 LPRA Ap. IV (2009).

⁸³ MCCORMICK, EVIDENCE sec. 89 (3ra ed. 1984); In *Re Walsh*, 623 F.2d 489 (1980).

⁸⁴ CÓD. ETIC. PROF. 21, 4 LPRA Ap. IX, § 2 (1970).

abogada tiene la obligación de levantar el privilegio abogado o abogada-cliente para proteger las confidencias de su cliente cuando surja la oportunidad.

A diferencia del privilegio de secretos del negocio, la Regla 503 en su inciso (C) establece las instancias en que no existe el privilegio de abogada o abogado-cliente. Estas instancias constituyen las excepciones a la norma del privilegio. Para impedir la expansión irrazonable del privilegio, sus excepciones deben interpretarse en forma liberal.⁸⁵ Esto podría interpretarse en el sentido de que, en caso de duda, debe admitirse la evidencia.

La primera excepción consiste en que no aplica el privilegio si los servicios legales del abogado o abogada se solicitaron u obtuvieron para permitir o ayudar a cualquier persona a cometer o planear la comisión de un delito o un fraude.⁸⁶ La Regla 503 eliminó la referencia a un acto torticero. El Comité Asesor lo explicó de la siguiente manera:⁸⁷

El propósito de la enmienda es evitar que, por el mero hecho de que se determine que un cliente cometió un acto torticero, pierdan el carácter privilegiado las comunicaciones previas que de buena fe hizo un cliente a su abogado para asesoramiento legal en relación con un curso de acción que posteriormente es considerado como negligencia o de otra forma un acto torticero que expone a responsabilidad civil extracontractual. Este es el razonamiento que llevó a los codificadores del Código de Evidencia de California en su Artículo 3, Sección 956 y a los codificadores de la Regla Federal de Evidencia 503 (d)(1)⁸⁸ a limitar el alcance de la excepción a los casos en los cuales el propósito es cometer un delito o fraude. Originalmente, las Reglas Uniformes de Evidencia extendían la excepción a casos de “delitos o actos torticeros”. Sin embargo, a partir del 1999 y en la actualidad, la excepción aplica solo a casos de delitos o fraude.⁸⁹

La excepción es clara. La Regla no puede militar en contra del descubrimiento de la verdad en circunstancias en que el objetivo de la gestión profesional es la comi-

⁸⁵ Informe de las Reglas de Derecho Probatorio, Comité Asesor Permanente de Reglas de Evidencia, 12 de marzo de 2007, en la pág. 308.

⁸⁶ R. EVID. 503 (C), 32 LPRA Ap. IV (2009).

⁸⁷ Informe de las Reglas de Derecho Probatorio, Comité Asesor Permanente de Reglas de Evidencia, 12 de marzo de 2007, en las págs. 229-30.

⁸⁸ Regla propuesta por el Tribunal Supremo Federal pero no adoptada por el Congreso. El Congreso de los Estados Unidos no aprobó las reglas propuestas por el Tribunal Supremo Federal sobre los privilegios. El Congreso determinó en la Regla 501 que los privilegios deben gobernarse por los principios del *Common Law* de los Estados Unidos, pero en las acciones civiles y procedimientos en las cuales aplica la ley estatal, los privilegios se regirán por la ley estatal. Por esta razón, la jurisprudencia de los Estados Unidos en cuanto a este asunto es meramente ilustrativa porque no existen disposiciones similares en las Reglas Federales de Evidencia de 1975.

⁸⁹ Véase R. 502 (d)(1) de las Reglas Uniformes de Evidencia de 1999.

sión de un acto contrario al orden público. Dentro de estas circunstancias, la contratación del abogado o la abogada para este tipo de gestión es ilegítima, por tanto, no debe estar protegida por la confidencialidad que provee la Regla.

La segunda excepción aplica cuando la comunicación es pertinente a una controversia entre los herederos del cliente ya fallecido, independientemente de que las reclamaciones provengan de un testamento o de sucesión intestada o de transacción entre vivos. Bajo esta excepción, el o la cliente que hizo la comunicación confidencial ya falleció. Por tanto, el interés de que el privilegio permanezca no es fundamental. El privilegio cede totalmente cuando dicha comunicación confidencial es pertinente a una controversia entre los herederos de la persona cliente. Se estima que dentro de esas circunstancias es indispensable conocer toda la información pertinente para la más justa y correcta adjudicación de la controversia entre los herederos.

La tercera excepción alude a cuando la comunicación es pertinente a una controversia relativa a la violación mutua de los deberes que surjan de la relación abogado o abogada-cliente. Como estaba redactada la Regla 25 derogada de las de Evidencia, esta excepción solo se refería a las violaciones de los deberes del abogado o abogada. Esto no era justo. En las controversias entre el abogado o abogada y el o la cliente no deben existir barreras que impidan la justa adjudicación. Como está actualmente redactado el inciso, el privilegio cede si cualquiera de las partes viola un deber que surge de la relación abogado o abogada-cliente. Este inciso es muy importante en los casos de cobro de honorarios de abogado. El o la cliente no puede levantar el privilegio para impedir la divulgación de información pertinente al reclamo de cobro.

La cuarta excepción se refiere a cuando el abogado o la abogada intervino como notario o notaria en la redacción de un documento.⁹⁰ Se estima que cuando el abogado o la abogada actúa bajo la Ley Notarial en la redacción de un documento y luego surge una controversia sobre este, debe haber la más total apertura para que se pueda presentar la prueba necesaria para resolver la controversia. En la controversia sobre un documento notarial, el privilegio podría impedir la presentación de evidencia pertinente a la intención de las partes, elemento fundamental para la interpretación de los contratos o los documentos notariales. Cuando se trata de la gestión notarial, el abogado o la abogada es el depositario de la fe pública notarial y no representa a ningún cliente en particular. El único representado es el interés público de darle fidelidad y eficacia jurídica a los documentos y actos privados.⁹¹ Como la función notarial es de alto interés público, no hay protección a la comunicación abogado o abogada-cliente para que no se perjudique la integridad de dicho interés.⁹²

⁹⁰ Véase Pueblo v. Denis Rivera, 98 DPR 704 (1970) y Lugo Ortiz v. Ferrer, 85 DPR 862 (1962).

⁹¹ In Re Lavastida, 109 DPR 45 (1979).

⁹² In re: Luis Colón Ramery, 133 DPR 555 (1993).

La quinta excepción impide la aplicación del privilegio cuando la comunicación es pertinente a una materia de interés común a dos o más clientes de un mismo abogado o abogada. Bajo esta excepción un cliente no puede invocar el privilegio contra los otros. Esta excepción ha sido criticada al aducirse que el privilegio se justifica en la necesidad de evitar que el abogado o la abogada de dos o más clientes se convierta en el testigo principal de uno de ellos en contra del otro. Esta circunstancia minaría la confianza de la ciudadanía en el abogado o la abogada.⁹³ El privilegio tiene vigencia si es para impedir la divulgación de la comunicación confidencial frente a un tercero que no es cliente del abogado o la abogada.⁹⁴

El inciso (D) establece que ninguna de las personas que acepte la representación a un abogado o una abogada puede renunciar el privilegio sin el consentimiento del resto de los clientes en el mismo caso. Esta disposición pretende que cuando se trata de varios clientes siempre exista el privilegio, salvo que se pacte un acuerdo para renunciarlo. De esta forma, ningún cliente en su carácter individual puede renunciarlo en perjuicio de los que quieren conservarlo. En *Ades v. Zalman*, el TSPR discute cuándo es posible llamar al abogado o la abogada para deponer en la acción judicial en que representa a su cliente.⁹⁵ El Tribunal Supremo resolvió que una parte no puede llamar a declarar como testigo al abogado o abogada de la otra parte salvo que exista justa causa para deponerlo.⁹⁶ La amplitud del interrogatorio del abogado o la abogada en estas circunstancias dependerá de la pertinencia del privilegio abogado o abogada-cliente y que la información requerida no sea producto de su trabajo (*work product*).

VI. La regla 503 de evidencia y la renuncia al privilegio de abogada o abogado-cliente

Para evaluar el trámite para la presentación de objeciones al descubrimiento de prueba o a testimonio a base de que la información está protegida por la Regla 503 de Evidencia, es indispensable tomar en cuenta lo dispuesto por la Regla 505 de Evidencia. Esta reglamenta la renuncia a los privilegios de abogado o abogada y cliente, contador o contadora pública autorizada y cliente, y el del producto de

⁹³ *Wisconsin Line & Cement Co. v. Hutman*, 306 Ill. App. 347, 28 N.E. 2d 801 (1940). Véase Primer Examen de las Reglas de Evidencia de 1979, Comité de Reglas de Evidencia en las págs. 120-91 (1979).

⁹⁴ Véase *Beiró v. Rovira Hermanos*, 26 DPR 821 (1918), sobre la norma previa a la Regla que establecía que no tenía que existir un interés común entre los clientes (podía ser antagónico), para que no existiera el privilegio. Además, disponía que la comunicación tenía que hacerse en presencia y audiencia de todos los interesados o que se hubiera hecho para información de todos. Bajo la Regla actual, no es necesario establecer que la comunicación fue ante todos los clientes o para su consumo.

⁹⁵ *Ades v. Zalman*, 115 DPR 514 (1984).

⁹⁶ *Id.*

trabajo de la parte o sus representantes en anticipación o como parte de un litigio (*work product*).⁹⁷ La Regla 505 es una reglamentación especial y la Regla 517 sobre

⁹⁷ R. EVID. 505, 32 LPRA Ap. IV (2009).

REGLA 505. RENUNCIA A LOS PRIVILEGIOS DE ABOGADA O ABOGADO-CLIENTE; CONTADORA O CONTADOR PÚBLICO AUTORIZADO-CLIENTE; RENUNCIA AL PRIVILEGIO PARA EL PRODUCTO DEL TRABAJO REALIZADO POR UNA PARTE O SUS REPRESENTANTES EN ANTICIPACIÓN O COMO PARTE DE UN LITIGIO

(A) Aplicabilidad de esta Regla

Las disposiciones de esta Regla aplican a comunicaciones o información protegida por el privilegio abogada o abogado-cliente, contadora o contador público autorizado-cliente o por el privilegio para el producto del trabajo, según se definen dichos términos a continuación:

(1) Privilegio abogada o abogado-cliente o contadora o contador público autorizado-cliente: Significa la protección provista a comunicaciones confidenciales entre abogada o abogado y cliente o contadora o contador público autorizado y cliente de conformidad con el Derecho aplicable.

(2) Privilegio para el producto del trabajo: Significa la protección provista a información que es el producto del trabajo de una parte o de la persona que es abogada, consultora, fiadora, aseguradora o agente de dicha parte, preparada u obtenida en anticipación de, o como parte de una investigación o procedimiento civil, administrativo o penal.

(B) Renuncia voluntaria

La divulgación voluntaria de una información protegida por el privilegio abogada o abogado-cliente, contadora o contador público autorizado-cliente o el privilegio para el producto del trabajo constituye una renuncia a estos privilegios, la cual no se extiende a una comunicación no divulgada o a información sobre la misma materia. Esta Regla no aplica si la comunicación no divulgada o los datos en cuestión deben ser considerados para la más cabal comprensión de la información divulgada.

(C) Renuncia involuntaria

La divulgación de una comunicación o información protegida por el privilegio abogada o abogado-cliente, contadora o contador público autorizado-cliente o el privilegio para el producto del trabajo, no se considerará una renuncia al privilegio si se cumple con todos los requisitos siguientes:

- (1) si fue realizada por inadvertencia,
- (2) como parte del procedimiento judicial o administrativo en el cual se invoca la renuncia,
- (3) quien posee el privilegio tomó medidas de precaución razonables para evitar la divulgación y
- (4) una vez el poseedor o la poseedora del privilegio conoció o debió conocer de la divulgación, con razonable prontitud tomó medidas para rectificar el error.

(D) Efectos de una renuncia mediante estipulación

Un acuerdo entre las partes en un litigio en relación con el efecto que tendrá la divulgación de una información o comunicación protegida por el privilegio abogada o abogado-cliente, contadora o contador público autorizado-cliente o el privilegio para el producto del trabajo, sólo tendrá efecto vinculante entre las partes en el litigio, excepto si el acuerdo de las partes es incorporado en una orden del Tribunal.

(E) Órdenes Judiciales

renuncia a los privilegios, es la general. Por tanto, en caso de conflicto, la Regla 505 priva sobre la 517 en cuanto a los privilegios que menciona.⁹⁸

La Regla 505 es muy importante al momento de establecer procedimientos para acelerar los trámites y reducir costos de descubrimiento de prueba sin el riesgo de que se entienda renunciado uno de los privilegios cobijados por la regla.⁹⁹ De esta manera, las partes en un litigio pueden llegar a estipulaciones que permitan el manejo rápido y efectivo de prueba voluminosa. Esta Regla demuestra su importancia a la hora de pensar que actualmente y en el futuro, el volumen de información que se manejará en los casos se hará muy grande debido a la gran difusión que tiene la comunicación electrónica. Bajo este escenario, las partes podrían estipular trámites y remedios para descubrir evidencia sin tener que necesariamente revisar previa e inmediatamente toda la evidencia de forma minuciosa para determinar si es privile-

Una orden emitida como parte de un procedimiento judicial en un Tribunal del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, y la cual dispone que el privilegio abogada o abogado-cliente, el privilegio contadora o contador público autorizado-cliente o el privilegio para el producto del trabajo no debe considerarse renunciado en virtud de una divulgación de información efectuada en dicho procedimiento judicial, obliga a todas las personas o entidades en todos los procedimientos judiciales o administrativos ante el Estado Libre Asociado de Puerto Rico, independientemente de que dichas personas o entidades hayan sido parte en el procedimiento judicial, si (1) la orden incorpora el acuerdo de las partes ante el Tribunal o (2) en caso de surgir controversia entre las partes respecto a si hubo una renuncia al privilegio como resultado de una divulgación, la orden determina que no hubo tal renuncia al privilegio en cuestión.

La Regla 505 ofrece una definición sobre el producto del trabajo del abogado-abogada o la parte en anticipación o como parte de un litigio. Esta definición es mucho más amplia que lo que se considera el concepto de “*work product*” en el derecho procesal penal y civil. Por ende, la extensión del producto del trabajo o “*work product*” debe evaluarse tomando en cuenta estas disposiciones procesales y la jurisprudencia aplicable.

⁹⁸ Informe de las Reglas de Derecho Probatorio, Comité Asesor Permanente de Reglas de Evidencia, 12 de marzo de 2007, en la pág. 207. Véase R. EVID. 517, 32 LPRA Ap. IV (2009).

RENUNCIA A PRIVILEGIOS.

(A) Renuncia expresa

Una persona, que de otro modo tendría el privilegio de no divulgar un asunto o materia específico, o de impedir que otra persona los divulgue, no tiene tal privilegio respecto a dicho asunto o materia si el Tribunal determina que (1) esa persona, o cualquier otra mientras era la poseedora del privilegio, se obligó con otra a no invocar el privilegio, o (2) que sin haber sido coaccionada y con conocimiento del privilegio, divulgó cualquier parte del asunto o materia, o permitió tal divulgación por otra persona.

(B) Renuncia implícita

La Jueza o el Juez que preside un caso podrá admitir una comunicación de otra manera privilegiada cuando determine que la conducta de quien posee el privilegio equivale a una renuncia, independientemente de lo dispuesto en el inciso (A) de esta Regla.

(C) Esta Regla no se aplicará a los privilegios establecidos en las Reglas 501, 502 y 512.

⁹⁹ Informe de las Reglas de Derecho Probatorio, Comité Asesor Permanente de Reglas de Evidencia, 12 de marzo de 2007, en la pág. 242.

giada, o entregarla sin revisión exponiéndose a riesgos de divulgar información que no era admisible en evidencia por razón de alguno de estos privilegios.¹⁰⁰

La Regla establece los efectos de divulgación voluntaria, la involuntaria y la estipulada. A los fines de la Regla en el inciso (B), cuando ocurre una divulgación voluntaria protegida por uno de estos privilegios constituye una renuncia, sin embargo, no se extiende a una comunicación no divulgada o a información adicional sobre la materia. Es decir, que la divulgación no implica una renuncia absoluta a toda la información privilegiada. No obstante, esta norma no aplica si la comunicación no divulgada o los datos en cuestión, deben ser considerados para la más cabal comprensión de la información publicada.¹⁰¹ Es decir que, si se invoca la Regla 108,¹⁰² se entenderá renunciado el privilegio tanto sobre lo divulgado, así como en cuanto a la otra materia o información complementaria.

El inciso (C) de la Regla 505 reglamenta la divulgación involuntaria y es muy importante a los fines de proteger los privilegios cuando se maneja información voluminosa. Para que no se entienda renunciada una información privilegiada de manera involuntaria hay que cumplir con todos los siguientes requisitos:

1. Si fue realizada por inadvertencia;
2. Como parte del procedimiento judicial o administrativo del cual se invoca la renuncia;
3. Quien posee el privilegio tomó medidas de precaución razonables para evitar la divulgación; y,
4. Una vez el poseedor o la poseedora del privilegio conoció o debió conocer de la divulgación, con razonable prontitud tomó medidas para rectificar el error.¹⁰³

Lo que es motivo de ambigüedad y de posibles controversias es cuáles son las medidas razonables que hay que tomar para evitar la divulgación. Puede ser que en

¹⁰⁰ Véase ROLANDO EMMANUELLI JIMÉNEZ, PRONTUARIO DE DERECHO PROBATORIO PUERTORRIQUEÑO 278-85 (4ta ed. 2015).

¹⁰¹ Informe de las Reglas de Derecho Probatorio, Comité Asesor Permanente de Reglas de Evidencia, 12 de marzo de 2007, en la pág. 244.

¹⁰² R. EVID. 108, 32 LPRA Ap. IV (2009).

REGLA 108. EVIDENCIA RELACIONADA CON LO OFRECIDO

Cuando un escrito, grabación o filmación, o parte de éstos, es presentado como evidencia por una parte, la parte contraria puede requerir que en ese momento se presente la totalidad del escrito, grabación o filmación presentado parcialmente. Puede igualmente requerir cualquier otro escrito, grabación o filmación que deba ser presentado contemporáneamente para la más cabal comprensión del asunto. No se admitirá prueba de otra manera inadmisibles, bajo el pretexto de la presentación de la totalidad del escrito, grabación o filmación.

¹⁰³ R. EVID. 505(C), 32 LPRA Ap. IV (2009).

un caso donde se trate de un número pequeño de documentos la única medida razonable sea verificar todos los documentos. Sin embargo, puede ocurrir que cuando se trate de un volumen grande de documentos sea necesario recurrir a diferentes métodos de evaluación de alguna manera razonables o confiables.¹⁰⁴ La otra alternativa que quedaría para un volumen grande de documentos sería examinarlos todos, lo que podría ser impráctico y no sería el fin que persigue la Regla de acelerar este tipo de trámite de descubrimiento. Así que el tribunal finalmente, cuando se le presente una controversia sobre la divulgación de la información privilegiada en forma involuntaria, tiene que determinar si las gestiones que se llevaron a cabo para proteger la información fueron razonables.

Cuando las partes quieren establecer un procedimiento a los fines de divulgar información rápidamente, reservándose el derecho de no renunciar al privilegio, la Regla 505 permite que las partes puedan llegar a acuerdos razonables y que les vinculen a no alegar una renuncia al privilegio.¹⁰⁵ La información que se determine que es privilegiada no podrá utilizarse en el procedimiento ni tampoco la que pueda derivarse de ella. De esta forma, se hace un balance adecuado entre el interés de acelerar el descubrimiento de prueba y mantener la confidencialidad de la información.

Por otro lado, si esta estipulación es presentada al tribunal para que forme parte de una orden judicial conforme a lo dispuesto en el inciso (E), se entenderá que la renuncia no tiene efecto entre las partes ni frente a otras personas o entidades en todos los procedimientos judiciales o administrativos ante el Estado Libre Asociado de Puerto Rico independientemente que dichas partes, personas o entidades hayan sido parte en el procedimiento judicial, si: “(1) la orden incorpora el acuerdo de las partes ante el tribunal o (2) en caso de surgir controversia entre las partes respecto a si hubo una renuncia al privilegio como resultado de una divulgación, la orden determina que no hubo tal renuncia al privilegio en cuestión”.¹⁰⁶ Por ende, la consignación del

¹⁰⁴ EMMANUELLI JIMÉNEZ, *supra* nota 103, en la pág. 238. Por ejemplo, podría la parte preocupada porque no se divulgue información privilegiada revisar únicamente los expedientes, gavetas, cartapacios o archivos donde regularmente se almacenaba la información que se refería a los privilegios abogado, abogada-cliente o contador, contadora pública autorizada, o que podrían contener información privilegiada del producto del trabajo de la parte. Es decir, que se retiren los documentos según han sido archivados conforme a la regularidad en el negocio en torno al manejo de la información privilegiada. En este caso, se podría alegar que el documento privilegiado que se divulgó inadvertidamente estaba mal archivado. Por ende, podría entenderse que las gestiones de precaución fueron razonables. En otra instancia, el volumen de documentos puede ser tan grande y no existen métodos de archivo que puedan hacer viable el retirar información de manera confiable, por lo que puede ser necesario utilizar otros procedimientos. Por ejemplo, podría utilizarse un muestreo. Es decir, diseñar un mecanismo de identificación de muestra que permita en alguna medida identificar la información privilegiada. Por analogía podría utilizarse un mecanismo de muestreo que utilizan los CPAs cuando realizan auditorías. Si para certificar una auditoría o estado financiero este método es aceptado y confiable, podría considerarse razonable bajo la Regla 505.

¹⁰⁵ EMMANUELLI JIMÉNEZ, *supra* nota 103, en la pág. 280.

¹⁰⁶ R. EVID. 505(E), 32 LPRA Ap. IV (2009).

acuerdo en una orden judicial obliga a terceros a no invocar la renuncia al privilegio por razón de la divulgación de la información.

VII. Privilegio abogada o abogado-cliente a la luz de los resuelto en *Ponce Advance*

Como hemos discutido, la *Opinión* de *Ponce Advance* establece un procedimiento de dos etapas principales, una extrajudicial entre los abogados o las abogadas, y una judicial en caso de que las partes no puedan llegar a un acuerdo sobre el reclamo del privilegio de secretos del negocio. Si extrapolamos estos pronunciamientos a cuando se trata del privilegio abogada o abogado-cliente, no solo se debe cumplir sustancialmente con los cinco requisitos procesales y sustantivos de la *Opinión*, tomando en cuenta las particularidades de la naturaleza y alcance de un privilegio no condicional,¹⁰⁷ sino que están disponibles otras herramientas procesales como lo establecido en la Regla 505 de las de Evidencia.

En la *Opinión*, el Tribunal Supremo hizo una exposición sobre los privilegios y el proceso de descubrimiento de prueba y precisó que la parte que se considere poseedora de cierta materia privilegiada cuyo descubrimiento se procura, deberá, tan pronto se solicite la información (1) objetar la producción de los documentos, las comunicaciones o los objetos requeridos; (2) indicar expresamente el privilegio específico que pretende invocar; (3) exponer con particularidad los hechos concretos en los que se basa la aplicabilidad del privilegio; (4) fundar con claridad la existencia de los elementos legales del privilegio en cuestión; y (5) describir la naturaleza de la evidencia no producida de forma tal que, sin revelar la información privilegiada, permita a otras partes evaluar su reclamación.¹⁰⁸

Estos cinco criterios aplican sin duda al momento de que exista una controversia sobre el alcance del privilegio abogada o abogado y cliente. Dicho de otra manera, la parte que se opone a la divulgación de información privilegiada debe objetar oportunamente. Es decir, antes de una divulgación de la información para que no se entienda renunciada, la objeción conforme a las Reglas 505 y 517 de las de Evidencia debe: (1) invocar el fundamento correcto de la objeción, es decir, cuál es el privilegio aplicable; (2) exponer la confidencialidad de la información conforme a los requisitos legales del privilegio bajo la interpretación restrictiva de la Regla 518; (3) demostrar que los hechos del caso se ajustan a las definiciones específicas del privilegio, es decir, que se cumple con la definición de cliente, abogado o abogada y comunicación confidencial bajo los parámetros de la Regla 518, y en caso de que la parte opositora alegue una excepción al privilegio, fun-

¹⁰⁷ *Ponce Advance v. Santiago*, 197 DPR 891, 906 (2017).

¹⁰⁸ *Id.* en la pág. 900. Véase *R. P. Civ. 23.3*, 32 LPRA Ap. V (2009); Pagán, et al., v. *First Hospital*, 189 DPR 509 (2013); MICHAEL H. GRAHAM, *HANDBOOK OF FEDERAL EVIDENCE* sec. 501:1 (7ma ed. 2016).

damentar la inaplicabilidad de dicha excepción, bajo la interpretación liberal de las excepciones;¹⁰⁹ (4) por último, de no ser evidente de lo antes expuesto, debe abrir la puerta un poco, para que se pueda entender la naturaleza de la información que se alega privilegiada, con el propósito de que el juzgador, a base de los criterios de la Regla 109 (A), sin que obliguen las Reglas de Evidencia, determine la existencia o no del privilegio en una vista. El criterio de prueba para determinar la admisibilidad de evidencia bajo este inciso (A) es el de la Regla 110 (C): “Para establecer un hecho, no se exige aquel grado de prueba que, excluyendo posibilidad de error, produzca absoluta certeza”.¹¹⁰

Es importante recalcar que la aplicación del procedimiento de *Ponce Advance* depende principalmente de la etapa en la cual se lleva a cabo la objeción a la información privilegiada. Como hemos visto, puede ser solicitada mediante un interrogatorio escrito, producción de documentos o en una deposición. En estas instancias, se presentan particularidades que pueden condicionar el método utilizado. Por ejemplo, durante una deposición, las partes pueden escoger llamar al juez o la jueza que atiende el caso, y si se entiende que se cumple con los cinco criterios antes mencionados, se puede emitir una determinación sobre la existencia o no del privilegio y de existir, su alcance. Si las partes no están listas para cumplir con estos requisitos, el tribunal tendría que diferir la determinación y tomar las providencias que correspondan para preservar la confidencialidad de la información en lo que otra cosa se resuelve. En ese caso, las partes deben actuar de conformidad con lo resuelto por la *Opinión* en cuanto al trámite procesal durante el descubrimiento de prueba, para cumplir con las diligencias de buena fe que exige la Regla 34.1 de las de Procedimiento Civil y poner en posición al tribunal para la más correcta resolución de la controversia.

Debe notarse que las controversias sobre privilegios son de un alto interés público. Por eso es que la Regla 52.1 de las de Procedimiento Civil,¹¹¹ a pesar de su función de limitar los trámites apelativos interlocutorios, particularmente por descubrimiento de pruebas, permite que se recurra cuando se trata de la determinación de la existencia o no de un privilegio.¹¹²

¹⁰⁹ R. EVID. 102, 517, 518, 32 LPRA Ap. IV (2009); EMMANUELLI JIMÉNEZ, *supra* nota 103, en la pág. 337.

¹¹⁰ Pueblo v. Carrasquillo, 123 DPR 690 (1989); Pueblo v. Bianchi, 117 DPR 404 (1986); R. EVID. 110 (C), 32 LPRA Ap. IV (2009).

¹¹¹ R. P. Civ. 52.1, 32 LPRA Ap. V (2009).

¹¹² Véase *Ponce Advance Medical Group Network, Inc. v. Santiago González*, KLCE2014-00863, 2014 WL 5147516 (TA PR 13 de agosto de 2014) (reiterando la política interpretativa sobre la referida Regla 52 en su Resolución del 13 de agosto de 2014):

De forma reiterante hemos señalado que a partir de la aprobación de las Reglas de Procedimiento Civil de 2009, la discreción de este foro intermedio para la expedición de este auto está sujeta a unos criterios más restrictivos, sin perder por ello su utilidad y propósito en la litigación civil. La Regla 52.1 de Procedimiento Civil de 2009, según enmendada por la Ley Núm. 177 de 30 de octubre de 2010, establece los nuevos criterios para la consideración de peticiones de certiorari por el Tribunal de Apelaciones. En lo pertinente, dispone:

Ponce Advance se enfoca en el procedimiento previo al juicio. Otro caso es durante el juicio. Aunque es necesario cumplir con los cinco requisitos sustantivos y procesales que hemos mencionado, en este trámite, el juez o la jueza está presente. Además de que, como regla general, cuenta con todos los elementos de juicio para hacer una adjudicación inmediata de la controversia, particularmente, escuchar los argumentos de las partes e inspeccionar los documentos en cámara. Esto requiere cumplimiento estricto con las Reglas 104¹¹³

[...] El recurso de certiorari para revisar resoluciones u órdenes interlocutorias dictadas por el Tribunal de Primera Instancia, solamente será expedido por el Tribunal de Apelaciones cuando se recurra de una resolución u orden bajo las Reglas 56 y 57 o de la denegatoria de una moción de carácter dispositivo. No obstante y por excepción a lo dispuesto anteriormente, el Tribunal de Apelaciones podrá revisar órdenes o resoluciones interlocutorias dictadas por el Tribunal de Primera Instancia cuando se recurra de decisiones sobre la admisibilidad de testigos de hechos o peritos esenciales, *asuntos relativos a privilegios evidenciarios*, anotaciones de rebeldía o en casos de relaciones de familia, en casos que revistan interés público o en cualquier otra situación en la cual esperar a la apelación constituiría un fracaso irremediable de la justicia. Al denegar la expedición de un recurso de certiorari en estos casos, el Tribunal de Apelaciones no tiene que fundamentar su decisión.

Cualquier otra resolución u orden interlocutoria expedida por el Tribunal de Primera Instancia podrá ser revisada en el recurso de apelación que se interponga contra la sentencia sujeto a lo dispuesto en la Regla 50 sobre los errores no perjudiciales. 32 L.P.R.A. Ap. V, R. 52.1 (2009).

¹¹³ R. EVID. 104, 32 LPRA Ap. IV (2009).

REGLA 104. ADMISIÓN O EXCLUSIÓN ERRÓNEA DE EVIDENCIA¹⁶¹

(A) Requisito de objeción

La parte perjudicada por la admisión errónea de evidencia debe presentar una objeción oportuna, específica y correcta o una moción para que se elimine del récord evidencia erróneamente admitida cuando el fundamento para objetar surge con posterioridad. Si el fundamento de la objeción surge claramente del contexto del ofrecimiento de la evidencia, no será necesario aludir a tal fundamento.

(B) Oferta de prueba

En el caso de exclusión errónea de prueba, la parte perjudicada deberá invocar el fundamento específico para la admisibilidad de la evidencia ofrecida y hacer una oferta de prueba de forma que surja claramente cuál es la evidencia que ha sido excluida y la naturaleza, propósito y pertinencia para la cual se ofrece. No será necesario invocar tal fundamento específico ni hacer la oferta de prueba cuando resultan evidentes del contexto del ofrecimiento.

El Tribunal permitirá la oferta de prueba y determinará si debe hacerse mediante un resumen de la evidencia ofrecida o el interrogatorio correspondiente. El Tribunal podrá añadir cualquier manifestación que demuestre el carácter de la evidencia, la forma en que fue ofrecida, la objeción a su admisión y la resolución sobre la exclusión.

(C) Objeción u oferta de prueba continua

Una vez el Tribunal dicta una resolución definitiva en el récord, para admitir o excluir prueba, ya sea antes o durante el juicio, una parte no tiene que renovar una objeción u oferta de prueba para conservar su derecho a plantear el asunto en apelación.

y 105¹¹⁴ de las de Evidencia que exigen objeción oportuna por fundamento preciso y correcto, y la oferta de prueba en caso de no admitirse la información. Si el juez o la jueza determina que la información es privilegiada, no se admite. El tribunal no puede entrar en el balance de intereses sobre necesidad de la información, perjuicio potencial y medidas de seguridad de la información. Simplemente, se respeta el privilegio y la información no se divulga. Por supuesto, si mediante una oferta de prueba se admite la información privilegiada como evidencia ofrecida y no admitida, el tribunal debe tomar medidas rigurosas para garantizar que esté fuera del alcance de cualquier persona. Esto se podría cumplir mediante el uso de un sobre lacrado en donde se advierte de la confidencialidad del documento y de que su divulgación conllevará desacato. La parte perjudicada por la determinación del tribunal puede recurrir interlocutoriamente al Tribunal de Apelaciones al amparo de la Regla 52.1 de Procedimiento Civil.

Como vimos en la primera parte de este escrito, la reglamentación establecida por *Ponce Advance* crea unas consideraciones prácticas que pueden hacer oneroso el trámite procesal. Esto, aun cuando se trata del privilegio de secretos del negocio que, en muchos casos, se circunscribe a materias muy específicas que no son objeto de divulgación extensa a muchas personas. Contrario a las comunicaciones difundidas por diversos medios físicos y electrónicos como aquellas habidas entre el cliente y su abogado o abogada, particularmente las que ocurren dentro del mundo corporativo.

La facilidad de las comunicaciones electrónicas, que en ocasiones son extraordinariamente más voluminosas que las interacciones personales, crea otros inconvenientes que agravan la carga de las partes para que, en caso de un reclamo de descu-

(D) Casos por Jurado

En los casos por Jurado, los procedimientos se llevarán a cabo de tal forma que se evite que evidencia inadmisibles sea sugerida al Jurado mediante preguntas, aseveraciones u ofertas de prueba.

¹¹⁴ R. EVID. 105, 32 LPRA Ap. IV (2009).

REGLA 105. EFECTO DE ERROR EN LA ADMISIÓN O EXCLUSIÓN DE EVIDENCIA¹⁸⁵

(A) Regla general

No se dejará sin efecto una determinación de admisión o exclusión errónea de evidencia ni se revocará por ello sentencia o decisión alguna a menos que:

(1) la parte perjudicada con la admisión o exclusión de evidencia hubiere satisfecho los requisitos de objeción, fundamento u oferta de prueba establecidos en la Regla 104 y

(2) el Tribunal que considera el señalamiento estime que la evidencia admitida o excluida fue un factor decisivo o sustancial en la sentencia emitida o decisión cuya revocación se solicita.

(B) Error constitucional

Si el error en la admisión o exclusión constituye una violación a un derecho constitucional de la persona acusada, el tribunal apelativo sólo confirmará la decisión si está convencido más allá de duda razonable que, de no haberse cometido el error, el resultado hubiera sido el mismo.

brimiento de pruebas, se pueda proteger la información privilegiada. Hoy en día los clientes se comunican con sus asesores por carta, correos electrónicos, mensajes de texto, facsímiles, video conferencia, mensajes de voz, mensajería electrónica como Slack, Telegram o WhatsApp, etc. Los asesores reciben estas comunicaciones en sus computadoras, teléfonos y tabletas inteligentes en cualquier lugar del planeta. Esto ha propiciado una cultura de respuesta inmediata a las comunicaciones de los clientes, lo que genera intercambios extensos por escrito donde todo se consigna en documentos electrónicos descubribles. Ya casi no hay comunicaciones orales profesional-cliente, particularmente en los medios corporativos. Todo está consignado y depositado en los servidores de comunicación y almacenaje.

Es decir, hay un caudal de canales para la transmisión de la información que con el paso del tiempo acumulan volúmenes de información que con el día a día no son evidentes, pero cuando una parte le requiere a otra que suministre todo los documentos físicos y electrónicos, mensajes de texto, de correo electrónico y de otros sistemas de mensajería dentro de un periodo mínimo de un año, surgen dos obligaciones que pueden estar en conflicto. Primero, existe el deber de descubrir bajo la Regla 23.1 de las de Procedimiento Civil toda materia pertinente y no privilegiada. Segundo, es necesario que el abogado o la abogada revise minuciosamente el requerimiento de información y la prueba requerida para no incurrir en violaciones éticas y perjudicar el derecho del cliente a que sus comunicaciones confidenciales se protejan. Esto puede tener un impacto significativo en la rapidez y costo del proceso judicial, un valor que los tribunales están obligados a proteger conforme a la Regla 1 de las de Procedimiento Civil vigentes.¹¹⁵

Hoy en día, muchas solicitudes de producciones de documentos pueden generar la obligación de, por ejemplo, divulgar miles de archivos y correos electrónicos. Muchos de los cuales tienen comunicaciones protegidas por el privilegio de abogada o abogado-cliente, contadora o contador público autorizado-cliente y producto del trabajo de la parte o sus representantes en anticipación o para un pleito. Revisar miles de comunicaciones para hacer esta identificación de la información privilegiada puede tomar semanas y hasta meses. Se incurre en decenas, si no cientos de miles de dólares en honorarios y gastos para poder hacer este examen. Luego de este examen, el caso *Ponce Advance* requiere que para cada pieza documental requerida se analicen los cinco criterios antes mencionados. Miles de documentos descritos y analizados en voluminosos legajos para cumplir con las gestiones de buena fe de la Regla 34.1 de Procedimiento Civil. Aplicar el proceso de *Ponce Advance* paralizaría los casos de descubrimiento voluminoso e incrementaría su costo a niveles que probablemente perjudiquen el acceso a la justicia. Ante esta situación, la Regla 505 de

¹¹⁵ R. P. CIV. 1, 32 LPRA Ap. V (2009). Estas reglas regirán todos los procedimientos de naturaleza civil ante el Tribunal General de Justicia. Se interpretarán de modo que faciliten el acceso a los tribunales y el manejo del proceso, *de forma que garanticen una solución justa, rápida y económica de todo procedimiento.*

las de Evidencia, puede ser clave para lidiar efectivamente con este problema.

Nuestra Regla 505 tiene su origen en la Regla 502 federal propuesta. Esta Regla no ha sido interpretada en Puerto Rico. Esto sugiere que no se utiliza, por lo que, para hacerla útil, requeriría mayor divulgación y estudio en la clase togada mediante actividades académicas como seminarios de educación continua.

Los autores tenemos dudas fundadas sobre si la práctica forense en Puerto Rico actualmente utiliza las ventajas de la Regla 505, cuando ni siquiera han calado hondo los conceptos de que los asuntos de descubrimiento de pruebas no deben ocupar el tiempo del tribunal a menos que se agoten, de buena fe, gestiones extrajudiciales para resolver las cuestiones de descubrimiento. Todavía ocurre con demasiada frecuencia el que los litigantes recurran al tribunal sin la certificación que exige la Regla 34.1 de Procedimiento Civil. Eso precisamente fue lo que ocurrió en *Ponce Advance*. Por ende, es nuestra apreciación de que no ha ocurrido el cambio cultural propuesto por las Reglas de Procedimiento Civil de 2009.

Por tanto, proponemos que cuando se trate del privilegio abogada o abogado-cliente, contadora o contador público autorizado-cliente y el producto del trabajo del abogado, y *la información solicitada sea de volumen considerable*, se siga el siguiente trámite: (1) además de requerir que en el proceso extrajudicial las partes cumplan con los cinco criterios de *Ponce Advance*; (2) el tribunal requiera que como parte de las gestiones de buena fe, las partes certifiquen que exploraron la probabilidad de que se llegara a un descubrimiento consensuado a base de los criterios de la Regla 505 de Evidencia.

Por ejemplo, en el trámite extrajudicial, las partes pueden estipular que se va a entregar la información y que tendrán un término razonable para levantar cualquier planteamiento sobre el privilegio en cuanto a los documentos. De esta manera, las partes podrían obligarse a entregar la información sin revisar y que antes de la Conferencia con Antelación a Juicio la parte poseedora del privilegio pueda exigirle a la otra parte la devolución de los documentos que tengan carácter privilegiado. De otra manera, podría estipularse que la parte interesada vaya a ver los documentos según se guardan conforme al curso ordinario de los negocios, y que una vez se identifiquen los documentos que tienen interés en reproducir, se discuta si es información privilegiada y procedan conforme a su acuerdo o planteen el asunto al tribunal para que resuelva si la información es privilegiada o no.

De resultar privilegiada la información, el privilegio no se entiende renunciado. Este acuerdo debe contener cláusulas de confidencialidad, de quién debe manejar la información y las penalidades en caso de incumplimiento. Si esta estipulación es presentada al tribunal para que forme parte de una orden judicial conforme a lo dispuesto en el inciso (E) de la Regla 505 de Evidencia, se entenderá que la renuncia no tiene efecto entre las partes ni frente a otras personas o entidades en todos los procedimientos judiciales o administrativos ante el Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Independientemente que dichas partes, personas o entidades hayan sido parte

en el procedimiento judicial, si: (1) la orden incorpora el acuerdo de las partes ante el tribunal o (2) en el caso de surgir una controversia entre las partes, respecto a si hubo una renuncia al privilegio como resultado de una divulgación, la orden determina que no hubo tal renuncia al privilegio en cuestión. Por lo tanto, la consignación del acuerdo en una orden judicial obliga a terceros a no invocar la renuncia al privilegio por razón de la divulgación de la información.

La Regla 505 no ocasiona que se eliminen las controversias sobre si una materia es privilegiada o no. No obstante, permite acceso libre y rápido, bajo condiciones razonables, para que las partes puedan abordar directamente el asunto de la confidencialidad de la información y, gracias a ese acceso rápido, descartar cualquier objeción espuria o inmeritoria. Esto depura el ámbito de controversias razonables y es posible seguir el trámite de *Ponce Advance* disminuyendo el volumen de información y documentación que se requiere, para que las partes puedan poner en condiciones al tribunal para atender las controversias que resten luego del proceso de la Regla 505.

VIII. Conclusión

Mediante la *Opinión* de *Ponce Advance*, el *TSPR* refuerza las gestiones de buena fe que deben realizar las partes conforme a las Reglas de Procedimiento Civil ante un reclamo de privilegios y dispone cuál es el procedimiento a seguir antes de requerir la intervención del *TPI*. Sin embargo, aunque dicho proceso asiste a las partes en el trámite de establecer y fundamentar la existencia o no del privilegio, este puede resultar oneroso y complejo, particularmente cuando se trata de información privilegiada voluminosa.

Por otro lado, la *Opinión* arrojó luz suficiente para examinar las particularidades del privilegio abogada o abogado-cliente de la Regla 503 de Evidencia, cuando se trata de información privilegiada voluminosa, lo que resalta la necesidad de fomentar la utilización de la Regla 505 de Evidencia. La Regla 505 contiene una herramienta muy poderosa para lidiar con información privilegiada voluminosa que es novel y que aparentemente no se utiliza en Puerto Rico, y que puede acelerar o hacer costo-efectivos los procedimientos judiciales. Por tanto, entendemos que el Tribunal de Primera Instancia debe fomentar su uso en los casos necesarios y requerir que las partes exploren la Regla 505 al agotar las gestiones de buena fe en estas controversias.

No es necesario reinterpretar la Regla 503 ni la 505, o lo resuelto en el caso *Ponce Advance*, para que los tribunales comiencen a exigir la integración del proceso para el manejo de información privilegiada cobijada bajo las disposiciones de la Regla 505. Complementar *Ponce Advance* con la Regla 505 de Evidencia cuando se debata el privilegio abogada o abogado-cliente contribuirá a que, aún en la era de los grandes volúmenes de información electrónica, no se perjudique el acceso a la justicia por razones de costos y dilaciones innecesarias.

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS (2017-2018)

*Jorge M. Farinacci Fernós**

Resumen

En este artículo se analizan quince decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que tienen un impacto directo en Puerto Rico. Estas decisiones atienden un sinnúmero de temas jurídicos trascendentales, como la libertad religiosa y el discrimen, el derecho al voto, la libertad de expresión política, la Cláusula de Comercio y los impuestos estatales a las transacciones por internet, el derecho a cuestionar la constitucionalidad de un estatuto penal a pesar de declararse culpable, el derecho a insistir en su propia inocencia cuando un abogado o abogada expresa lo contrario, el alcance de la intimidad en los teléfonos celulares y vehículos alquilados, así como el derecho de los empleados públicos que deciden no sindicalizarse a no sufragar el costo de administrar el convenio colectivo. Además de ofrecer una discusión individual de cada decisión, de forma que se tenga un entendimiento completo del desarrollo doctrinal y normativo de estas, este artículo incluye un análisis integrado sobre las últimas tendencias en el Tribunal Supremo federal, con miras a ir identificando en qué dirección irá dicho foro en el futuro inmediato. Esto, como parte de un esfuerzo por mantener informado a la comunidad jurídica en Puerto Rico sobre los acontecimientos recientes más importantes en el derecho federal.

Abstract

This article analyzes fifteen decisions by the Supreme Court of the United States that have a direct impact in Puerto Rico. These decisions cover any important legal issues, such as religious liberty and discrimination, the right to vote, political speech, the Commerce Clause and state taxes over internet transactions, the

* B.A. y M.A. (UPR-Río Piedras), J.D. (UPR), LL.M. (Harvard) y S.J.D. (Georgetown). Catedrático Auxiliar de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

right to challenge the constitutionality of a criminal state after pleading guilty, the right to insist on one's own innocence when one's attorney expresses the opposite, the scope of privacy in cell phones and rented cars, as well as the right of public employees who choose not to join a union to not subsidize the administration of the collective bargaining agreement. In addition to offering an individual discussion of each decision, so that we can have a better understanding of their doctrinal and normative rulings, this article includes an integrated analysis of the latest tendencies of the federal Supreme Court, with the goal of identifying in which direction that body will take in the near future. This, as part of an effort to keep the legal community in Puerto Rico informed about the most important latest events in federal law.

I. Introducción	67
II. Derecho Constitucional	67
III. Procedimiento Penal.....	75
IV. Derecho Laboral.....	80
V. Procedimiento Civil (Animal Science Products, Inc. v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co.).....	85
VI. Repaso del Término	86

I. Introducción

En este artículo analizamos las decisiones más importantes emitidas por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el término 2017-2018. Este es el segundo artículo consecutivo publicado por la Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico que lleva a cabo este análisis.¹ El objetivo es establecer un espacio permanente en esta publicación dedicado a estudiar y explicar las opiniones más relevantes por el máximo foro judicial federal emitidas cada año. De esta forma, ofrecemos una herramienta consistente para facilitar la aplicación en nuestro país de las normas jurídicas adoptadas en esos casos.

En esta ocasión, nuestro análisis se centra en quince (15) casos resueltos por el Tribunal Supremo federal distribuidos de la siguiente manera: (1) Derecho Constitucional (siete casos); (2) Procedimiento Criminal (cinco casos); (3) Derecho Laboral (dos casos); y (4) Procedimiento Civil (un caso). Entendemos que se trata de los quince casos más importantes y de mayor impacto potencial en el ordenamiento jurídico puertorriqueño.

Al final, ofrecemos una reflexión en cuanto el término 2017-2018 en general. Adelantamos que se trata de un periodo que se caracterizó por una fuerte tendencia conservadora, libertaria y de derecha. El retiro del juez asociado Kennedy –quien mostró una fuerte inclinación conservadora y libertaria este término– posiblemente fortalezca y acelere esa tendencia. Si bien el juez asociado Kennedy se situó consistentemente en el bloque conservador, lo que permitió que la gran mayoría de las decisiones emitidas fuesen de esa naturaleza, podemos identificar momentos en los que la extensión de la decisión conservadora fue algo limitada. El cambio en la composición del Tribunal Supremo probablemente tenga como consecuencia principal, no ya producir resultados conservadores, sino extender considerablemente el alcance de esos resultados.

II. Derecho Constitucional

A. *Murphy v. N.C.A.A.*²

Por muchos años, la gran mayoría de los estados prohibían las apuestas deportivas. Posteriormente, se aprobó un estatuto federal que prohibía el que un estado autorice dichas apuestas. Es decir, la ley federal no prohibía directamente la conducta, sino que requería que los estados la prohibieran. Luego, el estado de Nueva Jersey decidió cambiar de rumbo y eliminó la ley estatal que criminalizaba las apuestas

¹ Véase Jorge M. Farinacci Fernós, *La jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (2016-2017)*, 52 REV. JUR. UIPR __ (2018). Véase, además, Jorge M. Farinacci Fernós, *La jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*, 86 REV. JUR. UPR 754 (2017).

² 138 S.Ct. 1461 (2018).

deportivas. Al así hacerlo, Nueva Jersey se expuso a violar la citada disposición federal. Como consecuencia, se instó una acción que cuestionaba la constitucionalidad del esquema estatutario federal, bajo el argumento de que constituía una intervención indebida con el funcionamiento de los estados. Se trataba de la llamada doctrina del *anti-commandeering*, que prohíbe que el gobierno federal ordene directamente a los estados cómo ejercer sus funciones soberanas.

La doctrina del *anti-commandeering* tiene su génesis en las decisiones del Tribunal Supremo federal en *New York v. United States*,³ y *Printz v. United States*.⁴ Como adelantamos, esta doctrina evita que el gobierno federal emita órdenes directas a los estados. La base de esa doctrina es la libertad individual, la rendición de cuentas democrática (*accountability*) y el evitar la transferencia de costos operacionales del gobierno federal a los estados (*cost shifting*).

Para llegar a ese análisis, el Tribunal Supremo primero se enfocó en el contenido estatutario. Es decir, debía asegurarse que, en efecto, la ley federal alcanzaba la acción tomada por Nueva Jersey. Específicamente, se tenía que determinar si la eliminación de la ley estatal que criminalizaba las apuestas equivalía al tipo de autorización vedada por el estatuto federal. El Tribunal Supremo concluyó que la ley de Nueva Jersey tenía como efecto autorizar las apuestas. Por tanto, resultaba necesario llevar a cabo el análisis constitucional.

En cuanto al estatuto federal que condenaba la autorización de las apuestas deportivas, el Tribunal Supremo concluyó que la misma era contraria a la doctrina del *anti-commandeering*, pues tenía como resultado la intervención directa del poder federal con las prerrogativas estatales: “*It is as if federal officers were installed in state legislative chambers and were armed with the authority to stop legislators from voting on any offending proposals*”.⁵ El Tribunal Supremo recalcó que lo anterior no era óbice para que el gobierno federal legislara directamente en cuanto al tema de las apuestas deportivas. Sin embargo, los poderes del Congreso deben (1) usarse al palio de algún poder delegado por la Constitución federal y (2) regular directamente la conducta privada.

La doctrina del *anti-commandeering* ha sido aplicada de forma esporádica por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Este la ha reservado para aquellas circunstancias en las que resulta evidente que el gobierno federal ha intervenido indebidamente con los poderes soberanos de los estados. En este caso, resultaba anómalo que el Congreso, en vez de asumir el costo político de prohibir directamente las apuestas deportivas, optara por reclutar a las legislaturas estatales para llevar a cabo esa tarea.

³ 505 U.S. 144 (1992).

⁴ 521 U.S. 898 (1997).

⁵ *Murphy*, 138 S.Ct. en la pág. 1478. Nótese la similitud entre el escenario visualizado por el Tribunal Supremo federal y la situación actual de Puerto Rico bajo la Ley *PROMESA*.

A. *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*⁶

Se trata de uno de los casos más anticipados del término. Si bien fue resuelto un tanto tangencialmente y no atendió directamente los méritos, este caso es lectura necesaria para cualquier análisis en cuanto al estado actual de la doctrina sobre libertad religiosa y la obligación de obedecer leyes generales anti-discrimen.

Una pareja del mismo sexo visitó un establecimiento de repostería en Colorado para ordenar un bizcocho para su boda. El dueño se negó, porque sus creencias religiosas le impedían patrocinar la relación. Como resultado, la pareja presentó una querrela ante la agencia administrativa estatal encargada de implementar las leyes anti-discrimen. La agencia determinó que el dueño violó la prohibición de discrimen por orientación sexual aplicable a los establecimientos que sirven al público.

La controversia ante la consideración del Tribunal Supremo requería determinar la interacción entre el derecho constitucional a la libertad religiosa y la obligación de los establecimientos comerciales abiertos al público a obedecer leyes generales anti-discrimen. De igual forma, se alegó que la conducta del dueño de la repostería estaba protegida por la libertad de expresión, toda vez que se le intentaba obligar a llevar a cabo una actividad expresiva en contra de su voluntad; en esta ocasión, era confeccionar un bizcocho con mensajes alusivos a la boda de una pareja de mismo sexo.

El Tribunal Supremo no resolvió la controversia directamente. Por el contrario, tras identificar ciertas expresiones hostiles, por parte de integrantes de la agencia administrativa, sobre las creencias religiosas del peticionario, el máximo foro federal revocó la decisión de esta. La ausencia de un foro neutral que adjudicara imparcialmente la controversia constituyó una violación a la libertad religiosa. Es decir, dado que la agencia actuó de forma parcializada al atender la controversia producto de una hostilidad a las creencias religiosas del peticionario, *esa* acción gubernamental violaba la exigencia constitucional de neutralidad.

No obstante, la Opinión del Tribunal, en su articulación del derecho aplicable, estableció claramente cuál es el estado actual de la doctrina en cuanto a la controversia principal. Según el Tribunal, “[t]he Court’s precedents make clear that the Baker, in his capacity as the owner of a business serving the public, might have his right to the free exercise of religion limited by generally applicable laws”.⁷ Continuó la explicación de la Opinión: “[W]hile those religious and philosophical objections are protected, it is a general rule that such objections do not allow business owners and other actors in the economy and in society to deny protected persons equal access to goods and services under a neutral and general applicable public accommodations law”.⁸ Eso requiere que los establecimientos privados

⁶ 138 S.Ct. 1719 (2018).

⁷ *Id.* en las págs. 1723-24.

⁸ *Id.* en la pág. 1727.

ofrezcan servicios y bienes “*on the same terms and conditions as are offered to other members of the public*”.⁹

Aún no está perfectamente claro cuál es la línea entre la libertad religiosa que permite a una persona negarse a participar de actividades que objeta y la obligación de ofrecer servicios y bienes accesibles al público en general sin incurrir en discrimin. Por ejemplo, resulta evidente que un ministro religioso que oficia matrimonios no puede ser obligado a ofrecer sus servicios a una boda que objeta por razones religiosas. Pero ¿qué tal un fotógrafo que debe estar físicamente presente en la ceremonia? Sí debe estar claro que aquellos servicios y bienes que no requieren dicha presencia física no pueden ser negados de forma discriminatoria, aunque se trata de una objeción religiosa.

Eventualmente este caso volverá a la consideración del Tribunal Supremo federal, aunque con una plantilla mucho más conservadora. Está por verse si los jueces y juezas que se unieron a la Opinión en *Masterpiece* validarán su contenido o lo descartarán como *dictum*, pero el lenguaje está ahí y debe tomarse seriamente, particularmente por los tribunales estatales y federales inferiores.

B. Husted v. A. Philip Randolph Institute¹⁰

En este caso se cuestionó la validez de una ley estatal que permitía la eliminación de personas que presuntamente se han mudado de la jurisdicción de los registros electorales. Específicamente, la ley ordenaba la eliminación cuando la persona (1) dejaba de votar por dos años; (2) no devolvía una carta enviada por el gobierno que verificaba su residencia tras transcurrir este término, y (3) tampoco votaba en ninguna elección durante los siguientes cuatro años. Es decir, el no votar activaba el proceso. A su vez, el no votar culminaba el proceso. Entre medio, estaba el asunto de la carta enviada y no devuelta por la persona.

El problema estaba en que una ley federal prohíbe eliminar personas de los registros electorales por razón de no votar en las elecciones. No obstante, el Tribunal Supremo resolvió que la ley estatal bajo análisis no era contraria al estatuto federal, toda vez que no se eliminaba la persona del registro electoral por no votar. El acto de no votar meramente *activaba* el proceso que incluía otros factores, específicamente, la carta enviada para verificar la residencia. Es decir, el Tribunal concluyó que la existencia de este paso adicional salvaba la ley, pues no se podía decir que el no votar era *el factor determinante* en la decisión de eliminar a la persona del registro.

Además de los persuasivos argumentos de la disidencia a los efectos de que resultaba evidente que el no votar era el centro del esquema estatutario, lo que sorprende

⁹ *Id.* en la pág. 1728.

¹⁰ 138 S.Ct. 1833 (2018).

de la decisión es la omisión total del asunto del derecho al voto. Resultaría evidente que un análisis estatutario que hubiese tomado en consideración los valores constitucionales envueltos habría generado un resultado distinto. Dudo que un esquema estatutario como este sobreviva un análisis bajo la Constitución de Puerto Rico. Sin embargo, *Husted* nos aclara que (1) este tipo de esquema es válido bajo el derecho federal y (2) lo crucial para efectos del derecho federal es que el no votar no puede ser el único factor utilizado para eliminar una persona de los registros electorales.

C. *Minnesota Voters Alliance v. Mansky*¹¹

En este caso, se cuestionó la constitucionalidad de una ley estatal que prohibía el uso de ciertos mensajes visibles en la persona cuando un elector entraba a un colegio electoral. Entre otros, el estatuto prohibía el uso de botones o cualquier otra insignia que se refiriera a un partido político, candidato o candidata, o asunto en un referéndum. Una persona que violara esta ley podría ser sancionada con una multa civil. Su voto se contaría de todas formas.

Ahora bien, la ley también prohibía usar cualquier accesorio que se refiriera a (1) un asunto que fue objeto en la campaña, o (2) que se identificara con algún grupo con ideas políticas conocidas. El reto constitucional se enfocó en estas dos prohibiciones. En este caso, una persona fue sancionada por utilizar una camisa con el lema “*Please Id Me*” (referencia al debate sobre los requisitos de identificación para electores), mientras que otra persona fue sancionada por tener una insignia que leía “*Tea Party Patriots*”.

En su análisis, el Tribunal Supremo comenzó con la conclusión de que los centros electorales no son un foro público tradicional ni por designación. Por tanto, la protección constitucional a la expresión era menor. A su vez, la Opinión concluyó que la ley no adelantaba ningún discrimen por las posiciones asumidas (*view-point discrimination*), pero tampoco era neutral en cuanto el contenido de la expresión (*content neutral*). Es decir, mientras no favorecía una posición sobre la otra (i.e., derecha sobre izquierda), sí aplicaba específicamente a un tipo de expresión (i.e., político sobre comercial). Una persona podía entrar al colegio electoral con una camisa que dijera “*Nike*” o “*Best Buy*”, pero no con una que dijera “*Feel the Bern*” o “*Make America Great Again*”.

No obstante, el Tribunal Supremo resolvió que la ley estatal era inconstitucional. En particular, determinó que el estatuto no establecía con suficiente claridad qué tipo de expresión era permitida y cuál no. Es decir, utilizaba un criterio excesivamente subjetivo, pero más importantemente, el Tribunal se enfocó en que la prohibición se extendía a expresión que claramente era válida. Esto, pues hay una diferencia importante entre una camisa que lea “*Democrat for Life*” a otra que simplemente diga

¹¹ 138 S.Ct. 1876 (2018).

“#MeToo” o “ALF-CIO”, o una camisa que lea “*Trump rules*” a otra que simplemente diga “*Support Our Troops*” o “*Chamber of Commerce*”.

Y es que resulta imposible aplicar objetivamente los criterios identificados en el esquema estatutario. En primer lugar, ¿qué cualifica como un “asunto que fue objeto de la campaña”? Esto podría significar que *cada asunto* mencionado por algún candidato o candidata, o partido político, quedaría automáticamente excluido, que incluye asuntos sobre una guerra (lo que descarta “*Support Our Troops*”) o sobre el hostigamiento sexual (lo que torna “#MeToo” en una consigna política prohibida). En segundo lugar, ¿qué significa un grupo con posiciones políticas conocidas? Como bien explica la Opinión, hasta la compañía *Ben & Jerry’s* ha asumido posiciones políticas. ¿Significa esto que no se puede usar una camisa de esa compañía?

Se trata de una decisión que fortalece la libertad de expresión, que limita las prohibiciones al interior de un colegio electoral al mínimo necesario: candidaturas, partidos o temas de referéndum. Fuera de los casos obvios, se protege la expresión.

D. *South Dakota v. Wayfair, Inc.*¹²

En *Quill Corp. v. North Dakota*,¹³ el Tribunal Supremo federal había resuelto que un estado no puede exigir a una entidad que no tiene presencia física en el estado a que cobre y remita impuestos de ventas estatales. La base de esta decisión fue la cláusula de comercio en su estado durmiente. En *Wayfair*, el Tribunal Supremo revocó la norma establecida en *Quill*.

Como punto de partida, el Tribunal Supremo recitó la doctrina actual sobre la cláusula de comercio en su estado durmiente. Primero, cualquier discrimen contra el comercio interestatal (*out-of-state*) será *per se* inconstitucional, salvo que sobreviva el más estricto de los escrutinios. Segundo, la regulación estatal no puede constituir una carga onerosa (*undue burden*) sobre el comercio interestatal. Finalmente, cabe destacar que esta doctrina tiene como objetivo proteger las prerrogativas del Congreso federal, pues este puede autorizar a un estado incurrir en la conducta anteriormente descrita.

Con la aplicación de esta doctrina, resultaba evidente que *Quill* debía ser revocado. Si algo, la norma de *Quill* constituía una ventaja sustancial del comercio interestatal sobre el comercio local. No debemos olvidar que el objetivo de la cláusula de comercio en su estado durmiente es prohibir discrimen que ponga al comercio interestatal en una situación desventajosa. Por tanto, resultaría anómalo si, por exigencia constitucional, se colocara al comercio interestatal en una posición de ventaja sobre el local. El punto es garantizar un trato igual a ambos comercios. La norma de *Quill* solamente permitía que los comercios locales cobraran y remitieran los impuestos

¹² 138 S.Ct. 2080 (2018).

¹³ 504 U.S. 298 (1992).

estatales. Esto generaba una anomalía en el mercado, lo que incentivaba el comercio interestatal a expensas del local.

No obstante, la decisión en *Wayfair* fue 5-4. ¿Por qué? Como adelantáramos, la doctrina sobre la cláusula de comercio en su estado durmiente es más bien una protección de los poderes del Congreso. El Congreso federal siempre puede revocar una decisión del Tribunal Supremo al simplemente autorizar la conducta judicialmente prohibida. Por tanto, argumentó la disidencia, si el Congreso nunca actuó para revocar *Quill*, no corresponde al Tribunal atender la situación. La mayoría, a su vez, concluyó que el daño de *Quill* era demasiado.

Si bien es cierto que la norma de *Quill* pudo haber sido corregida en cualquier momento por el Congreso, no deja de ser una decisión claramente errónea. Tal vez en 1992 no era obvio el daño que esa norma generaría, pero en la época de *Amazon* y otras entidades similares, resulta completamente injustificable que estas no tengan que pagar contribuciones estatales, mientras la tienda de la esquina sí lo tengan que pagar por el mismo producto. El error de *Quill* tenía que ser corregido por quien lo causó en primera instancia.

E. *Sveen v. Melin*¹⁴

En este caso, una ley estatal disponía que, en caso de la disolución de un matrimonio, se revocaría automáticamente la designación del ahora excónyuge como el beneficiario de una póliza de seguro. Se trataba de una regla base, pues el principal siempre podía restituir a su excónyuge como el beneficiario. En este caso, vigente el matrimonio, uno de los cónyuges nombró al otro como su beneficiario en una póliza de seguro. Luego, el matrimonio quedó disuelto, pero el asegurado nunca cambió la designación de beneficiarios en su póliza. Posteriormente, se aprobó la ley estatal bajo análisis. Como consecuencia, se revocó el nombramiento del excónyuge. El excónyuge asegurado falleció sin haber nombrado nuevamente a su excónyuge.

En el litigio que se instó para cobrar la póliza de seguro, el excónyuge sobreviviente retó la ley estatal como contraria la cláusula contra el menoscabo de obligaciones contractuales. Según su argumento, le correspondía al asegurado remover a su excónyuge como beneficiario tras la disolución del matrimonio. Por tanto, la ley constituía una intervención indebida con una obligación contractual.

El Tribunal Supremo validó el estatuto. Tras recitar la doctrina vigente en cuanto la cláusula de menoscabo, la Opinión concluyó que la ley no constituía un menoscabo sustancial de la obligación. Esto, pues la ley simplemente servía como regla base. El asegurado siempre podía tomar el paso afirmativo de restituir a su excónyuge como su beneficiario. A su vez, la regla general estaba basada en un supuesto más

¹⁴ 138 S.Ct. 1815 (2018).

que razonable: que una vez se disuelve el vínculo matrimonial, resultaría anómalo que el asegurado mantenga a su excónyuge como su beneficiario.

Según el Tribunal, la ley estatal simplemente partía de la premisa de que la razón por la cual un excónyuge mantiene a su expareja como beneficiario, en una póliza de seguro comprada durante la vigencia del matrimonio, era más bien dejadez y olvido. Es decir, que la verdadera intención del asegurado era eliminar a su expareja como beneficiario. Claro está, se trataba únicamente de una regla base (*default rule*), pues la persona asegurada siempre podía restituir a su excónyuge. En otras palabras, se trataba de establecer una norma en caso de dejadez u olvido por parte del asegurado. Y, según la Opinión del Tribunal, establecer como regla base que la disolución del vínculo matrimonial revoca la designación de beneficiarios es razonable y, más importantemente, no destruye obligación contractual alguna, pues la última palabra siempre la tendría el asegurado.

F. N.I.F.L.A. v. Becerra¹⁵

Se trata de un caso de libertad de expresión en el contexto del aborto. El objeto de análisis fue una ley estatal que aplicaba a unas clínicas que atendían principalmente mujeres embarazadas, conocidas como “*crisis pregnancy centers*”. La mayoría de estas clínicas eran provida y cristianas, por lo que no proveían servicios de aborto. Incluso, se oponían activamente a estos.

Dado que el estado de California ofrecía estos servicios de forma gratuita o a bajo costo, la ley exigía a aquellas clínicas licenciadas que orientaran sobre ello a sus pacientes. Es decir, que, como parte de su servicio, debían comunicarles a las mujeres embarazadas de la existencia de los servicios alternativos provistos por el estado, que incluyen el aborto. A su vez, en el contexto de clínicas sin licencia, la obligación era de comunicar esa realidad a sus pacientes.

El Tribunal Supremo analizó la validez del estatuto bajo la Primera Enmienda, toda vez que concluyó que se trataba de una ley que afectaba el contenido de la expresión al obligar a las clínicas a comunicar información en contra de su voluntad. California solicitó al Tribunal que analizara el estatuto bajo la categoría de “expresión profesional”, doctrina que había sido desarrollada por varios Circuitos del Tribunal de Apelaciones federal. Si bien el Tribunal Supremo expresó que “[w]e do not foreclose the possibility that some such reason exists” para tratar la expresión de los profesionales de forma distinta,¹⁶ este rechazó adoptar la doctrina como tal.

Según la Opinión, existen dos tipos de restricciones válidas en el contexto profesional. En primer lugar, cuando la ley requiere la comunicación de información fáctica no-controverial como parte de su expresión comercial. En segundo lugar,

¹⁵ 138 S.Ct. 2361 (2018).

¹⁶ *Id.* en la pág. 2375.

cuando la ley regula la conducta profesional y solo incidentalmente implica la expresión. El Tribunal concluyó que ninguno de estos escenarios estaba presente en la ley de California.

En vista de lo anterior, el Tribunal aplicó un escrutinio intermedio. Tras aceptar como premisa que el proveer a mujeres de escasos recursos información sobre alternativas públicas constituía un interés gubernamental sustancial, la Opinión concluyó que la ley era inconstitucional porque las medidas adoptadas no eran “*sufficiently drawn to achieve it*”.¹⁷ Es decir, que la ley no estaba diseñada lo suficientemente estrecha como para limitarse a cumplir dicho objetivo.

Entiendo que se trata de una decisión errada y pobremente razonada. En primer lugar, el Tribunal Supremo fracasa estrepitosamente en su intento de distinguir la exigencia de informar a las mujeres embarazadas de la existencia de alternativas públicas, lo que incluye servicios de aborto, de las exigencias de las clínicas de aborto que informen a las mujeres la existencia de otras alternativas, incluso la adopción.¹⁸ En segundo lugar, resulta evidente que los profesionales pueden ser obligados a comunicar un sinnúmero de información como parte de sus servicios. En el contexto médico, esto es parte del consentimiento informado. No tenemos espacio para enumerar toda la información que un profesional del derecho debe comunicar a un cliente. Lo mismo ocurre en toda una gama de servicios profesionales. Como bien explica la disidencia, esto es parte de la reglamentación de la profesión como esta y los servicios que se proveen. Entiendo que, mínimamente, resultaba evidente que lo exigido por la ley estatal en este caso caía dentro de la excepción de regulación de la profesión con un efecto incidental en la expresión. Volveremos a discutir este caso en el último acápite, pues es un ejemplo claro de cómo la libertad de expresión fue utilizada como arma (*weaponized*) en este término en contra de políticas que no eran del agrado de una mayoría del Tribunal.

III. Procedimiento Penal

A. *Class v. United States*¹⁹

En este caso, una persona fue acusada por poseer un arma en un automóvil estacionado en las inmediaciones del Capitolio de los Estados Unidos. La persona se declaró culpable, pero se reservó el derecho de apelar la validez de la ley que se le acusó de violar. Esto, con el argumento que la misma era contraria a la Segunda Enmienda de la Constitución federal. La controversia en este caso era si esa persona podía cuestionar la validez de la ley en apelación, tras haberse declarado culpable.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ Véase *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

¹⁹ 138 S.Ct. 798 (2018).

Esto, pues, de ordinario, una admisión de culpabilidad conlleva una renuncia a cuestionar cualquier error legal que se pudo haber cometido.

El Tribunal Supremo resolvió que una admisión de culpabilidad no constituye, de por sí, una renuncia al derecho a cuestionar la *validez misma* de la base legal por la que se le acusó. Para llegar a esta conclusión, la Opinión mayoritaria llevó a cabo un análisis de los precedentes del Tribunal que distinguen los asuntos que pueden cuestionarse a pesar de una admisión de culpabilidad y aquellos derechos que se entienden renunciados.

El Tribunal concluyó que el elemento común de los precedentes que permitían el hacer cuestionamientos al proceso tras una admisión de culpabilidad es que se refieren a “[t]he very power of the State to prosecute the defendant”.²⁰ Es decir, se trata de asuntos que (1) no están relacionados a los hechos alegados y (2) que suponen errores legales que quedan curados con la admisión de culpabilidad. En el primer supuesto, se trata de situaciones en las que la persona acusada admite que llevó a cabo los hechos alegados, pero cuestiona que se trata de conducta punible. Por ejemplo, cuestionar que los hechos alegados son constitutivos de delito o la aplicación de la protección contra *Double Jeopardy*. En el segundo supuesto, se trata de defectos constitucionales ocurridos antes de la admisión de culpabilidad que, de ordinario, arrojarían duda sobre el resultado del proceso. Ante la admisión de culpabilidad, dicha duda desaparece y quedan curados los errores incurridos. Por ejemplo, un registro ilegal o errores incurridos por el gran jurado.

En este caso, la persona acusada no negaba los hechos en su contra. Tampoco cuestionó que hubo algún tipo de defecto constitucional en el proceso en su contra. Por el contrario, este argumentó que el delito por el que se le acusó era inconstitucional, y el gobierno no tenía el poder de acusarle.²¹ Así las cosas, el Tribunal Supremo concluyó que la admisión de culpabilidad, sin más, no era obstáculo para que la persona acusada cuestionara la validez legal del delito por el que se la acusaba por ser presuntamente inconstitucional.

B. *Byrd v. United States*²²

En este caso, la policía detuvo un carro alquilado. La persona al volante no estaba incluida como conductor autorizado en el contrato de alquiler. Por esta razón, la policía llevó a cabo un registro sin orden y sin consentimiento del baúl del automóvil. El registro resultó en la incautación de sustancias controladas. La pregunta ante la consideración del Tribunal era si un conductor de un vehículo alquilado que no está autorizado por el contrato de arrendamiento tiene una expectativa razonable

²⁰ *Id.* en la pág. 803 (comillas omitidas).

²¹ *Id.* en la pág. 805.

²² 138 S.Ct. 1518 (2018).

de intimidad. La Opinión del Tribunal concluyó que “*as a general rule, someone in otherwise lawful possession and control of a rental car has a reasonable expectation of privacy in it even if the rental agreement does not list him or her as an authorized driver*”.²³ Es decir, la expectativa de intimidad no desaparece por incurrir en una violación contractual, siempre y cuando el conductor haya sido autorizado, en este caso, por la persona que fue parte al contrato de arrendamiento.

Si bien las personas tienen una expectativa de intimidad reducida en un automóvil, en comparación con, por ejemplo, su residencia, en situaciones como esta aún hará falta causa probable para llevar a cabo un registro. La Opinión del Tribunal continúa la tendencia iniciada en *United States v. Jones*.²⁴ Esta aplica un *doble análisis* para efectos de determinar si, en efecto, se ha llevado a cabo un registro para efectos de la Cuarta Enmienda. La primera parte del análisis es si hay algún interés propietario que ha sido violado por el Estado. La segunda parte del análisis utiliza la norma adoptada en *Katz v. United States*,²⁵ que se basa en la existencia de una expectativa razonable de intimidad.

En este caso, el Tribunal Supremo resolvió que había un interés propietario por razón de la *posesión legal del automóvil*, independientemente de la posible existencia de una violación contractual. Tras resolver que hubo un registro para efectos de la Cuarta Enmienda, el Tribunal devolvió el caso a los tribunales inferiores para que se analizara si hubo causa probable para el registro.

C. *McCoy v. Louisiana*²⁶

En *Florida v. Nixon*,²⁷ el Tribunal Supremo de los Estados Unidos resolvió que un abogado o abogada puede conceder la culpabilidad de la persona acusada en un juicio capital cuando esta es informada de ello y esta consiente o, al menos, no objeta dicho curso de acción. La situación en *McCoy* era un tanto distinta, en cuanto la persona acusada afirmativa e insistentemente proclamó su inocencia. No obstante, su abogado informó al jurado que su cliente era culpable. Ante ello, se suscitó una controversia sobre si hubo una violación a los derechos de la persona acusada al amparo de la Sexta Enmienda.

El Tribunal Supremo resolvió que “*a defendant has the right to insist that counsel refrain from admitting guilt, even when counsel’s experience-based view is that confessing guilt offers the defendant the best chance to avoid the death penalty*”.²⁸ De ordinario, el desarrollo de la estrategia legal le corresponde al abogado o abogada.

²³ *Id.* en la pág. 1524.

²⁴ 565 U.S. 400 (2012).

²⁵ 389 U.S. 347 (1969).

²⁶ 138 S.Ct. 1500 (2018).

²⁷ 543 U.S. 175 (2004).

²⁸ *McCoy*, 138 S.Ct. en la pág. 1505.

Esto incluye, por ejemplo, qué argumentos adelantar o qué evidencia presentar. Como explica la Opinión, “[s]ome decisions, however, are reserved for the client –notably, whether to plead guilty, waive the right to a jury trial, testify in one’s own behalf, and forgo an appeal”.²⁹ Esto incluye el derecho a insistir en su propia inocencia y exigir que su abogado o abogada actúe consistente con esta determinación.

Finalmente, el Tribunal resolvió que, contrario a lo que ocurre cuando se alega que hubo una representación defectuosa, en estos casos *no hace falta demostrar que hubo perjuicio*. El tipo de error incurrido en este caso fue uno de naturaleza estructural que requiere celebrar un nuevo juicio.

G. Collins v. Virginia³⁰

Este caso requiere llevar a cabo un análisis integrado entre las doctrinas sobre registro de automóviles y sobre el llamado *curtilage*. Los hechos son los siguientes: un policía observó como una motora color negro y naranja incurrió en violaciones a las leyes de tránsito. Tras un intento de persecución, la motora burló a los oficiales. Semanas más tarde, otro policía observó una motora similar, la que nuevamente logró evadir intentos de intervención. Tras una investigación, la policía determinó que se trataba de la misma motora y que era hurtada. Luego de identificar un posible sospechoso, la policía accedió su cuenta de *Facebook* y encontró fotos de este con lo que aparentaba ser la misma motora.

La policía rastreó el lugar dónde se tomaron las fotos y llegaron a la residencia de la novia del sospechoso. Los oficiales, sin poseer orden judicial alguna, optaron por pasar a la entrada de la marquesina de la residencia (*driveway*). En dicha entrada vieron un objeto cubierto por un toldo. Los policías removieron el toldo y observaron la motora negra y naranja que buscaban. Le tomaron fotos, reinstalaron el toldo y se marcharon. Tras confirmar que se trataba de una motora hurtada, los oficiales arrestaron al sospechoso. La defensa objetó la validez del registro de la motora cubierta por un toldo, ya que esta se encontraba dentro del *curtilage* de la casa.

Como adelantáramos, la Opinión del Tribunal analizó la intersección entre dos doctrinas: (1) la excepción de automóviles y (2) la protección al *curtilage*. En cuanto la primera doctrina, el Tribunal nos recuerda que los registros de automóviles sin orden judicial pueden ser razonables, dado su fácil movilidad. Por tanto, gozan de menos protección constitucional que una residencia. Claro está, el registro debe darse en el contexto de las circunstancias que hacen que se distinga el vehículo de la residencia. En caso de que estas circunstancias no estén presentes, no aplica la excepción. A su vez, la protección del *curtilage* goza del mismo nivel que el hogar.

²⁹ *Id.* en la pág. 1508.

³⁰ 138 S.Ct. 1663 (2018).

Es más, se considera parte integral de la residencia. Por tanto, aplica la protección constitucional en todos sus extremos.

Lo fundamental en este caso es que el vehículo *estaba dentro del curtilage*. Como bien explica la Opinión, se trata del mismo análisis a que la motora estuviese dentro de la sala de la casa. Recordemos que la naturaleza delictiva de la motora no era evidente desde la calle. A esto le debemos añadir que, la misma estaba tapada por un toldo. Por tanto, al aplicar la doctrina del *curtilage*, se invalidó el registro realizado.

H. *Carpenter v. United States*³¹

La pregunta ante la consideración del Tribunal era si la solicitud por parte del gobierno para acceder al historial del uso de un teléfono celular, que provee un record abarcador de los movimientos pasados del usuario, constituye un registro para efectos de la Cuarta Enmienda.³² Tras arrestar a varias personas por robo, una de las personas arrestadas proveyó a la policía información sobre robos pasados presuntamente cometidos por el grupo. Para corroborar dicha información, la policía solicitó, sin orden judicial, que el proveedor de celular le entregara el historial de los movimientos pasados del celular. Estos son computados a partir de los *hits* que las diferentes torres celulares produjeron durante un periodo de tiempo. Es decir, esta información permitía al gobierno determinar los movimientos *pasados* de una persona, que se tornó sospechosa después de dichos movimientos.

Al igual que en *Collins*,³³ para determinar si, en efecto, había un registro, había que analizar si existía una expectativa razonable de intimidad. El Tribunal Supremo federal concluyó que sí. El problema doctrinal principal enfrentado por el Tribunal lo eran sus decisiones anteriores en *U.S. v. Miller*,³⁴ y *Smith v. Maryland*.³⁵ En *Miller*, el Tribunal resolvió que no existía expectativa de intimidad sobre las cuentas bancarias.³⁶ En *Smith*, se resolvió que tampoco existía expectativa sobre los números discados por un teléfono privado.³⁷ Cabe destacar que se trata de un problema principalmente restringido al Tribunal Supremo federal, pues la gran mayoría de las jurisdicciones de los Estados Unidos, Puerto Rico incluso, han rechazado las doctrinas de *Miller*³⁸ y *Smith*.³⁹

Para resolver esta encrucijada, el Tribunal Supremo recurrió a lo resuelto en *U.S. v. Jones*.⁴⁰ En dicho caso, se concluyó que el colocar un rastreador de *G.P.S.* en un

³¹ 138 S.Ct. 2206 (2018).

³² CONST. EE. UU. enm. IV.

³³ *Collins*, 138 S.Ct. 1663.

³⁴ 425 U.S. 435 (1976).

³⁵ 442 U.S. 735 (1979).

³⁶ 425 U.S. 435 (1976).

³⁷ 442 U.S. 735 (1979).

³⁸ 425 U.S. 435 (1976).

³⁹ 442 U.S. 735 (1979).

⁴⁰ 565 U.S. 400 (2012).

vehículo constituía un registro bajo la Cuarta Enmienda. Esto, a pesar de que el gobierno puede optar por seguir a la persona físicamente e identificar así sus movimientos públicos. En *Jones*, una mayoría del Tribunal Supremo concluyó que se trataba de un registro por la invasión de la propiedad del sospechoso, pero también concluyó que el detalle de información que se puede acceder a través de un rastreador de *G.P.S.* es considerablemente mayor al de simplemente seguir a una persona en un vehículo.⁴¹ A su vez, la información provista por el historial de un teléfono personal es sustancialmente más detallada y específica que la de un rastreador instalado en un automóvil. Sin duda, una persona está mucho tiempo en su carro, pero está mucho más tiempo con su celular en su persona o en algún lugar aledaño. En esencia, si sabemos la localización del teléfono celular, sabemos los movimientos de la persona. A esto le debemos añadir el carácter retroactivo de la información, pues en el caso del *GPS*, por definición, solo se podía obtener información de los movimientos de forma prospectiva.

Lo que sorprende de este caso es lo cerrada que fue la votación. Se trató de una decisión cinco a cuatro (5 a 4) en la que el juez presidente Roberts se unió al llamado “bloque liberal” del Tribunal. Además de sugerir el cambiante rol del juez presidente Roberts como el “centro” ideológico del Tribunal, hemos notado una tendencia peculiar de la Corte en general y del juez presidente Roberts, particularmente en cuanto la protección de la información relacionada a los teléfonos celulares. No nos sorprendería que se tratara de una línea jurisprudencial que será profundizada con el pasar del tiempo.

IV. Derecho Laboral

A. *Epic Systems Corp. v. Lewis*⁴²

Recientemente se ha dado una explosión en el uso de acuerdos de arbitraje individual en el contexto obrero-patronal. Esto ha tenido como efecto nefasto el que miles de trabajadores y trabajadoras se encuentren con las puertas de los tribunales cerradas, lo que frustra así las causas de acción que la legislatura les proveyó. Esta realidad es producto de una aplicación considerablemente brutal del *Federal Arbitration Act* [en adelante, *F.A.A.*].⁴³ Se trata de una reliquia de la época *Lochner* que equiparaba el poder de negociación del patrono con aquel de un trabajador individual.⁴⁴ La lógica es que, mediante los acuerdos de arbitraje, el trabajador renuncia a su derecho a recurrir al foro judicial. Esto lo obliga a resolver todas sus disputas

⁴¹ *Id.*

⁴² 138 S.Ct. 1612 (2018).

⁴³ Federal Arbitration Act, 68 P.L. 401, 43 Stat. 883 (codificado en 9 U.S.C.A. §§ 1-16 (1947)).

⁴⁴ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), 5 (1905). (arbitration Act 8).18 de 2018)).

con el patrono en un arbitraje de naturaleza comercial, donde los costos del litigio y la selección de los árbitros casi garantizan una victoria patronal. El trabajador o la trabajadora firma estos acuerdos como requisito para obtener empleo. Es decir, se trata de la versión más opresiva de los contratos de adhesión.

Muchos de estos acuerdos de arbitraje *prohiben* el que un grupo de trabajadores presenten acciones colectivas. La pregunta es si este tipo de prohibición está vedada por el *National Labor Relations Act* [en adelante, *N.L.R.A.*], que protege el derecho de los trabajadores de llevar a cabo acciones concertadas para su mutuo beneficio, estén o no sindicalizados.⁴⁵ Para poder contestar esta pregunta, hacía falta analizar conjuntamente el *F.A.A.* y el *N.L.R.A.*

Según la mayoría del Tribunal, en vez de crear una tensión entre el *N.L.R.A.* y el *F.A.A.*, de forma que la primera de alguna manera limitara la segunda, lo que correspondía era buscar una interpretación armoniosa entre ambos estatutos. El problema es que el *F.A.A.* contiene una cláusula de salvedad que impide la puesta en vigor de acuerdos de arbitraje si estos son contrarios a alguna otra “ley federal”. La pregunta era si el *N.L.R.A.* cuenta para esta excepción. En particular, si la garantía del derecho a llevar a cabo actividades concertadas para su mutuo beneficio constituía un límite al *F.A.A.*

El análisis de la Opinión comenzó con el *F.A.A.*, aprobado con anterioridad al *N.L.R.A.* En particular, la mayoría del Tribunal concluyó que la cláusula de salvedad se refiere a leyes que impactan de forma general *cualquier contrato* y no meramente un contrato de arbitraje. Esto, pues el propósito del *F.A.A.* es otorgar a los contratos de arbitraje igual trato que los demás contratos.

En cuanto el *N.L.R.A.*, el Tribunal determinó que, no obstante ser una ley posterior al *F.A.A.*, no aplicaba la doctrina de la derogación tácita. De igual forma, limitó considerablemente el alcance del derecho a llevar a cabo actividades concertadas para el beneficio mutuo *al contexto de la negociación colectiva*. Se trata de una lectura novedosa por parte del Tribunal Supremo, pues por décadas se ha entendido que el concepto de actividades concertadas para el *beneficio mutuo* trascendía la negociación colectiva. En todo caso, entendió que el derecho a llevar a cabo actividades concertadas no constituía una excepción al *F.A.A.*

Un último detalle importante en este caso es que la interpretación a los efectos de que el *N.L.R.A.* constituía una excepción al *F.A.A.* según disponía su cláusula de salvedad fue originalmente adelantada por una agencia administrativa. De ordinario, esto hubiese activado la llamada *doctrina Chevron*, que establece que, en caso de una ambigüedad en un texto estatutario, la interpretación de la agencia encargada de administrar dicho estatuto será determinante, siempre y cuando esta sea razonable.⁴⁶ En este caso, el Tribunal Supremo resolvió que no procedía aplicar la deferencia

⁴⁵ National Labor Relations Act, 29 U.S.C. §§ 151-169 (2018).

⁴⁶ Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984).

Chevron, toda vez que la agencia que llevó a cabo la interpretación, si bien era la encargada de administrar el *N.L.R.A.*, no tenía bajo su cargo el *F.A.A.*⁴⁷

En vista de lo anterior, el Tribunal Supremo federal resolvió que los acuerdos de arbitraje que prohíben la presentación de una acción colectiva o de clase no eran contrarios al *F.A.A.* Es decir, no operaba la cláusula de salvedad del *F.A.A.* que limitaba dichos acuerdos a que no fuesen contradictorios a otra ley federal. En este caso, eso es el derecho reconocido en el *N.L.R.A.* a llevar a cabo acciones concertadas para el beneficio mutuo. Se trata de una decisión fuertemente *Lochneriana* que tiene como efecto principal desarmar a los trabajadores no-sindicalizados, al no poder ejercer sus derechos colectivamente.

B. *Janus v. A.F.S.C.M.E.*⁴⁸

Hace cuarenta años, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos emitió su Opinión en *Abood v. Detroit Bd. of Educ.*⁴⁹ En dicho caso, el máximo foro federal entabló un balance entre la libertad de expresión y la organización sindical en el empleo público al establecer el deber de los empleados públicos que no forman parte de un sindicato que ostenta la representación exclusiva, pero se benefician de un convenio colectivo, de sufragar parte de los gastos necesarios para lograr y administrar dicho convenio. Es decir, los empleados públicos tenían la opción de (1) afiliarse al representante exclusivo de su unidad apropiada, al pagar la totalidad de la cuota, que incluía gastos no-relacionados al convenio colectivo, o (2) en caso de no afiliarse al sindicato, pagar una cuota de servicio representativa de los gastos relacionados al logro y administración del convenio.

La lógica era doble. Por un lado, el Tribunal Supremo resolvió que cuando un sindicato lleva a cabo actividades de índole política o ideológica no-relacionadas al convenio colectivo, no podía requerir que un no-miembro las sufragara. Por otro lado, el Tribunal resolvió que ese no-miembro tenía que aportar de alguna manera al proceso de negociación colectiva, pues este se beneficiaba de todos los beneficios obtenidos como resultado de ella. Es decir, se evitaba el problema de los llamados *free riders*.

En *Janus*, se cuestionó el pago de dicha cuota de servicio en el contexto específico de empleados públicos que no son miembros del sindicato. Esto, ante la naturaleza de la expresión llevada a cabo en el proceso de negociación y administración del convenio colectivo. Específicamente, se cuestionó la validez de la cuota de servicio avalada en *Abood*⁵⁰ por ser contraria a la Primera Enmienda.⁵¹

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ 138 S.Ct. 2448 (2018).

⁴⁹ 431 U.S. 209 (1977).

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ CONST. EE. UU. enm. I.

En ese sentido, este caso se limita a situaciones que envuelven (1) un empleado público; (2) que no forma parte de un sindicato, que ostenta la representación exclusiva de la unidad apropiada a la que pertenece, y (3) que la naturaleza de la expresión llevada a cabo por dicho sindicato en la mesa de negociación necesariamente implica asuntos de política pública, que activan las protecciones de la Primera Enmienda.⁵² Esto es importante, pues, como veremos, se trata de una decisión considerablemente limitada, a pesar de los intentos de impulsar una lectura amplia que recientemente se han hecho en Puerto Rico.

En primer lugar, elemento fundamental en *Janus* fue la *naturaleza de la expresión*.⁵³ Es decir, la mayoría del Tribunal Supremo concluyó que, a diferencia de lo que ocurre en la empresa privada, cuando un sindicato que representa empleados de agencias de gobiernos se sienta a negociar con el gobierno-patrono, *necesariamente* lleva a cabo expresión política. Esto puede incluir, por ejemplo, temas como cuántos estudiantes debe haber por salón de clases, si el sistema de salud será público o privado, entre otros. Estos asuntos también tienen un impacto directo en las arcas del gobierno y la aportación de los contribuyentes. Es decir, lo crucial no es la *titularidad* del centro de trabajo (si le pertenece al Estado o es privado), sino el *contenido de la expresión*. Volveremos a este asunto posteriormente, al atender la posible aplicación de este caso al contexto de las corporaciones públicas en Puerto Rico.

En segundo lugar, cabe enfatizar que *Janus* se enfoca en empleados que *nunca formaron parte del sindicato*.⁵⁴ Es decir, no se trata de un caso que verse sobre el derecho a afiliarse o desafilarse de una organización obrera, *sino de las responsabilidades económicas del empleado que no forma parte del sindicato*. Según el Tribunal, la preocupación en cuanto a los llamados *free riders* no es suficiente para obligarlos a sufragar expresión política (negociar el convenio) con la que están en desacuerdo. La Opinión concluye que el problema de los *free riders* se puede resolver de otra forma, por ejemplo, cobrándole a estas personas por los servicios directos que reciben, como lo sería la representación legal en los procesos disciplinarios. El Tribunal enfatizó que el sindicato, como representante exclusivo, recibe unos beneficios sustanciales en dicho rol, por lo que no requiere necesariamente de las cuotas de servicio de los no-miembros.

En resumen, *Janus* resolvió que no se le puede cobrar una cuota de servicio a un empleado público que no forma parte del sindicato cuando la naturaleza de la expresión llevada a cabo en la mesa de negociación es de índole público. Cabe destacar que *Janus* no aplica a las uniones en la empresa privada, pues, como vimos, las negociaciones colectivas en ese contexto no implican asuntos de política pública que activan las protecciones de la Primera Enmienda.

⁵² *Id.*

⁵³ *Janus*, 138 S.Ct. 2448.

⁵⁴ *Id.*

En cuanto Puerto Rico, lo resuelto en *Janus* implica necesariamente que no se puede cobrar cuotas de servicio a aquellos empleados públicos que optaron por desafiliarse de las uniones bajo la Ley Núm. 45-1998 que regula la sindicalización en las agencias del gobierno central.⁵⁵ Sin embargo, igual de importante es señalar lo que *Janus no implica*.

Primero, *Janus* no es un caso sobre el derecho a desafiliarse. Como bien se explica en la nota al calce número veintisiete (27), nada en la Opinión invalida los esquemas estatutarios estatales que permiten los talleres unionados. *Janus* se limita a situaciones en las que el empleado no forma parte del sindicato, *en sintonía con dichos esquemas estatutarios*.⁵⁶

Segundo, y como adelantáramos, *Janus* no aplica a los sindicatos en la empresa privada. Según el Tribunal Supremo federal, “*Abood also did not sufficiently take into account the difference between the effects of agency fees in public- and private-sector collective bargaining [...] Assuming for the sake of argument that the First Amendment applies at all to private-sector agency-shop arrangements, the individual interests at stake still differ*”.⁵⁷

Tercero, entendemos que *Janus* tampoco aplica a las uniones en las corporaciones públicas organizadas bajo la Ley Núm. 130 de 8 de mayo de 1945 (en adelante, *Ley Núm. 130-1945*).⁵⁸ Como vimos, la *ratio* del caso se enfoca, no en la titularidad de la entidad organizada sindicalmente, sino en la naturaleza de la expresión. Y, como acabamos de ver en el párrafo anterior, existe una diferencia fundamental entre el contexto público y el privado. ¿Y qué de las corporaciones públicas en Puerto Rico? Pues un vistazo sencillo a la Ley Núm. 130-1945⁵⁹ y las Secciones 16 y 17 de la Carta de Derechos de la Constitución de Puerto Rico,⁶⁰ así como su correspondiente historial legislativo, demuestra que las corporaciones públicas son entidades que *operan como negocios privados*. Es decir, su única característica pública es que *le pertenecen al Estado*.

No podemos olvidar que, precisamente, la propia Constitución de Puerto Rico y la Ley Núm. 130-1945 hacen una distinción entre los trabajadores de la empresa privada y las corporaciones públicas, por un lado, y los empleados de las agencias del gobierno central, en el otro. En otras palabras, el derecho laboral puertorriqueño está basado en la idea que las corporaciones públicas son más similares a la empresa privada que a las agencias de gobierno, precisamente, por la naturaleza de sus ope-

⁵⁵ Ley de Relaciones del Trabajo para el Servicio Público, Ley Núm. 45-1998, 3 LPRA §§ 1451-1454a (2018).

⁵⁶ *Janus*, 138 S.Ct. en la pág. 2485 n. 27.

⁵⁷ *Id.* en la pág. 2480.

⁵⁸ Ley de Relaciones del Trabajo de Puerto Rico, Ley Núm. 130 de 8 de mayo de 1945, 29 LPRA §§ 61-76 (2017).

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ CONST. PR art. II, §§ 16-17.

raciones. La titularidad no es lo fundamental, sino su operación económica. Y es que la empresa privada y las corporaciones públicas tienen algo en común que no tienen las agencias de gobierno: la generación de ganancias.

Recordemos que las corporaciones públicas son, básicamente, entidades privadas que, casualmente, le pertenecen al Estado. Sus ingresos provienen de sus clientes. No afectan el erario. En ese sentido, el Fondo del Seguro del Estado tiene más en común con Triple-S que con el Departamento de Educación.

Esto es vital, pues evita una confusión conceptual entre la doctrina de acción estatal (*state action*) que sí se enfoca en la titularidad de la entidad concernida, y la naturaleza de la expresión hecha en una negociación colectiva. *Janus* no es un caso de acción estatal. Por el contrario, la Opinión enfatiza en varias ocasiones que lo decisivo es si lo expresado durante la negociación colectiva es de naturaleza pública o no. En el contexto de una corporación pública que opera como negocio privado, el contenido de su expresión es más similar a un establecimiento privado que una agencia de gobierno. Esperemos que los tribunales entiendan esta importante distinción. De lo contrario, corren el riesgo de mutilar el concepto mismo de las corporaciones públicas en nuestro ordenamiento constitucional.

Resulta evidente que *Janus* es una decisión patentemente antisindical. El tono de la Opinión es considerablemente hostil a las organizaciones obreras. No nos extrañaría que, en un futuro cercano, el lenguaje del caso se utilice para justificar fallos aún más antisindicales. Pero de ello ocurrir, sería una continuación del ánimo hostil que *provocó* la decisión en *Janus*, más que una aplicación de la decisión como tal. Como vimos, se trata de una decisión considerablemente limitada: se prohíbe cobrar cargos de servicio a empleados de las agencias de gobierno que no forman parte de la unión. Según esta Opinión, salvo cargos por servicios directamente recibidos, como representación legal en un procedimiento disciplinario, solo se pueden cobrar cuotas a los no-miembros si ellos afirmativa y voluntariamente lo autorizan.

V. Procedimiento Civil

*(Animal Science Products, Inc. v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co.)*⁶¹

En ocasiones, el derecho extranjero será crucial para la correcta adjudicación de un pleito. En este caso, se presentó una causa de acción por supuestas violaciones al *Sherman Act* contra una compañía de origen chino. Se alegó que esta compañía había incurrido en *price fixing* en el contexto de unas vitaminas. La compañía presentó como defensa la excepción de inmunidad estatal. Específicamente, la compañía argumentó que estaba autorizada por el derecho positivo de China para, en efecto, determinar el precio de las vitaminas en controversia. Por tanto, resultaba crucial determinar si, en efecto, ese era el estado actual del derecho chino.

⁶¹ 138 S.Ct. 1865 (2018).

Para apoyar su alegación, la compañía demandada produjo un escrito del Ministerio de Comercio de la República Popular China que confirmaba su alocución. La pregunta ante la consideración del Tribunal Supremo federal era si tal escrito tenía un efecto determinante en la controversia sobre el contenido del derecho chino o si el tribunal de distrito podía tomar en consideración otra evidencia en contrario.

Según la Opinión, este tipo de asunto está gobernado por la Regla 44.1 de Procedimiento Civil federal.⁶² En particular, el Tribunal Supremo resolvió que las declaraciones oficiales de un gobierno sobre el contenido de su derecho positivo son importantes, pero no determinantes, en cuanto dicho asunto. En ese sentido, los tribunales “*should accord respectful consideration to a foreign government’s submission, but it is not bound to accord conclusive effect to the foreign government’s statements*”.⁶³

Anteriormente, el asunto del contenido del derecho extranjero era un asunto de *derecho*. No obstante, las Reglas fueron enmendadas posteriormente; de forma que, ahora se trata de una controversia de *hecho*. Por tanto, es susceptible de ser probado. Lo que es más, el tribunal no está limitado a la prueba sometida por las partes, sino que puede auscultar material más allá de las Reglas de Evidencia federales. A su vez, como cuestión de hecho, el tribunal debe llevar a cabo un ejercicio analítico para determinar cuánto peso debe darles a las declaraciones del gobierno extranjero sobre el contenido de su derecho. Esto incluye tomar en consideración si dichas declaraciones son consistentes con declaraciones anteriores del gobierno correspondiente y si estas fueron generadas en el contexto del litigio. También debe distinguirse entre las expresiones de una entidad de la Rama Ejecutiva o las decisiones de un tribunal.

En el caso específico ante la consideración del Tribunal, resulta interesante que las declaraciones del gobierno chino (1) no eran consistentes con declaraciones anteriores, que enfatizaron que *no* estaba autorizada la fijación de precios, y, (2) aparentemente, fueron generadas en el contexto específico del pleito entablado. Por tanto, con más razón, no debería dársele peso determinante.

VI. Repaso del Término

Como adelantáramos, y a diferencia de los últimos años, este término se caracterizó por sus resultados altamente conservadores y, en ocasiones, un tono muy agresivo. Esa tendencia posiblemente se acentúe en el futuro cercano. En particular, cabe hacer las siguientes observaciones.

Primero, la tendencia en el ámbito del derecho procesal penal fue, curiosamente, favorable a las personas acusadas. Segundo, la tendencia en el derecho laboral fue fuertemente antisindical. Tercero, la tendencia en el derecho constitucional fue convertir la Primera Enmienda en un arma ofensiva contra la reglamentación gubernamental.

⁶² FED. R. CIV. P. 44.1.

⁶³ *Animal Science Products, Inc.*, 138 S.Ct. en la pág. 1869.

mental. El elemento en común de estas tres tendencias es un acercamiento libertario conservador, muy cónsono con la evolución más reciente del pensamiento del juez asociado Kennedy. Es posible que su reemplazo se incline más hacia lo conservador que hacia lo libertario. Empero entiendo que la tendencia continuará siendo contra los derechos sindicales, la reglamentación gubernamental y las políticas sociales progresistas. Serán unos años en los que el desarrollo del derecho constitucional estatal será crucial para la defensa de los valores sociales. Posiblemente, estemos esperando demasiado.

HACIA UNA LEY GENERAL DE TRANSPARENCIA PARA PUERTO RICO

*Alba Nydia López Arzola**

Resumen

La abogada López Arzola plantea que la naturaleza fiduciaria de la gestión pública y los parámetros de calidad exigen la adopción e implementación de normas de transparencia y rendición de cuentas. Tales normas, además de facilitar el acceso a la información pública, son un antídoto contra la corrupción, estimulan la participación ciudadana informada y aumentan los niveles de confianza pública. Destaca que, aunque muchos ordenamientos jurídicos en el mundo cuentan con una legislación de transparencia comprensiva e integrada, Puerto Rico no ha adoptado un marco jurídico en esta materia. En este contexto, la autora aporta los criterios para una futura legislación la cual, al igual que la de los países líderes en la materia analizada en el artículo, debe ser integrada y comprensiva con parámetros claros de cumplimiento y obligatoriedad. La tesis de la autora es que la garantía legal al derecho de acceso a la información de forma pasiva (*transparencia formal pasiva o reactiva*) así como la obligación de las autoridades de divulgar la información pública de oficio (*transparencia formal activa y proactiva*) son estrategias importantes para lograr la cultura de transparencia y rendición de cuentas, como pilares del buen gobierno al que todos aspiramos.

* La licenciada es alumna del doctorado en “Derechos humanos, democracia, y justicia internacional” que ofrece la Facultad de Derecho de la Universitat de València (UV), en la línea de investigación “Derechos humanos, proceso e igualdad. Posee un Máster en “Derecho, Empresa y Justicia” de la UV (LLM, 2018), una Maestría en Administración Pública (MPA, 2015) y un Juris Doctor (Magna Cum Laude, JD, 2009), ambos grados de la Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras. Desde el 2012 colabora como investigadora principal en el Centro de Gobernanza Pública y Corporativa en temas como la transparencia, la rendición de cuentas y el acceso a la información en la gestión pública. Aunque la licenciada actualmente es empleada de la Rama Judicial de Puerto Rico, las expresiones contenidas en este artículo responden a las ideas, criterios u opiniones de la autora y en modo alguno representan la posición oficial de la Rama o de algún otro funcionario.

Abstract

Attorney López-Arzola argues that the fiduciary nature of governance and the quality parameters for that governance call for the adoption and implementation of transparency standards and accountability procedures. Besides facilitating access to public information, such norms are an antidote against corruption, increase the levels of trust among citizens, and encourage citizens to be informed and participate in public affairs. She emphasizes many legal systems in the world have adopted comprehensive and integrated transparency laws, but Puerto Rico has not established a legal framework on this matter. In this context, the author provides the standards for future legislation, which—like the legislation issued by leading countries on this subject—should be integrated, comprehensive, and have clear and mandatory standards of compliance. The author’s thesis is that the legal guarantee to the right to access to information in a passive form (*passive formal transparency*), as well as the obligation of the authorities to communicate readily available public information (*proactive formal transparency*) are important strategies to achieve accountability and a culture of transparency. These are pillars to the good governance to which we all aspire.

I. Introducción	91
II. Transparencia y acceso a la información	94
III. Puerto Rico: Régimen jurídico actual y proyectos de ley	116
IV. Propuesta de <i>lege ferenda</i> sobre Transparencia	146
V. Conclusión.....	157

I. Introducción

Según la *Carta iberoamericana de calidad en la gestión pública*, no podemos aspirar a gestionar los asuntos públicos bajo parámetros de calidad, excelencia, confiabilidad y efectividad, si tales asuntos no son tratados de forma transparente.¹ Conforme a este estándar, y como la gestión pública por su naturaleza fiduciaria debe ser fundamentalmente transparente y responsiva, diversos estándares internacionales establecen la necesidad de que cada gobierno tenga e implemente reglas de transparencia y rendición de cuentas. Por ejemplo, la mencionada *Carta* establece que los ordenamientos estatales deben reconocer que los ciudadanos tienen derecho a una gestión pública de calidad que implica, entre otras cosas, la oportunidad de “[s]olicitar y obtener información pública de interés general, en especial aquella referida a los resultados de la gestión pública y al desempeño de los órganos y entes de la administración pública, que sea completa, veraz y actualizada”.²

Al presente muchos ordenamientos jurídicos cuentan con legislación particular, comprensiva e integrada, sobre la transparencia en el sector público. Las normas adoptadas, además de favorecer el acceso a la información pública, son un mecanismo contra la corrupción en la medida en que los funcionarios y empleados públicos interiorizan que pueden ser observados y fiscalizados en sus actuaciones. Asimismo, estimulan la participación de la sociedad civil en los asuntos públicos y aumentan el nivel de confianza en la gestión pública por parte de los ciudadanos y las empresas privadas con evidentes beneficios sociales y económicos.

Sin embargo, a diferencia de muchos países de Iberoamérica –por ejemplo, México (2002), Chile (2008), El Salvador (2011) y España (2013)–, Puerto Rico no ha logrado una legislación integrada sobre la transparencia en el sector público,³ pese a que recientemente hubo dos iniciativas concretas. En primer lugar, el 11 de mayo de 2015, fue presentado por petición del Centro de Gobernanza Pública y Corporativa [en adelante, *CGPC*],⁴ el P. de la C. 2469 que proponía la promulgación

¹ *Carta iberoamericana de calidad en la gestión pública* (CLAD, Resolución No. 25 del “Plan de Acción de San Salvador”), aprobada por la X Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado (26 y 27 de junio de 2008), adoptada por la XVIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (29 al 31 de octubre de 2008), en la pág. 9, http://observatorioserviciospublicos.gob.do/baselegal/carta_iberamericana_de_calidad.pdf.

² *Id.* en la pág. 12.

³ En este trabajo, al referirnos a ley o legislación nos referimos al derecho legislado, que haya sido adoptado con el concurso de la rama legislativa y la ejecutiva, en el entendido de que implica mayor seguridad jurídica o tiene la vocación de garantizar de forma más certera el bien que pretende protegerse.

⁴ El *CGPC* es un centro de pensamiento y generación de conocimiento teórico-práctico (*think-tank*) cuya misión es contribuir a forjar una cultura de buen gobierno anclada en los principios de transparencia, rendición de cuentas, responsabilidad fiscal y la lucha anticorrupción.

de la *Ley de transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas de la gestión pública de Puerto Rico*. Tras las correspondientes vistas, el Proyecto fue revisado, pero, posteriormente, no fue atendido por la Cámara de Representantes. En segundo lugar, el 9 de mayo de 2016, fue presentado el P. de la C. 2944, que proponía la creación de la *Ley de transparencia y acceso a la documentación e información pública* y era impulsado principalmente por el Centro de Periodismo Investigativo [en adelante, *CPI*].⁵ Esta iniciativa también fue a vistas públicas y bajó al pleno con enmiendas, pero al final quedó pendiente de acción legislativa. Es nuestra intención en este trabajo comentar los aspectos más significativos de tales iniciativas con la convicción de que deben ser el punto de partida para cualquier propuesta futura en materia de transparencia, sin dejar de mencionar las iniciativas propuestas en el 2017 sobre acceso a la información y datos abiertos.

Cabe decir que, en su sentido general, la transparencia gubernamental o administrativa consiste en que los ciudadanos tengan información suficiente, confiable y oportuna sobre los asuntos públicos, y la oportunidad de identificar a los responsables en cada instancia de la gestión pública.⁶ Igualmente, consiste en que existan canales formales de acceso a la información y participación ciudadana, para elevar la calidad de la formulación de las políticas públicas y el seguimiento a la gestión de los asuntos públicos.⁷ Todos estos elementos deben garantizar que exista una gestión pública “[a]bierta al escrutinio, tolerante a la crítica y permeable a las propuestas de mejora y de cambio provenientes de la ciudadanía”⁸ a la que sabemos que se deben las autoridades públicas.

Aunque haya tomado mayor auge desde los noventa y principios del siglo XXI, el concepto de transparencia como instrumento para promover los fines públicos no es algo nuevo. Desde el 1795, en el tratado *Sobre la Paz Perpetua*, al exponer sus ideas sobre el derecho público y de las gentes, Kant elevó la publicidad de

⁵ El *CPI* es una entidad sin fines de lucro creada para fomentar el acceso a la información mediante tres vías: el periodismo de investigación, la litigación y la formación periodística. Está ubicado en la Escuela de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, junto a una clínica legal especializada en derecho a la información.

⁶ *Gobernanza y gestión de los asuntos públicos: Glosario de términos*, CENTRO DE GOBERNANZA PÚBLICA Y CORPORATIVA 9 (2015), <http://centrodegobernanza.com/pdf/Glosario.pdf> (última visita 27 de octubre de 2018).

⁷ La Declaración del Gobierno Abierto de 2011 establece los principios de gobierno abierto y transparente que los países que deseen ser miembros del *Open Government Partnership* de la ONU deben seguir. Respecto a la participación ciudadana, esta exige un compromiso de solicitar comentarios al público sobre cuál es la información más valiosa, y a tomar en cuenta tales opiniones en mayor medida posible, así como a apoyar la participación en la toma de decisiones, la formulación de las políticas públicas y la realización, el seguimiento y la evaluación de las actividades gubernamentales. *Declaración de gobierno abierto*, OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP, <https://www.opengovpartnership.org/declaracion-de-gobierno-abierto> (última visita 27 de octubre de 2018).

⁸ “Capítulo segundo. Principios inspiradores de una gestión pública de calidad: transparencia y participación ciudadana”. CLAD, *supra* nota 1, en la pág. 9.

las actuaciones de los poderes públicos a la categoría de la moral y la ética con la máxima: “[s]on injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados”.⁹ Para este filósofo, el derecho y la justicia solo son posibles si los actos relacionados son manifiestos, visibles o sabidos, por lo que la falta de publicidad supone la antijuridicidad.¹⁰ Kant armoniza los fines políticos con la moral y el derecho de las gentes, que solo es posible si existe previamente un estado jurídico,¹¹ con el siguiente principio: “[t]odas las máximas que necesitan la publicidad (para no fracasar en sus propósitos) concuerdan con el derecho y la política a la vez”.¹² La publicidad, que debe eliminar la desconfianza, puede lograr su fin solo si ese fin se adecua al interés general, con el que la política y el derecho público deben coincidir.¹³

El concepto de transparencia tiene dos vertientes: la *transparencia formal o jurídica* y la *transparencia real o perceptual*, esta última es independiente al marco jurídico.¹⁴ En la *transparencia real o perceptual* entra en juego la forma de implementar el ordenamiento jurídico adoptado sobre esta materia (los programas y estrategias específicas de las entidades públicas concernidas) y la cultura o sistema de pensamiento existente en el seno de las entidades públicas y de los operadores jurídicos. También la percepción de los ciudadanos sobre la aplicación de las normas jurídicas sobre transparencia y el funcionamiento real de las instituciones públicas en esta materia que, de ordinario, tiende al distanciamiento respecto a lo que establece el marco jurídico.¹⁵ La distinción es importante porque pueden existir normas de transparencia que desde el punto de vista formal o normativo sean adecuadas y, sin embargo, tengan deficiencias importantes en la implementación institucional y en la cultura jurídica (que incluye “el conocimiento y percepciones que tienen los ‘iniciados’ y ‘la gente de la calle’ sobre el derecho y sobre el funcionamiento real de [las instituciones y del sistema de] justicia en su misión de hacer cumplir

⁹ IMMANUEL KANT, SOBRE LA PAZ PERPETUA 61-62 (Joaquín Abellán trad., Editorial Tecnos 6ta ed. 1998).

¹⁰ *Id.*

¹¹ *Id.* en las págs. 66-67.

¹² *Id.* en la pág. 69.

¹³ *Id.*

¹⁴ *Estudio de investigación sobre el estado de la situación jurídica de la transparencia y la rendición de cuentas en el Gobierno de Puerto Rico*, 1 SUMARIO DE ASUNTOS DE POLÍTICA PÚBLICA, no. 1, en las págs. 15-16 (2013), <http://www.puertoricotransparente.org/wp-content/uploads/2017/06/Transparencia-y-Rendici%C3%B3n-de-Cuentas.pdf>. El CGPC atendió la vertiente de la transparencia real. *Las prácticas de transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad fiscal en la gestión municipal en Puerto Rico*, CENTRO DE GOBERNANZA PÚBLICA Y CORPORATIVA (2016), <http://centrodegobernanza.com/pdf/CGPYC-Resultados-Invest-Practicas-Trasn-Municipal-2016.pdf> (última visita 27 de octubre de 2018).

¹⁵ Raquel Yrigoyen Fajardo, *Una fractura original en América latina: La necesidad de una juridicidad democrático-pluralista*, en GUATEMALA: POBRE, OPRIMIDA O PRINCESA ENCANTADA (Fridolin Birk ed., 1997) (*disponible en* <http://alertanet.org/tyf-fractura.htm>) (última visita 17 de noviembre de 2018).

el marco jurídico]”).¹⁶ En este escrito evaluaremos los aspectos relacionados a la transparencia formal o jurídica con la esperanza de aportar algunos criterios para una futura legislación para el sector público en Puerto Rico. Dicha legislación, al igual que la de los países líderes en la materia, debe ser integrada y comprensiva con parámetros claros de cumplimiento y obligatoriedad. Lo anterior porque, *a contrario sensu*, en materia de transparencia no deseamos normas que desde el punto de vista formal o normativo sean solo de carácter aspiracional o *leges imperfectae*.

A lo largo de esta investigación demostraremos que no partimos en el vacío para concretar esta necesidad apremiante de la sociedad puertorriqueña. Al presente tenemos alguna legislación dispersa o fragmentada sobre la transparencia y la rendición de cuentas en el sector público, además, un adecuado desarrollo jurisprudencial sobre el derecho de acceso a la información. Como mencionamos, recientemente tuvimos dos iniciativas legislativas muy encaminadas en tales aspectos. En este análisis, es nuestro deseo aportar al desarrollo legislativo del derecho de acceso a la información en manos de las autoridades puertorriqueñas como exigencia elemental de lo que debe ser todo estado de derecho social y democrático, y punto de partida para desarrollar la transparencia gubernamental fundamentada en la plataforma del gobierno abierto.

Nuestra tesis es que la garantía legal al derecho de acceso a la información de forma pasiva (*transparencia pasiva o reactiva*) así como la obligación de las autoridades de divulgar la información pública de oficio (*transparencia activa y proactiva*) son estrategias importantes para lograr la cultura de transparencia y rendición de cuentas, como pilares del buen gobierno al que todos aspiramos, conjuntada con la participación ciudadana, democrática o política. Otra estrategia importante, pero de más reciente cuña, es la reutilización de la información pública para resolver problemas particulares y producir bienes y servicios, entre otros usos de interés general, que algunos sectores le han llamado la *transparencia focalizada y colaborativa* y que incluye la divulgación continua de “datos abiertos”.¹⁷

II. Transparencia y acceso a la información

A. Principios generales sobre la transparencia en el sector público

No hay duda de que la gobernanza es el paradigma de la gestión pública en el siglo XXI.¹⁸ En su visita a Puerto Rico el doctor Luis F. Aguilar Villanueva,

¹⁶ *Id.*

¹⁷ Agustí Cerrillo I. Martínez, *El uso de medios electrónicos en la difusión de información pública*, en RÉGIMEN JURÍDICO DE LA TRANSPARENCIA DEL SECTOR PÚBLICO: DEL DERECHO DE ACCESO A LA REUTILIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN 324 (2014).

¹⁸ Véase Eneida Torres de Durand, *La Gobernanza como paradigma de gestión pública y corporativa para el siglo 21*, en UNA NUEVA GOBERNANZA PARA PUERTO RICO 42-43 (Eneida Torres de Durand y Saúl Pratts Ponce de León eds., 2013).

especialista en filosofía política, expresó que la gobernanza es la respuesta integral más reciente al problema de la capacidad y eficacia del gobierno en la dirección de los asuntos públicos.¹⁹ Diversos estudios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [en adelante, *OCDE*] destacan que la transparencia y la rendición de cuentas son elementos esenciales para la buena gobernanza.²⁰ Esta última es definida por el doctor Aguilar como el “[p]roceso directivo que por sus normas, procedimientos y controles genera condiciones que favorecen la eficacia de las acciones...”²¹

En Puerto Rico, el CGPC ha insistido en que la transparencia, en sus dos vertientes, junto a la rendición de cuentas son estrategias que promueven la buena gobernanza.²² Según el doctor Saúl Prats Ponce de León, destacado profesor retirado de la Escuela de Administración Pública de la Universidad de Puerto Rico, la transparencia es la piedra angular de la buena gobernanza que inicia e impulsa la rendición de cuentas efectiva. Aún más, la integración de estos elementos es la base de cualquier modalidad de gobernanza en cualquier diseño organizacional.²³ El doctor Leonardo Santana Rabell, reconocido a nivel mundial por sus trabajos de investigación en el campo de la administración pública, también ha hecho aportaciones importantes para la creación de una plataforma de gobernanza para el sector público puertorriqueño.²⁴

El papel protagónico de estos elementos para muchas organizaciones internacionales, y desde el contexto puertorriqueño para el CGPC y expertos en el campo de administración pública, se debe a que los países de mayor desarrollo democrático y con los índices más altos en variables relacionadas a la gobernanza son aquellos que han adoptado normas de transparencia y rendición de cuentas como pilares de la gestión pública. En esta línea destacan los países nórdicos como Suecia, Finlandia, Dinamarca y Noruega, y varios países anglófonos como Nueva Zelanda, Canadá y el Reino Unido. En particular, estos países se destacan en el “Índice de percepción de la corrupción” de Transparencia Internacional como los

¹⁹ Luis Aguilar Villanueva, *Cátedra Anual La nueva gobernanza pública*, CENTRO DE GOBERNANZA PÚBLICA Y CORPORATIVA 7-8 (2014) (disponible en <http://centrodegobernanza.com/pdf/La-Nueva-Gobernanza-Publica.PR.UT.pdf>) (última visita 27 de octubre de 2018).

²⁰ *Hacia una gestión pública más efectiva y dinámica en México*, OCDE PUBLISHING 18 (2011), https://read.oecd-ilibrary.org/governance/estudios-de-la-gobernanza-publica-de-la-ocde-hacia-una-gestion-publica-mas-efectiva-y-dinamica-en-mexico_9789264116252-es#page2 (última visita 27 de octubre de 2018).

²¹ Aguilar Villanueva, *supra* nota 19, en la pág. 19 n. 6.

²² ENEIDA TORRES DE DURAND Y SAÚL PRATTS PONCE DE LEÓN, UNA NUEVA GOBERNANZA PARA PUERTO RICO 31 (2013).

²³ *Id.* en la pág. 35.

²⁴ Su libro más reciente es: LEONARDO SANTANA RABELL, A REFORMAR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: DE LA BUROCRACIA A LA GOBERNANZA: UNA GUÍA CONCEPTUAL BÁSICA PARA SERVIDORES PÚBLICOS Y POLÍTICOS (2015).

menos corruptos y en el “índice de voz y rendición de cuentas” del Banco Mundial entre los que permiten mayor participación democrática, y dan mayor protección a la libertad de expresión, de asociación y de prensa.²⁵ Respecto al índice de competitividad del Foro Económico Mundial se destacan entre los mejores: Suiza, Estados Unidos, Alemania, Finlandia, Suecia, Reino Unido, Dinamarca y Nueva Zelanda.²⁶

Desde sus inicios el CGPC ha contado con la colaboración estrecha del Mercatus Center de la Universidad de George Mason, que codirige el Hon. Maurice McTigue, QSO, experto en la gran reforma gubernamental de Nueva Zelanda que sirve de modelo mundial. Para este académico y experto en políticas públicas, la transparencia y la rendición de cuentas dan legitimidad y credibilidad a la gestión gubernamental.²⁷

En el Tratado básico sobre la transparencia,²⁸ Maurice McTigue define la transparencia como “[e]l proceso que requiere que revelemos, sustantivamente y con veracidad, nuestro desempeño a aquellos que tienen el derecho a saberlo”.²⁹ Subraya que la divulgación sustantiva no puede ser algo opcional, debe existir una obligación legal que tenga la mayor claridad, precisión o especificidad posible y un régimen sancionador en caso de incumplimiento.³⁰ La divulgación sustantiva implica que la información revelada, verbalmente o por medios escritos, sea comprensible y percibida como pertinente para el destinatario. No se trata de divulgar datos por meramente divulgarlos. Si el formato utilizado para divulgar la información pública y su localización trae dificultades al destinatario no cumple el objetivo de la divulgación sustantiva.³¹

Las políticas de transparencia solo son efectivas si el destinatario puede evaluar, considerar y actuar sobre la información divulgada. Dicho de otro modo, la divulgación será sustantiva y funcional solo si logra reducir la distancia entre la transparencia y la rendición de cuentas.³² Para McTigue la primera es prerequisite

²⁵ *Estudio de investigación sobre el estado de la situación jurídica de la transparencia y la rendición de cuentas en el Gobierno de Puerto Rico*, 1 SUMARIO DE ASUNTOS DE POLÍTICA PÚBLICA 3-4 (2013) (disponible en <http://centrodegobernanza.com/pdf/Sumario-1.pdf>) (última visita 28 de octubre de 2018).

²⁶ *Id.*

²⁷ Véase Torres de Durand, *supra* nota 18, en la pág. 51.

²⁸ Maurice McTigue, *Tratado básico sobre la transparencia*, en UNA NUEVA GOBERNANZA PARA PUERTO RICO 63-80 (2013).

²⁹ *Id.* en la pág. 75.

³⁰ *Id.*

³¹ *Id.* en las págs. 77-79.

³² *Id.* en la pág. 76. Respecto a esta idea, McTigue hace alusión al trabajo: Archon Fung *et al.*, *The Political Economy of Transparency: What makes disclosure policies effective?*, ASH INSTITUTE FOR DEMOCRATIC GOVERNANCE AND INNOVATION JOHN F. KENNEDY SCHOOL OF GOVERNMENT HARVARD UNIVERSITY (2004), https://ash.harvard.edu/files/political_econ_transparency.pdf (última visita 9 de noviembre de 2018).

de la segunda, que en términos jurídicos significa que la transparencia es una condición *sine qua non* para la rendición de cuentas.³³ En esta línea de pensamiento, la transparencia es concebida como un instrumento de control externo de la actuación administrativa que permite la rendición de cuentas en el contexto político mediante el ejercicio del derecho al voto o la llamada democracia electoral.

Para redondear lo expresado, la transparencia gubernamental consiste en que los ciudadanos tengan información suficiente sobre los asuntos públicos sin necesidad de requerimiento o previa solicitud –aunque se garantice legalmente el derecho a solicitar–, que sea confiable, oportuna, constante, accesible, inteligible y reutilizable. Lleva consigo la oportunidad de identificar a los responsables de la gestión pública y permite que los afectados por las acciones gubernamentales conozcan no solo los resultados de la gestión, sino también las políticas públicas adoptadas, los mecanismos, los procesos y los insumos utilizados en la gestión.³⁴ La transparencia incluye el acceso a la información pública sin necesidad de demostrar un interés particular o directo, la publicidad o divulgación activa de todos los actos públicos, la apertura en la toma de decisiones sobre asuntos públicos y la disponibilidad de información sobre la forma en que opera el gobierno, incluso de sus operadores. El concepto delinea un modo de ser de la administración pública que pueda superar la cultura de secretividad, característica del modelo burocrático del siglo pasado.³⁵

La transparencia es un concepto multidimensional que se caracteriza por la interconexión y simbiosis de varias categorías: “transparencia y control de gasto público [responsabilidad fiscal] versus [control de la] corrupción, democracia, acceso a la información, participación ciudadana, [rendición de cuentas, gobierno abierto, nuevas tecnologías]. . .”.³⁶ La transparencia es un valor esencial para la ética pública contemporánea que debe afectar el comportamiento de los funcionarios y los empleados públicos,³⁷ en la medida que las autoridades interiorizan que pueden ser observados y fiscalizados en sus actuaciones. En particular, cabe citar que:

Todos son elementos inseparables dentro de una misma estructura, no existen los unos sin los otros y persiguen el mismo objetivo: servir al bien común de los ciudadanos, fortalecer los fundamentos democráticos y la confianza en las instituciones públicas, legitimar los gobiernos y evolucionar

³³ McTigue, *supra* nota 28.

³⁴ *Estudio*, *supra* nota 25, en las págs. 4-5.

³⁵ *Id.*

³⁶ María del Pilar Feal Rodríguez, *Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: Contexto legal y conceptual, incidencia en la administración electrónica, estudio comparativo y debate público*, UNIVERSIDAD DE A CORUÑA (2013), en la pág. 22 http://sieu.es/ahdi/downloads/anteproyectoleytransparencia_pilarfealrodrigue.pdf (última visita 9 de noviembre de 2018).

³⁷ Cerrillo I. Martínez, *supra* nota 17, en la pág. 328.

hacia una sociedad más avanzada y justa, en definitiva, favorecer la praxis del buen gobierno.³⁸

De esta breve exposición sobre lo que representa la transparencia para diversos expertos en el campo de las ciencias políticas y de la administración pública, podemos afirmar que la transparencia aglutina muchos elementos, principios y derechos que no se limitan al ámbito jurídico.³⁹ A veces se entiende que la transparencia va más de la mano de la divulgación activa y que se distancia un tanto del derecho de acceso a la información pública identificado como parte de la publicidad pasiva o reactiva. Sin embargo, el doctor Lorenzo Cotino Hueso, de la Universidad de Valencia, entiende que ambos principios se integran en el concepto genérico de transparencia. El doctor Cotino Hueso, también, expresa que no ha sido hasta entrada el siglo XXI que ha tomado mayor auge el binomio transparencia-participación ciudadana. Esto, mayormente con el concepto de gobierno abierto y la llamada democracia participativa, como elementos característicos de la buena gobernanza.⁴⁰

Por su parte, el doctor en política pública Rafael Enrique Valenzuela Mendoza es uno de los especialistas en gobierno abierto que postula que la transparencia y el acceso a la información son dos caras de diferentes monedas y no de una misma. Este experto plantea que el acceso a la información pública tiene una relación más directa con la participación cívica en la administración pública que con la transparencia. Considera que la base para tomar decisiones informadas en el ejercicio de los derechos políticos, sociales y económicos radica en la posibilidad de acceso a la información. Sin embargo, no identifica alguna relación directa con la transparencia. Aunque reconoce que el derecho de acceso a la información consolidado lleva a la transparencia, no ve que la relación pueda darse a la inversa, pues la transparencia no necesariamente garantiza el derecho de acceso.⁴¹ En esta línea, sin ánimos de exhaustividad, analizaremos las políticas regulatorias del derecho de acceso a la información según aparecieron en diversos países pioneros y aquellas que recogen medidas expresas de transparencia en tiempos más recientes.⁴²

³⁸ Feal Rodríguez, *supra* nota 36.

³⁹ Lorenzo Cotino Hueso, *El derecho fundamental de acceso a la información, la transparencia de los poderes públicos y el gobierno abierto. Retos y oportunidades*, en RÉGIMEN JURÍDICO DE LA TRANSPARENCIA DEL SECTOR PÚBLICO: DEL DERECHO DE ACCESO A LA REUTILIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN 39 (2014).

⁴⁰ *Id.* en las págs. 45-46.

⁴¹ Rafael E. Valenzuela Mendoza y Juan Pablo Araya Orellana, *La transparencia colaborativa como instrumento de una participación más inclusiva*, XVIII CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 2-3 (2013), <http://old.clad.org/congreso-clad> (última visita 9 de noviembre de 2018).

⁴² Según la Clasificación Mundial del Derecho a la Información, hoy día unos 128 países cuentan con una legislación sobre acceso a la información. Esta clasificación es establecida por el Centro de

B. Primeras leyes sobre acceso a la información en el mundo

Los primeros países en adelantar regulación sobre el derecho de acceso a la información pública, vinculado con la libertad de expresión, de prensa y de información, fueron los países escandinavos como Suecia y Finlandia y los Estados Unidos de América, junto a otros países angloparlantes como Nueva Zelanda y Canadá, estos tres de la familia jurídica del derecho común. Suecia fue pionero en reconocer el derecho de acceso a los archivos públicos al promulgar la Ley fundamental de Libertad de Prensa y del Derecho de Acceso a las Actas Públicas de 1766, cuyo artículo 10 establecía el derecho de los ciudadanos suecos al acceso a la documentación oficial.⁴³ A continuación expondré las características generales las primeras leyes de acceso en el mundo, en particular, el caso de Finlandia, Estados Unidos y Nueva Zelanda.

1. Finlandia: Publicidad de los actos gubernamentales

A mediados del pasado siglo, Finlandia aprobó la Ley de publicidad de los documentos oficiales de 1951, sustituida en el 1999 por la Ley de publicidad de los actos gubernamentales, la cual ha sido posteriormente modificada.⁴⁴ El derecho de acceso a los documentos oficiales también es de rango constitucional desde el 1999 (artículo 12 de la Carta de derechos y libertades).⁴⁵ Así pues, en Finlandia, existe

Derecho y democracia [en adelante, *CLD*], con sede en Canadá, conforme a unos siete indicadores o metodología para comparar leyes de acceso a la información, a saber: (1) derecho de acceso; (2) ámbito de aplicación; (3) procesos y trámites de solicitudes; (4) excepciones y negativas; (5) recursos y reclamaciones; (6) sanciones; y (7) promoción de la ley. Véase RTI RATING, <http://www.rti-rating.org> (última visita 9 de noviembre de 2018).

⁴³ En el 2009, Suecia adoptó una nueva ley de acceso a la información: *Public Access to Information and Secrecy Act*. Aunque la ley sueca no se destaca como una modelo de acuerdo con los indicadores modernos si destaca la *praxis* de la sociedad sueca en materia democrática. “Puede afirmarse que la transparencia es algo consustancial a la cultura sueca [. . .] el país garantiza mediante su *praxis* desarrollada durante siglos, el derecho de su ciudadanía a acceder a la información pública sin necesidad de extremar la dureza de sus leyes”. Un ejemplo de la *praxis* sueca “[e]s que, aun siendo legal el silencio administrativo, este no existe en la práctica ya que su Administración contesta todo, situándose la media de resolución de solicitudes entre 24 y 72 horas”. Feal Rodríguez, *supra* nota 36, en las págs. 14 y 29.

⁴⁴ *Finland*, CENTRO DE ESTUDIOS EN LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ACCESO A LA INFORMACIÓN, UNIVERSIDAD DE PALERMO, <https://www.palermo.edu/cele/acceso-a-la-informacion/Paises-acceso/on/finland.html> (última visita 9 de noviembre de 2018).

⁴⁵ Este artículo dispone que “[l]os documentos y otros registros en dominio de las autoridades son públicos, si su publicidad por motivos imperiosos no está expresamente limitada por Ley. Todas las personas tienen derecho a acceder a la información de los documentos y registros públicos”. SUOMEN PERUSTUSLAKI [CONSTITUCIÓN] 11 de junio de 1999 cap. 2, art. 12 (Fin.), *traducción no oficial preparada por el MINISTERIO DE JUSTICIA DE FINLANDIA*, <https://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1999/es19990731.pdf> (última visita 9 de noviembre de 2018).

una presunción general de carácter constitucional de que los documentos y archivos en posesión de las autoridades son de dominio público, salvo que exista un interés apremiante para exceptuarlos, que incluye tanto los documentos creados por un funcionario como los recibidos.

La reforma de 1999, con sus enmiendas posteriores, amplió el derecho de acceso a la documentación oficial y los sujetos obligados por ley para incluir a entidades privadas que cumplen fines públicos o que desempeñan alguna actividad por encargo de la autoridad pública.⁴⁶ Dicha reforma también extendió las obligaciones de la publicidad activa o de oficio por parte de las autoridades públicas, que incluye a las autoridades administrativas del estado, las municipales y las corporaciones estatales, a las autoridades parlamentarias y judiciales.⁴⁷ Cuando haya que solicitar alguna información, la persona que solicita no tiene que acreditar alguna motivación particular o interés, salvo que haya que ejercer discreción para la expedición de un documento que no sea de dominio público o para salvaguardar otros derechos.⁴⁸

Resalta de la legislación finlandesa que hay un artículo específico para establecer cuándo los documentos son de dominio público. En particular, y en lo pertinente a determinada controversia surgida en Puerto Rico en esta materia,⁴⁹ la sección 6 de la Ley de 1999 reconoció que las propuestas presupuestarias de los ministerios y las agencias serán de dominio público cuando el Ministerio de Finanzas certifique con su firma su posición sobre tales propuestas. El proyecto de presupuesto, con las propuestas incluidas en él con posterioridad, será de dominio público cuando esta sea presentada al Parlamento.⁵⁰

Además, la referida sección reconoce que los documentos preparatorios para un proceso deliberativo (como los estudios o estadísticas) o para la contratación de las agencias serán de dominio público como tarde cuando se haya tomado la decisión en cuestión o firmado o confirmado por otro medio (presumiblemente como final) el requerimiento de licitación, la propuesta de servicios o el contrato.⁵¹ No obstante, las autoridades deben tener disponible información sobre las iniciativas de reformas legislativas, lo que incluye la designación de una comisión o la persona a cargo de la redacción de la propuesta, y los planes, cuentas y las decisiones tomadas sobre

⁴⁶ Véase *Ley de publicidad de los actos gubernamentales de 1999, según enmendada, sección 4 (2) y sección 5 (2) y (4), traducción no oficial de MINISTERIO DE JUSTICIA DE FINLANDIA*, https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1999/en19990621_20150907.pdf (última visita 9 de noviembre de 2018).

⁴⁷ *Id.* en la sección 4.

⁴⁸ *Id.* en la sección 13.

⁴⁹ Véase *Hon. Eduardo Bhatia Gautier v. Hon. Ricardo Rosselló Nevares*, 199 DPR 59 (2017) (en este caso el gobierno reclamaba que el proyecto de presupuesto enviado a la Junta de Supervisión Fiscal era un documento de trabajo o un borrador en etapa deliberativa resguardado de divulgados por el privilegio ejecutivo).

⁵⁰ *Ley de publicidad de los actos gubernamentales, supra* nota 46, en la sec. 6.

⁵¹ *Id.*

asuntos pendientes de interés general. Si las autoridades son requeridas sobre asuntos pendientes deben proveer acceso a la información relacionada al proceso de evaluación, las alternativas y el efecto de las opciones en consideración.⁵²

Recientemente, Finlandia adoptó la Ley de gestión en gobernanza de la información en la administración pública (634/2011).⁵³ Este tipo de legislación es esencial para garantizar el derecho de acceso a la información, y asegurar la interoperabilidad y reutilización de la información pública divulgada de oficio en los portales oficiales. No es posible garantizar el cumplimiento efectivo con los deberes de las autoridades relacionados al derecho de acceso y transparencia sin un sistema de administración de información pública eficiente. Antes de finalizar esta subsección, hay que destacar que, consistentemente, Finlandia ha ocupado los primeros puestos en el Índice de Percepción de la Corrupción que elabora la Organización para la Transparencia Internacional.⁵⁴ Según la Clasificación Mundial del Derecho a la Información [en adelante, *Clasificación RTI*], la legislación de acceso a la información finlandesa obtuvo un total de 105 de 150 puntos posibles. Las áreas de mayor limitación en el ordenamiento son las excepciones y negativas a la divulgación de información (16/30) y el régimen sancionador por incumplimiento a las disposiciones que protegen el acceso y las protecciones contra represalias (3/8).⁵⁵ Con todo, Finlandia obtuvo el puesto 31 entre 123 países evaluados en esta clasificación mundial.⁵⁶

2. Estados Unidos: Origen y desarrollo del FOIA

En los Estados Unidos de América no existe el derecho constitucional de acceso a la información en manos del gobierno.⁵⁷ Aunque los juristas estadounidenses exponen que el derecho a conocer qué hace el gobierno es esencial al derecho de libertad de expresión, el Tribunal Supremo Federal no ha hecho tal reconocimiento de forma expresa.⁵⁸ Como expresa el profesor José Julián Álvarez González, en la jurisdicción federal no existe una teoría general de cómo el derecho a saber es pro-

⁵² *Id.* en la sección 19.

⁵³ *Act on Information Management Governance in Public Administration* (634/2011), traducida por *World Wide Web Consortium (W3C)*, https://www.w3.org/2013/share-psi/wiki/images/1/18/Act_on_Information_Management_en.pdf (última visita 9 de noviembre de 2018).

⁵⁴ *Corruption Perceptions Index 2017*, TRANSPARENCY INTERNATIONAL, https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017 (última visita 9 de noviembre de 2018).

⁵⁵ *Finland*, *supra* nota 44.

⁵⁶ *By Country*, GLOBAL RIGHT TO INFORMATION RATING, <https://www.rti-rating.org/country-data/> (última visita 9 de noviembre de 2018).

⁵⁷ *McBurney v. Young*, 569 U.S. 221 (2013) y los casos allí citados.

⁵⁸ JOSÉ JULIÁN ÁLVAREZ GONZÁLEZ, LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN Y PRENSA EN PUERTO RICO: CASOS Y MATERIALES 245 (2009).

tegado constitucionalmente, pues a lo más que ha llegado el Tribunal Supremo es a resolver que la ausencia a la información gubernamental puede, en determinadas circunstancias, lesionar el derecho a la libertad de expresión.⁵⁹ La jurisprudencia federal lleva el mensaje de que, “[s]alvo en circunstancias específicas y extremas, la determinación de cómo, cuándo y bajo qué condiciones debe divulgarse información en manos del gobierno, [debe regirse] por legislación, y no por principios constitucionales derivados caso a caso”.⁶⁰

Con esto en mente, hay que señalar que, en el 1966, el gobierno federal de los Estados Unidos aprobó la primera versión de la Ley federal de libertad de información [en adelante, *FOIA*], que entró en vigor el 4 de julio de 1967.⁶¹ Dado que la sección 3 de la Ley Federal de Procedimientos Administrativos de 1946 requería demostrar un interés directo en la información solicitada y las autoridades tenían amplia discreción para denegar el acceso, el FOIA creó una presunción general de que los documentos en poder de una agencia federal eran susceptibles al acceso por parte de los ciudadanos.⁶² La presunción favorable a la divulgación de la información en poder de las agencias federales sujetas al FOIA ha sido reconocida por el Tribunal Supremo federal.⁶³

En términos generales, el FOIA original definió cuál era la información que debía ser divulgada a los ciudadanos mediante publicaciones en el *Federal Register*, lo cual incluía información general de las operaciones, y la forma en que una persona podía solicitar información u obtener las decisiones administrativas que emiten las agencias, las normas procesales y las normas sustantivas de aplicación general.⁶⁴ Además, las opiniones y órdenes, los récords y el resultado de los procedimientos deliberativos de las agencias debía estar disponibles para inspección y copia de por parte de los ciudadanos.⁶⁵

Los récords de las agencias no sujetos a divulgación de oficio, por su parte, podrían ser accesibles mediante solicitud particular.⁶⁶ Actualmente, el FOIA exige que las agencias federales divulguen de oficio los registros públicos que sean solicitados con frecuencia por los ciudadanos.⁶⁷ En el FOIA original se reconocieron nueve

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Id.* en la pág. 246.

⁶¹ Freedom of Information Act of 1966, 5 U.S.C.A. §§ 552-552(b). El texto de la enmienda que introdujo la Ley Pública 89-487 de 1966, 80 Stat. 250, a la sección 3 de la Ley Federal de Procedimientos Administrativos de 1946 (*disponible en* <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-80/pdf/STATUTE-80-Pg250.pdf>) (última visita 9 de noviembre de 2018).

⁶² Freedom of Information Act de 1974, enmendada, 88 Stat. 1561.

⁶³ Véase *United States Department of State v. Ray*, 502 U.S. 164 (1991); *Department of Air Force v. Rose*, 425 U.S. 352 (1976).

⁶⁴ Freedom of Information Act of 1966, 5 U.S.C.A. § 552 (a).

⁶⁵ *Id.* en la § 552 (b).

⁶⁶ *Id.* en la § 552 (c).

⁶⁷ FOIA Improvement Act of 2016, 114 P.L. 185, 130 Stat. 538 § 2 (*enmendando* Freedom of Information Act of 1966, 5 U.S.C.A. § 552 (a) ¶ (2)).

excepciones para las solicitudes de información basadas en el interés de seguridad nacional; normas y prácticas internas de personal; secretos de negocios; memorandos o cartas internas; información médica o personal de terceros; entre otros.⁶⁸

El FOIA de 1966 ha sido sujeto a varias enmiendas. Se destaca la Ley Pública 93-502 de 1974 que fue la respuesta a determinadas preocupaciones en la implementación de la primera versión aprobada del FOIA.⁶⁹ Según el informe de las Comisiones designadas a evaluar el efecto que había tenido la medida, las áreas que representaban mayores dificultades fueron: (1) que en responder a los requerimientos de información, en promedio, las agencias tardaban treinta y tres días; además, para actuar sobre una solicitud de revisión de una denegatoria tomaban en promedio unos cincuenta días adicionales; (2) los altos costos de reproducción; (3) que los remedios judiciales tomaban mucho tiempo e implicaban altos costos para el solicitante; (4) que las solicitudes de acceso eran evaluadas por empleados de confianza, no por algún Oficial de la Información Pública con nombramiento de carrera; y (5) que los funcionarios de alto nivel no priorizaban la implementación de la medida ni fomentaban una cultura de apertura gubernamental, al contrario sobre-clasificaban documentos como confidenciales o los escondían del público para evitar la crítica política, entre otros asuntos.⁷⁰

Conforme a los hallazgos enumerados, la Ley Pública 93-502 de 1974 estableció un plazo de diez días para responder a las solicitudes de información, y uniformó los cargos por la búsqueda y reproducción de documentos. Además, facultó a los tribunales para realizar una inspección en cámara de los documentos sujetos a reclamos de confidencialidad; estableció la necesidad de segregar los documentos a divulgar de los exentos; y, entre otros asuntos, autorizó procedimientos disciplinarios para los casos de denegatorias arbitrarias o caprichosas.

Ahora bien, las enmiendas de 1996 introducidas por la Ley Pública 104-231, Ley de libertad de información electrónica [en adelante, *E-FOIA*], implicaron que los récords creados por las agencias federales debían estar disponibles para examen por medios electrónicos.⁷¹ La E-FOIA aumentó el plazo para responder a las solicitudes de información de diez a veinte días hábiles o laborables.⁷²

En el 2007 fue adoptada la Ley federal de gobierno abierto para enmendar el FOIA.⁷³ Resalta de esta enmienda la creación de la Oficina de Servicios de Información Gubernamental [en adelante, *OGIS*], adscrita a la Archivos Nacionales y Administración de Documentos.⁷⁴ Los roles designados a la OGIS son aquellos de un

⁶⁸ Freedom of Information Act of 1966, 5 U.S.C.A. §552(e).

⁶⁹ Freedom of Information Act of 1974, 93 P.L. 502.

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ Electronic Freedom of Information Act, 110 Stat. 3048 § 4.

⁷² *Id.* en la § 8 (b).

⁷³ Openness Promotes Effectiveness in our National Government Act of 2007, 121 Stat. 2524.

⁷⁴ *Id.* en la § 10.

ombudsman o un defensor público que debe evaluar el cumplimiento con el FOIA, así como las políticas y los prendimientos relacionados existentes en las agencias a fin de recomendar cambios al Congreso de los EE.UU.⁷⁵ Destaca que esta nueva entidad ofrezca servicios de mediación para la resolución de conflictos, entre otros mecanismos alternos, entre el requirente FOIA y la agencia requerida a divulgar determinada información.⁷⁶

Otro aspecto que debe destacarse de las enmiendas de 2007 fue el requerimiento legislativo a las agencias de nombrar un Oficial Principal FOIA (“*Chief FOIA Officer*”), con rango senior, y al menos un Enlace FOIA (“*FOIA Public Liaison*”).⁷⁷ El Enlace responde a la Oficial principal y tiene la obligación legal de ayudar a reducir las demoras en la atención de las solicitudes y en la resolución de conflictos.⁷⁸ Dado este rol de mediador, se dispuso que las agencias debían notificar a los requirentes sobre la posibilidad de procurar la asistencia del Enlace FOIA.⁷⁹

Los deberes y las responsabilidades del Oficial Principal están definidas en la legislación y comprende la responsabilidad de velar por el cumplimiento eficiente y adecuado con las disposiciones del FOIA.⁸⁰ Estos aspectos sobre la administración de la legislación era un asunto ya implementado en muchas de las agencias en virtud de la Orden Ejecutiva Núm. 13392-2005.⁸¹

En el 2016, el Congreso federal aprobó el *FOIA Improvement Act* para disponer que la información pública sujeta a divulgación estará en formato electrónico.⁸² Además, dispuso que los récords que hayan sido solicitados tres veces o más también deben estar disponibles de forma proactiva en formato electrónico.⁸³ A esto se le ha llamado la codificación de la “*Rule of 3*” para documentos solicitados con frecuencia. En esencia, está predicada en la premisa de que la divulgación a una persona debe extenderse a todos.⁸⁴ La divulgación de datos estadísticos utilizados en informes públicos debe ser en formato abierto, descargable y reutilizables.⁸⁵

⁷⁵ *Id.* en la ¶ (2).

⁷⁶ *Id.* en la ¶ (3).

⁷⁷ *Id.* en la § 10 (*enmendando* FOIA, 5 U.S.C.A. § (c)(J)).

⁷⁸ *Id.* (*enmendando* FOIA, 5 U.S.C.A. § (c)(L)).

⁷⁹ *Id.* en la § 6(b) (*enmendando* FOIA, 5 U.S.C.A. § 552(a)(6)(B)(ii)).

⁸⁰ *Id.* en la § 10 (*enmendando* FOIA, 5 U.S.C.A. § (c)(K)).

⁸¹ Véase *Improving Agency Disclosure of Information OE 13392*, 70 Fed. Reg. 75373 (14 de diciembre de 2005).

⁸² FOIA Improvement Act of 2016, 114 P.L. 185, 130 Stat. 538 § 2 (*enmendando* Freedom of Information Act of 1966, 5 U.S.C.A. § 552 (a) ¶ (2)). El récord legislativo de 15 de marzo de 2016, vol. 162, n° 41 (*disponible en* <https://www.congress.gov/crec/2016/03/15/CREC-2016-03-15-pt1-PgS1494.pdf>) (última visita 11 de noviembre de 2018).

⁸³ *Id.*

⁸⁴ *OIP Summary of the FOIA Improvement Act of 2016*, DEPARTAMENTO DE JUSTICIA, <https://www.justice.gov/oip/oip-summary-foia-improvement-act-2016> (última visita 11 de noviembre de 2018).

⁸⁵ FOIA Improvement Act of 2016, 114 P.L. 185, 130 Stat. 538 § 2 (*enmendando* Freedom of Information Act of 1966, 5 U.S.C.A. § 552 (e) ¶ (3)).

Los cambios de 2016 incluyeron la codificación del estándar de daños previsible del Departamento de Justicia federal o la presunción favorable a la divulgación.⁸⁶ La disposición establece que solo se denegará una solicitud de información si la agencia razonablemente prevé que la divulgación podría afectar un interés protegido en una excepción o si está prohibida por ley. La agencia debe considerar si es posible segregar la información que esté excluida de divulgación a fin de responder al requerimiento y tomar acciones afirmativas a favor de la divulgación.⁸⁷ El estándar del *foreseeable harm* aplicaría solo de considerarse que ante la solicitud podría invocarse alguna de las excepciones del FOIA, que a su vez permite la divulgación discrecional.⁸⁸ A nuestro juicio, esta disposición es una herramienta importante para concretar el principio de máxima divulgación de la información pública. Habrá que esperar ver su alcance en los casos concretos donde se enfrente alguna excepción con el estándar del daño previsible y las determinaciones que en su día emitan los tribunales.

Al amparo de las mejoras introducidas al FOIA en el 2016, la Oficina de Gerencia y Presupuesto debe crear un portal cibernético que centralice o consolide las solicitudes de información de los ciudadanos. Esta nueva obligación no excluye la existencia de portales independientes en las agencias sujetas a esta legislación, con herramientas para la recepción de solicitudes de información. El portal único puede incluir otras herramientas que puedan mejorar el acceso a la información.⁸⁹ Por otra parte, las agencias debían enmendar sus reglamentos para incluir la disponibilidad de los métodos alternos de resolución de conflictos (ADR) a través del defensor público de la FOIA y de la OGIS.⁹⁰ Con la enmienda que reseñamos, la OGIS puede emitir opiniones consultivas a discreción o por requerimiento de una parte en un conflicto FOIA.⁹¹

La FOIA y la legislación de enmienda ulterior dirigida a promover la transparencia gubernamental está fundamentada “[e]n la idea de que los ciudadanos tienen el derecho a conocer (*right to know*) las interioridades de las operaciones públicas, por ser ciudadanos y contribuyentes”.⁹² Sin embargo, es necesario advertir que la FOIA

⁸⁶ *Report FOIA Improvement Act*, S. Rep. No. 114-4, at 7-8 (2015) (disponible en <https://www.congress.gov/114/crpt/srpt4/CRPT-114srpt4.pdf>) (último acceso el 01 de octubre de 2018).

⁸⁷ FOIA Improvement Act of 2016, 114 P.L. 185, 130 Stat. 538 § 2 (enmendando Freedom of Information Act of 1966, 5 U.S.C.A. § 552 (a) ¶ (8)).

⁸⁸ S. Rep. No. 114-4 en la pág. 8 (2015).

⁸⁹ FOIA Improvement Act of 2016, 114 P.L. 185, 130 Stat. 538 § 2 (añadiendo la subsección (m) de Freedom of Information Act of 1966, 5 U.S.C.A. § 552).

⁹⁰ FOIA Improvement Act of 2016, 114 P.L. 185, 130 Stat. 538 § 3.

⁹¹ *Id.* en la § 2 (enmendando la subsección (h) ¶(3) de Freedom of Information Act of 1966, 5 U.S.C.A. § 552), que disponía “*at the discretion of the Office, may issue advisory opinions if mediation has not resolved the dispute*”.

⁹² Hernán A. Vera Rodríguez y Elsie Ruiz Santana, *El derecho a la información de los ciudadanos como un instrumento de transparencia gubernamental en Puerto Rico: una agenda inconclusa*, 50 REV. DER. PUERTORRIQUEÑO 262 (2011).

no contempla el acceso a registros oficiales del Congreso ni del poder judicial federal. Tampoco contempla el acceso a los registros de las agencias estatales o locales, ni a aquellos en poder de empresas privadas o particulares que ejerzan funciones públicas o reciban fondos federales. Por lo tanto, no cumple con los estándares internacionales que establecen las mejores prácticas en el derecho legislado sobre el alcance del derecho de acceso a la información pública. Nótese que Estados Unidos obtuvo el puesto 69 entre 123 países evaluados en la Clasificación RTI.⁹³ El FOIA obtuvo un total de 83 de 150 puntos posibles, aunque los expertos sugieren que en la práctica el gobierno es más abierto al acceso de lo que el ordenamiento jurídico sugiere.⁹⁴

Somos de la opinión de que, con las mejoras introducidas al FOIA en el 2016, la evaluación con el instrumento desarrollado por el Centro de Derecho y Democracia [en adelante, *CLD*] debe mejorar en cuanto a los recursos de ayuda para las personas que solicitan información y al introducir el estándar del riesgo claro, probable y específico de un daño significativo (*foreseeable harm*). Sin embargo, mantiene como debilidades principales en el alcance (18/30) y en las excepciones (17/30).⁹⁵

3. Nueva Zelanda: más allá del acceso

Por su parte, Nueva Zelanda adoptó la Ley de información oficial de 1982 que reconoce que toda información oficial debe estar a disposición del público, salvo que exista alguna razón para no divulgarla.⁹⁶ De igual modo, cualquier ciudadano o residente puede exigir el acceso a información oficial en poder de un organismo público.⁹⁷ En tal caso, el organismo debe responder en un plazo máximo de veinte días contados desde la presentación de la solicitud.⁹⁸ De emitirse una denegatoria, el solicitante cuenta con un procedimiento de revisión sobre la determinación adversa ante el Ombudsman y, posteriormente, la oportunidad de apelación ante el Tribunal.⁹⁹

La propia declaración de propósito de la medida establece que el gobierno debe incrementar progresivamente la información oficial disponible al pueblo de oficio, para que este pueda participar efectivamente en la formulación e implementación de las políticas públicas, y para promover la rendición de cuentas de las autorida-

⁹³ *By Country*, GLOBAL RIGHT TO INFORMATION RATING, <https://www.rti-rating.org/country-data/> (última visita 11 de noviembre de 2018).

⁹⁴ *United States of America*, GLOBAL RIGHT TO INFORMATION RATING, <https://www.rti-rating.org/country-detail/?country=United%20States%20of%20America/> (última visita 11 de noviembre de 2018).

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ Ley de información oficial de 1982, s 5 (N. Z.). Véase *Official Information Act*, PARLIAMENTARY COUNSEL OFFICE <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1982/0156/latest/DLM64785.html> (última visita 11 de noviembre de 2018).

⁹⁷ *Id.* en la s 12.

⁹⁸ *Id.* en la § 15.

⁹⁹ *Id.* en las §§ 28-36.

des, el respeto al estado de derecho y la buena gobernanza pública.¹⁰⁰ El estatuto estableció un tipo de presunción a favor de la divulgación, salvo alguna causa justificada de las enumeradas en varios de sus artículos.¹⁰¹

Organizaciones internacionales, como el CLD, destacan de Nueva Zelanda que el acceso a la información funciona mejor en la práctica que lo que el ordenamiento jurídico sugiere. La legislación de Nueva Zelanda obtuvo un total de 94 de 150 puntos posibles. Aunque su Ley de acceso a la información es de las primeras adoptadas en la Clasificación RTI, obtiene una de las mejores puntuaciones en la región y entre los países angloparlantes desarrollados.¹⁰² Las principales debilidades del marco o régimen jurídico están relacionadas al alcance limitado de la medida, pues, no aplica a la legislatura ni a los tribunales, y exceptúa algunos órganos del ejecutivo. Además, permite que la información sea clasificada como confidencial por otras leyes; en este sentido, le falta preeminencia al régimen de excepciones a la publicidad que dispone la ley. Esta legislación tampoco establece mecanismos de control específicos, como la imposición de responsabilidades y sanciones por el incumplimiento del mandato legal de divulgación.¹⁰³ Por lo tanto, las áreas de mayor limitación en el ordenamiento son el alcance (16/30), las excepciones y negativas a la divulgación de información (18/30), y las medidas administrativas para promover el cumplimiento con el derecho al acceso (5/16).¹⁰⁴ Con todo, Nueva Zelanda obtuvo el puesto 52 entre los 123 países evaluados en esta clasificación mundial.¹⁰⁵ Hay que destacar, además, que, actualmente, Nueva Zelanda ocupa el primer puesto en el Índice de Percepción de la Corrupción que elabora Transparencia Internacional.¹⁰⁶

En este apartado, considero pertinente mencionar una legislación muy particular de Nueva Zelanda, no relacionada directamente con el derecho a la información pública, pero que va de la mano con el concepto genérico de transparencia y rendición de cuentas en el contexto gubernamental. Me refiero a la Ley de gobierno local de 1974 que fue pionera en introducir prácticas de gobernanza, transparencia y rendición de cuentas en la gestión pública.¹⁰⁷ Esta legislación fue sustituida por la Ley de gobierno local de 2002 (cuya última versión data al 2015).¹⁰⁸

¹⁰⁰ *Id.* en la § 4.

¹⁰¹ *Id.* en las §§ 6-9.

¹⁰² *New Zealand*, GLOBAL RIGHT TO INFORMATION RATING, <https://www.rti-rating.org/country-detail/?country=New%20Zealand> (última visita 11 de noviembre de 2018).

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ *By Country*, *supra* nota 56.

¹⁰⁶ *Corruption Perceptions Index 2017*, *supra* nota 54

¹⁰⁷ Ley de gobierno local de 1972 (N.Z.). Véase *Local Government Act of 1974*, PARLIAMENTARY COUNSEL OFFICE, <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1974/0066/82.0/DLM415532.html> (última visita 11 de noviembre de 2018).

¹⁰⁸ Ley de gobierno local de 2002 (N.Z.). Véase *Local Government Act of 2002*, PARLIAMENTARY COUNSEL OFFICE, <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2002/0084/latest/DLM170873.html> (última visita 11 de noviembre de 2018).

La Ley 84-2002, según enmendada, está dividida en doce partes con unas 448 secciones.¹⁰⁹ La parte 1, sección 3, de dicha ley enumera los siguientes propósitos: (a) establecer las funciones y los roles del gobierno local; (b) establecer el marco de las competencias de los gobiernos locales para decidir las actividades a emprender y cómo llevarlas a cabo; (c) promover la rendición de cuentas de las autoridades hacia sus comunidades; y, (d) disponer que las autoridades deben tener un amplio rol en la satisfacción de las necesidades actuales y futuras de sus comunidades, relacionadas a la buena calidad de la infraestructura y los servicios públicos, y en sus funciones reguladoras.¹¹⁰

La parte 2 está subdividida en cuatro partes que establecen el propósito y el rol del gobierno local que es gestionar la gobernanza para contribuir significativamente al bienestar social, económico, ambiental y cultural de las comunidades.¹¹¹ Las autoridades locales tienen amplias facultades en el cumplimiento de sus deberes. Sin embargo, tienen que conducirse de manera abierta, transparente y ser democráticamente responsable; trabajar según las prioridades identificadas en los procesos de consulta y alcanzar los resultados deseados con eficiencia y eficacia.¹¹² Deben tomar en cuenta las opiniones de las comunidades y proveer oportunidades de participación en los procesos decisionales.¹¹³ De igual modo, la parte 4 establece los principios relacionados a la gobernanza y la gestión de las autoridades locales.¹¹⁴ Como elemento de gobernanza, destaca la creación de los consejos comunitarios que deben representar y actuar como defensores de los intereses comunitarios ante las autoridades territoriales.¹¹⁵

En la parte 6, que se titula “Planificación, toma de decisiones y rendición de cuentas”, requiere que las actividades significativas estén fundamentadas en el plan estratégico a largo plazo.¹¹⁶ La sección 77 requiere a las autoridades que en el proceso decisional identifiquen todas las “opciones razonablemente factibles” para alcanzar el objetivo de determinada decisión; evalúen tales opciones en términos de las ventajas y desventajas que conllevan; cuantifiquen los costos y beneficios, y cumplan con los procedimientos establecidos en la sección 79, incluida la documentación de tales requisitos.¹¹⁷

Respecto a los principios de los procesos de consulta, en lo pertinente al tema que nos ocupa en este acápite, resalta que las autoridades locales deben proporcio-

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ *Id.* en la s 3.

¹¹¹ *Id.* en la s 10.

¹¹² *Id.* en la s 14.

¹¹³ *Id.* en las ss 38-54.

¹¹⁴ *Id.* en las ss 49-54.

¹¹⁵ *Id.* en la s 52.

¹¹⁶ *Id.* en la s 93.

¹¹⁷ *Id.* en la s 77.

nar información pertinente sobre ello a las personas que puedan verse afectadas o tengan interés en la decisión o el asunto. El acceso a la información debe ser razonable, comprensible y en el formato apropiado, según las preferencias y necesidades de esas personas.¹¹⁸ Los sub-incisos que siguen revelan que el cumplimiento de este principio es fundamental para que las personas puedan participar de manera informada en los procesos de consulta, participación que debe ser estimulada por las autoridades. Aún más, las personas que presenten sus opiniones deben tener acceso al expediente que contenga una descripción de las decisiones finalmente adoptadas, el material explicativo y los informes que las fundamenten.¹¹⁹

La sección 82A, introducida por la Ley 55-2014, enlista la información requerida para el proceso de consulta, que incluye: (a) la propuesta y sus motivaciones; (b) el análisis de las “opciones razonablemente factibles”, según identificado en la sección 77(1); (c) el borrador del plan o la política propuesta u otro documento; y (d) si se propone enmendar algún plan o política existente, un detalle de los cambios propuestos.¹²⁰ La sección 93 establece los requisitos generales del plan a largo plazo y la sección 93A dispone sobre el uso de un proceso de consulta especial para dicho plan.¹²¹

C. OEA: Ley modelo interamericana de acceso a la información

En medio de la corriente mundial de regular el acceso a la información, la Organización de los Estados Americanos [en adelante, *OEA*] adoptó, en junio de 2010, la *Ley modelo interamericana sobre acceso a la información pública*, que debe ser el marco de referencia para la promulgación de legislación particular sobre la materia.¹²² Según el CLD, este instrumento internacional tiene el mejor puntaje en la Clasificación RTI (142 de 150 puntos posibles).¹²³

El modelo está fundamentado en que el acceso a la información es un derecho fundamental esencial para toda sociedad democrática, en el principio de máxima divulgación, y en la amplia aplicación a toda la información en posesión de cualquier

¹¹⁸ *Id.* en la s 82 (1)(a).

¹¹⁹ *Id.* en la s 82 (1)(b)-(f).

¹²⁰ *Id.* en la s 82A.

¹²¹ *Id.* en la ss 93 y 93A.

¹²² Organización de Estados Americanos, *Ley modelo interamericana sobre acceso a la información pública*, OAS (8 de junio de 2010), http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2607_XL-O-10_esp.pdf. Esta Ley modelo 2.0 tiene un documento de referencia denominado *Comentarios y guía de implementación para la Ley modelo interamericana sobre acceso a la información*, CONSEJO PERMANENTE DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2841_XL-O-10_esp.pdf (última visita 11 de noviembre de 2018).

¹²³ *International Institutions*, GLOBAL RIGHT TO INFORMATION RATING, <https://www.rti-rating.org/international-institutions/> (última visita 11 de noviembre de 2018).

autoridad perteneciente a las tres ramas de gobierno y en cualquier nivel organizativo de estas. Cualquier excepción al derecho de acceso a la información deberá ser clara y estar específicamente establecidas en la ley.¹²⁴ En cuanto a los sujetos obligados por ley, el instrumento recomienda la inclusión de entidades privadas que cumplen fines públicos o que desempeñan alguna actividad por encargo de la autoridad.¹²⁵

La Ley Modelo de la OEA recomienda la creación de un “Oficial de Información” en cada agencia pública encargado de hacer valer la ley, de promover las mejores prácticas sobre el mantenimiento, archivo y eliminación de documentos públicos, atender y responder a las solicitudes de información.¹²⁶ Recomienda un plazo máximo de veinte días hábiles para responder a la solicitud de información.¹²⁷ De haber una denegatoria a alguna solicitud, no puede estar basada en nociones vagas como el “interés del orden público” sin más; debe invocarse específicamente alguna de las excepciones establecidas mediante la legislación o jurisprudencialmente.¹²⁸ El instrumento recomienda el reconocimiento del derecho de recurrir cualquier negativa u obstrucción al acceso a la información ante una instancia administrativa independiente y de apelar las decisiones de este órgano administrativo ante los tribunales de justicia.¹²⁹

A pesar de los esfuerzos de países pioneros respecto al derecho de acceso a la información, no ha sido hasta finales de los años noventa y principios del siglo XXI que se ha generalizado a nivel mundial la aprobación de leyes de transparencia propiamente. Podemos destacar el esfuerzo de los últimos años de varios países iberoamericanos como: México (2002), Chile (2008), El Salvador (2011) y España (2011). Sin embargo, por razones de espacio destacaremos solo la legislación mexicana, que en el 2017 era catalogado el mejor marco jurídico de acceso a la información¹³⁰ y en el 2018 ocupa el segundo puesto.¹³¹

D. México: Mejor marco jurídico de transparencia

Los Estados Unidos Mexicanos reconocen expresamente en su Constitución Política de 1917 el derecho de acceso a la información. Este reconocimiento está contenido en el artículo 6 a partir de la Reforma Política de 1977. El texto añadido fue

¹²⁴ Organización de Estados Americanos, *supra* nota 122, en las ¶¶ 2-3.

¹²⁵ *Id.* en la ¶ 3.

¹²⁶ *Id.* en las ¶¶ 29-30.

¹²⁷ *Id.* en la ¶ 34.

¹²⁸ *Id.* comentario, en la pág. 17.

¹²⁹ *Id.* en las ¶¶ 41-51.

¹³⁰ *Historical Data on Country RTI Rating Scores*, GLOBAL RIGHT TO INFORMATION RATING, <https://www.rti-rating.org/historical/> (última visita 11 de noviembre de 2018).

¹³¹ *By Country*, *supra* nota 56.

el siguiente: “El derecho a la información será garantizado por el Estado”.¹³² Tras diversos intentos para darle contenido a esta disposición constitucional mediante legislación, no fue hasta el 2002 que México adoptó la Ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental.¹³³ Esta legislación fue un esfuerzo compartido de las autoridades federales y la sociedad civil organizada mexicana, para crear una ley que retomara las mejores expresiones normativas hasta entonces existente en diversos países, pero adaptada a sus propias circunstancias.¹³⁴ El doctor Ernesto Villanueva de la Universidad Autónoma de México entiende que en su momento el Congreso Federal adoptó “[l]a mejor ley federal que fue posible en la circunstancia política mexicana”.¹³⁵

Con este marco constitucional, la adopción de la primera legislación federal y la creación del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental [en adelante, *IFAI*],¹³⁶ los estados mexicanos comenzaron a adoptar sus propias leyes de acceso a la información. Sin embargo, la expansión de las leyes estatales creó una situación paradójica por la falta de uniformidad en los criterios y estándares establecidos para el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información pública entre las 32 entidades federativas.¹³⁷ Esta situación fue central para la Reforma de 2007 respecto al artículo 6 de la Constitución que instituyó los principios rectores para garantizar el derecho de acceso en todos los niveles gubernamentales de forma homogénea.¹³⁸

La reforma, llevada a cabo en el 2007, añadió un segundo párrafo con siete fracciones al artículo 6 de la Constitución que estableció los “principios y bases” que regirían el ejercicio del derecho de acceso a la información en el gobierno federal y estatal.¹³⁹ Sobresale que el primer principio declara como pública toda la infor-

¹³² Véase Decreto que reforma que reforma y adiciona los artículos 6o., 41, 51-55, 60-61, 65, 70, 73-74, 76, 93, 97 y 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación [DOF] 6 de diciembre de 1977 (Méx.), formato HTML, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4664439&fecha=06/12/1977 (consultada el 11 de noviembre de 2018).

¹³³ Esta medida fue derogada y sustituida por la Ley federal de transparencia y acceso a la información pública, Diario Oficial de la Federación [DOF], 9 de mayo de 2016 (Méx.).

¹³⁴ ERNESTO VILLANUEVA, *DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EL MUNDO* 5 (2008).

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ Véase Decreto del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, Diario Oficial de la Federación [DOF] 24 de diciembre de 2002 (Méx.), formato HTML, http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=716452&fecha=24/12/2002 (consultada el 11 de noviembre de 2018).

¹³⁷ Rigoberto Martínez Beceril, *El derecho de acceso a la información en México, su ejercicio y medios de impugnación*, INSTITUTO DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO DE MÉXICO Y MUNICIPIOS 85, https://www.infoem.org.mx/sipoem/ipo_capacitacionComunicacion/pdf/pet_tesis_001_2008.pdf (última visita 11 de noviembre de 2018).

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ Véase Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo con siete fracciones al Artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación [DOF] 20 de julio de 2007 (Méx.) formato HTML, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4994148&fecha=20/07/2007 (consultado 11 de noviembre de 2018).

mación en posesión de cualquier entidad gubernamental, y acoge el principio interpretativo de máxima divulgación. Por lo tanto, la información pública “sólo [sic] lo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes”.¹⁴⁰ El segundo principio declara que la información sobre la vida privada y los datos personales será protegida por legislación (reserva de ley). El tercer principio reconoce el derecho de toda persona a acceder gratuitamente a la información pública sin tener que acreditar interés alguno o justificar su uso.

El cuarto principio ordena que se creen mecanismos de acceso y procedimientos de revisión expeditos. Los procesos de revisión deben ser ante organismos especializados e independientes. El numeral quinto establece que las entidades públicas “publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos”.¹⁴¹ Por último, quedó reconocido que los sujetos obligados harán “pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales” en la forma dispuesta por legislación, y que debe haber sanciones legales por el incumpliendo con disposiciones en materia de acceso a la información.¹⁴²

El artículo que comentamos ha sido objeto de reformas al menos en tres ocasiones adicionales. Destaca la reforma llevada en el 2014 sobre algunos de los principios antes mencionados, el primero, el cuarto y el quinto y la adición de un octavo numeral o fracción.¹⁴³ En este sentido, el artículo 6, apartado A, fracción I de la Constitución amplió los sujetos obligados y dispuso expresamente sobre la obligación de estos de documentar sus actos o el ejercicio de sus funciones, competencias y facultades. Nótese que luego de establecer, en el 2007, que es pública la información en manos de “cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal”, en el 2014, se dispuso a nivel constitucional lo siguiente:

Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal, es pública [. . .]. Los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, la ley de-

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ *Id.*

¹⁴² *Id.*

¹⁴³ Véase Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de transparencia, Diario Oficial [DOF] 7 de febrero de 2014 (Méx.), formato PDF, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_215_07feb14.pdf (consultado el 11 de noviembre de 2018).

terminará los supuestos específicos bajo los cuales procederá la declaración de inexistencia de la información.¹⁴⁴

La quinta fracción fue enmendada para disponer que los sujetos obligados deben publicar por medios electrónicos “la información completa y actualizada sobre el ejercicio de los recursos públicos y los indicadores que permitan rendir cuenta del cumplimiento de sus objetivos y de los resultados obtenidos”.¹⁴⁵ Es decir, quedó de forma expresa la obligación de los sujetos obligados de divulgar los resultados de la gestión pública (objetivos establecidos y los avances tras la acción pública).

La octava fracción, añadida al artículo 6, establece, con rango constitucional, los pormenores sobre el órgano federal “responsable de garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados en los términos que establezca la ley”.¹⁴⁶ Este órgano federal autónomo tendría amplia competencia y puede revisar resoluciones de los órganos estatales. Destaca que “[l]as resoluciones del organismo garante son vinculatorias, definitivas e inatacables para los sujetos obligados”, salvo asuntos de seguridad nacional.¹⁴⁷ Esta última incorporación fue reformada en el 2016 en sus párrafos cuarto, quinto y decimosexto, en términos de la competencia del órgano garante federal y la facultad para coordinar sus acciones con otras entidades federa-tivas.¹⁴⁸ Cabe mencionar que la reforma de 2014 emendó el artículo 73 y facultó al Congreso federal a aprobar “las leyes generales reglamentarias que desarrollen los principios y bases en materia de transparencia gubernamental, acceso a la información y protección de datos personales”; así como “la ley general que establezca la organización y administración homogénea de los archivos en los órdenes federal, estatal, del Distrito Federal y municipal”.¹⁴⁹

Se ha dicho que el artículo 6 de la Constitución mexicana “probablemente es la garantía constitucional más detallada y completa del mundo para el derecho a la información”.¹⁵⁰ Según la Clasificación RTI, entre 111 países evaluados, en el 2017 México contaba con el mejor marco jurídico en materia de acceso a la información con una puntuación de 136 sobre el máximo de 150 puntos.¹⁵¹ Por tanto, dicha legislación merece nuestra atención, no solo por tratar el acceso, sino por incluir

¹⁴⁴ *Id.*

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ *Id.*

¹⁴⁸ Véase Decreto por el que se declaran reformadas, *supra* nota 132.

¹⁴⁹ *Id.*

¹⁵⁰ Toby Mendel, *El derecho a la información en América Latina: comparación jurídica*, UNESCO 109, <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001832/183273s.pdf> (última visita 11 de noviembre de 2018).

¹⁵¹ *Historical Data on Country RTI Rating Scores*, *supra* nota 130.

el concepto más amplio de transparencia y por el alcance de aplicación que tiene. Hay que notar que, bajo la primera legislación adoptada en el 2002, México estaba entre los diez países líderes en la Clasificación RTI.¹⁵² El primer lugar en dicha evaluación lo obtuvo en virtud de la nueva Ley general de transparencia y acceso a la información pública, divulgada el 4 de mayo de 2015.¹⁵³ Uno de los avances esta nueva ley fue la expansión del derecho a la información más allá del ámbito federal para llevarlo uniformemente bajo un mismo estatuto al contexto estatal y municipal.¹⁵⁴

La Ley general de transparencia de 2015 contiene nueve títulos y está subdividida en capítulos, con 216 artículos.¹⁵⁵ El Título I contiene las disposiciones generales: objeto de la ley; principios generales; y; los sujetos obligados.¹⁵⁶ El Título II trata sobre los responsables en materia de transparencia y acceso a la información.¹⁵⁷ El capítulo I trata del sistema nacional de transparencia, acceso a la información y protección de datos personales y los siguientes cuatro capítulos tratan de los órganos garantes, los comités y las unidades de transparencia.¹⁵⁸ El Título III contiene el articulado relacionado a la Plataforma Nacional de Transparencia;¹⁵⁹ y el Título IV es sobre la cultura de transparencia y apertura gubernamental.¹⁶⁰ Por su parte, el Título V establece las obligaciones de transparencia: generales, comunes y específicas de los sujetos obligados y de la denuncia por incumplimiento.¹⁶¹ El Título VI trata la información clasificada, el VII de los procedimientos de acceso y el VIII de los procedimientos de impugnación.¹⁶² Por último, el Título IX dispone las medidas de apremio y sanciones.¹⁶³

De la Ley de 2015 se destaca como objetivo lo dispuesto en el inciso 7 del artículo 2 que reza:

¹⁵² *Id.*

¹⁵³ Ley general de transparencia y acceso a la información pública, Diario Oficial de la Federación [DOF], 4 de mayo de 2015 (Méx.). Véase, además, *Historical Data on Country RTI Rating Scores*, *supra* nota 130, y México, GLOBAL RIGHT TO INFORMATION RATING, <https://www.rti-rating.org/country-data/Mexico/> (último acceso el 2 de octubre de 2018).

¹⁵⁴ Ley general de transparencia y acceso a la información pública, Diario Oficial de la Federación [DOF], 4 de mayo de 2015, arts. 1 y 23 (Méx.).

¹⁵⁵ *Id.*

¹⁵⁶ *Id.* en los arts. 1-26.

¹⁵⁷ *Id.* en los arts. 27-48.

¹⁵⁸ *Id.*

¹⁵⁹ *Id.* en los arts. 49-52.

¹⁶⁰ *Id.* en los arts. 53-59.

¹⁶¹ *Id.* en los arts. 60-99.

¹⁶² *Id.* en los arts. 100-120, 121-141, y 142-200, respectivamente.

¹⁶³ *Id.* en los arts. 201-216.

Promover, fomentar y difundir la cultura de la transparencia en el ejercicio de la función pública, el acceso a la información, la participación ciudadana, así como la rendición de cuentas, a través del establecimiento de políticas públicas y mecanismos que garanticen la publicidad de información oportuna, verificable, comprensible, actualizada y completa, que se difunda en los formatos más adecuados y accesibles para todo el público y atendiendo en todo momento las condiciones sociales, económicas y culturales de cada región.¹⁶⁴

A nuestro juicio, esta legislación iberoamericana debe ser el modelo principal para Puerto Rico, que aún no cuenta con una legislación comprensiva e integrada en la materia. Hay que notar que una legislación de esta naturaleza no vino en un vacío, pues, además de la amplia experiencia con la legislación aprobada en el 2002 y las disposiciones constitucionales incluidas en el 2007, el Programa Nacional de Rendición de Cuentas, Transparencia y Combate a la Corrupción 2008-2012 del Gobierno de México contaba con el objetivo específico de “[c]onsolidación de una sola política de Estado en materia de información, transparencia y rendición de cuentas”.¹⁶⁵ En el artículo *¿Está Puerto Rico listo para rendir cuentas y transparentar su obra de gobierno?*, la licenciada Albieli Carrasquillo Torres recomendaba para Puerto Rico la adaptación de este objetivo inicial “[p]ara comprometer e involucrar a las ramas ejecutiva, legislativa y judicial en una sola política de estado dirigida a lograr el mismo objetivo común. No se puede pretender que la política de un gobierno esté fragmentada [...]”.¹⁶⁶

Recientemente, más allá de la adaptación de un marco jurídico general, México ha reconocido la necesidad de mejorar los niveles de transparencia a través de la apertura de datos públicos (datos abiertos), la reutilización de la información estratégica del sector público (transparencia focalizada), y la participación ciudadana en el diseño e implementación de políticas públicas. En este sentido, en el Programa para un gobierno cercano y moderno 2013-2018 ha adoptado como objetivo transversal el “[i]mpulsar un gobierno abierto que fomente la rendición de cuentas” mediante unas siete estrategias, entre las que destaca, en lo pertinente, mejorar la transparencia de la información socialmente útil; y fortalecer el uso de la información presupuestaria, de las nuevas tecnologías de la información y los datos abiertos; además, de consolidar los sistemas de archivo.¹⁶⁷

¹⁶⁴ *Id.* en el art. 2 (7).

¹⁶⁵ *Programa Nacional de Rendición de Cuentas, Transparencia y Combate a la Corrupción 2008-2012*, OAS en la pág. 31, http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_mex_anexo20.pdf (última visita 14 de noviembre de 2018).

¹⁶⁶ Albieli Carrasquillo Torres, *¿Está Puerto Rico listo para rendir cuentas y transparentar su obra de gobierno?*, 47 REV. JUR. UIPR 71, 75 (2017).

¹⁶⁷ Secretaría de Hacienda y Crédito Público, *Programa para un gobierno cercano y moderno 2013-2018*, DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 30 de agosto de 2013, http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5312420&fecha=30/08/2013 (última visita 5 de enero de 2019).

Cabe mencionar que un estudio práctico confirma el compromiso de México para implementar las normas de transparencia y acceso a la información adoptadas. La evaluación realizada por el grupo de investigadores entre junio y julio de 2018 consistió en hacer dos pedidos de información específicos en 13 países de América Latina. La primera petición fue el recibo o talonario de sueldo del presidente de la nación (con los montos de sueldo bruto, los diferentes descuentos y el salario neto). El segundo pedido fue la cantidad de homicidios y feminicidios (asesinatos de mujeres por razones de género, como en los casos de violación o de homicidio por parte de la pareja) ocurridos durante 2017.¹⁶⁸ Los investigadores otorgaron puntos a cada país según el grado de cumplimiento con la entrega de la información solicitada, en términos del formato y los plazos legales, entre otros factores. El máximo de puntos posible eran 60, puntos que solo obtuvo México.¹⁶⁹ En el 2006, México también se había colocado en el primer puesto en un estudio de monitoreo que solicitaba al gobierno determinada información de 14 países y evaluaba en nivel de respuesta.¹⁷⁰

III. Puerto Rico: Régimen jurídico actual y proyectos de ley

En esta sección considero el estado de situación jurídica del derecho de acceso a la información, la transparencia y la rendición de cuentas en Puerto Rico. Dicho de otra forma, analizo los contornos de la transparencia formal en el contexto de la gestión pública puertorriqueña y las dos iniciativas recientes para adelantar legislación en esta materia. Adelanto, como tesis, que en Puerto Rico existen normas jurídicas dispersas que aplican esencialmente al ejecutivo, y utilizan el concepto de transparencia en sus diversas acepciones sin conectarlo con la buena gobernanza o la cultura del buen gobierno. Las normas jurídicas con las que contamos no incluyen mecanismos adecuados para asegurar el cumplimiento con dichas normas, y particularmente con la rendición de cuentas en términos de los resultados esperados de la gestión y la inversión pública. Al presente, tampoco contamos con algún procedimiento expedito y sencillo para garantizar el acceso a la información en manos del gobierno como estrategia para garantizar la participación ciudadana informada y constructiva, la transparencia y la rendición de cuenta.

¹⁶⁸ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura [UNESCO], *Acceso a la información en América Latina: muchas respuestas, pocos detalles*, CHEQUEADO 3 (septiembre de 2018), <http://chequeado.com/wp-content/uploads/2018/09/Informe-acceso-a-la-informacio--n-America-Latina.pdf> (última visita 10 de noviembre de 2018).

¹⁶⁹ *Id.* en la pág. 7.

¹⁷⁰ Véase Open Society Institute, *Transparencia y silencio: encuesta de leyes y prácticas del acceso a la información en catorce países*, INICIATIVA PARA LA JUSTICIA EN UNA SOCIEDAD ABIERTA 46-47 (2006), https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/transparencia-silencio-2006_0.pdf (última visita 10 de noviembre de 2018).

A. Derecho de acceso a la información pública

El concepto de la transparencia gubernamental está relacionado con el derecho de acceso a la información pública. El desarrollo, en Puerto Rico, del derecho de inspección de los documentos público es fruto de la actual relación política con los Estados Unidos, así como de los principios de la libertad de expresión adoptados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en el 1948.¹⁷¹

El artículo II, sección 4, de nuestra Constitución (1952) establece: “No se aprobará ley alguna que restrinja la libertad de palabra o de prensa o el derecho del pueblo a reunirse en asamblea pacífica y a pedir del gobierno la reparación de agravios”.¹⁷² En la jurisdicción puertorriqueña, el derecho a tener acceso a la información ha sido reconocido jurisprudencialmente como uno implícito en el derecho constitucional a la libertad de expresión, a la reparación de agravios y el derecho al voto de la citada sección. “La premisa es sencilla. Sin conocimiento de hechos no se puede juzgar; tampoco se puede exigir remedios a los agravios gubernamentales mediante los procedimientos judiciales o a través del proceso de las urnas cada cuatro años”.¹⁷³

La primera referencia a lo que hoy día denominamos el derecho a la información pública aparece en el artículo 409 del Código de Enjuiciamiento Civil de 1933 que establece: “[t]odo ciudadano de Puerto Rico tiene derecho a inspeccionar y sacar copia de cualquier documento público de Puerto Rico, salvo lo expresamente dispuesto contrario por la ley”.¹⁷⁴ De forma similar, el artículo 410 de dicho estatuto dispone que todo funcionario que custodie un documento público, de requerírsele, tiene la obligación de expedir copia certificada, previo el pago de los cargos correspondientes.¹⁷⁵ La Ley Núm. 5-1955, conocida como la *Ley de administración de documentos públicos de Puerto Rico*, definió el término “documento público” como todo aquel que se origine, conserve o reciba en cualquier dependencia del Estado, de acuerdo con la Ley o en relación con el manejo de los asuntos públicos, y que se

¹⁷¹ Vera Rodríguez y Elsie Ruiz Santana, *supra* nota 92, en la pág. 265. Hay que mencionar que, aunque el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoció que todo ser humano tiene derecho a la libertad de opinión y expresión y que este derecho incluye investigar, conocer y difundir el conocimiento, la Asamblea Constituyente no incluyó este derecho en nuestra Constitución. Véase, además, Villanueva Nieves, *supra* nota 178, en la pág. 219.

¹⁷² CONST. PR. art. II, § 4.

¹⁷³ Soto v. Srio. de Justicia, 112 DPR 477, 485 (1982).

¹⁷⁴ CÓD. ENJ. CIVIL PR de 1933 art. 409, 32 LPRA § 1781 (2018). Véase Dávila v. Superintendente de Elecciones, 82 DPR 264, 279-80 (1960), donde el TSPR reafirmó que del derecho a inspección surge implícitamente el deber de todo custodio de un documento público de permitir el acceso. Allí se expresó “el art. 409 es en nuestro sistema el medio legal de mayor eficacia para proteger el derecho del ciudadano a enterarse de lo que su gobierno hace”. *Id.* en la pág. 281.

¹⁷⁵ CÓD. ENJ. CIVIL de 1933 art. 410, 32 LPRA §1782 (2018).

haya de conservar permanente o temporalmente como prueba de las transacciones, o por su utilidad administrativa.¹⁷⁶

Aunque existen estas normas generales que hacen referencia a la accesibilidad de los documentos públicos, históricamente los ciudadanos han visto limitadas sus peticiones de acceso por un reclamo de confidencialidad.¹⁷⁷ Ha sido el Tribunal Supremo de Puerto Rico [en adelante, *TSPR*] quien ha validado el derecho a la información como un derecho implícito en el derecho a la libertad de expresión, al voto y otros derechos fundamentales bajo la Constitución de Puerto Rico.¹⁷⁸ Las decisiones judiciales que mejor ejemplifican lo anterior lo han sido *Dávila v. Superintendente de Elecciones*,¹⁷⁹ y *Soto v. Srio. de Justicia*.¹⁸⁰

En *Soto v. Srio. de Justicia*, considerado el caso normativo (*leading case*) del derecho a la información pública, el TSPR utilizó un procedimiento para atender el reclamo de confidencialidad de ciertos documentos en poder del Departamento de Justicia.¹⁸¹ Este procedimiento consistía en que dicha dependencia debía presentar para una inspección en cámara los documentos que consideraba confidenciales y

¹⁷⁶ Ley de administración de documentos públicos de Puerto Rico, Ley núm. 5 de 8 de diciembre de 1955, según enmendada, 3 LPRA § 1001(b) (1999).

¹⁷⁷ Vera Rodríguez y Ruiz Santana, *supra* nota 92, en la pág. 267. Para una adecuada compilación de las normas de confidencialidad existentes en nuestro ordenamiento jurídico, véase: Jorge R. Roig Colón, *Acceso, divulgación y confidencialidad de la información del gobierno*, INSTITUTO DE ESTADÍSTICAS DE PUERTO RICO (2009) (*disponible en* <http://www.estadisticas.gobierno.pr/iepr/LinkClick.aspx?fileticket=gNMedoJMhoc%3D>).

¹⁷⁸ Véase Luis Villanueva Nieves, *Sobre el derecho a saber y la obligación de revelar*, 37 REV. JUR. UIPR 217 (2003).

¹⁷⁹ *Dávila v. Superintendente de Elecciones*, 82 DPR 264 (1960). En este caso varios miembros y líderes del Partido Acción Cristiana sometieron una solicitud de *mandamus* ante el TSPR para que el entonces Superintendente General de Elecciones les permitiera inspeccionar y sacar copias de las listas provisionales de votantes inscritos. El TSPR resolvió que el art. 409 del Código de Enjuiciamiento Civil aplicaba a las listas provisionales de inscripciones descritas la Ley Electoral. Dado que las listas tenían carácter de documento público, el custodio tenía la obligación legal de permitir a los peticionarios inspeccionarlas y copiarlas.

¹⁸⁰ *Soto v. Srio. de Justicia*, 112 DPR 477 (1982).

¹⁸¹ Este caso tuvo su origen cuando el padre de uno de los dos jóvenes asesinados en el Cerro Maravilla solicitó al Departamento de Justicia copia de los documentos recopilados en la investigación llevada a cabo por dos divisiones de la agencia que exoneraba a los policías involucrados en el suceso. Estos documentos le fueron negados por su alegada confidencialidad. Según la legislación vigente en esa época, había que esperar treinta años para que un documento catalogado como confidencial fuese de dominio público.

Más adelante, un grupo de la sociedad civil, así como el padre y la viuda de cada uno de los jóvenes victimizados, presentaron una demanda civil y varios recursos legales en los que se solicitaba la información denegada por el Secretario de Justicia. El Tribunal Superior de San Juan ordenó al Secretario de Justicia, previo pago de los derechos correspondientes, a entregar copia de los protocolos de autopsia de los jóvenes fallecidos y cualquier fotografía tomada durante el proceso de autopsia, pero negó el examen de otros informes, grabaciones y documentos. Por este motivo, los demandantes acudieron al TSPR.

que luego de esta inspección fuera el tribunal quien emitiera un juicio sobre la verdadera confidencialidad de los documentos en poder del Estado. Este proceso para determinar la exclusión de documentos gubernamentales del escrutinio ciudadano es homólogo al establecido en los Estados Unidos en el caso *U.S. v. Nixon*.¹⁸² Conforme a este procedimiento, el poder judicial es un “filtro” entre las solicitudes de los ciudadanos a la información pública y los reclamos del Estado de confidencialidad de la información en su poder.¹⁸³

Al evaluar la trayectoria jurisprudencial norteamericana sobre el derecho de acceso a la información en la esfera federal, en *Soto v. Srio. de Justicia*, el TSPR puntualizó:

El Estado, como depositario de las funciones que emanan de la soberanía del Pueblo, no puede negar caprichosamente y sin justificación aparente la información recopilada en su gestión pública. [. . .] [A] recibir del Pueblo soberano la función de gobernar, el Estado no quedó en libertad de decidir cuáles papeles y documentos resultantes de su gestión pública estarían fuera del escrutinio de quienes son, en esencia, la fuente misma de la soberanía. Únicamente es admisible que el Estado pueda invocar el manto de secretividad para sus propias actuaciones en casos de imperativo interés público.¹⁸⁴

Tras la importantísima decisión de *Soto*, el TSPR reiteradamente ha reafirmado el carácter constitucional del derecho de acceso a la información y su importancia para el mejor funcionamiento de nuestro sistema democrático.¹⁸⁵

En el análisis de medidas legislativas que tenga alguna tangencia con el derecho de acceso a documentos públicos encontramos la *Ley de Procedimiento Administrativo Uniforme* [en adelante, *LPAU*].¹⁸⁶ La sección 1.6 de la Ley Núm. 38-2017 establece el deber de cada agencia de “[t]ener disponible para reproducción, a requerimiento de persona interesada, previo el pago de los costos razonables de reproducción, las órdenes finales, las decisiones e interpretaciones de las leyes adoptadas

¹⁸² 48 U.S. 683 (1974).

¹⁸³ Vera Rodríguez y Ruiz Santana, *supra* nota 92, en la pág. 269.

¹⁸⁴ *Soto*, 112 DPR en la pág. 489.

¹⁸⁵ Para una exposición del desarrollo jurisprudencial del derecho de acceso a la información en Puerto Rico, véanse: Carlos Francisco Ramos Hernández, *Acceso a la información, transparencia y participación política*, 85 REV. JUR. UPR 1015, 1036-1043 (2016); José Alberto Morales Rodríguez, *Transparencia: derecho fundamental y antídoto contra la corrupción*, 55 REV. DER. PUERTORRIQUEÑO 35, 44-55 (2016).

¹⁸⁶ Ley de Procedimiento Administrativo Uniforme del Gobierno, Ley Núm. 38-2017, según enmendada, 3 LPRA §§ 9601-9715 (2018) (que derogó la primera ley de esta naturaleza, Ley de Procedimiento Administrativo Uniforme del Estado Libre Asociado de Puerto Rico Ley Núm. 170 de 12 de agosto de 1988, según enmendada, 3 LPRA §§ 2101-2201).

por la agencia”.¹⁸⁷ Asimismo, el estatuto establece la obligación de las agencias de tener disponible para inspección pública un expediente oficial con toda la información relacionada a las propuestas de reglas o reglamentos.¹⁸⁸ El Secretario del Departamento de Estado tiene el deber de tener disponible para inspección pública en su oficina un archivo permanente de los aquellos reglamentos adoptados y enmendados por las agencias, así como en la página cibernética oficial en un formato de fácil acceso y gratuito para el público.¹⁸⁹ Lamentablemente, estas únicas disposiciones en una legislación dirigida a regular los procesos de las agencias administrativas, referentes más bien al marco legal, reglamentario y decisonal bajo el que operarían las agencias administrativas, no han sido suficientes para adelantar el derecho de los ciudadanos a la información pública y menos a la transparencia en su concepción más abarcadora.¹⁹⁰

Por otra parte, la Ley Núm. 81-1991, conocida como la *Ley de Municipios Autónomos*, solo incluyó dos artículos sencillos relacionados con el tema del derecho a la información pública.¹⁹¹ El primero establece que en un proceso de transición gubernamental se considerará como confidencial “toda información o documento cuya divulgación se prohíba por cualesquiera otras leyes vigentes, o que afecte derechos de terceros e investigaciones en proceso”.¹⁹² De otra parte, el artículo 11.011, inciso (a), de dicha ley relacionado con los deberes de los empleados municipales dispone que los empleados y funcionarios municipales deberán:

(5) Mantener la confidencialidad de aquellos asuntos relacionados con su trabajo a menos que reciba un requerimiento o permiso de autoridad competente que le requiera la divulgación de algún asunto. Nada de lo anterior menoscabará el derecho de los ciudadanos que tienen acceso a los documentos y otra información de carácter público.¹⁹³

Esta disposición no incluye unas guías que le permitan al empleado o funcionario municipal, discernir entre lo que son documentos e información confidencial, en contraposición a lo que es información pública.¹⁹⁴

El doctor Hernán A. Vera Rodríguez, en un artículo que examina el estado de situación del derecho de acceso a la información pública en Puerto Rico hasta el 2011,

¹⁸⁷ 3 LPRÁ § 9606(d).

¹⁸⁸ *Id.* en la § 9616.

¹⁸⁹ *Id.* en la § 9620.

¹⁹⁰ Vera Rodríguez y Ruiz Santana, *supra* nota 92, en las págs. 271-72. Véase, además, Villanueva Nieves, *supra* nota 178, en la pág. 222.

¹⁹¹ Ley de Municipios Autónomos, Ley Núm. 81-1991, según enmendada, 21 LPRÁ §§ 4001-4958 (2018).

¹⁹² *Id.* en la § 4111.

¹⁹³ *Id.* en la § 4561.

¹⁹⁴ Vera Rodríguez y Ruiz Santana, *supra* nota 92, en las págs. 272-73.

advirtió la paradoja de que la LPAU, e incluso la *Ley de Municipios Autónomos*, no hubiese incluido los desarrollos jurisprudenciales habidos hasta entonces.¹⁹⁵ Incluso, mencionó que, desde el 1970, la Conferencia Nacional de Comisionados de Leyes Estatales Uniformes (NCCUSL) incluían en su Ley Modelo de Procedimientos Administrativos Uniformes una sección dedicada al derecho de los ciudadanos a inspeccionar documentos públicos en manos de las agencias administrativas o del poder ejecutivo.¹⁹⁶ Sin embargo, Puerto Rico dejó pasar dos excelentes oportunidades para establecer unos lineamientos claros de política pública sobre el derecho de acceso a los documentos oficiales y unos mecanismos ágiles para garantizar tal derecho a los ciudadanos.

En el artículo, el doctor Vera apuntó que, “[a] pesar de que existe en Puerto Rico un derecho a la información de los ciudadanos establecido jurisprudencialmente, la ausencia de un estatuto abarcador que regule el acceso de los ciudadanos a la información pública, ha limitado enormemente el acceso de los ciudadanos a los documentos públicos custodiados por las agencias gubernamentales”.¹⁹⁷ Señaló que el derecho de acceso “[p]otencia la transparencia gubernamental al convertir a cada ciudadano en un posible auditor de las actuaciones gubernamentales”.¹⁹⁸ Recomendó, pues, la adopción de una legislación *abarcadora* respecto al derecho de los ciudadanos a la información pública que puede utilizar de modelo el FOIA, así como la amplia gama de estatutos de los países iberoamericanos.¹⁹⁹ El profesor de derecho constitucional Álvarez González, por su parte, ha reconocido que la existencia de una ley específica sobre el acceso a la información gubernamental, tipo el FOIA, podría ser un mejor mecanismo de reeducación para los empleados públicos, que las declaraciones judiciales predicadas en la libertad de expresión que hemos mencionado.²⁰⁰

Hay que mencionar que tan reciente como el 30 de diciembre de 2016, la Asamblea Legislativa había aprobado la Ley Núm. 210-2016, llamada *la Ley de Reforma de Derecho Administrativo*, para enmendar sustancialmente la LPAU. En su Exposición de motivos, planteó la importancia de que el gobierno cumpla con preceptos básicos del derecho administrativo como “[l]a racionalidad, la transparencia, la igual protección de las leyes y la claridad en la administración”, sin que estos se conviertan en obstáculos para la solución rápida y sencilla de las controversias traídas ante las autoridades públicas.²⁰¹

¹⁹⁵ *Id.* en la pág. 271.

¹⁹⁶ *Id.*

¹⁹⁷ *Id.* en la pág. 266.

¹⁹⁸ *Id.* en la pág. 283.

¹⁹⁹ *Id.* en la pág. 284.

²⁰⁰ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *supra* nota 58, en la pág. 254.

²⁰¹ Exposición de motivos, Ley de Reforma de Derecho Administrativo, Ley Núm. 210-2016, 2016 LPR en la pág. 2577.

Conforme al artículo 7 de la Ley Núm. 210-2016, la sección 1.6 de la LPAU fue enmendada para establecer el deber de cada agencia de divulgar en su portal cibernético la siguiente información:

- (a) Un diagrama y un resumen describiendo su organización administrativa y funcional, los procedimientos para la aprobación de reglamentos, la manera de radicar peticiones formales o informales y los medios por los cuales el público puede obtener información de la agencia.
- (b) Las órdenes finales, las decisiones e interpretaciones de las leyes adoptadas por la agencia, las que deberán estar disponibles para reproducción, a requerimiento de la persona interesada, previo el pago de los costos razonables de reproducción. [...]
- (c) Los documentos guía.
- (d) Una descripción de todos los procesos formales disponibles para la adjudicación o la concesión de licencias.
- (e) Toda aquella información que resulte necesaria y conveniente para que la ciudadanía pueda conocer y comprender los procedimientos disponibles ante la agencia, incluyendo el cuestionamiento de sus decisiones.²⁰²

Resaltaba de la disposición citada la obligación de cada agencia de divulgar “[l]a manera de radicar peticiones formales o informales y los medios por los cuales el público puede obtener información de la agencia”.²⁰³ Esta medida fue un tímido avance en la adopción de mecanismos de acceso a la información pública. Sin embargo, esta disposición no fue incorporada en la nueva LPAU, instituida a través de la Ley Núm. 38-2017.²⁰⁴ A nuestro juicio, fue la pérdida de otra oportunidad para adoptar lineamientos básicos sobre la transparencia proactiva en la legislación vigente.

El juez asociado del Tribunal Supremo Hon. Luis F. Estrella Martínez, en su reciente libro *Acceso a la Justicia: Derecho Humano Fundamental*, presenta la falta de acción legislativa a favor del acceso a la información pública como una de las principales barreras o redes de privación externas al derecho de acceso a la justicia por omisión, el cual cataloga como la llave maestra para la efectividad de otros derechos.²⁰⁵ El juez Estrella Martínez resalta este derecho en su relación directa con la

²⁰² *Id.* en el art. 7.

²⁰³ *Id.*

²⁰⁴ Véase Ley de Procedimiento Administrativo Uniforme del Gobierno, Ley Núm. 38-2017, según enmendada, 3 LPRA § 9606(d) (2018).

²⁰⁵ LUIS F. ESTRELLA MARTÍNEZ, ACCESO A LA JUSTICIA: DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL 237 (2017).

participación ciudadana informada e inteligente como elemento indispensable para afianzar la democracia.²⁰⁶ Este reconoce la necesidad de que Puerto Rico cuente con una legislación específica que provea “garras” al derecho liberal de acceso a la información reconocido jurisprudencialmente, con un procedimiento sencillo y ágil, así como con “consecuencias serias para el funcionario que injustificadamente niegue el acceso a la información divulgable”.²⁰⁷ En tanto y en cuanto no logremos contar con una normativa legislativa que regule adecuadamente el derecho de acceso a la información, los ciudadanos estarán obligados a recurrir a procesos judiciales onerosos en términos de tiempo y dinero.²⁰⁸

B. Gobierno electrónico y rendición de cuentas

1. Ley 151-2004: Gobierno electrónico

La relación entre la transparencia y el gobierno electrónico —donde los mecanismos telemáticos son la vía preferente para el acceso a la información— es directa. El gobierno electrónico facilita las relaciones entre el ciudadano y las autoridades, además de ser un mecanismo, estrategia e instrumento para alcanzar la transparencia en la gestión de los recursos públicos.²⁰⁹ En concreto, el gobierno electrónico facilita la prestación de servicios de calidad, el acceso a la información de interés general y las formas de participación ciudadana como componentes de la transparencia.

En Puerto Rico, una medida con gran potencial para favorecer la transparencia en el sector público es la Ley Núm. 151-2004, hoy conocida como la *Ley de gobierno electrónico*.²¹⁰ La Exposición de motivos de este estatuto hace referencia a la importancia que supone para los ciudadanos el acceso a la información pública. Citamos:

Consciente de que el acceso a la información es un instrumento democrático de incalculable valor, que le brinda transparencia, agilidad y eficiencia, y facilita la atribución de responsabilidad en la gestión gubernamental, el Gobierno del Estado Libre Asociado de Puerto Rico ha emprendido acciones concretas en esta dirección, [de] las cuales forman parte el Gobierno

²⁰⁶ *Id.* en la pág. 238.

²⁰⁷ *Id.* en la pág. 295.

²⁰⁸ *Id.*

²⁰⁹ Feal Rodríguez, *supra* nota 36, en la pág. 31.

²¹⁰ Ley de gobierno electrónico, Ley Núm. 151-2004, según enmendada, 3 LPRA §§ 991-998 (2018). Hay que notar que esta ley derogó la Ley del Estado Digital de Puerto Rico, Ley Núm. 110-2000, que dispuso que determinadas transacciones gubernamentales se realizarían por medios electrónicos.

Electrónico. [. . .] Las iniciativas están dirigidas a beneficiar la relación del gobierno con ciudadanos y empresas, las relaciones intergubernamentales y a promover la toma de decisiones informadas a la hora de establecer política pública.²¹¹

La política pública instaurada mediante esta legislación fue “[l]a incorporación de las tecnologías de [la] información a los procedimientos gubernamentales, a la prestación de servicios y a la difusión de información”.²¹² Según el artículo 4 de esta Ley, la Oficina de Gerencia y Presupuesto [en adelante, *OGP*] es la entidad responsable de implementar tal política pública y de administrar los sistemas de información gubernamentales.²¹³ Es decir, la Ley Núm. 151-2004 puso en la OGP la responsabilidad de lograr, mediante la aplicación de las tecnologías de la información, un gobierno más accesible, efectivo y transparente al ciudadano.

En lo relacionado al cumplimiento con las disposiciones de la Ley Núm. 151-2004, el artículo 6 dispone que la OGP debe velar y supervisar que las agencias cumplan debidamente con sus obligaciones y que la documentación e información esté disponible para la inspección y fiscalización del público en el portal electrónico gubernamental, en particular respecto a los procesos de subastas y de contratación de las agencias.²¹⁴

Conviene precisar, pues, algunos de los deberes de las agencias públicas delineados en el artículo 7 de la *Ley de gobierno electrónico*.²¹⁵ En primer lugar, las agencias deben divulgar en una página electrónica, que esté conectada al portal principal del Gobierno de Puerto Rico, la misión, los servicios que ofrecen, la localización geográfica de las oficinas, los horarios de operación y números de teléfonos. Además, “[c]omo un mecanismo para añadir transparencia a la gestión gubernamental y sobre todo para facilitar aún más el acceso a la información en poder del gobierno para su inspección por los ciudadanos”,²¹⁶ la Ley Núm. 113-2006 añadió al artículo 7, el inciso (b) el cual dispone que debe publicarse en el portal:

- (a) todos los documentos relacionados con los procesos de publicación, celebración y adjudicación de subastas de toda obra pública;
- (b) todos los contratos de agencias que conlleven desembolso de fondos públicos;
- (c) todos los documentos sobre transacciones gerenciales, excepto aquellos confidenciales relacionados con asuntos de personal, y

²¹¹ 3 LPRÁ §§ 991-998.

²¹² *Id.* en la § 991.

²¹³ *Id.* en la § 992.

²¹⁴ *Id.* en la § 994.

²¹⁵ *Id.* en la § 997.

²¹⁶ *Id.* en la § 995.

- (d) toda la información relacionada al estado de los proyectos de obra pública incluyendo, pero sin limitarse a, órdenes de cambio y extensión de tiempo, entre otros.²¹⁷

La Ley Núm. 205-2012 añadió el inciso (k) al artículo 7 de la Ley Núm. 151-2004 para aumentar las responsabilidades de la OGP en la divulgación de información pública de oficio.²¹⁸ En particular, la OGP debe divulgar:

[b]ajo una sola página electrónica en la red de Internet todos los documentos relacionados con los procesos de publicación, celebración y adjudicación de subastas de toda obra pública y adquisición de bienes y servicios de todas las agencias gubernamentales [incluidas las corporaciones públicas]. Dicha página electrónica se conocerá como el Registro Único de Subastas del Gobierno²¹⁹

Esto fue otro paso de avance en la apertura gubernamental, pues, hasta la introducción de dicha enmienda solo era requerida la divulgación de las subastas de toda obra pública, mientras que con la modificación a partir del 23 de octubre de 2012 existe la obligación de divulgar los documentos de todo el proceso de subastas de “adquisición de bienes y servicios”.²²⁰ Para cumplir con esta obligación, “[t]odas las agencias de la Rama Ejecutiva y corporaciones públicas tendrán que remitir electrónicamente” a la OGP toda la información de los procesos de subastas.²²¹ La disposición advierte que este Registro será el “[m]edio oficial de divulgación de dicha información y para fines de todo cómputo legal se tomará en cuenta la fecha de publicación en el mismo”.²²²

Asimismo, el artículo 10 de la Ley Núm. 154-2004 establece que los ciudadanos tendrán derecho a tener disponible información gubernamental a través del Internet y a recibir servicios del Gobierno por medios electrónicos.²²³ Luego, hace un listado de ejemplos del tipo de servicios e información a ofrecerse por medios electrónicos.²²⁴ La mayoría de los servicios enlistados están relacionados con el trámite o solicitud de documentos que el ciudadano requiere rutinariamente de su gobierno.

²¹⁷ *Id.*

²¹⁸ *Id.*

²¹⁹ 3 LPRA § 995.

²²⁰ *Id.*

²²¹ *Id.*

²²² *Id.*

²²³ *Id.* en la § 998.

²²⁴ *Id.*

En términos de la información pública, el referido artículo establece que el ciudadano tiene derecho a acceder electrónicamente a los documentos antes enumerados como parte de la enmienda que introdujo la Ley Núm. 113-2006 al artículo 7.²²⁵ La afirmación en el artículo 10, inciso (10), de que el ciudadano tiene derecho específicamente a tales documentos y, al final de la enumeración de unos veintitrés derechos la enunciación, de que las agencias tienen la correlativa obligación de divulgarlos, con mención nuevamente de ellos, pone de manifiesto la importancia de este aspecto para la transparencia gubernamental.²²⁶

La Exposición de motivos de la Ley Núm. 113-2006 explica que precisamente la enmienda tuvo como propósito ordenar la publicación de información específica sobre subastas de la obra pública, y la adquisición de bienes y servicios. Dicha declaración contiene el siguiente fragmento:

Esta legislación persigue brindarles a los ciudadanos una herramienta adicional que le permita enterarse de todos los documentos públicos relacionados con las subastas, obras, contratación, gerencia e informes sobre el estado de proyectos públicos en las agencias e instrumentalidades del Gobierno, de forma, tal que impere el conocimiento sobre dichas acciones gubernamentales y no la ignorancia.

A fin de cuentas, el Gobierno, representado por todas las agencias e instrumentalidades públicas, tiene la responsabilidad de actuar diáfananamente para evitar la secretividad y el ocultamiento de información a los efectos de que impere una verdadera libertad de expresión e información en Puerto Rico y por ende, se evite el menoscabo de los derechos de los ciudadanos.²²⁷

Tan reciente como el 5 de enero de 2017 fue presentado el P. de la C. 424 para enmendar la Ley Núm. 151-2004 y renombrarla como la *Ley de accesibilidad electrónica a la documentación y los servicios públicos y sobre transparencia gubernamental*.²²⁸ La propuesta pretende ampliar los contornos del derecho general de acceso a la información a través de medios electrónicos, e incluir a los municipios en la política pública existente de incorporar las tecnologías de información a los procedimientos gubernamentales a la prestación de servicios y a la difusión de información pública.²²⁹

La Exposición de motivos del P. de la C. 424 anuncia que, en sus orígenes, la Ley Núm. 151-2004 fue concebida como un mecanismo de eficiencia gubernamental en

²²⁵ *Id.*

²²⁶ *Id.*

²²⁷ Exposición de motivos, Ley para enmendar la Ley Núm. 151 de 2004: Ley de Gobierno Electrónico, Ley Núm. 113-2006, 2006 LPR en la pág. 517.

²²⁸ Véase P. de la C. 424 de 5 de enero de 2017, 1ra Ses. Or., 18va Asam. Leg.

²²⁹ Exposición de motivos, P. de la C. 424.

la prestación de servicios y en la operación de los programas públicos.²³⁰ Luego se entendió que podía ser un instrumento para facilitar el acceso a la información pública, democratizar y transparentar la gestión gubernamental, por eso las enmiendas introducidas posteriormente, según identificamos por la Ley Núm. 205-2012 y la Ley Núm. 113-2006.²³¹

Destaca del P. de la C. 424 la ampliación de la definición de “documento” para incluir “cualquier otro documento, independientemente de su forma física o de sus características particulares, que haya sido preparado, utilizado, recibido o que haya estado en posesión o bajo la custodia de una agencia, *independientemente de si este fue producido por un servidor público o comisionado a una persona, natural o jurídica, a quien una entidad gubernamental le haya otorgado un contrato de servicios profesionales o consultivos*”.²³² Declara, además como parte de la política pública, que “*se presumirá que todo material o documento en poder del Estado, según definido en esta Ley, será de carácter público y le será facilitado a los ciudadanos, inclusive, electrónicamente de ser así solicitado*”.²³³

Como derecho del ciudadano, el P. de la C. 424 pretende añadir al artículo 10 de la Ley Núm. 151-2004 varios incisos que especifican la información que debe estar disponible de oficio para el público.²³⁴ Destaca que pretende añadir al artículo 10 dos mecanismos para tutelar el cumplimiento con dicha disposición. Primero, la posibilidad de que el ciudadano que entienda vulnerado “el derecho a que se le haga disponible a través del Internet la información o documentación gubernamental”, acuda al Tribunal mediante un recurso de *mandamus*.²³⁵ Segundo, el funcionario que obstruya o afecte el derecho reconocido puede ser hallado *incurso* en delito menos grave y ser condenado con una multa entre \$5,000 a \$10,000 o reclusión entre un mes o seis meses, o ambas penas a discreción del tribunal.²³⁶

2. Ley 236-2010: Rendición de cuentas

No es hasta la aprobación la *Ley de rendición de cuentas y ejecución de programas* en el año 2010 que la Asamblea Legislativa atendió específicamente el binomio transparencia y rendición de cuentas para la administración pública puertorriqueña.²³⁷

²³⁰ *Id.*

²³¹ *Id.*

²³² *Id.* en la § 2.

²³³ *Id.* en la § 3.

²³⁴ *Id.* en la § 10.

²³⁵ *Id.*

²³⁶ *Id.*

²³⁷ Ley de rendición de cuentas y ejecución de programas, Ley Núm. 236-2010, 3 LPRA §§ 8921-8926 (2018).

De la declaración de política pública expuesta en este estatuto podemos citar la siguiente:

Es política pública del Gobierno de Puerto Rico que cada agencia gubernamental implante un programa dirigido a optimizar su funcionamiento y servicio. Esta política pública se logrará creando planes estratégicos en los cuales se establezcan objetivos cuantificables. Así promoveremos un gobierno que cumpla sus metas, que esté enfocado en la calidad del servicio y la satisfacción de la ciudadanía. De esta manera se cumple con el propósito de mejorar la eficiencia y la percepción pública de su gobierno, *implantar un sistema de rendición de cuentas y transparencia gubernamental en el cual los componentes gubernamentales estén dirigidos al logro de objetivos para así determinar la eficiencia y eficacia de los servicios mediante la publicación de los resultados y de la calidad de los mismos.*²³⁸

A los fines de viabilizar la realización de esta política pública, la Ley Núm. 236-2010 requirió que cada jefe de agencia presentara ante la OGP un plan estratégico sobre las actividades públicas que le han sido encomendadas, que originalmente sería de siete años; un plan de ejecución anual cónsono con la planificación estratégica, y un informe de resultados de la implementación de los referidos planes.²³⁹ Se dispuso que estos instrumentos de administración pública debían “estar disponibles en la página electrónica de [OGP] y la de cada agencia para que todo ciudadano pueda analizar y revisar dichos planes”.²⁴⁰ El plan de ejecución anual debe ser incluido en el presupuesto anual que las agencias presentan ante la OGP y debe tener al menos lo siguiente: (1) metas de desempeño para determinar el nivel de rendimiento de cada programa, las cuales deben ser objetivas, cuantificables y medibles; (2) indicadores de desempeño que se utilizarán para la medición y evaluación de los resultados, así como de los niveles de servicio de cada programa, y (3) datos de referencia para comparar el desempeño actual del programa con las metas de desempeño establecidas.²⁴¹

El informe de resultados, por su parte, debe ser presentado ante la OGP al finalizar la implementación del plan estratégico y debe contener, entre otras cosas, una explicación y descripción de cuando una meta y objetivo de desempeño no haya sido obtenido o no se haya alcanzado el nivel de rendimiento deseado, y una descripción de la efectividad y eficacia en el logro de los objetivos de

²³⁸ Exposición de motivos, Ley de rendición de cuentas y ejecución de programas, Ley Núm. 236-2010, 2010 LPR en la pág. 1408.

²³⁹ *Id.* en las §§ 8922-8924.

²⁴⁰ *Id.* en la § 8925.

²⁴¹ *Id.* en la § 8923.

desempeño.²⁴² La explicación y descripción antes dicha debe detallar: (1) las razones por la que no se ha alcanzado la meta y objetivo de desempeño o el nivel de rendimiento deseado; (2) las medidas y calendarios que se establecieron para lograr las metas de rendimiento, y (3) si la meta es poco realista y poco práctica, el porqué es así y acciones recomendadas para esta situación.²⁴³

Ahora bien, la Ley Núm. 236-2010 fue enmendada mediante la Ley Núm. 54-2012 a los fines de posponer la vigencia de algunas de sus disposiciones y conceder así un período de tiempo adicional a la OGP y a las demás agencias para su cumplimiento.²⁴⁴ Originalmente, el primer plan estratégico debía ser presentado a no más tardar del 1 de mayo de 2011.²⁴⁵ Sin embargo, la enmienda legislativa de 2012 postergó la mencionada fecha para el 1 de mayo de 2012.²⁴⁶ Posterior a esta fecha, debe presentarse otro plan el 1 de mayo de 2013 y subsiguientemente el 1 de mayo cada cuatro años. Esta enmienda también disminuyó el período comprendido en los planes estratégicos de siete a cuatro años, lo que lo ajusta a los períodos electorales. A nuestro juicio, una disposición de esta naturaleza desvirtúa el propósito de la planificación estratégica a largo plazo y la continuidad de proyectos públicos que puedan surgir desde una perspectiva de participación de la sociedad civil organizada.

3. Otras disposiciones legislativas sobre transparencia

Hay que hacer mención de la Ley Núm. 42-2010 cuya intención fue crear la Oficina del Inspector General, la cual tendría facultad para “[I]llevar a cabo auditorías en las entidades gubernamentales, por iniciativa propia o a requerimiento del Gobernador, para evaluar los resultados alcanzados por los programas y proyectos gubernamentales, en términos de eficiencia y efectividad”.²⁴⁷ El artículo 3, inciso 13, de dicha medida incluía una definición de transparencia que era muy pertinente para el ordenamiento jurídico.²⁴⁸ Ahora bien, la Ley Núm. 42-2010 fue derogada por la Ley Núm. 62-2013, por considerar que la nueva dependencia implicaba costos adicionales al erario y duplicidad de funciones con otras entidades, como la OGP y la Oficina del Contralor.²⁴⁹

²⁴² *Id.* en la § 8924.

²⁴³ *Id.* en el inciso (3).

²⁴⁴ Ley para enmendar los Artículos 4, 5, 6 y 8 de la Ley Núm. 236 de 2010, 2010 LPR 1406; Ley de Rendición de Cuentas y Ejecución de Programas Gubernamentales, Ley Núm. 54-2012, 2012 LPR 847.

²⁴⁵ 3 LPRA §§ 8921-8926 (2018).

²⁴⁶ *Id.* en la § 8922.

²⁴⁷ Ley del Inspector General del Gobierno de Puerto Rico, Ley Núm. 42-2010, 3 LPRA §§ 8851-8864 (derogada).

²⁴⁸ *Id.*

²⁴⁹ P. del S. 612 de 19 de julio de 2013, 1ra Ses. Or., 17ma Asam. Leg.

Tan reciente como el 28 de febrero, la Ley Núm. 15-2017 creó nuevamente la Oficina del Inspector General.²⁵⁰ El artículo 3 de dicha medida contiene una definición de *transparencia* en los siguientes términos:

m) *Transparencia* – significa el acto de hacer pública la información acerca de las decisiones, prácticas de política pública y resultados del Gobierno. Esto con el fin de facilitar la relación entre el Gobierno y la ciudadanía a través de una gestión pública abierta a las opiniones de los ciudadanos respecto a los servicios públicos y las políticas públicas. Además, para ampliar y hacer habitual la rendición de cuentas y reducir los riesgos de la corrupción.²⁵¹

Por otra parte, el artículo 2 de la Ley Núm. 159-2013 declaró como política pública “[e]l desarrollar mecanismos de gobernanza democrática, transparencia y participación ciudadana en la administración de todas las corporaciones públicas”.²⁵² El mecanismo adoptado para cumplir con dicha política sería la transmisión en su Portal de Internet, con audio e imagen simultánea, de las reuniones ordinarias de las juntas de las corporaciones públicas, salvo que se trate de alguna de las nueve excepciones identificadas en el artículo 5.²⁵³ La corporación debe crear en el portal un archivo de las grabaciones de las reuniones y tener disponible para el público una copia física.²⁵⁴

La Ley Núm. 159-2013 fue enmendada por la Ley Núm. 25-2014 en cuanto al término “corporación pública” para disponer que se referiría a toda instrumentalidad pública que ofrece servicios básicos esenciales como entidad jurídica independiente del Gobierno, incluida la Universidad de Puerto Rico, y toda corporación público-privada.²⁵⁵ La primera versión mencionada específicamente a 48 entidades a las que le sería de aplicación la Ley Núm. 159-2013. La enmienda añadió el artículo 10 para disponer de una causa de acción: “[c]ualquier ciudadano podrá presentar, en caso de incumplimiento, una acción de *mandamus* para que el Tribunal ordene a la corporación pública cumplir con esta Ley”.²⁵⁶

²⁵⁰ Ley del Inspector General de Puerto Rico, Ley Núm. 15-2017, 3 LPRA §§ 8865-8879 (2018).

²⁵¹ *Id.* en la § 8867.

²⁵² Ley para la transmisión de las reuniones de las juntas de las corporaciones e instrumentalidades públicas, Ley Núm. 159-2013, 3 LPRA § 9082 (2018).

²⁵³ *Id.* en la § 9083. Las excepciones son (1) que se trate de una reunión de emergencia; (2) un asunto judicial; (3) procedimientos internos de recursos humanos (donde el empleado sea identificable); (4) asuntos protegidos por HIPAA o privilegio médico/psicoterapeuta-paciente; (5) secreto comercial o investigaciones internas no concluidas; (6) estrategias de la negociación de convenios colectivos o disputas obrero-patronales; y (7) propiedad intelectual de terceros o seguridad pública. *Id.* en la § 9085.

²⁵⁴ *Id.* en la § 9087.

²⁵⁵ *Id.* en la § 9081(d).

²⁵⁶ *Id.* en la § 9089 (bastardillas suplidas).

C. Proyectos recientes para una ley de transparencia

Según mencionado en la parte introductoria de este escrito, a la luz de las corrientes internacionales, tanto el *CGPC* como el *CPI* promovieron en Puerto Rico la presentación de un proyecto de ley de transparencia y libre acceso a la información. A continuación, expongo las características de los proyectos que al final quedaron en una mera expectativa, pero cuyo desarrollo y discusión son esenciales para cualquier propuesta posterior.

1. CGPC: Proyecto de la Cámara núm. 2469 (2015)

El *CGPC* fue la entidad que promovió el P. de la C. 2469 para adoptar la *Ley de transparencia, acceso a la información pública y la rendición de cuentas en la gestión pública de Puerto Rico*.²⁵⁷ La versión de este proyecto presentada por petición, el 11 de mayo de 2015, en la Cámara de Representantes, a través de la Oficina de Participación Ciudadana, planteó la importancia de dar a conocer la gestión pública, dar acceso a los ciudadanos a información pertinente que esté en manos del gobierno y fortalecer la confianza ciudadana en las instituciones públicas.²⁵⁸ También, destacaba la importancia de la educación, prevención, acción y finalmente la divulgación de las consecuencias concretas del incumplimiento con las normas de transparencia.²⁵⁹

Esta iniciativa pretendía actualizar y transformar el ordenamiento que regula la gestión pública puertorriqueña, “[y] orientar las acciones públicas al servicio de las necesidades concretas de la ciudadanía, conforme a los principios de legalidad, eficiencia, eficacia, economía, celeridad, simplicidad, accesibilidad, temporalidad, uniformidad, transparencia, rendición de cuentas, buena fe y honestidad, entre otros principios pertinentes”.²⁶⁰ La propuesta estaba enmarcada en la planificación estratégica orientada a resultados y fomentaba la participación ciudadana en las decisiones públicas mediante el uso de las nuevas tecnologías de la información.²⁶¹ La Exposición de motivos del P. de la C. 2469 explicaba lo siguiente:

Actualmente, en Puerto Rico existe alguna legislación dispersa relacionada con la transparencia, el acceso a la información pública y la rendición de

²⁵⁷ P. de la C. 2469 de 11 de mayo de 2015, 5ta Ses. Or., 17ma Asam. Leg. (presentado por el representante Perelló Borrás por petición del CGPC) (*disponible en* <http://www.tucamarapr.org/dnncamara/Documents/Measures/afd04dae-ae71-4b70-94ca-d51265cb7c18.pdf>) (última visita 10 de noviembre de 2018).

²⁵⁸ Exposición de motivos, P. de la C. 2469, en la pág. 4.

²⁵⁹ *Id.* en la pág. 5.

²⁶⁰ *Id.* Véase P. de la C. 2469, en el art. 34.

²⁶¹ *Id.* Véase P. de la C. 2469, en los arts. 37-39.

cuentas. Por consiguiente, a juzgar por los adelantos que en este reglón han tenido otros países, todavía nos queda mucho camino por recorrer. Las leyes hasta ahora aprobadas no contienen definiciones operacionales claras ni los elementos que aseguren su cumplimiento y obligatoriedad, entre otros aspectos importantes. Respecto al principio fundamental de hacer disponible a la ciudadanía toda la información sobre la gestión gubernamental de una manera sencilla y expedita, no tenemos delineados los procedimientos que garanticen el acceso a la información pública.

Esencialmente, la normativa jurídica existente en Puerto Rico tal y como está es una desarticulada que no cumple con los estándares adoptados por varios países reconocidos a nivel internacional como líderes en cuanto a lo que son las mejores prácticas de gobernanza. Ante tal escenario, es imperativo implementar mejores prácticas en la gestión pública puertorriqueña; inicialmente en materia de la obligatoriedad de la transparencia y rendición de cuentas por operación de ley (transparencia activa o de oficio) al igual que en la reglamentación de los procesos para que los ciudadanos puedan solicitar la información pública no rutinaria que interesen (reconocidas ambas como la transparencia formal o jurídica), lo que sin duda alguna redundará en el mejoramiento de la transparencia real, efectiva u operacional.²⁶²

Para atender dicha situación, quizás bajo parámetros muy ambiciosos en consideración a la experiencia de otros países como México y Nueva Zelanda, la medida propuso recoger en una sola ley la legislación hasta entonces existente y uniformarla bajo definiciones operacionales, principios y parámetros característicos de la buena gobernanza, con sus pilares de la transparencia y la rendición de cuentas. De esta forma, la primera versión del P. de la C. 2469 tenía siete títulos con un total de 65 artículos y unas 40 definiciones.²⁶³ El título 2 trataba de la divulgación de la información pública; el título 3, sobre la información exceptuada o restringida; el título 4, sobre el gobierno electrónico; el 5, sobre el buen gobierno, la gobernanza y la rendición de cuentas, y el 6, sobre la administración de los documentos públicos.²⁶⁴ Recientemente, el juez Estrella Martínez catalogó esta iniciativa legislativa, aunque sujeta a algunas mejoras, como “uno de los esfuerzos más completos y serios que se han desarrollado para establecer una ley efectiva”.²⁶⁵

En las correspondientes vistas públicas, el Departamento de Justicia expresó tener dudas en cuanto al mecanismo legislativo de compilación de leyes bajo una

²⁶² *Id.* en la pág. 4.

²⁶³ *Id.*

²⁶⁴ *Id.*

²⁶⁵ ESTRELLA MARTÍNEZ, *supra* nota 205, en la pág. 271.

sola legislación.²⁶⁶ La representante del Secretario de Justicia César Miranda expresó que quizás debía trabajarse una ley, tipo FOIA, que se refiriera más bien al derecho de acceso a la información pública.²⁶⁷ Por su parte, la OGP advirtió sobre la posible inconstitucionalidad de la legislación por atender, a su juicio, en una misma pieza múltiples asuntos o materias, lo cual es contrario a la regla de un solo asunto establecida en la sección 17 del artículo III de la Constitución de Puerto Rico.²⁶⁸ A nuestro juicio, el P. de la C. 2469 cumplía con los criterios de *Herrero y otros v. ELA*,²⁶⁹ caso que expresa que para no maniatar al legislador lo que comprende “un solo asunto” sería interpretado liberalmente.²⁷⁰ En particular, el TSPR expresó que “[u]n estatuto puede comprender todas las materias afines al asunto principal y todos los medios que puedan ser justamente considerados como accesorios y necesarios o apropiados para llevar a cabo los fines que están propiamente comprendidos dentro del asunto general”.²⁷¹ En la propuesta legislativa P. de la C. 2469, el asunto principal era la transparencia y los medios para llevar a cabo dicho fin eran el acceso a la información pública: el gobierno electrónico, la rendición de cuentas, la participación ciudadana y la promoción de la cultura de buen gobierno.

La aplicación subjetiva del P. de la C. 2469, según recogida en el artículo 4, era amplia. Esta pretendía ser de aplicación a la rama ejecutiva, incluidas las corporaciones públicas y las instituciones de educación superior (evidentemente, la Universidad de Puerto Rico), las entidades cuasi públicas y las organizaciones no gubernamentales que cumplen propósitos públicos. El principio anunciado era que en caso de duda iba a favorecerse la inclusión de una entidad como organismo público directamente obligado a cumplir con las normas de transparencia. También serían incluidas las personas que prestaban servicios públicos bajo una relación de empleo o que tuviera “[c]ontratos con el sector público, por servicios profesionales o mediante la adjudicación de una subasta de bienes y servicios”.²⁷²

Del artículo 5 se destacaba el reconocimiento del derecho a la información pública como uno fundamental autónomo, conforme al principio de máxima divulgación.²⁷³ El artículo 9 requería la divulgación periódica y actualizada, mínimo men-

²⁶⁶ *Reseña a vistas públicas P. de la C. 2469: Transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas de los asuntos públicos*, CENTRO DE GOBERNANZA PÚBLICA Y CORPORATIVA, <https://centrodegobernanza.com/wp-content/uploads/2018/04/RESENA-8.11.2015.pdf> (última visita 10 de noviembre de 2018).

²⁶⁷ *Id.*

²⁶⁸ Luis F. Cruz Batista, Ponencia sobre el P. de la C. 2469, Oficina de Gerencia y Presupuesto (10 de agosto de 2015) en la pág. 7. (*disponible en* <http://www.ogp.pr.gov/Ponencias/Ponenciaspdf/PC%202469.pdf>) (última visita 10 de noviembre de 2018).

²⁶⁹ *Herrero y otros v. ELA*, 179 DPR 277 (2010).

²⁷⁰ *Id.* en la pág. 296.

²⁷¹ *Id.*

²⁷² P. de la C. 2469, en el art. 4.

²⁷³ *Id.* en el art. 5.

sualmente, de información relevante sobre el funcionamiento gubernamental.²⁷⁴ Esta disposición enlistó al menos una veintena de categorías de información que debía ser divulgada de oficio. En su ponencia el Departamento de Justicia entendió que alguna de las categorías enlistadas eran tan abarcadoras que no estaba justificado que fueran publicadas sin solicitud ciudadana.²⁷⁵ Consideró que las agencias requerirían de una mayor asignación de recursos para cumplir con el mandato de transparencia activa o de oficio.²⁷⁶ Advirtió que el P. de la C. 2469 debía evaluarse, a la luz de las leyes que protegen la privacidad del ciudadano, la divulgación del tipo de información establecida en el inciso 6 (remuneración mensual del servidor público), en el inciso 11 (registro de beneficiarios de programas sociales) y en el inciso 12 (las transferencias de recursos o donaciones).²⁷⁷

La medida en su artículo 19 reconocía la posibilidad de instar una acción de *mandamus* ante el tribunal para solicitar la entrega de información pública que debía ser provista de oficio.²⁷⁸ En estos casos, la prueba del incumplimiento sería suficiente, por lo que no había que probar daño grave e irreparable ni agotar remedios administrativos. El mencionado artículo contenía también las sanciones que serían impuestas por violaciones al título que regulaba la divulgación de información pública de oficio o por petición ciudadana.²⁷⁹ Disponía que las violaciones fueran castigadas con una multa de un mínimo de \$5,000 y un máximo de \$25,000 si el ciudadano prevalecía en la respectiva acción de *mandamus*.²⁸⁰ En su caso, el tribunal tendría discreción para imponer la multa al organismo público concernido o a la autoridad máxima de la unidad administrativa responsable o al custodio designado.²⁸¹ El articulado daba discreción al tribunal de compensar al demandante por los “daños sufridos, incluidos los gastos de litigación y honorarios de abogado danos sufridos”.²⁸² De incumplirse la resolución firme emitida por la autoridad judicial, el incumplimiento sería sancionado con una multa que podía “oscilar entre el veinticinco (25) al cincuenta por ciento (50%) de la remuneración mensual del servidor público de superior jerarquía en la unidad administrativa correspondiente”.²⁸³

El Departamento de Justicia también manifestó en su Ponencia, en esencia, que no era razonable la inclusión de multas que pudieran “[o]scilar entre el veinticinco (25) al cincuenta por ciento (50%) de la remuneración mensual del servidor público

²⁷⁴ *Id.* en el art. 9.

²⁷⁵ Secretario de Justicia, Ponencia sobre el P. de la C. 2469 (11 de agosto de 2015), en la pág. 11.

²⁷⁶ *Id.*

²⁷⁷ *Id.*

²⁷⁸ P. de la C. 2469, en el art. 19.

²⁷⁹ *Id.*

²⁸⁰ *Id.*

²⁸¹ *Id.*

²⁸² *Id.*

²⁸³ *Id.*

de superior jerarquía en la unidad administrativa correspondiente”.²⁸⁴ Argumentó que las multas con una cantidad mínima y máxima específica sería un instrumento más efectivo para que el foro judicial pudiera hacer valer su autoridad y evitaría también la imposición de multas irrazonables.²⁸⁵ Apuntó que la medida no identificó ni explicó el fundamento para este tipo de sanción novedosa para el ordenamiento puertorriqueño.²⁸⁶ Al examinar la legislación comparada utilizada por el CGPC en la redacción del P. de la C. 2469, advertimos que este tipo de sanción es parte de la legislación chilena, en la cual no abundamos en este escrito por razones de espacio.

Además, el primer texto del artículo 19 incluía el siguiente párrafo:

[e]l incumplimiento injustificado de las normas de transparencia activa se sancionará con una multa que puede oscilar entre el veinticinco (25) al cincuenta por ciento (50%) de la remuneración mensual del servidor público infractor. Las sanciones previstas en este título[sic], deberán ser publicadas en la unidad responsable, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, contados desde que la sentencia judicial advenga final y firme.²⁸⁷

En este extremo, el Departamento de Justicia expresó igual reparo y expresó que era necesario adoptar penalidades más razonables.²⁸⁸

Por último, el artículo 20 del P. de la C. 2469 denominado *Obstrucción al acceso o destrucción de documentos públicos* autorizaba a las agencias a “imponer sanciones administrativas, monetarias o disciplinarias, conforme a la reglamentación promulgada a tales efectos, a todo servidor público que obstruy[era] de modo alguno el acceso o la inspección de un documento público o [lo] destruy[era]”.²⁸⁹ La sanción para el servidor público sería “una multa que puede oscilar entre el veinticinco (25) al cincuenta por ciento (50%) de su remuneración mensual o con alguna de las medidas disciplinarias reconocidas en la reglamentación aplicable, o ambas alternativas, a discreción de la autoridad nominadora”.²⁹⁰

El artículo 41 disponía sobre la transparencia y la rendición de cuentas presu- puestaria que requería “dar acceso a información comprensible, exhaustiva y oportuna respecto a las finanzas públicas”.²⁹¹ Establecía la obligación de divulgar los siguientes documentos, cuyo contenido es explicado en la medida: (1) documento

²⁸⁴ Secretario de Justicia, *supra* nota 278, en la pág. 13.

²⁸⁵ *Id.*

²⁸⁶ *Id.*

²⁸⁷ P. de la C. 2469, art. 19.

²⁸⁸ Secretario de Justicia, *supra* nota 278, en la pág. 13.

²⁸⁹ P. de la C. 2469, en el art. 20.

²⁹⁰ *Id.*

²⁹¹ P. de la C. 2469, en el art. 41.

preliminar; (2) propuesta presupuestaria; (3) presupuesto ciudadano (versión simplificada de la ley presupuestaria); (4) presupuesto aprobado; (5) informes periódicos; (6) revisión semestral; (8) informes de fin de año fiscal; e, (7) informes de auditorías.²⁹²

2. CGPC: Actualización del P. de la C. 2469

Finalizadas las vistas públicas, el *CGPC* trabajó un texto que pudiera superar las diversas objeciones o reservas expresadas, esencialmente, por el Departamento de Justicia y la *OGP*. La segunda versión estaba dividida en seis capítulos, de los cuales destaca: gobernanza, rendición de cuentas y buen gobierno (II); acceso a la información pública por transparencia de oficio y activa (III); de la información exceptuada o restringida (IV); reglamentación y penalidades (V). La medida contenía unos 24 artículos con 22 definiciones en el artículo 2.²⁹³

El propósito era uno más limitado que la primera versión, pues descartó la posibilidad de compilar en una sola legislación todas las disposiciones relacionadas a la transparencia en el sector público y mantenía la definición de documento público existente en el ordenamiento. El ámbito subjetivo de aplicación también fue limitado a la Rama ejecutiva y, por extensión, a todo funcionario y empleado público y entidades no gubernamentales que recibieran fondos públicos.²⁹⁴ Aplicaría también a las entidades creadas por ley aunque funcionaran como una entidad privada o cuasi-pública.²⁹⁵ La propuesta enlistaba unas trece prácticas de gobernanza que debían ser incorporadas en la gestión pública²⁹⁶ y mantuvo la disposición de transparencia presupuestaria y rendición de cuentas en el ámbito fiscal.²⁹⁷

En lo concerniente a la transparencia de oficio, reconocía como derecho del ciudadano el “acceso a la información sin necesidad de acreditar su personalidad, interés jurídico y sin registrarse como usuario”.²⁹⁸ El artículo 10 establecía el derecho general de acceso a información pública y una veintena de documentos que deben ser divulgados de oficio.²⁹⁹ El artículo 11 establecía el derecho a obtener por solicitud ciudadana información y copia de un documento público.³⁰⁰

²⁹² *Id.*

²⁹³ La estructura de esta segunda versión puede observarse en la actualización de 2017 disponible en CENTRO DE GOBERNANZA, CÁMARA DE REPRESENTANTES, <https://centrodegobernanza.com/pdf/Anteproyecto-Rev.-2017.pdf> (última visita 10 de noviembre de 2018).

²⁹⁴ *Enmienda propuesta por el CGPC P. de la C. 2469*, CENTRO DE GOBERNANZA PÚBLICA Y CORPORATIVA (15 de octubre de 2018) en el art. 4.

²⁹⁵ *Id.*

²⁹⁶ *Id.* en el art. 7.

²⁹⁷ *Id.* en el art. 8.

²⁹⁸ *Id.* en el art. 9.

²⁹⁹ *Id.* en el art. 10.

³⁰⁰ *Id.* en el art. 11.

La medida requería la designación de un custodio de la información en cada agencia. El deber de este funcionario sería asegurar la disponibilidad de los récords públicos y la actualización de la información que debe ser divulgada de oficio.³⁰¹ Además, establecía el procedimiento para solicitar información pública no divulgada de oficio con un plazo de diez días laborables para que la agencia respondiera.³⁰² La misma disposición establecía que el ciudadano podía presentar una acción de *mandamus* si en dicho plazo no recibía respuesta.³⁰³

El capítulo IV que trataba sobre la información exceptuada o restringida contenía cuatro artículos: excepciones al derecho de acceso y al principio de máxima divulgación;³⁰⁴ información reservada;³⁰⁵ requisitos para clasificar la información como reservada;³⁰⁶ y periodo de reserva.³⁰⁷ En general, estableció unas diez excepciones detalladas en el artículo 16.³⁰⁸

En lo pertinente a los mecanismos de tutela, el texto propuesto disponía que el incumplimiento con las disposiciones de la Ley pudiera conllevar una multa entre \$500 y \$5,000.³⁰⁹ La multa sería impuesta “de concederse el recurso interpuesto, a la agencia concernida, a la autoridad máxima de la agencia, o a ambos, a discreción del tribunal”.³¹⁰ Por tanto, la revisión del artículo 19 del P. de la C. 2469 mantuvo la regulación de las penalidades por incumplimiento de la ley, así como el procedimiento judicial que el ciudadano tenía disponible de considerar vulnerados su derecho.³¹¹ En principio, el procedimiento estaría disponible a quien solicitó la información y no la obtuvo; tan solo era necesario probar el incumplimiento con el deber de entregar la información solicitada. La norma también previó una posible indemnización por los daños y perjuicios que ese incumplimiento pudiera causar; siempre y cuando el peticionario cumpliera con la carga probatoria correspondiente. De igual modo, de determinarse que el derecho a la información fue vulnerado, el tribunal podía imponer a la agencia las costas y los honorarios.³¹²

El P. de la C. 2469, en ambas versiones, dejó abiertas las infracciones que podrían cometer las agencias, pero reconoció que el incumplimiento en el deber de divulgar la información pública debía ser remediado. El texto no especificó lo que

³⁰¹ *Id.* en el art. 13.

³⁰² *Id.* en el art. 14.

³⁰³ *Id.*

³⁰⁴ *Id.* en el art. 16.

³⁰⁵ *Id.* en el art. 17.

³⁰⁶ *Id.* en el art. 18.

³⁰⁷ *Id.*

³⁰⁸ *Id.* en el art. 16.

³⁰⁹ *Id.* en el art. 21.

³¹⁰ *Id.*

³¹¹ *Id.*

³¹² *Id.*

debía considerarse como incumplimiento ni estableció algún tipo de gradación para las posibles infracciones. Fijó las sanciones posibles en una multa a la agencia implicada o a la autoridad máxima, o ambos, de entre \$500 y \$5,000.³¹³ En definitiva, la regulación propuesta disponía de mecanismos para que el ciudadano pudiera reclamar la vulneración de su derecho de acceso a la información pública, pero dejaba a discreción del tribunal la graduación tanto de la infracción como de la sanción monetaria a imponerse.

Si el artículo 19 del P. de la C. 2469 fijaba las penalidades por alguna infracción a una agencia y a la autoridad máxima, el artículo 20 establecía lo concerniente a la responsabilidad de los funcionarios propiamente.³¹⁴ Según este último artículo, si el servidor público dificultaba o entorpecía el acceso a la información pública o si destruían documentos públicos –lo que supone algún tipo de intención específica y no mera omisión o negligencia– podía ser sancionado por la agencia o autoridad competente mediante “sanciones administrativas, monetarias o disciplinarias” según el reglamento de aplicación correspondiente.³¹⁵ El servidor público que incurriera en tal conducta podría ser sancionado con una multa entre \$500 a \$5,000, “[c]on alguna de las medidas disciplinarias reconocidas en la reglamentación aplicable, o ambas alternativas, a discreción de la autoridad nominadora”.³¹⁶

3. CPI: Proyecto de la Cámara 2944 (2016)

El 9 de mayo de 2016, fue presentado en la Cámara de Representantes el proyecto que promovió el *CPI* con el apoyo de diversas organizaciones de la sociedad civil.³¹⁷ El P. de la C. 2944, en su Exposición de motivos, anunciaba el propósito de establecer la política pública de acceso a la información y documentación gubernativa, pautar los mecanismos de acceso y las garantías de cumplimiento.³¹⁸ A nuestro juicio, de esta breve relación motivacional surge que el P. de la C. 2944 no fue propiamente un proyecto de transparencia, rendición de cuentas y buen gobierno en su concepción más abarcadora. Dicho proyecto más bien estuvo dirigido a regular y ampliar el derecho de acceso a la información por solicitud ciudadana, interés importantísimo en una sociedad democrática y muy a tono con la experiencia del

³¹³ *Id.*

³¹⁴ *Id.* en el art. 20.

³¹⁵ *Id.*

³¹⁶ *Id.*

³¹⁷ Efrén Rivera Ramos, *Presentan por iniciativa bipartita la Ley de Transparencia y Acceso a la Información*, CENTRO DE PERIODISMO INVESTIGATIVO (17 de mayo de 2016), <http://periodismoinvestigativo.com/2016/05/presentan-por-iniciativa-bipartita-la-ley-de-transparencia-y-acceso-a-la-informacion/>.

³¹⁸ Exposición de motivos, P. de la C. 2944 de 20 de mayo de 2016, 5ta Ses. Or., 17ma Asam. Leg., (*disponible en* <http://tucamarapr.org/dnncamara/Documents/Measures/bf0cb528-1dce-4bc9-931c-ee1c7036b27.pdf>) (última visita 10 de noviembre de 2018).

CPI en recientes pleitos judiciales.³¹⁹ Tal y cual fue propuesto, el P. de la C. 2944 estaba predicado desde el punto de vista del ciudadano que solicitara determinada información pública y que en caso de una negativa, e incluso de silencio administrativo, utilizara los mecanismos o procesos propuestos en la medida para obtener un remedio.³²⁰

El P. de la C. 2944 contenía 25 artículos y 16 definiciones en el artículo 3; no estaba concebido en partes o capítulos.³²¹ La aplicabilidad subjetiva de la medida era muy abarcadora, aspecto que debe ser tenido en cuenta en cualquier propuesta futura. Según el artículo 2, pretendía aplicar a las tres ramas constitucionales del Gobierno de Puerto Rico, las corporaciones públicas, los municipios, las alianzas público-privadas y a todo aquel que ejerciera alguna autoridad pública –servidores públicos, contratistas o persona que ejercieran autoridad de servidor público, entidades privadas que tengan información pública– o alguna actividad o negocio jurídico donde el gobierno hubiera invertido algún fondo o recurso público.³²² Destacaba la extraterritorialidad de la medida al consignar que aplicaría donde quiera que se encontrara la información gubernativa, “en posesión de servidores públicos o de terceros”.³²³

La definición de “información pública” también fue de lo más abarcadora posible al incluir cualquiera que fuera producto de la utilización de recursos públicos, y en cualquier formato, “[e]sté legitimada o no, directa o indirectamente delegada”.³²⁴ Reconocía la política de apertura y disponibilidad de la información gubernativa bajo la definición de “datos abiertos”.³²⁵ El “derecho de acceso a la información pública” fue definido como uno fundamental que aparejaba el derecho de toda persona a solicitar sin acreditar interés alguno³²⁶ y el deber correlativo de la autoridad pública de informar sobre el derecho propiamente y los mecanismos para hacerlo valer.³²⁷

³¹⁹ Véase Centro de Periodismo Investigativo, Inc. v. ELA y Comisión Estatal de Elecciones, KLAN201100198, 2012 PR App. LEXIS 1009, (TA PR 29 de abril de 2011); Centro de Periodismo Investigativo, Inc. v. Leda. Berlingeri, KLCE201001753, 2013 PR App. LEXIS 670 (TA PR18 de noviembre de 2011); Centro de Periodismo Investigativo, Inc. v. ELA, KLCE201100212, 2011 PR App. LEXIS 1435 (TA PR 23 de abril de 2012); Centro de Periodismo Investigativo, Inc. v. ELA, KLAN201101908, 2013 PR App. LEXIS 670, (TA PR 28 de febrero de 2013); Centro de Periodismo Investigativo, Inc., y otros v. García Padilla, KLAN201501585, 2016 PR App. LEXIS 1416, (TA PR 11 de abril de 2016).

³²⁰ Véase P. de la C. 2944, en los arts. 5, 8 y 9.

³²¹ Para un análisis de este Proyecto, véase Ramos Hernández, *supra* nota 185, en las págs. 1052-68.

³²² P. de la C. 2944, en el art. 2.

³²³ *Id.*

³²⁴ P. de la C. 2944, en el art. 2 (a).

³²⁵ *Id.* en el inciso (m).

³²⁶ *Id.* en el inciso (n) y el art. 5.

³²⁷ *Id.*

Del artículo 4 destacaba la política pública sobre presunción de publicidad de la información en manos del gobierno.³²⁸ Reconocía que tanto el acceso como la creación y la conservación de la información y la documentación pública eran esenciales para la democracia, la libertad de expresión y la participación ciudadana.³²⁹ Establecía la obligación gubernamental de crear archivos accesibles e inteligibles; publicar información oportuna, objetiva, veraz, completa y reutilizable; y de dar acceso expedito y gratuito de forma electrónica o a un costo que no excediera los gastos de reproducción.³³⁰

El artículo 7 trataba sobre la publicidad proactiva y establecía veinte categorías de información que tenía que ser publicada de forma electrónica sin mediar solicitud.³³¹ El inciso 17 requería:

[t]oda la información necesaria para que la ciudadanía conozca cómo interactuar con el ente gubernativo, inclu[idas] [. . .] las oportunidades de participación ciudadana [. . .], los procesos de queja, de solicitud de servicio y de solicitud de información, con especificación de la información de contacto y del nombre de los servidores públicos responsables de atender estas solicitudes.³³²

El inciso 18, por su parte, requería la publicidad del “[i]nventario y las listas de disposición de la información y documentos públicos que maneja el ente gubernativo”.³³³

Según el artículo 8, cuando hubiera una solicitud la documentación debía ser entregada en forma electrónica, a menos que el solicitante la requiriera de otro modo, en cuyo caso debía abonar el gasto de reproducción.³³⁴ En cuanto a la solicitud de

³²⁸ *Id.* en el art. 4.

³²⁹ *Id.*

³³⁰ *Id.*

³³¹ La lista incluye agendas diarias de la actividad oficial de las autoridades nominadoras; informe de viajes oficiales; gastos de representación trimestralmente; presupuesto aprobado y gastado mensualmente por línea presupuestaria; retribución específica de todo el personal con desgloses de aumentos y o variaciones de rango; procesos de selección y reclutamiento (mensual); actas de las reuniones y de las resoluciones de cuerpos deliberativos; contrataciones; licencias, permisos, concesiones, exenciones (mensual); planificación urbana y zonificación; lista de grupos de presión y de cabildeo; sentencias judiciales, acuerdos transaccionales, actos de condonación parcial o total de deudas, concesión de uso o traspaso de propiedades; planes estratégicos, proyección y cronología de cumplimiento; trámite desglosado de las propuestas de legislación, reglamentación y, en el caso de los municipios, de las resoluciones y ordenanzas; calendario de vistas y las determinaciones de los procedimientos administrativos; reglamentos, cartas circulares, normativas, códigos, protocolos y cualquier otra información sobre las operaciones.

³³² P. de la C. 2944, en el art. 7 (17).

³³³ *Id.* en el inciso (18).

³³⁴ *Id.* en el art. 8.

información, el artículo 9 establecía un plazo de siete días laborables para atender la petición, auto prorrogable por un término único de cinco días laborables, si se notificaba al solicitante la justificación dentro del término inicial de siete días.³³⁵ Transcurrido el término original, o la prórroga, si la entidad obligada no contestaba, la solicitud se entendía denegada y el solicitante podía acudir a la Junta Revisora. La solicitud no tenía que estar justificada y la agencia podía cumplir al publicar la información solicitada en la página cibernética.³³⁶

El nombrado artículo 11 establecía la obligación del servidor público de abrir un expediente mediante un *Sistema universal de apertura, codificación y mantenimiento*, el cual estaba definido en el inciso (I) del artículo 3.³³⁷ Esto requería que toda información o documento tuviera una huella de origen única de quien lo creó, más una numeración seriada que permitiera identificar quién y cuándo se enmendó, y el ente que lo mantiene.³³⁸ Sobre la forma y codificación de los expedientes, el artículo 12 requería que todo servidor público llevara “un registro de las gestiones que realiza, de la información que obtiene y de los documentos que genera”.³³⁹ Si el servidor público llevaba anotaciones separadas en papel u otro medio, debía incorporarla al expediente, no más tarde de cinco días de generada la anotación no electrónica.³⁴⁰

A nuestro juicio, esta disposición era tan abarcadora que podía traer serios problemas de implementación y evaluación en el día a día de las agencias. Nadie deseaba que los servidores públicos emplearan más tiempo en documentar la gestión que en gestionar propiamente los asuntos públicos. La medida no establecía un criterio claro en cuanto a qué asunto “debe ser documentado” por el servidor público y lo que era guardar “todo documento que se genere”, pues la definición de información pública era de las más amplias posibles. Hay que notar que la transparencia gubernamental como pilar de la cultura de buen gobierno no se trata de generar y almacenar data, por el mero hecho de almacenar, la información disponible tiene que ser pertinente y de interés general.

La OGP debía contar con un sistema virtual y otro real, para cumplir con la obligación gubernativa de informar y de educar sobre el acceso a la información y, en coordinación con el Archivo General, debía reglamentar los mecanismos de creación de documentos, y un sistema de sanciones fiscales autoejecutables por incumplimiento del ente gubernativo. El Defensor de la Información Pública, en coordinación con la OGP, establecería un programa de educación a los servidores públicos.³⁴¹

³³⁵ *Id.* en el art. 9.

³³⁶ *Id.*

³³⁷ *Id.* en los arts. 11 y 3 (I).

³³⁸ *Id.*

³³⁹ *Id.* en el art. 12.

³⁴⁰ *Id.*

³⁴¹ *Id.* en el art. 13.

El artículo 14 establecía el puesto de Oficial de Información en cada ente gubernativo que sería el contacto central para la recepción de solicitudes de información, para asistir a los solicitantes, para la publicación proactiva de información, y para la recepción de denuncias sobre la actuación u omisión del ente gubernativo en la divulgación de información. También estaría a cargo de entregar, poner a disposición o denegar de forma justificada y fundamentada cualquier información o documentación solicitada y supervisar directamente el cumplimiento con el artículo 11 y 12.³⁴²

Como vemos a continuación, el P. de la C. 2944 proponía la creación de varias figuras o estructuras: los oficiales de información en cada agencia (art. 14); la Junta Revisora de tres miembros, con una oficina, capital humano y presupuesto propio (art. 15), y el defensor de la información pública con una oficina, capital humano y presupuesto propio (art. 16). A nuestro juicio, la creación de estos mecanismos o procesos costosos con el potencial de convertirse en otra capa en el complejo entramado burocrático que ya tenemos, sumado a la crisis fiscal, era una de las mayores debilidades del proyecto en el momento histórico en que nos encontramos.

Conforme al artículo 15, la Junta Revisora sería un cuerpo colegiado con jurisdicción primaria concurrente sobre las denegatorias a las solicitudes de información, que estaría adscrita al Departamento de Estado pero contaría con una oficina en el Distrito Capitolino y con un presupuesto autónomo.³⁴³ Este organismo tendría facultad para requerir el cumplimiento específico y limitar el acceso a la información, según las excepciones contempladas en la ley, e imponer penalidades por el incumplimiento.³⁴⁴ La jurisdicción concurrente dada implicaría que se mantendría abierta la vía judicial para el solicitante.³⁴⁵ De hecho, el artículo 23 reservaba el *mandamus* como el recurso para validar judicialmente las disposiciones de la ley, en caso de no utilizarse los mecanismos ante la Junta Revisora.³⁴⁶

Sobre la composición de este órgano garante, la medida establecía que serían tres miembros y un suplente designados por el Gobernador, con el consejo y consentimiento del Senado.³⁴⁷ Dos de los cuatro miembros tendrán que ser seleccionados de una terna de candidatos sometida por acuerdo de varias organizaciones: el CPI, ABRE Puerto Rico, G-8 (Grupo de las Ocho Comunidades Aledañas al Caño Martín Peña), Casa Pueblo y el Instituto del Desarrollo de la Juventud [en adelante, *IDJ*], dentro de un término de quince días calendario de haber sido aprobada la ley.³⁴⁸ Destaca que: “[l]os miembros en propiedad designarán, de entre ellos,

³⁴² *Id.*

³⁴³ *Id.* en el art. 15.

³⁴⁴ *Id.*

³⁴⁵ *Id.*

³⁴⁶ *Id.* en el art. 23.

³⁴⁷ *Id.* en el art. 15.

³⁴⁸ *Id.*

un Presidente o una Presidente de la Junta que debe ser una persona admitida a la práctica del derecho. . .”³⁴⁹ En cuanto a la compensación, el presidente tendría el salario de un juez superior (\$89,600 al año) y los miembros asociados tendrán una dieta de \$200 por día en gestión, la cual estaría exenta de contribuciones.³⁵⁰ La Junta tenía sesenta días para resolver un recurso o se entendería concedida la solicitud.³⁵¹ La revisión judicial solo estaría disponible por error de derecho o abuso de discreción.³⁵²

Debo comentar que, aunque la medida establecía que el presidente de la Junta sería elegido entre sus miembros, disponía que debiera ser un abogado.³⁵³ Sin embargo, no establecía los requisitos de formación educativa o profesional de los miembros en propiedad y el suplente. Así que, si entre los tres miembros no había un abogado, no podría elegirse un presidente o si el gobernador nombraba solo un abogado, sería académica la elección del presidente entre sus miembros. Otro asunto por comentar es que el gobernador debía designar al menos dos de los miembros de la Junta de entre una terna de candidatos presentada por un grupo de organizaciones predeterminadas.³⁵⁴ La medida no explicaba cuáles eran las condiciones que cualificaba a estas entidades para recomendar candidatos a posiciones en la Junta. A mi juicio, era cuestionable la elección de estas organizaciones en perjuicio de otras y de la academia que igual podría reclamar tener alguna cualificación para recomendar candidatos, más cuando debía ser “por acuerdo” entre ellas.

Me parece que la manera de selección de posibles candidatos a la Junta viciaba el proyecto de sesgos hacia un sector particular de la sociedad civil. Por otra parte, no estaba claro el tipo de inmunidad que se conferiría a los miembros de la Junta Revisora, si la legislativa que es absoluta o la condicionada de funcionarios en el ejecutivo. Otro asunto cuestionable de la medida era que, tras disponer un proceso de separación del cargo atípico en nuestra jurisdicción, al final dispusiera que para todos los fines legales se entendería como una renuncia voluntaria.³⁵⁵

³⁴⁹ *Id.*

³⁵⁰ *Id.*

³⁵¹ *Id.*

³⁵² *Id.*

³⁵³ *Id.*

³⁵⁴ *Id.*

³⁵⁵ Citamos la disposición propuesta:

Un miembro de la Junta Administrativa Revisora solo puede ser separado de su cargo, antes de expirar el término para el cual fue nombrado, mediante el inicio de una acción en su contra por parte del Gobernador ante el Tribunal Supremo de Puerto Rico, previa formulación de cargos y determinación concluyente del Panel sobre el Fiscal Especial Independiente [como lo sería un Alcalde]. Este juzgará la evidencia presentada bajo un criterio de prueba clara, robusta y convincente, para determinar si declara al miembro de la Junta culpable de los cargos presentados. Para todos los fines legales, la separación se considerará como una renuncia voluntaria. *Id.*

Destacaba en la medida la figura del Defensor de la Información Pública que sería nombrado por seis años con salario y beneficios de un juez superior (\$89,600) para representar a las personas solicitantes ante la Junta Revisora o en el proceso apelativo judicial, si el solicitante no contaba con representación legal propia.³⁵⁶ Debía ser nombrado por el Gobernador, con el consejo y consentimiento del Senado, de una terna de candidatos abogados con experiencia en la defensa de los derechos civiles sometida por acuerdo de las cinco organizaciones ya mencionadas.³⁵⁷ El Defensor podía establecer, mediante reglamento, los criterios de selección de casos (indigencia del solicitante, el efecto público potencial de la información solicitada, si expondría algún acto de corrupción, si involucraba la protección de vida y propiedad o la dificultad de las razones de la negativa gubernamental).³⁵⁸

La Oficina operaría en el Distrito Capitolino como un ente independiente de la Junta Revisora, con presupuesto autónomo y adscrita administrativamente al Instituto de Estadísticas de Puerto Rico.³⁵⁹ En medio de la crisis que enfrenta el sector público en Puerto Rico la creación de una nueva estructura que equivale a una Procuraduría, con facultad de contratar el personal necesario para operar y con presupuesto autónomo, era un asunto que debía ser evaluado sosegadamente. A nuestro juicio, como mínimo la medida debía identificar las fuentes financieras para cumplir con tales obligaciones.

La revisión judicial dispuesta en el artículo 17 nombrada como el “derecho a apelar ante el Tribunal de Apelaciones de toda persona solicitante cuya petición haya sido resuelta adversamente [. . .] en la Junta de Revisión”.³⁶⁰ Sin embargo, el ente gubernativo podía acudir en *certiorari* solo por error de derecho o abuso de discreción.³⁶¹ Debo comentar que en la forma en que fue propuesto se apartaba de la norma respecto a la revisión judicial de las determinaciones administrativas. Daba mayor garantía apelativa al solicitante de la información total o parcialmente afectado que al Estado, y por el uso de términos no estaba claro si la revisión ante el TSPR sería discrecional o como cuestión de derecho, al menos para el solicitante afectado por una negativa parcial o total.

El artículo 18 presumía pública toda información generada, obtenida o entregada por un servidor público o contratista y establecía cuatro excepciones al derecho de acceso: (a) identidad de un informante o encubierto en un proceso de investigación criminal; (b) ante la aplicación de principios o privilegios evidenciaros; (c) la información y documentación obtenida por una comisión legislativa en etapa investi-

³⁵⁶ *Id.* en el art. 16.

³⁵⁷ *Id.*

³⁵⁸ *Id.*

³⁵⁹ *Id.*

³⁶⁰ *Id.* en el art. 17.

³⁶¹ *Id.*

gativa, y (d) que una ley declare la confidencialidad de la información solicitada por un interés apremiante; la reserva perdería su vigencia a los cinco años.³⁶² La medida mantenía las protecciones previamente reconocidas a las planillas sobre contribución de ingresos individuales de personas naturales y a los informes financieros requeridos bajo la Ley de Ética Gubernamental.³⁶³ En las instancias la invocación de alguna excepción cualificada, será revisable ante la Junta Revisora o el Tribunal, y “apelable” ante el Tribunal de Apelaciones por la persona solicitante.³⁶⁴

El régimen sancionador del P. de la C. 2944 estaba incluido en el artículo 19, bajo la rúbrica *Sanciones administrativas*.³⁶⁵ Este artículo identificaba cómo el funcionario podía incurrir en conducta sancionable. Dibujó la negación a una solicitud de información u obstrucción, caracterizándola como aquella negligente, de mala fe, temeraria o caprichosa.³⁶⁶ En tales casos, la Junta Revisora podía imponer una multa de \$1,000 al funcionario responsable, tras la oportunidad de ser escuchado conforme a las garantías que emanan del debido proceso administrativo.³⁶⁷

De igual modo, el artículo establecía que el tribunal podía hallar al funcionario *incurso* en la conducta sancionable en un procedimiento incoado por la vía directa.³⁶⁸ En tal caso, además de la multa, el funcionario podía ser condenado al pago de las costas procesales y los honorarios de los abogados.³⁶⁹ Incluso, tanto la Junta Revisora como el Tribunal podrían referir al funcionario al procedimiento administrativo disciplinario que podría conllevar una suspensión o destitución del empleado público, “[s]in que opere ningún principio de doble exposición”.³⁷⁰ Esta provisión reñía con el propio epígrafe que se refiere a sanciones administrativas y, a nuestro juicio, con el principio de proporcionalidad. Además, por sí mismo, el texto declaraba la exclusión del principio *non bis in idem*, el cual tiene plena relevancia en todo sistema garantista que supone la restricción del ejercicio desproporcionado e irrazonable de la potestad sancionadora del Estado al exponer al servidor público a múltiples procedimientos.

La particularidad de la propuesta que comento es que fijaba una sanción pecuniaria única de \$1,000 con independencia de la naturaleza de la infracción.³⁷¹ No previó gradación de ningún tipo ni en la posible infracción ni en la multa a imponer.

³⁶² *Id.* en el art. 18.

³⁶³ *Id.*

³⁶⁴ *Id.*

³⁶⁵ *Id.* en el art. 19.

³⁶⁶ *Id.*

³⁶⁷ *Id.*

³⁶⁸ *Id.*

³⁶⁹ *Id.*

³⁷⁰ *Id.*

³⁷¹ *Id.*

Resalta que la multa “será satisfecha con el propio peculio del funcionario, no del presupuesto del ente gubernativo”.³⁷² Podríamos pensar que un proyecto legislativo posterior en la misma materia alcanzaría a regular los aspectos que hubiesen quedado poco claros o inconsistentes en la medida anterior. Sin embargo, a nuestro juicio el P. de la C. 2944 contenía un régimen sancionador más difuso que el predecesor. Con respecto al P. de la C. 2469, se debe resaltar que el proyecto posterior no tomó en cuenta como posible sujeto responsable a una agencia o autoridad.

En concreto, el P. de la C. 2944 no reconocía expresamente el principio de máxima divulgación tan vital a toda medida que busque afianzar la cultura de buen gobierno y la transparencia de los asuntos públicos. No incluyó disposiciones exhaustivas relacionadas con la transparencia de oficio, tampoco consideró la obligatoriedad de la “transparencia proactiva” reconocida en su articulado³⁷³ ni incluyó sanciones en caso de incumplimiento como medida de prevención y represión.

Las sanciones previstas estaban limitadas a los casos de negativas en el trámite de una solicitud de información.³⁷⁴ El P. de la C. 2944 tampoco consideró los elementos esenciales de la transparencia y la rendición de cuentas y su interrelación con el acceso a la información como principios transversales de la buena gobernanza pública. No incluyó disposiciones únicas relacionadas con la transparencia presupuestaria, pues, solo requería que se divulgara el “[p]resupuesto aprobado y gastado mensualmente por línea presupuestaria”.³⁷⁵ Hay que notar que los estándares internacionales reconocen la información que debe ser divulgada de oficio por las entidades públicas durante todo el ciclo presupuestario: (1) documento preliminar (análisis económicos y proyecciones de ingresos); (2) propuesta presupuestaria; (3) presupuesto ciudadano; (4) presupuesto aprobado; (5) informes periódicos mensuales; (6) revisión semestral; (7) informes de fin de año fiscal (presupuesto ejecutado), e (8) informes de auditorías.³⁷⁶

IV. Propuesta de *lege ferenda* sobre Transparencia

A estas alturas, nadie duda sobre la necesidad de que Puerto Rico redefina las reglas del juego en materia de transparencia, rendición de cuentas y buen gobierno.³⁷⁷

³⁷² *Id.*

³⁷³ Véase *Id.* en el art. 7.

³⁷⁴ Véase *Id.* en el art. 9.

³⁷⁵ Véase *Id.* en el art. 7(3).

³⁷⁶ Vivek Ramkumar y Isaac Shapiro, *Guía para la transparencia en los documentos presupuestarios del gobierno: ¿Por qué son importantes y qué deben incluir?* INTERNATIONAL BUDGET PARTNERSHIP 44-47, <https://www.internationalbudget.org/wp-content/uploads/Guide-to-Transparency-in-Government-Budget-Reports-Why-are-Budget-Reports-Important-and-What-Should-They-Include-Spanish.pdf> (última visita 10 de noviembre de 2018).

³⁷⁷ Véase Eneida Torres, *et al.*, *Reframing The “Rules of the Game”: Through Governance, Transparency and Fiscal Responsibility*, 1 J. OF PUB. GOVERNANCE & POL’Y: LATIN AMERICAN REV. 107 (2015).

Necesitamos una ley general de transparencia, pero no puede ser cualquier tipo de ley. Debe ser una cuyo contenido sea suficiente para alcanzar los objetivos que pretenda el derecho a ser legislado.³⁷⁸ Dicho de otro modo, el derecho que pueda ser legislado en nuestra jurisdicción debe cumplir la finalidad para la que fue creada y no ser de naturaleza aspiracional.³⁷⁹ Esta ley debe ser lo más amplia posible en su aplicación objetiva y subjetiva a la luz de las mejores prácticas que ofrece el derecho comparado. También, ante el aparente fracaso en Puerto Rico de las dos iniciativas legislativas reseñadas y comentadas, es necesario retomar los aciertos de cada una de estas y mejorarlos a la luz de los diversos modelos regionales e internacionales con los que hoy contamos, productos algunos, como la reciente Ley general de transparencia de México, de las experiencias positivas y negativas tenidas con más de una década de implementación de la primera legislación.

Como mencionamos, varios profesores consideran que el *FOIA* puede servir de modelo para la adopción de una ley sobre el derecho de acceso a la información para Puerto Rico, con la premisa cierta de que no hay que reinventar la rueda. Sin embargo, no coincido con tal apreciación. El desarrollo jurisprudencial del derecho de acceso a la información pública en Puerto Rico, como uno implícito al derecho constitucional de libertad de expresión, derecho al voto y reparación de agravios, es de mayor amplitud que lo que se ha reconocido por el Tribunal Supremo Federal. Además, a juzgar por los adelantos en la materia a nivel internacional, el *FOIA* y la legislación ulterior contienen disposiciones bastante restrictivas en cuanto al nivel de acceso, pues, responde a la realidad del gobierno federal que es distinta a la nuestra.³⁸⁰ El desarrollo doctrinal, y técnico-jurídico, que ha tenido el derecho de acceso a la información a nivel regional e internacional provee mejores herramientas que el desarrollo que ha tenido en el gobierno federal estadounidense porque no están enfocadas en las excepciones.³⁸¹

Ahora bien, no podemos olvidar que en el presente tenemos la oportunidad de reforzar la *Ley de Procedimientos Administrativos Uniforme*, como lo hizo en cierta medida la Ley Núm. 210-2016, la *Ley de Municipios Autónomos*, la Ley Núm. 151-2004 y la Ley Núm. 159-2013, para incluir mayores elementos relacionados a la cultura de buen gobierno, transparencia y rendición de cuentas. Sin embargo, favorecemos la adopción de nueva legislación comprensiva e integrada por ser la solución más común en el derecho comparado. Una legislación comprensiva e in-

³⁷⁸ VILLANUEVA, *supra* nota 134, en la pág. 6.

³⁷⁹ *Id.*

³⁸⁰ Ramos Hernández, *supra* nota 185, en la pág. 1021. En una disidente la juez asociada Rodríguez Rodríguez manifestó la preocupación de que el TSPR utilizará los mecanismos de acceso a la información pública diseñados para el FOIA sin matizar las diferencias entre los ordenamientos jurídicos. En nuestra jurisdicción el derecho de acceso es de rango constitucional y no solo legislado. *Bhatia Gautier v. Rosselló Nevares*, 199 DPR 59 (2017).

³⁸¹ Ramos Hernández, *supra* nota 185, en la pág. 1022.

tegrada “[p]uede tener el potencial de destacar la importancia de la materia y contribuir a crear una cultura de la transparencia administrativa”³⁸² tan necesaria en el siglo XXI.

En un estudio sobre el estado de situación jurídica del derecho de acceso a la información pública en el mundo,³⁸³ el doctor Ernesto Villanueva, de la Universidad Autónoma de México, utilizó una matriz con diecisiete indicadores para analizar la legislación hasta entonces aprobada.³⁸⁴ En lo pertinente, para este académico, el indicador *cultura de transparencia* implica educar al público sobre su derecho de acceso a documentos oficiales y sobre cómo puede ser ejercitado, y asegurar que los empleados públicos sean adiestrados sobre sus deberes y obligaciones en la implementación de este derecho.³⁸⁵

Al analizar la legislación de más de sesenta países, en el 2008, el doctor Villanueva encontró que solo el 3% incluían alguna disposición relacionada a la cultura de transparencia, en particular, halló que era más característico de la legislación de reciente adopción.³⁸⁶ El doctor Villanueva entiende que este factor debe ser incluido en la nueva legislación para garantizar la efectividad y permanencia del derecho de acceso a la documentación oficial en contraposición al pasado de secretividad, corrupción y opacidad de las decisiones y actividades gubernamentales que antes imperaba.³⁸⁷

A. Aspectos generales sobre el alcance de la medida

Como mencionamos, la primera versión del P. de la C. 2469 tuvo como referentes la experiencia de países con leyes abarcadoras sobre transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas. Por tal razón, recogía bajo una sola legislación los estatutos hasta entonces existentes para uniformarlos dentro de las mejores prácticas para desarrollar la cultura de transparencia y buen gobierno. No hay duda de que fue una propuesta muy ambiciosa y abarcadora y uno de los esfuerzos más completos para combatir la opacidad gubernamental. Desde nuestra perspectiva, la medida propuesta no atendía múltiples asuntos o materias, como sugerían algunos ponentes en las vistas públicas. El asunto principal en el P. de la C. 2469 era la transparencia con los medios para llevar a cabo dicho fin eran el acceso a la información pública para quienes necesiten determinada información no divulgada de oficio: el gobierno electrónico, la rendición de cuentas, la participación ciudadana y la pro-

³⁸² EMILIO GUICHOT REINA, TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA: ANÁLISIS Y PROPUESTAS LEGISLATIVAS 58 (2011).

³⁸³ VILLANUEVA, *supra* nota 134, en la pág. 6.

³⁸⁴ *Id.*

³⁸⁵ *Id.* en las págs. 25-26.

³⁸⁶ *Id.* en las págs. 44-45.

³⁸⁷ *Id.* en las págs. 25-26.

moción de la cultura de buen gobierno. La propuesta reconocía la importación de la gestión de documentos y archivos públicos para garantizar el derecho de acceso a la información, promover la transparencia activa y afianzar la rendición de cuentas. Afirmo que la legislación por adoptar debe establecer como mínimo los lineamientos de las políticas públicas e institucionales de todo el quehacer gubernamental adecuados con las políticas para el acceso a la información, la transparencia y la rendición de cuentas, que incluyan las políticas de gobierno abierto y datos abiertos.

Sin embargo, hay que reconocer que al presente no ha habido la voluntad política para acoger las propuestas de más limitado alcance pero que representan unos avances, como lo es el reciente P. de la C. 1095 de 25 de mayo de 2017 (equivalente P. del S. 561), que atiende los aspectos procesales para el facilitar el derecho de acceso a la información, y el P del S. 236 de 12 de enero de 2017, que atiende la cuestión de los datos abiertos.³⁸⁸ En este sentido, el análisis de las iniciativas legislativas más recientes en Puerto Rico surgidas desde la sociedad civil organizada nos lleva a favorecer la estructura de lo que fue la versión actualizada del P. de la C. 2469, mejorado en varios aspectos contemplados en el P. de la C. 2944 y en otra legislación de reciente creación en Iberoamérica, como la de México. En particular, por perseguir fines más relacionados a la cultura de transparencia, rendición de cuentas y buen gobierno como el todo, y no abogarse solo por el derecho de acceso que es una parte de ese todo, como hace el P. de la C. 1095, que atiende más bien el aspecto procesal. Así, los objetivos generales que debe perseguir la legislación futura para Puerto Rico deben ser:

- (a) Establecer la política pública de la transparencia administrativa bajo el principio de máxima divulgación de los asuntos públicos y presunción de publicidad de la información en manos del gobierno y de los actos de sus funcionarios;
- (b) Establecer los principios y mecanismos para la implementación del buen gobierno, con sus pilares de transparencia y rendición de cuentas por los resultados de la gestión en el sector público.
- (c) Establecer el deber de las tres ramas constitucionales de gobierno de desarrollar mecanismos de gobernanza democrática y participación ciudadana en la formulación de la política pública.
- (d) Reconocer legalmente el derecho de acceso a la información pública como un derecho humano fundamental autónomo y definir lo que es la información pública de la manera más abarcadora posible.

³⁸⁸ Según surge del Sistema de Información del Trámite Legislativo de la Oficina de Servicios Legislativos, este proyecto presentado por petición fue aprobado por el Senado y enviado a la Cámara de Representantes donde hubo votación a favor el 10 de septiembre de 2018, pero al solicitarse reconsideración sobre la medida ha quedado pendiente de acción posterior.

- (e) Facilitar el acceso a la información pública no rutinaria o de oficio, mediante procedimientos sencillos y expeditos al interior de cada agencia y el mecanismo de revisión judicial.
- (f) Establecer el régimen completo de excepciones y los requisitos para clasificar alguna información como reservada o confidencial y no dejar que otras declaraciones de confidencialidad prevalezcan sobre la legislación especial en la materia.
- (g) Establecer consecuencias concretas en caso de incumplimiento con las normas de transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas.
- (h) Establecer la política pública para la gestión de documentos con elemento esencial para la consecución del derecho de acceso a la información, el gobierno abierto, los datos abiertos y la transparencia gubernamental.

La legislación por adoptar debe regular ampliamente tanto la transparencia, la rendición de cuentas, el buen gobierno, la participación ciudadana y el derecho de acceso a la información pública y ser aplicable a todos los poderes públicos. Además, debe obligar a someterse a las obligaciones de publicidad activa a otras entidades privadas subvencionadas con fondos públicos como las corporaciones, los partidos políticos y las organizaciones sindicales. En este sentido, hay que mencionar que la versión actualizada del P. de la C. 2469 mantuvo un artículo específico de lo que deben ser las prácticas de gobernanza en el sector público y otro sobre lo que es la transparencia y la rendición de cuentas presupuestaria.³⁸⁹

Además, la legislación debe estar predicada en el principio de máxima divulgación y presunción de publicidad de la información en manos de las autoridades, y el uso de las nuevas tecnologías de la información bajo los parámetros del gobierno abierto e inteligente. El P. de la C. 2944 contenía una definición de “datos abiertos” que puede ser utilizada,³⁹⁰ pero hay que dar mayor énfasis a la accesibilidad, interoperabilidad y reutilización de datos, sin exigencia de permisos como adecuadamente lo hace el P. del S. 236 de 12 de enero de 2017.³⁹¹ Como señala la Exposición de motivos de dicha propuesta, la adopción de la política pública de “datos abiertos”, o lo que es lo mismo sobre la divulgación rutinaria o proactiva de datos públicos en formatos reutilizables, procesables y legibles por máquina, es una herramienta que promueve la transparencia gubernamental.³⁹² Bajo esta propuesta, el Instituto de Estadísticas sería el ente responsable de mantener el Portal de Inter-

³⁸⁹ *Enmienda propuesta por el CGPC P. de la C. 2469*, CENTRO DE GOBERNANZA PÚBLICA Y CORPORATIVA (15 de octubre de 2018) en el art. 8.

³⁹⁰ P. de la C. 2944 de 20 de mayo de 2016, 5ta Ses. Or., 17ma Asam. Leg. en el art. 2 (m).

³⁹¹ *Id.*

³⁹² P. del S. 236 de 12 de enero de 2017, 1ra Ses. Or., 18va Asam. Leg.

conexión de Datos Abiertos de Puerto Rico y el Sistema de Indicadores de Puerto Rico (art. 5). A nuestro juicio, este tipo de proyecto es un avance en la dirección correcta que permite aprovechar las ventajas del Internet para encausar la transparencia activa de tercera generación, sin embargo, con ello no adelantamos propiamente los aspectos más centrales sobre el derecho de acceso a la información para quienes tengan que solicitar determinada información de las autoridades ni la cultura de buen gobierno y transparencia en la concepción más abarcadora que explicamos en el segundo acápite de este trabajo.

El régimen jurídico por adoptar debe establecer claramente lo que se entenderá por publicidad activa o de oficio de información de interés general. Bajo el principio de máxima divulgación, la legislación debe establecer una lista amplia de información a ser publicada sin solicitud expresa. El Título V de la Ley general mexicana debe servir de parámetro para establecer las obligaciones generales para todos los sujetos obligados y las obligaciones específicas por sector (poder ejecutivo, legislativo y judicial, instituciones de educación superior pública, partidos políticos, sindicatos, entre otros).³⁹³ La premisa para este requisito es sencilla, a mayor información disponible de oficio deben ser menos las solicitudes ciudadanas de acceso, además, de tener un gobierno fundamentalmente abierto.³⁹⁴ El marco jurídico debe dirigirse a transparentar la información y los datos para la verificación, evaluación y seguimiento de los proyectos y programas públicos (la inversión en recursos materiales y humanos, más los resultados obtenidos por la gestión).

El régimen por adoptar debe reconocer el derecho de acceso a la información pública como un derecho humano fundamental y autónomo e instrumento vital para alcanzar y potenciar la transparencia gubernamental. La propia definición de información pública debe ser lo más amplia posible e incluir los datos puros, las estadísticas, los documentos, las actas, entre otros géneros de información y formatos que pone a nuestro alcance la tecnología, y obligar a que sea divulgada de forma interoperable y reutilizable para fines distintos a los que motivaron su creación. La centralidad debe ser que la información sea obtenida mediante o sea el resultado del uso de recursos públicos, y esté en poder de una agencia o haya sido generada por un servidor público en el ejercicio de sus funciones, cualquiera sea su formato,

³⁹³ Véase Ley general de transparencia y acceso a la información pública, Diario Oficial de la Federación [DOF], 4 de mayo de 2015, arts. 60-99 (Méx.).

³⁹⁴ VILLANUEVA, *supra* nota 134, en las págs. 25-26. El doctor en derecho público y profesor titular de la Universidad de Sevilla, Emilio Guichot Reina, participó en calidad de experto en transparencia en el debate público del Congreso de los Diputados de España para la adopción de la Ley 19/2013 de transparencia, accesos a la información y buen gobierno. Apuntó que la tendencia debe ser hacia el crecimiento exponencial de la información producto de la Publicidad Activa en detrimento del acceso a través de solicitudes concretas (acceso pasivo). Con los avances de hoy, donde es preferente el acceso a la información a través de la e-administración, debe llegar el momento en que la mayoría de la información de interés general esté disponible en las páginas electrónicas de los organismos públicas, salvo la información sujeta a excepciones. Feal Rodríguez, *supra* nota 36, en las págs. 31-32.

fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento.

En la futura propuesta, la parte más tradicional debe ser el derecho de acceso a la información, según ha sido reconocido jurisprudencialmente por nuestro Tribunal Supremo. Pero debe ser ampliada para establecer mecanismos que deben ser precisos, sencillos y expeditos para que el ciudadano que vea vulnerado en su derecho pueda hacerlo valer o tenga mecanismos efectivos de tutela. En tanto, la divulgación de oficio o publicidad activa será la respuesta jurídica al fenómeno novedoso de la gobernanza, con sus pilares de la transparencia y la rendición de cuentas como el todo. La medida debe establecer expresamente que, en caso de conflicto de normas jurídicas que incida en la política pública y los principios a ser adoptados, prevalecerá la ley general de transparencia sobre toda otra legislación.

El derecho fundamental de acceso a la información solo podrá limitarse en aquellas situaciones en que sea necesario proteger un *interés público apremiante*, que, luego de la aplicación del escrutinio estricto, pueda prevalecer sobre el derecho de acceso. El derecho legislado debe reconocer que no estará sujeta al principio de divulgación aquella información sensitiva en poder de alguna agencia como lo es la información personal. Esto se refiere a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen social, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

La autoridad que procure denegar el acceso a un ciudadano deberá demostrar que la información solicitada está amparada en un sistema restringido de excepciones previamente establecido en la ley, conforme al principio de legalidad. Por consiguiente, toda agencia tiene la responsabilidad de adoptar o establecer, mediante reglamentación específica, la información que, según las particularidades de su función, caería dentro del régimen de excepciones provisto en la ley, de forma que se afecte lo menos posible el derecho de acceso a la información pública y el principio de máxima divulgación de la información que maneja.

Las políticas de transparencia van más allá de garantizar el acceso a la información, pues constituyen una plataforma para abrir espacios de colaboración entre el sector público, la sociedad civil y el sector privado; mejorar la toma de decisiones gubernamentales, y promover la innovación y el bienestar social y económico. La medida debe reconocer ampliamente los mecanismos para darle vitalidad al binomio transparencia y participación ciudadana. Las iniciativas legislativas reseñadas en este trabajo reconocían este principio en la política pública propuesta, sin embargo, no le dieron contenido a las estrategias y los mecanismos para implementarla.

Sobre este particular, nos sirve de modelo la Ley Núm. 84-2002 de Nueva Zelanda.³⁹⁵ Hay que recordar que dicha legislación está predicada en que los proyectos

³⁹⁵ Ley de gobierno local 2002 (N.Z.).

públicos deben responder a las prioridades identificadas en los procesos de consulta comunitarios. Según vimos, esta legislación ofrece mecanismos para tomar en cuenta las opiniones de las comunidades y proveer oportunidades de participación en los procesos decisionales luego de cumplir con el principio de amplia divulgación de los asuntos relacionados. La participación informada debe ser estimulada por las autoridades. Aún más, las personas que presenten sus opiniones en un proceso de consulta deben tener acceso al expediente que contenga una descripción de las decisiones finalmente adoptadas y el material explicativo o informes que las fundamenten.

Un mecanismo existente en varios países, que considero importante discutir para explorar su posible introducción en el ámbito de la regulación del derecho de acceso a la información en Puerto Rico, es la *Afirmativa Ficta*. Este mecanismo supondría un tipo de sanción ante el silencio de la autoridad frente a una solicitud de información escrita. Según nos explica el doctor Villanueva, la mecánica es la siguiente: “[c]uando el sujeto activo realiza una solicitud de acceso a la información ante los sujetos obligados y los mismos por omisión o negligencia dejan de contestar en tiempo y forma al requerimiento, se entiende que la respuesta se dio en sentido afirmativo por la ficción que contempla la ley”.³⁹⁶ Otro aspecto es que la información, luego de ser revisada por el órgano garante, sea entregada de manera gratuita y en la forma en que fue requerida. Un aspecto no definido en este trabajo, pero que debe estar igualmente en consideración a la hora de adoptar nueva legislación o, en su defecto, modificar la existente, es la incorporación del mecanismo de *habeas data* relacionado a la protección de datos personales en manos de las autoridades y el derecho al olvido.³⁹⁷

B. Mecanismos de tutela frente al incumplimiento

Hemos expresado que en Puerto Rico existe el reconocimiento jurisprudencial del derecho de acceso a la información como uno implícito en la sección 4, artículo II, de nuestra Constitución.³⁹⁸ Sin embargo, al día de hoy, tal derecho de raigambre constitucional no cuenta con unos mecanismos apropiados en ley para validarlo.

Aunque reconocemos en la Ley modelo de la OEA mecanismos para garantizar el derecho de acceso análogos a la Junta Revisora y el Defensor de la información pública que proponía el P. de la C. 2944, bajo la crisis fiscal que vivimos, Puerto Rico no aguanta añadir más estructuras burocráticas y menos con un proceso de

³⁹⁶ VILLANUEVA, *supra* nota 134, en la pág. 33.

³⁹⁷ Para tener un panorama general sobre tales desarrollos en Puerto Rico, véase HUMBERTO COBO ESTRELLA, *CYBERLEX: LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES Y LA LEGISLACIÓN INFORMÁTICA EN PUERTO RICO* (2008).

³⁹⁸ *Soto v. Srio. de Justicia*, 112 DPR 477 (1982).

nominación de candidatos tan cerrado como el entonces propuesto. Ahora bien, apoyamos que cada agencia designe a un “Oficial de Información” como el funcionario encargado de hacer valer la ley; de promover las mejores prácticas sobre el mantenimiento, archivo y eliminación de documentos, y atender y responder a las solicitudes de información. Esta figura estaba reconocida en las dos iniciativas puertorriqueñas que comentamos y en la Ley Modelo de la OEA. Actualmente, en las agencias públicas puertorriqueñas existen puestos equiparables que pueden ser reorientados en sus funciones para hacer cumplir la legislación a adoptar. Ejemplo de puestos existentes en las agencias que pueden ser reorientadas para cubrir las funciones de un Oficial de Información Pública son los Oficiales de prensa y comunicación de asuntos públicos y los administradores de documentos públicos.³⁹⁹

Como recurso para dirimir de forma sencilla y expedita las controversias de acceso a la información, podría considerarse una enmienda a la *Ley de controversias y estados provisionales de derecho*,⁴⁰⁰ para que los jueces municipales tengan la competencia de atender y adjudicar las denegatorias de las solicitudes de información pública y cualquier controversia relacionada con el incumplimiento total o parcial de las disposiciones de la ley general de transparencia. La determinación del juez municipal no debe constituir cosa juzgada ni impedir la ventilación de la controversia mediante los cursos ordinarios de ley, de interesarle a la parte solicitante. La disponibilidad de este mecanismo tampoco debe impedir que el ciudadano pueda presentar contra la agencia o el funcionario o empleado responsable en su carácter oficial, o ambos, un recurso de *mandamus* especial, para obligar el cumplimiento de las obligaciones de transparencia adoptadas por ley. La disponibilidad del *mandamus* por mandato estatutario para hacer cumplir las disposiciones de la Ley general de transparencia que pudiera adoptarse supone que los tribunales liberen al demandante de la responsabilidad de cumplir con los requisitos tradicionalmente impuestos bajo la premisa de que el *mandamus* es un remedio extraordinario y altamente privilegiado, que debe otorgarse solo en ausencia de otro remedio legal. Además, como la cuestión sería de interés público cualquier persona puede instar el recurso, sin demostrar algún interés especial en el resultado del caso.

Las agencias deben también tener jurisdicción para dirimir en su seno cualquier controversia relacionada con el incumplimiento total o parcial de las prácticas de transparencia y acceso a la información por solicitud ciudadana. En caso de una respuesta desfavorable a la solicitud formal de acceso a la información pública, la agencia responsable deberá informar al ciudadano afectado del plazo que tiene para

³⁹⁹ Hay que notar que el artículo 5 del P. de la C. 1095 de 25 de mayo de 201_, para adoptar la “Ley de Transparencia y Procedimiento Expedito para el Acceso a la Información Pública”, propone que los oficiales de la información sean identificados entre los empleados existentes en las agencias, dos de los tres deben ser del servicio de carrera.

⁴⁰⁰ Ley de controversias y estados provisionales de derecho, Ley Núm. 140-1974, 32 LPRA §§ 2871-2877 (2018).

promover, a discreción, un recurso de revisión en el órgano administrativa que corresponda a la estructura apelativa o de revisión disponible en la agencia concernida. El recurso de revisión administrativa debe ser presentado por escrito ante el foro administrativo pertinente, o vía electrónica por medio del sistema automatizado de solicitudes, dentro del plazo de diez días naturales. El recurso de revisión deberá ser atendido y resuelto en la agencia dentro del término de quince días de la presentación del recurso. Si el solicitante escoge este cauce, debe cumplir con la doctrina de agotamiento de remedios administrativos. Ahora bien, las agencias deben contar con un procedimiento expedito e informal para llegar a una determinación que refleje la posición final de la agencia, en un término no mayor de treinta días naturales desde la notificación de la denegatoria inicial.

De la determinación final de la agencia pueda interponerse un recurso de revisión judicial mediante un mecanismo especial similar al que dispone la Regla 67 del Reglamento del Tribunal de Apelaciones que puede ser presentado por derecho propio e incluso *in forma pauperis*.⁴⁰¹ El escrito de revisión judicial ante el Tribunal de Apelaciones deberá ser presentado dentro del término de cumplimiento estricto de diez días contados a partir de la fecha de la notificación de la orden o resolución final de la agencia recurrida. El Tribunal de Apelaciones debe dar prioridad a la disposición de este tipo de recurso de modo que la sentencia judicial sea emitida y notificada dentro del menor tiempo posible y en un período no mayor de treinta días, salvo causa justificada relacionada al trámite de perfeccionamiento de recurso.

El P. de la C. 1095 de 2017 tiene también una disposición que atiende el principio de que el procedimiento para garantizar el derecho de acceso a la información debe ser uno sencillo y expedito. En particular, el artículo 9 propone un recurso especial de revisión ante el Tribunal de Primera Instancia ante una denegatoria expresa o por la ausencia de respuesta a una solicitud de información específica que puede ser presentado por derecho propio y sin cancelar sellos ni aranceles.⁴⁰² La Rama Judicial tendría la responsabilidad de preparar un formulario simple para tramitar el recurso y de notificar a la entidad gubernamental promovida, sin costo alguno para el recurrente. El término para solicitar la revisión sería de treinta días de cumplimiento estricto, lo que admite justificación en caso de exceso. La entidad gubernamental tendría un término de cinco días laborable para presentar su posición. La no comparecencia sería el equivalente a allanarse a la solicitud, por lo que el Tribunal debe expedir el remedio solicitado. La vista debe ser celebrada dentro del término de tres días laborables de recibir la contestación de la entidad gubernamental si las circunstancias lo ameritan y la resolución fundamentada debe ser notificada en un término de diez días contados desde que la entidad gubernamental emitió su contestación al tribunal o desde que se haya celebrado la vista. Somos de

⁴⁰¹ Reglamento del Tribunal de Apelaciones de Puerto Rico, 4 LPRA Ap. XXII-B, R. 67 (2018).

⁴⁰² P. del S. 1095 de 25 de mayo de 2017, 4ta Ses. Or., 18va Asam. Leg., en el art. 9.

la opinión que cualquier alternativa es más razonable que la creación de una Junta Revisora, como proponía el P. de la C. 2944.

Por otra parte, sabemos que el régimen sancionador de una ley es un instrumento imprescindible para penar las actuaciones de los operadores públicos que no hayan interiorizado y respetado las normas en el ejercicio de sus funciones. El servidor público puede responder por las actuaciones u omisiones, culposas o negligentes, en el desempeño de sus funciones en el ámbito administrativo, civil y penal. Sin embargo, nuestra propuesta de régimen sancionador por el incumplimiento con las normas de transparencia se circunscribe al ámbito judicial civil y administrativo. El régimen debe seguir los principios que rigen el derecho administrativo sancionador y pretende lograr el equilibrio entre la prevención y la represión.

Todo régimen sancionador garantista debe señalar qué acciones constituyen infracciones a la norma, quiénes responderán, cuál será la sanción, así como el procedimiento y el órgano competente para resolver la cuestión. Sobre el régimen sancionador del P. de la C. 2469 y el 2944, el Departamento de Justicia y la *OGP* cuestionaron la cuantía de las sanciones y la persona o entidad pública llamada a responder por las infracciones.

En este contexto, el régimen sancionador debe atender la sanción a aplicar por la vía judicial en caso de que la agencia incumpla con las normas de divulgación de la información pública de oficio, activa o por operación de ley. Ante el incumplimiento, el ciudadano podrá instar un recurso de *mandamus* especial que permita solicitar que el funcionario cumpla con dar el acceso a un documento público o a divulgar de oficio la información que disponga la ley. En este caso debe sancionarse a la agencia, a la autoridad máxima de la unidad administrativa directamente responsable de proveer la información y al custodio de la información con una multa de entre \$500 a \$5,000, a discreción del juzgador que conceda el auto de *mandamus*, en función de la gravedad de la infracción y a la luz de la totalidad de las circunstancias que llevaron al incumplimiento.⁴⁰³ El juzgador deberá fundamentar o motivar en la sentencia correspondiente la determinación en tal extremo al cumplir con su deber general de hacer determinaciones de hechos y conclusiones de derecho, que permitan el ejercicio del derecho apelativo por la persona adversamente afectada por la imposición de la multa.

Además, el ciudadano demandante puede ser compensado por los daños sufridos por el incumplimiento de la autoridad en una suma no mayor de \$2,500, más los gastos procesales y los honorarios de abogados razonables. Si pese a la expedición del auto de *mandamus*, la autoridad no cumple con su deber de divulgación de la información, el juez podrá sancionar con una multa de \$1,000 al servidor público

⁴⁰³ La propuesta reciente de administración establecía la posibilidad de una multa de \$250 al servidor público que actué con “negligencia, mala fe, temeridad o negativa caprichosa en el trámite de una solicitud de información”. P. de la S. 1095, en el art. 10.

infractor o al de superior jerarquía en la unidad administrativa correspondiente, en este supuesto bajo la doctrina de responsabilidad vicaria reconocida en el ordenamiento puertorriqueño. En aras de estimular el cumplimiento con las normas de transparencia, y cumplir con el objetivo preventivo y disuasorio del régimen sancionador propuesto, hay que mantener la obligación de que la entidad pública infractora divulgue en un plazo de cinco días la sanción impuesta mediante sentencia.

De igual modo, la propia autoridad nominadora debe tener la potestad de sancionar al empleado público que dificulte, niegue o destruya la información pública, siempre y cuando el servidor público imputado no pueda sustentar su actuación en causa justificada. Por ejemplo, si no tiene acceso a la información requerida o si aun teniéndolo, no posee autoridad suficiente para divulgarla a solicitud ciudadana. Las conductas sancionables serán todas aquellas que vulneren los derechos de los ciudadanos en materia de transparencia y acceso a la información pública: dificultar de modo arbitrario el acceso, total o parcialmente, obstruir, dilatar, destruir o impedir la aplicación de las normas de transparencia.

En el orden administrativo interno, hay que facultar a las agencias y autoridades administrativas a sancionar a los empleados públicos infractores con medidas disciplinarias y pecuniarias fijadas entre \$500 y \$1,000. Cualquiera que sea el tipo de sanción a aplicar por la autoridad administrativa, debe hacerlo en función del daño causado, la intención de la conducta infractora, su duración, la afectación al ejercicio de las atribuciones del puesto o cargo público y el grado de responsabilidad jerárquica del infractor, así como su capacidad de decisión. En tales casos, la autoridad nominadora debe cumplir, previo a la imposición de una sanción, con el debido proceso administrativo mínimo reconocido en el ordenamiento o con aquel que establezca en la reglamentación interna que puede ser de factura más ancha.

V. Conclusión

En el siglo XXI no es suficiente ejercer el derecho al voto en cada período electoral. Hoy día es crucial la participación ciudadana en la gestión de los asuntos públicos. Para ello, es apremiante primero conocer cómo funciona la administración gubernamental, la información económica y jurídica relevante a la función pública, los presupuestos, las estadísticas y los resultados alcanzados tras la gestión, entre otra información de interés general, que sea pertinente, completa y veraz. Dicho de otro modo, como en Puerto Rico la democracia electoral no ha garantizado que los gobernantes sean transparentes y que rindan cuentas de los resultados de la gestión encomendada, es necesario movernos de la democracia electoral y representativa a la democracia participativa, liberal y pluralista que reconozca la importancia del estado de derecho, la transparencia, y la rendición de cuentas.

Como vimos, una de las tendencias mundiales ha sido la promulgación de leyes de transparencia, buen gobierno y de acceso a la información pública en su relación

entre el todo y la parte. Estas son promulgadas con el fin de contar en los ordenamientos jurídicos con mecanismos formales que permitan transparentar el modo de gestionar los asuntos públicos en beneficio de los ciudadanos. En ese entorno, entre el 2015 y el 2016 Puerto Rico tuvo dos iniciativas legislativas que, por falta de voluntad política, no tuvieron la aprobación final de ambos cuerpos legislativos. Sin embargo, tras discutir los aspectos que consideramos esenciales de tales iniciativas y considerar los dos proyectos de la actual administración que son de alcance más limitado o específico, en este artículo se perfila una propuesta que toma como base los predecesores proyectos y la experiencia de los países líderes en la materia, que sin duda fue tomada en cuenta en la redacción de tales iniciativas. La meta es que al final de este camino que nos ha tomado mucho tiempo podamos adoptar una propuesta que desde el punto de vista formal o normativo no sea solo de carácter aspiracional o *leges imperfectae*, sino una legislación que pueda ser implementada adecuadamente en nuestra jurisdicción y pueda transformar la cultura institucional y política de opacidad que tenemos.

En este trabajo, también, vimos el estado de situación jurídica del derecho de acceso a la información, reconocido como uno de rango constitucional implícito en otros derechos fundamentales a la vida democrática, la transparencia y la rendición de cuentas en Puerto Rico. Actualmente, carecemos de algún procedimiento expedito y sencillo que pueden garantizar el acceso a la información pública de carácter constitucional y fundamental, aspecto que pretende llenar el P. de la C. 1095 (2017). Del breve análisis expuesto surge que contamos con normas jurídicas dispersas sobre transparencia y rendición de cuentas que no tienen mecanismos adecuados para asegurar su cumplimiento. Estoy convencida de que la legislación fragmentada con la que contamos hoy, si bien es una base de la cual partir y todavía tiene gran potencial de ser mejorada, no es suficiente para llenar el vacío de política pública en materia de transparencia, rendición de cuentas y la cultura de buen gobierno. Por lo tanto, con urgencia, necesitamos un marco jurídico comprensivo e integrado cuyo objetivo sea transparentar y rendir cuentas en todo el quehacer público de esta tierra, que prefiero llamar la “Ley general de Transparencia de Puerto Rico”.

MEDIACIÓN FAMILIAR: LA MEDIACIÓN COMPULSORIA EN LAS CONTROVERSIAS JUDICIALES SOBRE LIQUIDACIÓN DE BIENES GANANCIALES Y DIVISIÓN DE COMUNIDAD DE BIENES EN PUERTO RICO

*Michelle Eileen Perillo Rodríguez**

Resumen

Según las estadísticas de la Rama Judicial de Puerto Rico, la mayoría de los casos presentados ante el tribunal sobre controversias de liquidación de bienes gananciales o división de comunidad de bienes son archivadas o resueltas por estipulación entre las partes. En este artículo se pretende presentar la viabilidad de incorporar la orientación de la mediación de forma compulsoria en las controversias sobre liquidación o división de bienes que se presenten en los tribunales. Se discute la teoría del conflicto como un cambio de paradigma en nuestra forma de percibir y abordar los conflictos. Se presenta, además, la utilización de la mediación familiar en controversias sobre liquidación o división de bienes adoptada en otras jurisdicciones para la resolución del conflicto. Por último, se utiliza de forma análoga la mediación compulsoria presentada en la Ley de Mediación Compulsoria en Casos de Ejecución de Hipoteca para la aplicación de la mediación en los casos propuestos.

Abstract

According to the statistics of the Judicial Branch of Puerto Rico, most of the cases of liquidation or division of community property are closed before the court or resolved by stipulation between the parties before trial. This article aims to present the feasibility of incorporating the guidance of compulsory mediation in disputes over liquidation or division of community property presented in court. The conflict

* La licenciada Michelle Eileen Perillo Rodríguez está admitida a ejercer la profesión de la abogacía y la notaría en Puerto Rico. Posee un Bachillerato en Relaciones Laborales de la Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras; Maestría en Mediación y Transformación de Conflictos de la Universidad del Sagrado Corazón; Juris Doctor de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico.

theory is discussed as a paradigm shift in our way of perceiving and addressing conflicts. It also presents the use of family mediation for the resolution of the conflict in disputes about liquidation or division of community property adopted in other jurisdictions. Finally, the compulsory mediation presented in the “Principal Residence Protection and Mandatory Mediation in Foreclosure Proceedings Act” is used analogously for the implementation of compulsory mediation in the proposed cases.

I. Introducción	161
II. Teoría del conflicto.....	162
III. Mediación familiar	165
IV. Controversias patrimoniales susceptibles a mediación familiar ...	167
V. Mediación familiar en otras jurisdicciones y su aplicación en la liquidación o división de bienes	173
VI. Mediación compulsoria en casos de liquidación de bienes o división de comunidad en Puerto Rico.....	187
VII. Analogía de Ley de mediación compulsoria en casos de ejecución de hipoteca	198
VIII. Conclusión.....	201

I. Introducción

Este artículo pretende presentar la viabilidad de insertar la orientación de mediación de forma compulsoria en los procesos judiciales en que se dilucidan controversias de una liquidación o división de bienes habidos en una relación consensual previa. La orientación de mediación como requisito compulsorio será análogo a lo expuesto en la Ley Núm. 184 del 17 de agosto de 2012, mejor conocida como *Ley para mediación compulsoria y preservación de tu hogar en los procesos de ejecuciones de hipotecas de una vivienda principal*.¹ De esta manera, se incorporaría la mediación como requisito inicial en un proceso judicial cuyo fin sea resolver una controversia de división de bienes. Es decir, una vez presentado un pleito de esta naturaleza en los tribunales, sería compulsorio referir la controversia al Negociado de Métodos Alternos adscrito a los tribunales de justicia, o a un mediador privado o una mediadora privada, para proveer orientación a las partes sobre el proceso de mediación.

La liquidación de bienes gananciales y la división de una comunidad de bienes son procesos que se llevan comúnmente mediante un litigio. Una vez la controversia está ante la consideración del tribunal, existen múltiples etapas y procedimientos antes de adjudicar una solución al pleito. Sin embargo, la decisión de un juez o una jueza no necesariamente satisface a ambas partes. Por ello, el presente artículo propone establecer que es viable la mediación familiar de forma compulsoria² en los pleitos de liquidación o división de bienes que se presenten en los tribunales. El uso de la mediación en controversias de esta naturaleza alberga beneficios para el sistema judicial de Puerto Rico. En síntesis, evita la prolongación innecesaria de pleitos sobre liquidación o división de bienes, minimiza el volumen de casos en los tribunales y provee autonomía a las partes para decidir cómo dividir sus bienes comunes. Acogida esta propuesta, se minimizarían el volumen de casos y pleitos innecesarios sobre división de bienes ante los tribunales.

Para convencer al lector de la propuesta, en este artículo se discute la teoría del conflicto como un cambio de paradigma en nuestra forma de percibir y abordar los conflictos. Posteriormente, se presenta la utilización de la mediación familiar adoptada en otras jurisdicciones para la resolución de conflictos en controversias sobre liquidación o división de bienes. Por último, se utiliza de forma análoga la mediación compulsoria presentada en la Ley de Mediación Compulsoria en Casos de Ejecución de Hipoteca para la aplicación de la mediación en los casos propuestos.

¹ Ley Núm. 184-2012, 32 LPRA §§ 2881-2886 (2018).

² Refiriéndose como compulsoria a la orientación inicial en el proceso de mediación.

II. Teoría del conflicto

La mediación familiar es un mecanismo de prevención y transformación de conflictos que permite aportar un servicio pacificador a las personas, a través de técnicas de mediación en el manejo del conflicto. Por ello, la presente investigación se enmarca en el contexto teórico de la conflictología, la “ciencia interdisciplinaria del conflicto”.³ La conflictología estudia los conflictos, a nivel micro y macro, sus posibles causas y potenciales soluciones pacíficas. Esta disciplina funciona tanto en la etapa de prevención del conflicto como en su evolución, concediéndole gran relevancia a las vías y sistemas de solución del conflicto con el objetivo de evitar su reiteración.⁴ El autor Eduard Vinyamata señala que la conflictología pretende comprender las causas, así como el desarrollo de los conflictos. Además, entiende que la confrontación surge en gran medida porque: (1) las partes tienen poca comprensión del origen y las causas del conflicto; (2) las partes carecen de control en los procesos de intervención, y (3) las partes tienen escaso entendimiento sobre el desarrollo y la evolución del conflicto.⁵ De esta manera, la conflictología es un “quehacer analítico, teórico y de intervención práctica global e integral [...] en relación a los procesos conflictuales y críticos de las personas y de las sociedades. . .”.⁶

Esta disciplina propone un cambio de paradigma en nuestra forma de percibir y abordar los conflictos. Por medio de los elementos de análisis de las ciencias sociales, como la sociología, la antropología, la psicología y la ciencia política e incluso de las humanidades, busca comprender las características, los orígenes y las expresiones de los conflictos en diferentes ámbitos de la vida humana: personal, familiar, escolar, comunal, social, regional e internacional.⁷ Más que aportar soluciones específicas, la conflictología pretende proveer a las personas las competencias necesarias para solucionar sus conflictos. Por lo tanto, su finalidad estriba en aportar formas concretas y útiles de transformar los conflictos y demostrar la irracionalidad de la violencia. Como indica el autor Eduard Vinyamata, “[I]a violencia es extremadamente cara en costes humanos y económicos, y poco eficaz”.⁸ Por lo tanto, hay que cambiar la manera de percibir y actuar sobre el conflicto.

Desde esta perspectiva, se señala que el conflicto es una constante sociológica, es decir, está presente en las diversas instancias de la sociedad humana: en la familia, en la escuela, en los lugares de trabajo, en la comunidad, entre otros.⁹ Tanto sus manifestaciones, como la forma en que los seres humanos lidian con el conflicto

³ EDUARD VINYAMATA, *CONFLICTOLOGÍA: CURSO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS* 21 n. 2 (5ta ed. 2014).

⁴ *Id.* en la pág. 23.

⁵ Véase Eduard Vinyamata, *Conflictología*, 8 REV. PAZ CONFLICTOS 9, 10 (2015).

⁶ VINYAMATA, 2da ed., *supra* nota 3, en la pág. 119.

⁷ Véase *Id.*

⁸ *Id.* en la pág. 52.

⁹ Véase *Id.* en la pág. 21.

son variadas. No obstante, hay quienes advierten que tal parece que se ha optado por la violencia en detrimento de los derechos humanos como principal mecanismo de encarar los conflictos en vez de alternativas sustentadas en la negociación, el diálogo, la mediación, la empatía y la capacidad para manejar nuestros propios conflictos. Si tenemos como meta construir una sociedad basada en la justicia y, en la paz debemos abordar los conflictos desde una mirada distinta, con otras herramientas y propósitos. Hay que buscar alternativas de manejo de los conflictos que no redunden o se traduzcan en actos de violencia ni en violaciones de derechos humanos.

La conflictología pretende entender el proceso por cual el conflicto está presente. Según Vinyamata, los conflictos no necesariamente son de carácter negativo pero se tornan perjudiciales cuando la violencia domina el manejo de la situación.¹⁰ Mientras se desarrolla la violencia en el manejo de una situación conflictiva, existe un elemento importante que atender: el miedo.¹¹ Las necesidades fisiológicas pueden generar alteraciones psicológicas producto del miedo cuando las necesidades aún no están satisfechas.¹² El miedo limita la capacidad de reacción necesaria para resolver los conflictos que nos rodean. Cuando se nos presenta un conflicto inicialmente buscamos una persona culpable y acusamos con la intención de culminar el conflicto e imponer una sanción. Sin embargo, las personas que se encuentran en una situación serena tienden a responder a los conflictos de manera positiva y constructiva basada más en la cooperación que en la competencia. El manejo de conflictos resulta ser más eficaz cuando se inicia un proceso de pacificación, se descarta el miedo a que la otra parte gane o nos domine y se delimita la satisfacción de las necesidades que se nos plantean.

Sin embargo, no siempre las personas están equipadas con las herramientas o destrezas que le permitan un manejo positivo y creativo de los conflictos. Hay quienes advierten que la situación social de violencia en Puerto Rico amerita desarrollar mecanismos más creativos y proactivos en el manejo y la transformación de los conflictos.¹³ Promover y utilizar los métodos alternos de resolución de conflictos, así como de procedimientos no adversativos, es un imperativo en la sociedad puertorriqueña. Este señalamiento es cónsono con la finalidad de la conflictología, que pretende aportar formas concretas y útiles de transformación de los conflictos y demostrar la irracionalidad de la violencia. Así, Vinyamata sostiene que todos los

¹⁰ Eduard Vinyamata, *Conflictología: Curso de resolución de conflictos*, FAMILYRED.ORG, http://familyred.org/cursos/pluginfile.php/4439/mod_resource/content/1/Conflictolog%C3%83%C2%ADa_nodrm.pdf (última visita 4 de enero de 2018) en la pág. 10.

¹¹ VINYAMATA 5ta. ed., *supra* nota 3, en la pág. 43.

¹² *Id. Véase, también*, Eduard Vinyamata, *La resolución de conflictos: un nuevo horizonte*, 8 EDUC. SOC. 8, 10 (1998).

¹³ Lina Torres, Apoyando a la comunidad escolar en el desarrollo de destrezas para el manejo creativo de conflictos, Ponencia presentada en ocasión del Segundo Congreso Internacional de Métodos Alternos: Arbitraje, Mediación y Evaluación Neutral (8 al 11 de mayo de 2006).

conflictos pueden ser transformados de manera constructiva si contamos con los medios y recursos necesarios para ello.¹⁴ Esto conlleva que las partes involucradas encuentren la manera de resolver sus diferencias de manera pacífica y aprendan a convivir desde la diversidad. Cuando esto no es posible, es importante buscar otras alternativas, como puede ser la mediación.

De igual manera, Vinyamata afirma que la Justicia fue concebida como un medio para resolver pacíficamente los conflictos y que no pretende por principio reprimir o coaccionar.¹⁵ No obstante, la realidad es distinta. Por tal razón, señala que el castigo según se manifiesta en las medidas seguridad, de defensa, las de orden público y hasta en el sistema penal son ineficaces y contraproducentes.¹⁶ “[L]as formas de coerción, represión y opresión se justifican por la voluntad o el interés de suprimir o controlar los conflictos, lo que sin duda no tan sólo aplazan su resolución [,] sino que, contrariamente a lo esperado, originan nuevos o superiores conflictos”.¹⁷

Sobre la utilización y aplicación de la conflictología se ha señalado lo siguiente:

Una de las características más importante de la conflictología es que trata cualquier tipo de conflicto, personal, social, político, internacional, laboral, etc. dado que éstos[sic], desde el punto de vista de la conflictología, tienen unas causas idénticas, así como un desarrollo idéntico, independientemente de su alcance o tipo, siendo por tanto aplicable la conflictología a cualquier conflicto humano.

Una de las enseñanzas fundamentales de la conflictología es la orientación de la vida, a una filosofía pacífica y pacificadora, enmarcada dentro de una cultura de la paz.

Es muy importante diferenciar claramente las necesidades, que son imprescindibles para el desarrollo de una vida digna, de los intereses o de los deseos, ya que estos últimos serán prescindibles en caso de una situación conflictiva.

Así mismo, el respeto y aprecio por la vida ajena, en todas sus formas y con su diversidad, debe ser un principio vital. Evitar las desigualdades o el sufrimiento ajeno nos llevará no sólo a no incurrir en procesos conflictivos, sino que nos permitirá participar en la resolución de conflictos.¹⁸

La conflictología como ciencia del conflicto, abarca todos los aspectos sociales del ser humano y su entorno.

¹⁴ Véase Vinyamata, *supra* nota 10, en la pág. 15.

¹⁵ *Id.* en la pág. 13.

¹⁶ *Id.* en la pág. 123.

¹⁷ VINYAMATA 5ta. ed., *supra* nota 3, en la pág. 28.

¹⁸ Rafael Santisteban, *Utilidad y aplicación de la conflictología*. WORDPRESS <https://kn0wledge.files.wordpress.com/2010/01/utilidad-y-aplicacion-de-la-conflictologia-con-cc.pdf> (última visita 20 de mayo de 2011).

III. Mediación familiar

La mediación familiar es un método alternativo de resolución de conflictos utilizado en las relaciones de familia. Se ha definido de varias maneras. Por ejemplo:

La *mediación familiar* es un sistema de resolución de conflictos a que llegan las partes, ayudadas por un tercero imparcial llamado mediador familiar. El mediador los ayuda a obtener una solución que surja de ellos mismos, a través de sesiones realizadas fuera del tribunal, en un ambiente que favorece el entendimiento.

Es un procedimiento voluntario. Sin embargo, respecto a algunas materias la ley exige someterse a ella, en forma previa a la demanda judicial. El acuerdo a que lleguen las partes debe ser sometido a un paso final de aprobación del tribunal de familia.¹⁹

También, la mediación familiar es “el proceso de construcción y reconstrucción del vínculo familiar sobre los ejes de la autonomía y de la responsabilidad de las partes afectadas por un conflicto, en cuyo proceso interviene un tercero imparcial, independiente, cualificado y sin ningún poder de decisión, que es el mediador familiar”.²⁰

En el derecho español, la mediación familiar se ha configurado tradicionalmente para “ofrecer un espacio neutral en el marco de los conflictos en las relaciones familiares, basado en la cooperación, y en la escucha mutua entre los miembros de la familia, sobre la base del respeto, que es la clave para que una familia funcione”.²¹ La mediación familiar es tan amplia que interviene en conflictos que puedan surgir sobre la convivencia familiar, sean estos dentro del marco de una convivencia de padres o madres a hijos o hijas, relaciones de pareja, convivencia entre hermanos o hermanas, convivencia con abuelos o abuelas, entre otros.²² La mediación familiar identifica los “intereses reales de los mediados, con vistas a lograr un acuerdo sólido y que pueda abarcar los intereses de todos los miembros de la familia”.²³

Referente a la utilización de la mediación familiar, la autora, María Elena Cobas Cobiella, distingue que puede extenderse “al ámbito patrimonial, que es otra de las

¹⁹ *Guía legal sobre: Mediación Familiar*, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, <http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/mediacion-familiar> (última visita 21 de marzo de 2017) (citando a Ley Núm. 19968 arts. 103-114, 25 de febrero de 2004 (Chile) (disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>)).

²⁰ María Elena Cobas Cobiella, *Mediación familiar: Algunas reflexiones sobre el tema*, 17 REV. BOL. DER. 40, 32 (2014) (cita omitida).

²¹ *Id.* en las págs. 42-43.

²² *Id.* en la pág. 43.

²³ *Id.* (cita omitida).

esferas de interés en la familia y que refrenda al CC español, tales como regímenes matrimoniales, pensión compensatoria, pactos en las uniones de hecho en referencia a los bienes, etc.”²⁴ Por lo que, la mediación familiar, como mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos,

aplica en el marco de las relaciones familiares, que nace de los propios recursos que tienen la familia y las partes para tomar sus propias decisiones, apreciándose como un método autocompositivo; habida cuenta que los propios particulares son los que deciden sobre el conflicto, sin que la solución sea tomada por una tercera persona.²⁵

La mediación familiar se utiliza para facilitar y transformar las controversias. Una de las ventajas de la mediación en la justicia moderna, es que sirve como mecanismo para “ayudar el entorno familiar y las partes en conflicto, desde su autonomía de la voluntad a arribar a la solución que anhelan”.²⁶

Como señala la doctrina en la materia acertadamente, se trataría de un sistema casi-alternativo al proceso contencioso para la solución de conflictos familiares y de una nueva vía que trata de facilitar a las parejas en litigio las crisis que conllevan las separaciones y divorcios con los evidentes perjuicios para los hijos menores de edad de las mismas, pues es evidente que la situación personal, familiar, afectiva y económica cambia radicalmente para todos; evitando en la medida de lo posible, la profunda insatisfacción que el resultado final de los procesos contenciosos genera en aquellos que los protagonizan.²⁷

En el entorno extrajudicial, la mediación familiar tiene ciertas ventajas que promueven el beneficio a las partes envueltas en conflicto. La mediación familiar permite que las partes se comporten y desenvuelvan de manera pacífica, “sin la tensión que pueden producir los plazos del derecho, y sin ningún tipo de contaminación, que en ocasiones se generan por la intervención de letrados, que[,] en su exceso de celo, por satisfacer a sus clientes, pueden perjudicar el diálogo y empeorar el conflicto”.²⁸

La mediación crea un espacio cooperativo y de retroalimentación entre los mediados, que permite avanzar en el diálogo y a reestablecer la paz o por lo

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.* en la pág. 44 (cita omitida).

²⁶ *Id.* en la pág. 45.

²⁷ *Id.* (comillas y citas omitidas).

²⁸ *Id.* (nota omitida).

menos un nivel de entendimiento, como advierte la literatura especializada en la materia, “el mediador ayuda a redefinir el conflicto en términos familiares. Cada uno de los componentes anteriormente identificados tiene un referente familiar que puede ser rescatado en términos de interés eso necesidades legítimas [sic]. Este proceso implica, de una parte, la recuperación de términos propios de la familia a la hora de denominar conceptos extraños que han invadido su lenguaje (como los legales)”.²⁹

La mediación familiar tiene como principio fundamental fomentar que las partes mantengan el control en sus propias decisiones.³⁰ Esto se debe, a que los y las participantes conocen al detalle sus propias vidas y las situaciones que les rodean.³¹ Con la ayuda de un tercero imparcial, las partes son capaces de llegar a óptimos acuerdos para el beneficio de todos y todas.³² De esta forma, la mediación familiar previene y minimiza la escalada de conflicto, restablece el diálogo, mejora la comunicación y las partes logran un ahorro de tiempo y economía en la búsqueda de solución.³³

IV. Controversias patrimoniales susceptibles a mediación familiar

A. Sociedad legal de bienes gananciales

La sociedad legal de bienes gananciales es un régimen económico matrimonial. El mismo puede ser seleccionado por los cónyuges, pero también surge cuando estos no eligen un régimen económico. Así, nuestra jurisprudencia ha establecido que “la sociedad legal de gananciales es el régimen matrimonial que favorece nuestro ordenamiento jurídico”.³⁴

La existencia del régimen de sociedad legal de bienes gananciales implica que los cónyuges son conductores y coadministradores de la totalidad del patrimonio matrimonial, por lo que ostentan la titularidad conjunta de [e]ste sin distinción de cuotas. Por esta razón, independientemente de que se adquieran para uno solo de los consortes, se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer. De igual manera, todas las deudas y obligaciones del matrimonio se reputan gananciales a menos que se demuestre lo contrario.³⁵

²⁹ *Id.* (cita omitida).

³⁰ *Id.* en la pág. 46.

³¹ *Id.*

³² *Id.*

³³ *Id.*

³⁴ Montalván Ruiz v. Rodríguez Navarro, 161 DPR 411, 420 (2004).

³⁵ Roselló Puig v. Rodríguez Cruz, 183 DPR 81, 93 (2001).

El régimen económico de la sociedad legal de bienes gananciales está principalmente reglamentado por el Código Civil de Puerto Rico.³⁶ Al régimen de sociedad legal de gananciales le aplican supletoriamente las disposiciones del contrato de sociedad.³⁷ Distinto a la sociedad ordinaria, donde la causa es el ánimo de lucro, la sociedad legal de bienes gananciales tiene como causa, la consecución de los fines particulares del matrimonio.³⁸ El Prof. Joaquín J. Rams Albesa, nos dice que vigente la sociedad legal de gananciales “la masa ganancial está compuesta por bienes y derechos, que estando directa e inmediatamente afectos al levantamiento de las cargas familiares, son de titularidad conjunta de los cónyuges sin especial atribución de cuotas”.³⁹

Una vez disuelto el matrimonio, se extingue la sociedad legal de bienes gananciales. Posteriormente, surge de ello una comunidad post ganancial, sobre los bienes adquiridos durante el matrimonio. Es decir, “la disolución del matrimonio provoca ipso facto la extinción de la sociedad legal de gananciales, pues la causa de esta institución, la consecución de los propósitos del matrimonio se desvanece ante la rotura del vínculo civil entre los cónyuges”.⁴⁰ Concluyentemente, el Código Civil de Puerto Rico establece que “el divorcio lleva consigo la ruptura completa del vínculo matrimonial y la separación de propiedad y bienes de todas clases entre los cónyuges”.⁴¹

De esa manera, el tratadista José Luis LaCruz Berdejo explica, “surge entonces una comunidad de bienes compuesta por todos los bienes del haber antes ganancial, en la cual cada partícipe posee una cuota independiente e [sic] alienable con el correspondiente derecho a intervenir en la administración de la comunidad y a pedir su división”.⁴² No obstante, la separación de bienes gananciales que surge a consecuencia del divorcio y del cual eventualmente nace una comunidad de bienes, en la práctica, el proceso para liquidar los bienes comunes, no surge necesariamente de forma paralela a la disolución del vínculo matrimonial.⁴³ A esos efectos, en *Montalván Ruiz v. Rodríguez Navarro*, el Tribunal Supremo citó al tratadista José María Manresa y Navarro, para explicar que:

³⁶ Véase Cód. Civ. PR art. 1295-1326, 31 LPRA §§ 3621-3701 (2018).

³⁷ Cód. Civ. PR art. 1298, 31 LPRA § 3624 (2018).

³⁸ *Montalván Ruiz v. Rodríguez Navarro*, 161 DPR 411, 420 (2004).

³⁹ *Montalván Ruiz*, 161 DPR en la pág. 420 (*citando a* JOAQUÍN J. RAMS ALBESA, LA SOCIEDAD DE GANANCIALES 28 (1992)) (énfasis suprimido).

⁴⁰ *Id.* en las págs. 420-21.

⁴¹ Cód. Civ. PR art. 105, 31 LPRA § 381 (2018) (*citado en Montalván Ruiz*, 161 DPR en las págs. 420-21).

⁴² 2-II JOSÉ LUÍS LACRUZ BERDEJO, ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL 353 (1997) (*citado en Montalván Ruiz*, 161 DPR en las págs. 420-21).

⁴³ *Montalván Ruiz*, 161 DPR en la pág. 421.

Una vez deja de existir la sociedad legal de gananciales, mezclados y confundidos quedan provisionalmente los intereses de los socios y los de los terceros, el capital privativo y el capital común. Forzosamente ha de venir un período transitorio y anormal hasta tanto que se haga la oportuna liquidación, se separe y deduzca lo que a cada cual corresponde, se averigüe si existen o no ganancias, y se dividan y adjudiquen los bienes, ya determinados, de que cada interesado ha de ser exclusivo propietario.⁴⁴

Así lo ha reconocido la jurisprudencia dictada por nuestro Tribunal Supremo. Una vez el tribunal decreta la disolución de la sociedad legal de bienes gananciales, surge una comunidad de bienes entre los ex cónyuges, regida nuestro Código Civil.⁴⁵ Esta es un patrimonio que se intenta extinguir por normas distintas a las de la sociedad legal de bienes gananciales.⁴⁶

La comunidad de bienes post ganancial o post matrimonial permanece hasta que surge la liquidación de la sociedad y puede subsistir indefinidamente, toda vez que la acción para liquidar dicha sociedad nunca prescribe.⁴⁷ Sin embargo, es ineludible resaltar que los ex cónyuges no están obligados a permanecer en comunidad.⁴⁸ Estos, en cualquier momento, pueden solicitar al tribunal la división de los bienes en común.⁴⁹ Mientras la comunidad de bienes post ganancial perdure, cualquiera de los ex cónyuges puede solicitar al tribunal que nombre un administrador judicial en beneficio del caudal común.⁵⁰ También, el ex cónyuge puede ejercer su derecho de co-administrar los bienes comunes, lo que conlleva, incluso, interponer acciones de desahucio y reivindicación contra el otro ex cónyuge.⁵¹

Conforme a lo anterior, al momento de disolverse la sociedad de gananciales subsisten sus activos y pasivos, pero en renglones separados, pendientes de liquidación. Si esta última operación se pospone, el monto de los activos y de los pasivos puede variar; pueden producirse frutos, saldarse deudas, sufrirse pérdidas, obtenerse ganancias o incurrirse en gastos con relación al caudal común. Por consiguiente, en la adjudicación final de la participación que le corresponde a cada ex cónyuge, debe tomarse en consideración, de acuerdo con la evidencia sometida en un pleito judicial, si uno de los ex

⁴⁴ *Id.* (citando a IX JOSÉ M. MANRESA Y NAVARRO, COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL 861 (1969)) (corchetes omitidos).

⁴⁵ *Montalván Ruiz*, 161 DPR en las págs. 421-22.

⁴⁶ *Id.* en la pág. 422 (cita omitida).

⁴⁷ *Id.* (citando a Cód. Civ. PR art. 1865, 31 LPRA § 5295).

⁴⁸ *Montalván Ruiz*, 161 DPR en la pág. 422 (citando a Cód. Civ. PR art. 334, 31 LPRA § 1279).

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Montalván Ruiz*, 161 DPR en la pág. 422 (citando a Cód. Civ. PR art. 332, 31 LPRA § 1277).

⁵¹ *Montalván Ruiz*, 161 DPR en la pág. 422.

cónyuges puede interponer frente al otro un crédito por los cambios y operaciones ocurridas en el haber común.⁵²

Según establece nuestro Código Civil, hay que considerar cualquier detrimento que ocurra en los bienes comunes, que fuese ocasionado por cualquiera de los ex cónyuges.⁵³ La división o liquidación de los bienes que componen la comunidad de bienes post ganancial al momento de la disolución del matrimonio se realizará por partes iguales entre los ex cónyuges.⁵⁴ La cuota de participación que se adjudica a cada ex cónyuge, al dividirse el remanente líquido de la comunidad post ganancial, “no se ve aumentada con las rentas de trabajo ni con la de capital, que serán en todo caso privativas del ex cónyuge que las produzca”.⁵⁵ Es decir, en el inventario a dividir de la comunidad post ganancial, se incluyen únicamente los bienes, y frutos que se generan de estos, al momento de la disolución del vínculo matrimonial.⁵⁶ De dicho inventario, deberán excluirse los bienes inexistentes, aunque formaran parte del consorcio al disolverse.⁵⁷ Asimismo, debe incluirse toda obligación o pasivo que el comunero haya contraído con posterioridad al divorcio. Dichas obligaciones recaerán sobre el capital privativo de quien contraiga la obligación.⁵⁸

Existe también la particularidad cuando uno de los cónyuges adquiere nuevos bienes durante la vigencia de la comunidad de bienes post ganancial sin haber iniciado o culminado la división de los bienes en común. El Tribunal Supremo de Puerto Rico en *Montalván Ruiz v. Rodríguez Navarro*, citando a varios tratadistas, ha señalado dos soluciones al respecto:

La primera es la rigurosa aplicación del principio de subrogación real: el bien adquirido entra a formar parte del patrimonio colectivo, cualquiera que sea el adquirente, si la contraprestación que se paga procedía de aquél. La segunda solución es entender que el adquirente se hace deudor de la sociedad por el valor de los bienes de que dispuso para adquirir, pero que el bien adquirido es suyo propio.⁵⁹

La división de los bienes y los frutos de la sociedad legal de bienes gananciales, adquiridos durante el matrimonio, resulta simple de efectuar si es subsiguiente a la disolución del matrimonio.⁶⁰ No obstante, mientras se prolongue la existencia

⁵² *Id.* en las págs. 422-23.

⁵³ *Id.* en la pág. 423 (*citando a* Cód. Civ. PR art. 328, 31 LPRA § 1273).

⁵⁴ *Id.* en la pág. 424.

⁵⁵ *Id.* en la pág. 425.

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Id.* en las págs. 425-26.

⁶⁰ *Id.* en la pág. 426.

de la comunidad post ganancial y surja un cambio en los bienes gananciales, “se complica el cálculo de cuotas, particularmente si uno solo de los cónyuges dedica su esfuerzo y trabajo al mantenimiento y acrecimiento del haber común”.⁶¹ Dicha prolongación en la indivisión de la comunidad post ganancial puede ocasionar una variación en la proporción de cuotas, “ya sea por el aumento en el valor de los bienes incluidos en el inventario original, por el aumento en su nivel de producción de frutos o por nuevas adquisiciones”.⁶²

En resumen, para lograr la división de la comunidad post ganancial habida entre los ex cónyuges, hay que realizar una serie de pasos para determinar las cuotas de participación de cada ex cónyuge. Se debe realizar un inventario de los activos y pasivos de la comunidad.⁶³ Asimismo, se debe computar los créditos que tenga cada ex cónyuge contra la sociedad.⁶⁴ De igual manera, se debe determinar si existen deudas privativas incurridas vigente el matrimonio, entre otros asuntos.⁶⁵ Aquellos bienes, deudas, gastos, esfuerzos o créditos legítimos incurridos mientras dure la comunidad post ganancial, se presumen en igual proporción de cuotas para cada ex cónyuge, salvo prueba en contrario.⁶⁶ “Procedería, entonces, valorar el incremento o la disminución del haber [post ganancial], según sea el caso, que corresponda a la aportación real o gestión de cada uno de los ex cónyuges para así determinar el cambio, de haber alguno, en la proporcionalidad de las cuotas de cada comunero”.⁶⁷

B. Comunidad de bienes

La comunidad de bienes surge cuando un bien, sea este una propiedad o un derecho, pertenece proindiviso a varias personas.⁶⁸ “La participación de los comuneros en la administración de la cosa tenida en común, así como su parte en el activo y pasivo de esta cosa, será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario”.⁶⁹ La comunidad de bienes se caracteriza principalmente en que la titularidad de una cosa corporal pertenece a una pluralidad de comuneros, por cuotas cualitativamente iguales.⁷⁰ Existen varios tipos de comunidad. No obstante, en nuestro ordenamiento jurídico el tipo de comunidad

⁶¹ *Id.* en la pág. 427.

⁶² *Id.*

⁶³ *Id.* en la pág. 431.

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ Véase Cód. Civ. PR art. 326, 31 LPRA § 1271 (2018).

⁶⁹ Montalván Ruiz v. Rodríguez Navarro, 161 DPR 411, 423 (2004).

⁷⁰ Sardiñas v. González, KLAN20101001, 2011 WL 2940636 en la pág. 4 (TA PR 2011) (*citando a* Díaz v. Aguayo, 162 DPR 801, 808 (2004)).

existente es de tipo romano, *condominium iuris romani*, en el que cada propietario tiene una cuota ideal o alícuota sobre la cosa común.⁷¹

Respecto a las participaciones adjudicadas a los comuneros, en *Díaz v. Aguayo*, el Tribunal Supremo de Puerto Rico expresó que la participación de los comuneros en la cosa común será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumirán iguales mientras no se pruebe lo contrario.⁷² Cada comunero tiene derecho a servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas de conformidad con su destino, de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a sus copartícipes utilizarlas según su derecho.⁷³ El derecho de uso de la cosa común es restringido: 1) el uso debe ser conforme a su destino; 2) no debe perjudicar el interés de la comunidad; 3) el uso de la cosa común no debe impedir el uso por los demás copartícipes conforme a su derecho.⁷⁴ Los comuneros no tienen derecho a utilizar de forma exclusiva de un bien comunitario sin pagarles a los demás comuneros por ese beneficio privativo.⁷⁵

Igualmente, los comuneros tienen derecho a obligar o requerir a los demás miembros de la comunidad a contribuir a los gastos de conservación de los bienes o derechos.⁷⁶ Por su parte, el Código Civil de Puerto Rico dispone que ningún copropietario está obligado a permanecer en comunidad. Cada uno de ellos podrá en cualquier tiempo que se divida”.⁷⁷ También, establece el Código Civil de Puerto Rico que, son “aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad, las reglas concernientes a la división de la herencia”.⁷⁸

Nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido la posibilidad de la existencia de una comunidad de bienes entre personas en una relación de concubinato.⁷⁹ El vocablo *concubinato* es la convivencia de dos personas solteras que actúan como casados. “Es un estado parecido al del matrimonio, pero sin la celebración del mismo”.⁸⁰ A pesar de no presumirse la existencia de una comunidad de bienes entre personas en una relación de concubinato, la comunidad de bienes que surja entre ellos o ellas puede constituirse por las siguientes características:

⁷¹ *Díaz v. Aguayo*, 162 DPR 801, 808 (2004).

⁷² *Id.* en la pág. 809 (*citando a* Cód. Civ. PR art. 327, 31 LPRR § 1272).

⁷³ *Id.* en la pág. 821 (*citando a* Cód. Civ. PR art. 328, 31 LPRR § 1273).

⁷⁴ *Id.* en la pág. 809.

⁷⁵ *De la Fuente v. Roig Sucrs.*, 82 DPR 514, 534 (1961).

⁷⁶ Cód. Civ. PR art. 329, 31 LPRR § 1274 (2018).

⁷⁷ Cód. Civ. PR art. 334, 31 LPRR § 1279 (2018).

⁷⁸ Cód. Civ. PR art. 340, 31 LPRR § 1285 (2018).

⁷⁹ *Véase, por ejemplo*, *Cruz v. Sucn. Landrau Díaz*, 97 DPR 578 (1969); *Caraballo Ramírez v. Acosta*, 104 DPR 474 (1975).

⁸⁰ *Colón v. Sucn. Tristani*, 44 DPR 171, 208 (1932).

- (1) como pacto expreso. . . ;
- (2) como pacto implícito que se desprende espontáneamente de la relación humana y económica existente entre las partes durante el concubinato...;
- (3) como un acto justiciero para evitar el enriquecimiento injusto, reconociendo el valor de los bienes, valores o servicios aportados por la concubina y sus correspondientes ganancias.⁸¹

Aun cuando la persona en una relación de concubinato no pueda probar la existencia de la comunidad de bienes por pacto expreso o implícito, según detallado anteriormente, “podría probar que aportó bienes, valores y servicios, que estos produjeron ganancias, y, como un acto justiciero para evitar el enriquecimiento injusto de la otra parte, reclamar el valor de dichos bienes, valores y servicios y sus correspondientes ganancias”.⁸²

Ante ese escenario, corresponde a la persona en concubinato demostrar todas las aportaciones realizadas que condujeron “al acrecentamiento del capital privativo de su cónyuge. Ahora bien, si la base de pedir de quien reclama es la teoría del enriquecimiento injusto y no la creación de una comunidad de bienes, éste [sic] no puede ampararse en la presunción” que establece el Código Civil de Puerto Rico en cuanto a que las porciones correspondientes a los o las partícipes en la comunidad.⁸³ No se presumirán iguales, sino que debe establecer mediante preponderancia de prueba el valor de su participación en los bienes adquiridos.⁸⁴

V. Mediación familiar en otras jurisdicciones y su aplicación en la liquidación o división de bienes

En *Argentina*, aproximadamente para la década del noventa, se comenzó a tener, en el país, una visión global del movimiento Resolución Alternativa de Disputas (RAD) y de las ventajas que se obtenían del mismo.⁸⁵ A pesar de que existían algunos métodos de resolución de conflictos, como la conciliación y el arbitraje, “no se advertía su potencial y carecían de efectividad”.⁸⁶ Eventualmente, mediante decre-

⁸¹ *Caraballo Ramírez*, 104 DPR en la pág. 481 (citas omitidas).

⁸² *Id.* (citas omitidas).

⁸³ *Sardiñas v. González*, KLAN20101001, 2011 WL 2940636 en la pág. 5 (TA PR 2011) (citas omitidas).

⁸⁴ *Id.* en la pág. 4.

⁸⁵ PROGRAMA NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), ESTUDIO DE LA MEDIACIÓN PERJUDICIAL OBLIGATORIA: UN APORTE PARA EL DEBATE Y LA EFECTIVIDAD DE LOS MEDIOS ALTERNATIVAS DE LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN ARGENTINA 12 (2012) (*disponible en* http://www.fundacionlibra.org.ar/Estudio_MPO_interior_Final.pdf).

⁸⁶ *Id.*

to, en Argentina, se declaró la mediación como un *interés nacional* y se implementó el Programa Nacional de Mediación en el país.⁸⁷

Posteriormente, mediante ley, se estableció la mediación compulsoria previa a la etapa judicial en casos de controversias familiares.⁸⁸ Primero, por la Ley Núm. 24.573-1995 y luego en la Ley Núm. 26.589-2010 sobre mediación y conciliación, se estableció el carácter obligatorio de la mediación previa a todo proceso judicial. Dicho procedimiento tenía el objetivo de promover “la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia”.⁸⁹ En estas leyes se señalaron los supuestos que no quedan comprendidos bajo la obligatoriedad. Entre ellos se encuentran “los juicios que versen sobre materia penal; las causas civiles relativas a separación judicial, nulidad de matrimonio, divorcio, filiación y patria potestad; amparo, *habeas corpus*; juicios sucesorios; quiebras, entre otras”.⁹⁰

No obstante, la ley enumera las controversias a las que sí aplica el proceso de mediación obligatoria. Específicamente, el artículo 31 de la ley dispone que “[l]a mediación familiar comprende las controversias patrimoniales o extrapatrimoniales originadas en las relaciones de familia o que involucren intereses de sus miembros o se relacionen con la subsistencia del vínculo matrimonial”.⁹¹ Las controversias comprendidas dentro de esa categoría son:

- a) Alimentos entre cónyuges o derivados del parentesco [. . .];
- b) Tenencia de menores, salvo cuando su privación o modificación se funde en motivos graves que serán evaluados por el juez o [e]ste disponga las medidas cautelares que estime pertinentes;
- c) Régimen de visitas de menores o incapaces, salvo que existan motivos graves y urgentes que impongan sin dilación la intervención judicial;
- d) Administración y enajenación de bienes sin divorcio en caso de controversia;
- e) Separación personal o separación de bienes sin divorcio [. . .];
- f) Cuestiones patrimoniales derivadas del divorcio, separación de bienes y nulidad de matrimonio;
- g) Daños y perjuicios derivados de las relaciones de familia.⁹²

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ Viviana Álvarez Quiñones y Pamela Ortega Pérez, La mediación como medio idóneo en la resolución de conflictos familiares, en la pág. 47 (2012) (tesis Facultad de Derecho, Universidad de Chile). (disponible en http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112676/de-alvarez_v.pdf?sequence=1). (citando a Ley Núm. 24.573 del 4 de octubre de 1995, 28258 B.O. 1 (Arg.)).

⁸⁹ Ley Núm. 26.589 del 15 de abril de 2010, 31898 B.O. 1 (Arg.).

⁹⁰ Álvarez y Ortega, *supra* nota 98.

⁹¹ 31898 B.O. 1

⁹² *Id.*

Según se menciona en la ley, distintas controversias familiares, como las controversias sobre liquidación de bienes gananciales y división de comunidad de bienes, son atendidas de forma compulsoria mediante la mediación familiar, previo a la presentación de un procedimiento judicial por las partes. De esta forma, los efectos patrimoniales derivados de los asuntos familiares quedan comprendidos bajo la obligatoriedad de la mediación.⁹³

En el estado de *California* de los Estados Unidos de América, nace el primer servicio de mediación y conciliación familiar en el año 1939.⁹⁴ Ya para el 1970, la mediación familiar se presenta como mecanismo alternativo al procedimiento contencioso que se rige en los tribunales, en respuesta al llamado Estado de Bienestar, el cual establece que cualquier vía puede ser eficiente y conveniente para la búsqueda de la solución de conflictos.⁹⁵ En el año 1980, se legisla por primera vez sobre la mediación familiar de forma compulsoria para ciertas controversias familiares y se extiende durante esa década a algunos países europeos.⁹⁶

Actualmente en California, la mediación familiar puede ser impuesta como medida alterna, previo al procedimiento judicial de separación y divorcio.⁹⁷ El Tribunal del Estado de California ha creado un tribunal especializado para ciertas controversias de índole familiar, el cual está denominado como “Tribunal de conciliación familiar” (*Family Conciliation Court*).⁹⁸ “[E]s una mediación imperativa y que se extiende a los temas relacionados con el cuidado personal de los hijos y el derecho de los padres e hijos que viven separados a mantener una relación directa y regular”.⁹⁹

La jurisdicción para atender controversias familiares en el proceso de mediación es una limitada.¹⁰⁰ No obstante, a pesar de que la mediación no acoge asuntos de liquidación o división de bienes, el tribunal de conciliación familiar atiende otras áreas del Derecho de Familia. En particular, atiende controversias relacionadas al matrimonio y los hijos.¹⁰¹ En este proceso, el juez no participa directamente en la mediación, sino que dirige el programa y aprueba los acuerdos a los que lleguen las partes.¹⁰²

⁹³ Álvarez y Ortega, *supra* nota 98.

⁹⁴ Teresa Duplá Marín, *Teoría de la Mediación Familiar*; en *MEDIACIÓN FAMILIAR: ASPECTOS TEÓRICOS, JURÍDICOS Y PSICOSOCIALES* 10 (2013).

⁹⁵ *Id.* en las págs. 10-11.

⁹⁶ *Id.* en la pág. 11.

⁹⁷ Álvarez y Ortega, *supra* nota 98, en la pág. 49.

⁹⁸ COD. FAM. CAL. §1810 (2018).

⁹⁹ Álvarez y Ortega, *supra* nota 98, en la pág. 49.

¹⁰⁰ COD. FAM. CAL. §1830 (2018).

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² Álvarez y Ortega, *supra* nota 98, en la pág. 50.

Este tribunal cuenta con una planta profesional, formada por profesionales de diversas áreas de la intervención social (psicólogos, asistentes sociales, etc.). Se contempla la posibilidad de nombrar un consejero supervisor de la mediación, que podrá reunirse con las partes y formular recomendaciones al juez en base a los resultados de esas reuniones, preparar informes, presidir las audiencias y realizar actividades propias de la mediación en caso de conflictos relativos a tutela de niños y derechos de visita.

.....

La regulación realizada en este Estado [sic], permite que en los condados en los cuales no exista un Tribunal de Conciliación Familiar, se establezca un mediador familiar que asesore a los Tribunales Superiores. Su objetivo es facilitar la comunicación entre las partes, reducir el conflicto y mejorar las habilidades paternales.¹⁰³

Los servicios de mediación que provee el Estado de California ponen de manifiesto “un florecimiento del interés por encontrar procedimientos alternativos para la resolución de los conflictos, extendiéndose ese interés a la resolución de los conflictos familiares por procedimientos no litigiosos”.¹⁰⁴

Por otro lado, en la *Unión Europea*,¹⁰⁵ el Comité de Ministros formuló una recomendación sobre la utilización de la mediación familiar previo a recurrir a los tribunales de justicia.¹⁰⁶ La recomendación mediación familiar, hace un llamado a los estados para facilitar la mediación y que los acuerdos logrados en ella sean ratificados por la autoridad competente.¹⁰⁷ A su vez, hace un llamado para establecer los mecanismos adecuados para la ejecución de dichos acuerdos.¹⁰⁸

Se señala que la mediación es autónoma y puede tener lugar antes de iniciarse un proceso judicial, durante la tramitación de [e]ste, e incluso después de que hubiere recaído una sentencia firme en ese juicio de separación o divorcio. Se reconoce de esa forma la independencia de esta institución respecto de un proceso judicial y que esta institución puede ser más efectiva antes de la intervención judicial, e incluso se reconoce a las partes la posibi-

¹⁰³ *Id.* en las págs. 50-51.

¹⁰⁴ Antonio Coy Ferrer, *La mediación en los procesos de separación y/o divorcio*, 30 APUNTES DE PSICOLOGÍA 37, 37 (2012).

¹⁰⁵ La Unión Europea está compuesta por los siguientes países: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumanía, y Suecia.

¹⁰⁶ Álvarez y Ortega, *supra* nota 98, en la pág. 52.

¹⁰⁷ *Id.* en la pág. 53.

¹⁰⁸ *Id.*

lidad de revisar lo establecido por el juez y que las partes puedan modificar ese fallo, cuando consideren que no ha sido adecuado para la resolución del conflicto y que en el futuro puede generar nuevos conflictos al no considerar todos los factores envueltos especialmente aquellos de orden emocional y psicológico.¹⁰⁹

Mediante recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la Mediación Familiar, aprobada el 21 de enero de 1998 por el Consejo de Ministros de la Unión Europea, se reconoce “el desarrollo de vías de solución amistosas de los conflictos y el reconocimiento de la necesidad que existe de reducir los conflictos en interés de todos los miembros de la familia”.¹¹⁰ A través de esta, se recomienda a los gobiernos de los estados miembros que instituyan o promuevan la mediación familiar o refuercen la mediación familiar existente.¹¹¹ Es necesario resaltar que la recomendación aprobada por el Comité de Ministros, a la que se hace alusión, “se considera como documento fundacional de la mediación familiar en Europa, y marca un punto de inflexión de la misma en todo el continente”.¹¹²

En *España*, no existe una ley uniforme dirigida a la mediación familiar.¹¹³ Sin embargo, algunas comunidades autónomas han creado legislación dirigida a la mediación familiar como iniciativa propia para promover y favorecer su implantación en el tejido social.¹¹⁴ Dicha legislación, tiene como base el Código Civil que “introdujo las causas y procedimientos de nulidad, separación y divorcio, al facultar a la pareja en crisis matrimonial para pactar los principales efectos personales y patrimoniales derivados de la ruptura convivencial”.¹¹⁵

Según la autora Margarita García Tomé,

las ventajas de la [m]ediación [f]amiliar con respecto a la separación y divorcio por vía contenciosa, y el éxito de la experiencia mediadora, explica que haya ido difundándose y desarrollándose el interés por esta práctica, y la creación de diversas [a]sociaciones y [c]orporaciones profesionales que

¹⁰⁹ *Id.* en las págs. 53-54.

¹¹⁰ Recomendación No. (98)1 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la Mediación Familiar (21 de enero de 1998) (*disponible en* <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-40822/recomendacioneuropea.pdf>).

¹¹¹ *Id.*

¹¹² María Paz García-Longoria y Serrano, *Perspectivas de la mediación ante los nuevos avances normativos*, I CONGRESO INTERNACIONAL DE MEDIACIÓN Y CONFLICTOLOGÍA. CAMBIOS SOCIALES Y PERSPECTIVAS PARA EL SIGLO XXI 65 (2011).

¹¹³ Álvarez y Ortega, *supra* nota 98, en la pág. 53.

¹¹⁴ *Id.* Para un listado de enlaces a las leyes autonómicas de mediación familiar, véase *Leyes Autonómicas*, PODER JUDICIAL ESPAÑA <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/Leyes-Autonómicas/> (última visita 3 de octubre de 2018).

¹¹⁵ Álvarez y Ortega, *supra* nota 98, en las págs. 53-54.

han promovido el uso de [e]ste método frente a los procedimientos contenciosos.¹¹⁶

Respecto al desarrollo de la mediación familiar, se puede señalar que:

[L]os acuerdos en la mediación familiar pueden tratar de todas aquellas materias que sean disponibles por las partes y que se encuentren dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, y que vienen determinadas necesariamente por el objeto y finalidad de la mediación, recogidos en las distintas leyes autonómicas, en las cuales se señala como tal objeto o finalidad la resolución extrajudicial de conflictos familiares.¹¹⁷

Toda vez que la voluntariedad entre las partes es un elemento que caracteriza la mediación, “pueden ser objeto de los acuerdos adoptados en la mediación familiar cualquier pacto sobre los conflictos que puedan surgir en el seno de las relaciones familiares tanto de carácter personal [o de carácter patrimonial]”.¹¹⁸ Finalmente, el desarrollo de la mediación familiar, que ha surgido en España mediante las leyes de mediación de las comunidades autónomas, ha abarcado el área de intervención del mediador o la mediadora. También, se ha distinguido desarrollo o formación específica del mediador o la mediadora y el acceso a la mediación familiar.¹¹⁹

La mediación en *Chile* fue introducida por primera vez en la *Nueva Ley de Matrimonio Civil*, que entró en vigor el 18 de noviembre de 2004.¹²⁰ Entre tanto, la *Ley de Tribunales de la Familia*, reguló la mediación de un modo más amplio, a los fines de extender controversias familiares más allá de los conflictos intraconyugales.¹²¹ Asimismo, existe el concepto de mediación familiar compulsoria u obligatoria antes de instar pleitos judiciales.¹²² En cuanto a la mediación compulsoria, la legislación chilena permite regirse por el principio de voluntariedad, por lo que las partes pueden decidir permanecer o no en el proceso.¹²³ Específicamente, la Ley Núm. 20.286 del 15 de septiembre de 2008 establece que las partes en conflicto pueden comparecer a una mediación previa sobre:

¹¹⁶ Margarita García Tomé, *La mediación familiar: un nuevo campo de intervención para profesionales del trabajo social*, 68 MISCELÁNEA COMILLAS 269, 271-72 (2010).

¹¹⁷ Josefina Alventosa Del Río, *Mediación familiar en España*, 8 REV. BOL. DER. 212, 220 (2009) (notas omitidas).

¹¹⁸ *Id.* en la pág. 221.

¹¹⁹ García Tomé, *supra* nota 126, en la pág. 281.

¹²⁰ Álvarez y Ortega, *supra* nota 98, en la pág. 32 (*citando a* Ley Núm. 19.947 del 22 de abril de 2004 (Chile)).

¹²¹ Véase Ley Núm. 19.968 del 16 de agosto de 2004 (Chile).

¹²² Mauricio Salazar Pérez, *A 10 años del sistema nacional de mediación familiar en Chile*, 1 REV. MED. FAM. CHIL. 8, 9 (2016).

¹²³ *Id.*

[l]as causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular, aun cuando se deban tratar en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda¹²⁴

Dicha ley alteró los procesos judiciales para que la mediación familiar fuese compulsoria previo a cualquier trámite legal en casos de alimentos, cuidado personal, relación familiar directa y regular.¹²⁵ Cabe destacar que en Chile “donde primero aparece la mediación como método alternativo de solución de controversias es el ámbito familiar. . . .”¹²⁶ La mediación familiar en Chile fortalece la autonomía de la voluntad y el respeto a la libertad de los componentes del grupo familiar que se auto regulan en función de sus propios intereses.¹²⁷ “Por tanto, la mediación familiar amplía la capacidad de autorregulación jurídica admitida a los particulares y evita la excesiva injerencia judicial en aspectos que afectan los intereses más íntimos de las personas en sus relaciones familiares”.¹²⁸

“[E]n el año 1972, se instauró en *Canadá* el primer servicio de mediación mediante la creación del Servicio de Conciliación del Tribunal de Familia en la provincia Alberta”.¹²⁹ Posteriormente, en 1974, se creó el segundo servicio de conciliación familiar.¹³⁰ “En 1981 se creó en Montreal el Servicio de Conciliación para la Familia, servicio que tres años más tarde se convirtió en un servicio de mediación familiar permanente, público y gratuito”.¹³¹ Un año más tarde, en 1982 se fundó un programa de mediación en Quebec.¹³² Desde entonces, los servicios de mediación en el contexto familiar, se han desarrollado en casi todas las ciudades principales de Canadá.¹³³

¹²⁴ Ley Núm. 20.286 del 15 de septiembre de 2008 art. 106 (Chile).

¹²⁵ Salazar Pérez, *supra* nota 132.

¹²⁶ Eslainner Figueroa, La mediación familiar en Chile y Argentina, experiencia comparada algunas conclusiones en materia de eficacia, en la pág. 25 (2012) (tesis, Facultad de Derecho, Universidad Alberto Hurtado) (*disponible en* <http://repositorio.uahurtado.cl/bitstream/handle/11242/6978/DERFigueroaV.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).

¹²⁷ Inés Ubilla San Juan, *La mediación familiar y el síndrome de alienación parental*, 1 REV. MED. FAM. CHIL. 118, 121 (2016).

¹²⁸ *Id.* (citando a Silvia Sallard, *Mediación asociativa frente a la alienación parental*, ALIENACIÓN PARENTAL 287-314 (2011)).

¹²⁹ Nuria Bellosó Martín, *La mediación familiar: algunas experiencias en el Derecho comparado internacional*, ESTUDIOS SOBRE MEDIACIÓN: LA LEY DE MEDIACIÓN FAMILIAR DE CASTILLA Y LEÓN 84 (2006) (*disponible en* http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/Estudios_sobre_Mediacion_1_.pdf).

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ *Id.*

¹³² *Id.*

¹³³ *Id.*

En Canadá el término *conciliación* es sinónimo de mediación.¹³⁴ El objetivo fundamental de la conciliación era, en un principio, evitar las rupturas matrimoniales innecesarias.¹³⁵ “El servicio de Mediación Familiar de Montreal fue diseñado como un servicio de mediación cerrado (las entrevistas eran confidenciales y no podían ser utilizadas en los juzgados), voluntario, interdisciplinario (trabajadores sociales, psicólogos, juristas) y basado en el modelo sistémico de intervención sobre las familias”.¹³⁶ Cabe destacar, que Canadá fue el primer país en redactar y publicar un código deontológico para regular la profesión de la mediación.

Sin embargo, el principio de voluntariedad que se requiere en la mediación se ejerce con diferente intensidad según la provincia en que se administre.¹³⁷ Por ejemplo, en la provincia de Ontario, la participación de las partes en el proceso de mediación es voluntaria y pueden retirarse del proceso en cualquier momento.¹³⁸ En cambio, en Quebec, el código de procedimiento civil establece que “el Tribunal deberá requerir que las partes participen en una sesión de información sobre la mediación, en unos supuestos predeterminados, cuando exista una disputa sobre la tutela de los niños, los derechos alimenticios, o los efectos patrimoniales de la disolución del matrimonio. . .”.¹³⁹ El artículo 417 del Código de Procedimiento Civil de Canadá, establece cuáles controversias familiares pueden ser aceptadas en el proceso de mediación.

Cualquier caso en el que los intereses de las partes y sus hijos estén en juego en relación con la custodia de los hijos, la manutención de los hijos o del cónyuge, el patrimonio familiar, otros derechos patrimoniales derivados del matrimonio o unión civil o la partición de bienes entre los cónyuges de facto, las partes no pueden proceder a juicio, a menos que hayan participado de manera conjunta o por separado de una sesión informativa sobre la crianza de los hijos y sobre mediación.¹⁴⁰

Es decir, las controversias familiares que se consideran para la sesión de orientación en mediación son todas las situaciones que tienen relación con los hijos menores de edad y el patrimonio matrimonial o adquirido por unión civil. Nótese, también, que el Código de Procedimiento Civil de Canadá incluye de forma explícita, las controversias relacionadas a la partición de bienes entre los cónyuges para el proceso de mediación compulsoria.

¹³⁴ *Id.*

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ Mercedes Soto Moya, *Aspectos jurídicos de la gestión de conflictos familiares en países con experiencia mediadora*, LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN LAS RUPTURAS DE PAREJA 11 (2009).

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ COD. PROC. CIV. CQLR, art. 417 (2018) (traducción suplida).

El *Reino Unido* sostiene la más larga tradición en mediación familiar de Europa. Específicamente, en Inglaterra y en Gales la mediación familiar fue impulsada por la nueva regulación del divorcio introducida por la *Family Law Act* de 1996. En dicha ley se establecía que el matrimonio debe ser disuelto con el mínimo de sufrimiento para las partes y para los hijos afectados.¹⁴¹ Esa disolución debe estar orientada a promover la continuación de una relación positiva, siempre que las circunstancias lo permitan, evitando gastos irrazonables en el procedimiento que deba seguirse para la disolución del matrimonio.¹⁴²

Además de los casos de divorcio, la jurisdicción que otorga dicha ley para mediar controversias familiares está relacionada a los asuntos de menores de edad, separación, violencia doméstica, derecho de vivienda, y controversias bajo cualquier norma de ley prescrita.¹⁴³

Pueden apuntarse seis contextos diferentes en los cuales se ha ido desarrollando la mediación familiar en Reino Unido desde sus inicios:

1. Mediación durante el proceso judicial: tiene lugar durante la conciliación judicial y se lleva a cabo por medio de funcionarios judiciales. Los clientes cuentan con la asistencia de sus respectivos abogados ante un funcionario de bienestar social que actúa como mediador.

2. Mediación a cargo de servicios civiles: tiene lugar al margen de la jurisdicción, desarrollada generalmente por oficinas no gubernamentales privadas de asesoramiento familiar o matrimonial.

3. Mediación a cargo de servicios privados autónomos: estos actúan a partir de indicaciones genéricas emanadas de la Administración. Los servicios de estas empresas son requeridos tanto por los particulares como por los propios abogados y jurados.

4. Servicios de mediación a cargo de agencias de bienestar o de oficinas no gubernamentales sin ánimo de lucro: la mayor parte de las grandes organizaciones privadas de ámbito familiar que ayudan a las familias disponen de servicios de mediación familiar.

5. Servicios de mediación para comunidades específicas: dirigidos a grupos étnicos o religiosos concretos.

6. Servicios de mediación a cargo de juristas: estos juristas tienen una formación específica en mediación y suelen estar supervisados por un experto en trabajo psicosocial con familias. Generalmente están especializados en temas financieros o patrimoniales.¹⁴⁴

¹⁴¹ Family Law Act 1996, c. 27 § 1 (UK).

¹⁴² Belloso Martín, *supra* nota 139, en la pág. 85 (*citando a* Family Law Act 1996, c. 27 § 1 (UK)).

¹⁴³ Véase Family Law Act 1996, en la § 26.

¹⁴⁴ Belloso Martín, *supra* nota 139.

Respecto a los requisitos del proceso de mediación, el principio de voluntariedad, característica esencial para la mediación, muestra unas particularidades específicas en el Reino Unido, toda vez que la voluntariedad depende de los recursos económicos del solicitante.¹⁴⁵ Las partes que intenten obtener ayuda económica pública, mediante servicios legales, para resolver controversias familiares, deben acudir al proceso de mediación.¹⁴⁶ Según la Profa. Mercedes Soto Moya, “[e]sto supone una vía indirecta para constreñir al más necesitado económicamente”.¹⁴⁷ De esta forma, se vulnera o transgrede el principio de voluntariedad que rige en la mediación, ya que vincula la ausencia de mediación a un perjuicio económico y discriminatorio, porque afecta únicamente a la clase social de escasos recursos.¹⁴⁸ “Es decir, ante la pregunta de si la mediación es obligatoria o no, se puede contestar que depende. Para aquellos que tienen recursos económicos suficientes, la cuestión de la obligatoriedad no es relevante. La obligación implícita aparece en aquellos que no tienen recursos”.¹⁴⁹ No obstante, en el Reino Unido se puede acudir a la mediación familiar en cualquier momento, aun cuando las partes hayan iniciado un proceso judicial.¹⁵⁰

En *Francia*, la mediación familiar estaba dirigida a atender conflictos sociales y territoriales en la comunidad de Val de Marne para el año 1986. En dicha comunidad, inicia la mediación familiar luego que un equipo de terapeutas y profesionales en consejería matrimonial recibiese entrenamiento en el área de mediación por parte del Instituto de Mediación Familiar de Montreal. Aproximadamente para mediados de los años ochenta, numerosas entidades privadas brindaban servicios en mediación. Posteriormente, algunas instancias judiciales, tales como el Ministerio de Justicia y la Secretaría de Estado para los Derechos de la Mujer, contribuyeron en ciertas experiencias piloto surgidas en mediación.¹⁵¹

En Francia la mediación se distingue en dos tipos. Primero, está la mediación judicial, un procedimiento recurrente o habitual en dicho país. Segundo, está la mediación independiente, es decir, la mediación extrajudicial, que se mantiene separada de los procedimientos judiciales.¹⁵²

Y es que el proceso de mediación puede ser iniciado extrajudicialmente por medio de un expediente informativo instruido por una entidad mediadora, o puede ser judicial. En este último caso el juez suspende el proceso de

¹⁴⁵ Soto Moya, *supra* nota 147, en la pág. 4.

¹⁴⁶ *Id.* en la pág. 5.

¹⁴⁷ *Id.*

¹⁴⁸ *Id.*

¹⁴⁹ *Id.*

¹⁵⁰ *Id.* en la pág. 6.

¹⁵¹ Belloso Martín, *supra* nota 139, en las págs. 85-86.

¹⁵² *Id.*

divorcio y remite a los cónyuges a una asociación mediadora para que lleguen a acuerdos sobre algunos aspectos de su relación [post matrimonial]. La elección de mediador corresponde en algunos casos al juez, quien puede llegar a determinar no s[ol]o la entidad que ha de mediar sino incluso el número mínimo de sesiones, una fecha máxima para que las partes presenten un acuerdo y quién debe sufragar el coste de las sesiones. Una buena parte de los servicios independientes de mediación familiar reciben subvenciones públicas, por lo que permiten a los clientes pagar según sus posibilidades económicas.¹⁵³

Ya para el 1988 se instituyó la Asociación para la Promoción de la Mediación Familiar, la cual reorganiza esfuerzos europeos para promover la mediación familiar. Desde el 1991, esta asociación es la sede de una comisión europea compuesta por representantes de varios países, los cuales han redactado una Carta Europea sobre la formación que deben ostentar los mediadores familiares.¹⁵⁴

Respecto a las disposiciones familiares, el Código Civil Francés establece que el juez puede proponer a las partes el proceso de mediación para la resolución. En particular puede:

1. Proponer a los cónyuges una medida de mediación y, tras haber obtenido su acuerdo, designar un mediador familiar para proceder a ella;
2. Intimar a los cónyuges a que encuentren un mediador familiar que les informe sobre el objeto y el desarrollo del procedimiento de mediación;
3. Resolver sobre las modalidades de residencia por separado de los cónyuges.
4. Atribuir a uno de ellos el disfrute de la vivienda y el mobiliario familiar o compartir entre ambos dicho disfrute, precisando su carácter gratuito o no y, eventualmente, constatando el acuerdo de los cónyuges sobre el importe de una indemnización por ocupación.
5. Ordenar la entrega de la ropa y objetos personales;
6. Fijar la pensión alimenticia y la provisión para gastos de la instancia que uno de los esposos deberá pagar a su cónyuge; designar a aquel o aquellos de los cónyuges que deberán realizar el pago provisional de todo o parte de las deudas.
7. Si la situación lo requiere, conceder a uno de los cónyuges provisiones sobre su parte en la liquidación del régimen económico matrimonial.
8. Resolver sobre la atribución del disfrute o de la gestión de los bienes comunes o indivisos que no sean los citados en el apartado 4º, sin perjuicio

¹⁵³ *Id.*

¹⁵⁴ *Id.*

de los derechos de cada uno de los cónyuges en la liquidación del régimen económico matrimonial.

9. Designar a cualquier profesional cualificado para realizar un inventario estimativo o realizar propuestas en cuanto al pago de los intereses pecuniarios de los cónyuges.

10. Designar un notario para elaborar un proyecto de liquidación del régimen económico matrimonial y para formar lotes para distribuir.¹⁵⁵

En el 2015, Francia aprobó un decreto que modificó el Código de Procedimiento Civil Francés, para establecer una mediación familiar obligatoria como paso previo a la vía judicial. Si las partes no han intentado acudir y recibir los servicios de mediación, los tribunales no admitirán las demandas por controversias familiares.¹⁵⁶ Por ende, se obliga “al demandante a acreditar los esfuerzos previos realizados para una resolución amigable de la controversia, antes de la presentación de la demanda, bajo sanción de nulidad en el caso de no hacerlo”.¹⁵⁷

Como mecanismo de resolución de conflictos, en *Alemania*, se contempla tanto la posibilidad de negociar entre las partes como acudir a un tercero imparcial en aras de buscar una solución al conflicto. Bajo estas alternativas, en Alemania, es posible lograr acuerdos tanto en el proceso de negociación mediante abogados, como a través de la mediación. “El ámbito material sobre el que se extiende la mediación en Alemania puede referirse a procesos de crisis matrimonial, interviniendo el mediador principalmente cuando entran en juego menores de edad; el medio ambiente; derechos económicos; conflictos laborales; conflictos y disputas entre vecinos; arrendamientos y consumo”.¹⁵⁸

La mediación en Alemania tiene un carácter esencialmente voluntario.¹⁵⁹ La primera ley de mediación de Alemania atribuía las funciones de mediación a los abogados.¹⁶⁰ “Se caracteriza la mediación por la neutralidad e imparcialidad, así como la confidencialidad, atribuyéndole al proceso de mediación un carácter especialmente jurídico, centrado más en el pasado que en las relaciones futuras”.¹⁶¹

¹⁵⁵ Cód. Civ. art. 255 (Francia).

¹⁵⁶ Cód. P. Civ. art. 56 (Francia).

¹⁵⁷ Ana Criado Inchauspé, *La mediación obligatoria en la Unión Europea existe*, ANA CRIADO INCHAUSPÉ (6 de octubre de 2018, 11:15pm), <https://www.anacriadoinchauspe.es/la-mediacion-obligatoria-en-la-union-europea-existe/>.

¹⁵⁸ Belloso Martín, *supra* nota 139, en las págs. 86-87.

¹⁵⁹ LETICIA GARCÍA VILLALUENGA, *MEDIACIÓN EN CONFLICTOS FAMILIARES: UNA CONSTRUCCIÓN DESDE EL DERECHO DE FAMILIA* 276 (2006). Sin embargo, existen tres estados federados alemanes que han hecho obligatorio el procedimiento de mediación previo al juicio.

¹⁶⁰ *Id.* (citando a Ley Bávara que data del Siglo VI al VIII). Véase, también, Cód. P. Civ. § 278 (Alemania).

¹⁶¹ García Villaluenga, *supra* nota 159, en las págs. 276-77.

Respecto a la mediación familiar, en 1977, se incorporó la figura del divorcio en Alemania.¹⁶² Esto facilitó “a las partes a llegar acuerdos sobre todas las materias relativas a la custodia de los hijos, la pensión alimenticia, la división de la propiedad, siendo todas ellas objeto de mediación”.¹⁶³

La mediación familiar se dirige fundamentalmente a los conflictos derivados de la disolución del matrimonio o la separación de la pareja, así como a los efectos que se derivan del proceso de separación o divorcio. Su objetivo es llegar a acuerdos mutuamente satisfactorios para las partes, siendo estos obligatorios si están conforme a derecho.¹⁶⁴

El 21 de julio de 2012 fue firmada en Alemania la Ley de Mediación, la cual entró en vigor el 26 de julio de 2012. Dicha ley consta de nueve artículos que definen y detallan el proceso de mediación, así como los elementos de voluntariedad, imparcialidad y confidencialidad.¹⁶⁵

Por otro lado, en *Italia* se buscan soluciones al conflicto ante la palpable crisis que arropa a la Administración de Justicia.

La cantidad y calidad de los litigios, la complejidad de los mismos, ya no s[o]lo por el contenido sino también por la legitimación para interponerlos (grupos, asociaciones de consumidores), la aparición de nuevas tecnologías y la globalización, han contribuido a incrementar la complejidad de los conflictos a los que deben enfrentarse los jueces.¹⁶⁶

Los mecanismos alternos de disputa que funcionan en Italia son la negociación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas principalmente relacionadas con la figura del Ombudsman. En primer lugar, está la negociación entre los abogados de cada parte en conflicto. Esta es una técnica que refleja la actitud colaboradora y la búsqueda de una solución que satisfaga a sus clientes.¹⁶⁷ La negociación también surge mediante la intervención de un tercero. El mediador, en Italia, se define como “aquél que no sólo [sic] pone en relación a dos o más partes para la decisión de un asunto, sino también quien se interpone entre las partes para inducirles a que efectivamente alcancen el acuerdo”.¹⁶⁸ En la conciliación, de ámbito judicial, el

¹⁶² *Id.* en la pág. 277.

¹⁶³ *Id.*

¹⁶⁴ *Id.*

¹⁶⁵ Act of July 21, 2012 [Mediation Act], 21 de julio de 2012 (Ger.) https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_mediationsg/englisch_mediationsg.html.

¹⁶⁶ Belloso Martín, *supra* nota 139, en la pág. 87.

¹⁶⁷ RAÚL NÚÑEZ OJEDA, NEGOCIACIÓN, MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN COMO MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS 75 (2009).

¹⁶⁸ *Id.* en la pág. 76.

juez posee la discreción de interrogar libremente a las partes y, dependiendo de la naturaleza de la causa de acción, se intenta el proceso de *conciliación intraprocesal*.

En cuanto a los métodos alternos de resolución de conflictos, en los últimos años se han proliferado en Italia los estudios sobre mediación en diversas áreas, destacándose el área de mediación familiar y mediación penal. Por ello, según la autora Nuria Belloso Martín, unánimemente se destacan las ventajas que la mediación supone para la gestión y adopción de acuerdos en conflictos familiares.¹⁶⁹ Mediante Decreto Legislativo número 28 de 4 de marzo de 2010 y por Sentencia número 272 del 6 de diciembre de 2012 del Tribunal Constitucional italiano, se impulsó una reforma sobre mediación obligatoria.¹⁷⁰

El inicio de la mediación se establece como un presupuesto necesario y esencial para presentar la correspondiente demanda ante los juzgados. Así, el juez no admitirá a trámite aquella demanda que verse sobre las materias mencionadas anteriormente y en las que el demandante y demandado no hayan realizado la mediación obligatoria. En este sentido los plazos de la demanda se calcularán en base a la fecha de la solicitud el inicio de la mediación. Cabe también la posibilidad que el juez, tras una valoración del caso pueda, una vez iniciado el procedimiento, solicitar a las partes que se sometan al procedimiento de la mediación.¹⁷¹

Esta reforma italiana creó una política pública efectiva para resolver las controversias de forma extrajudicial, toda vez que minimiza el costo de litigio para las partes y el volumen de controversias presentadas en los tribunales.

Finalmente, en *Puerto Rico* no se ha contemplado la mediación familiar compulsoria en la materia de la liquidación de bienes gananciales o división de comunidad de bienes. No obstante, el Tribunal Supremo de Puerto Rico se ha expresado en cuanto a los métodos alternos de solución de conflictos en esta materia de Derecho. En el caso *Vivoni Farage v. Ortiz Carro*, unos cónyuges estipularon someter a arbitraje los asuntos relacionados a la partición y liquidación de la comunidad de bienes gananciales habida entre ellos, una vez decretado el divorcio por consentimiento mutuo.¹⁷²

Ciertamente, aunque las estipulaciones no iban dirigidas a utilizar la mediación, las partes incorporaron el arbitraje como método alternativo a la solución de conflictos en controversias sobre liquidación de bienes gananciales.¹⁷³ El Tribunal Supremo

¹⁶⁹ Belloso Martín, *supra* nota 139, en la pág. 87.

¹⁷⁰ Ramón Herrera de las Heras, *La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles*, INDRET en la pág. 13 (2017).

¹⁷¹ *Id.* en la pág. 14.

¹⁷² *Vivoni Farage v. Ortiz Carro*, 179 DPR 990 (2010).

¹⁷³ *Id.* en la pág. 994.

de Puerto Rico rechazó el uso de arbitraje como parte de las estipulaciones en un divorcio por consentimiento mutuo.¹⁷⁴ Sin embargo, lo hizo por falta de competencia, no porque rechazara los beneficios del método alterno.¹⁷⁵ Sí reconoció que la Asamblea Legislativa tiene la facultad para autorizar su uso y establecer parámetros para esos casos.¹⁷⁶ Finalmente en este caso, el Tribunal Supremo de Puerto Rico le dio validez al laudo de arbitraje para evitar más dilación de la controversia.¹⁷⁷

Respecto a rechazar el uso de métodos alternos a la solución de conflictos, la Hon. Anabelle Rodríguez Rodríguez en su opinión disidente, a la cual se unió la Hon. Liana Fiol Matta, expresó lo siguiente:

[L]os jueces debemos respetar la capacidad de las personas para regir sus destinos y los de sus familias por lo que no veo impedimento alguno a que, en casos apropiados, las partes puedan optar por liquidar sus bienes matrimoniales mediante un ordenado proceso de arbitraje. Considero, que apostar por devolver el poder a las partes para que se responsabilicen de sus problemas y tomen las decisiones con las que tendrán que convivir durante años, es apostar porque los mecanismos no adversativos para solucionar disputas se tornen en una realidad cotidiana en la sociedad procurando así que el ciudadano sea más libre para elegir el modo en que quiere que se haga justicia.¹⁷⁸

VI. Mediación compulsoria en casos de liquidación de bienes o división de comunidad en Puerto Rico

Los pleitos judiciales que se presentan ante los tribunales de justicia tienden a ser contenciosos, extensos y costosos.¹⁷⁹ Las controversias sobre liquidación de bienes gananciales y división de comunidad de bienes no se eximen de esta descripción. Sobre este asunto, el autor Samuel Arias Arzeno señala que “[e]xiste una insatisfacción indudable y generalizada con el desempeño de los sistemas de administración y procuración de justicia”.¹⁸⁰ Nos dice el autor que esto se debe en gran parte a “[l]a ineficiencia, la lentitud de los procesos por saturación de los tribunales,

¹⁷⁴ *Id.* en la pág. 1004.

¹⁷⁵ *Id.*

¹⁷⁶ *Id.* en la pág. 1005.

¹⁷⁷ *Id.*

¹⁷⁸ *Vivoni Farage v. Ortiz Carro*, 179 DPR 1014, 1015 (2010) (Rodríguez Rodríguez, opinión disidente) (comillas, corchetes y mayúsculas suprimidos) (cita omitida).

¹⁷⁹ Samuel Arias Arzeno, *El juez como interventor neutral*. 62 REV. COL. AB. PR. 62, 62 (2001) (citando a BEATRIZ MARTÍNEZ MURGÍA, *MEDIACIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS, UNA GUÍA INTRODUCTORIA* 36 (1999)).

¹⁸⁰ Arias Arzeno, *supra* nota 190, en la pág. 62 (citando a Martínez Murgía, *supra* nota 190).

así como el costo altísimo de un litigio”.¹⁸¹ Sin embargo, este encuentra igual de preocupante que las partes en un litigio, en gran medida, “no comprenden en absoluto en qué consiste el proceso o de qué depende su resultado”.¹⁸² Esto se debe, nos dice el autor, a la jerga y lo incomprensible de los procedimientos que ocasionan que la parte no participe de su propio caso.¹⁸³ “Estos son algunos de los problemas más sobresalientes que padecen los sistemas judiciales y que se han tenido en cuenta para reflexionar sobre la necesidad imperiosa de encontrar soluciones reales al problema de la justicia”.¹⁸⁴

Es por ello, que el ex Juez Presidente del Tribunal Supremo de Puerto Rico, el Hon. Federico Hernández Denton, realizó las características de la mediación e invitó a los jueces y juezas del tribunal a utilizar este mecanismo alterno para transformar el conflicto.

[L]a mediación, como forma no violenta de manejar conflictos, y con el diálogo como puente de comunicación, posibilita encontrar soluciones que puedan satisfacer a cada una de las personas, grupos o partes involucradas en una controversia. Y es que la mediación tiene como principios rectores el respeto a la diversidad, que es más que tolerancia, la inviolabilidad de la dignidad de la persona y valores como la solidaridad y la empatía. Se resumen estos principios y valores en el concepto cultura de paz, y a la vez son el núcleo de los derechos humanos y los que rigen el modelo de mediación

.

. . . Queremos que el mensaje llegue a todas partes y a todas las personas: a quienes tienen una situación que puede resolverse a través de la mediación, a quienes creen en la mediación como estrategia para promover una sociedad menos litigiosa, tal y como lo expresa nuestra Ley de la Judicatura, y a quienes tienen ante sí la gran y honrosa responsabilidad de adjudicar controversias. Sobre este particular, hago un llamado especial a nuestros jueces y juezas para que propicien en sus salas un ambiente fértil a la mediación, alentando, así, su uso y aceptación por parte de los abogados y las abogadas.¹⁸⁵

La utilización de la mediación antes del inicio de una controversia judicial va conforme con el propósito de las Reglas de Procedimiento Civil de Puerto Rico,

¹⁸¹ Arias Arzeno, *supra* nota 190, en la pág. 62 (*citando a* Martínez Murgía, *supra* nota 190).

¹⁸² Arias Arzeno, *supra* nota 190, en la pág. 62 (*citando a* Martínez Murgía, *supra* nota 190).

¹⁸³ Arias Arzeno, *supra* nota 190, en la pág. 62 (*citando a* Martínez Murgía, *supra* nota 190).

¹⁸⁴ Arias Arzeno, *supra* nota 190, en la pág. 62 (*citando a* Martínez Murgía, *supra* nota 190).

¹⁸⁵ Federico Hernández Denton, Mensaje de apertura del Honorable Federico Hernández Denton en la Primera Jornada Internacional de Mediación, en las págs. 7-11 (5 de mayo de 2011).

¹⁸⁶ R. P. Civ. 1, 32 LPRA Ap. V (2018).

“garantizar una solución justa, rápida y económica de todo procedimiento”.¹⁸⁶ Igualmente, con la *Ley de la Judicatura del Estado Libre Asociado de Puerto Rico* de 2003, la cual establece como principio y objetivo fundamental que la Rama Judicial promueva “una sociedad menos litigiosa, fomentando otros métodos para solucionar controversias y una amplia participación de todos los sectores involucrados”.¹⁸⁷

Por último, la Ley Núm. 184-2012, crea “un proceso de mediación compulsoria ante los tribunales de Puerto Rico o ante los foros administrativos correspondientes, previo a llevar un proceso de ejecución de hipoteca de cualquier propiedad principal de vivienda en Puerto Rico por cualquier entidad bancaria”, de existir disputas por falta de pago sobre bienes inmuebles a liquidar en la comunidad del cual constituya una vivienda principal.¹⁸⁸ Mediante esta ley, se mantiene en mediación cualquier proceso en el cual existan bienes inmuebles como residencia principal, con garantía hipotecaria por una institución bancaria o financiera. Por tanto, de existir un tercero que se vea afectado por la mediación sobre la división de un bien inmueble, como lo es un acreedor hipotecario, la referida ley promueve el proceso de mediación cuando se esté ejecutando la hipoteca de una vivienda principal. De esta forma, las controversias de liquidación o división de bienes podrían iniciar y culminar dentro del proceso de mediación, sin necesidad de recurrir ante un juez o una jueza para la determinación final del pleito.

Las controversias sobre liquidación o división de bienes reflejan que pueden ser finiquitadas mediante acuerdo entre las partes. Según las estadísticas de la Rama Judicial de Puerto Rico, para el período 2015-2016 se presentaron un total de 518 casos sobre liquidación de bienes gananciales y para el 30 de junio de 2016 quedaban pendientes 859 casos a resolver sobre la misma materia.¹⁸⁹ Del total de casos culminados sobre esa materia: 205 fueron archivados, 225 fueron resueltos por estipulación entre las partes, en 92 se dictó ha lugar la demanda presentada, en 4 se dictó sin lugar y 23 de los casos fueron trasladados.¹⁹⁰ En cuanto a la división de comunidad de bienes, para el mismo período se presentaron un total de 454 y para el 30 de junio de 2016 quedaban pendientes 870 casos a resolver sobre la misma materia.¹⁹¹ Del total de casos culminados sobre la materia división de comunidad de bienes: 213 fueron archivados, 153 fueron resueltos por estipulación entre las partes, en 124 se dictó ha lugar la demanda presentada, 5 se dictó sin lugar y 26 de los casos fueron trasladados.¹⁹²

¹⁸⁷ Ley Núm. 201-2003, 4 LPRA §§ 24-25r. (2018).

¹⁸⁸ 32 LPRA §§ 2881-2886 (2018).

Anuario estadístico de la Rama Judicial de Puerto Rico 2015-2016, O.A.T., en la pág. 50 <http://www.ramajudicial.pr/orientacion/informes/Anuario-Estadistico-2015-2016.pdf> (última visita 12 de agosto de 2018).

¹⁹⁰ *Id.*

¹⁹¹ *Id.* en la pág. 48.

¹⁹² *Id.*

Es decir, en los casos presentados ante el tribunal por controversias de liquidación de bienes gananciales, las estipulaciones entre las partes ocupan el primer lugar para la resolución de la controversia. En los pleitos de división de comunidad de bienes, las estipulaciones entre las partes ocupan el segundo lugar. En esta última materia, la primera posición de resolución de los casos presentados refleja que fueron archivados. A pesar, de que el archivo del caso surge por varias razones, debemos dar por cierto, que el pleito ante los tribunales no llegó a la etapa de juicio en su fondo o no se adjudicó sobre el mismo.

Ante tales estadísticas, vemos como la mediación puede ser útil en los pleitos de liquidación o división de bienes, para buscar una solución más ágil y económica para todas las partes. En la búsqueda de una solución beneficiosa para las partes, el juez o jueza tiene la facultad de referir a las partes que radiquen controversias de esta naturaleza, a utilizar los servicios de mediación. “El Reglamento de Métodos Alternos le da amplia discreción a la jueza para determinar si un caso es referible a mediación”.¹⁹³

A pesar de que un juez o una jueza tiene la discreción de referir casos ante su consideración para ser resueltos mediante mecanismos alternos a la solución de conflictos, los casos deben ser despachados a mediación con la intención de obtener una adecuada resolución y para que las partes obtengan beneficios de este.¹⁹⁴ “El Reglamento de Métodos Alternos establece unas guías mínimas que el juez o jueza debe tomar en consideración cuando refiere un caso”.¹⁹⁵

Según el Hon. Ángel N. Candelario Cáliz,¹⁹⁶ el primer paso es determinar si el caso es elegible para referir a métodos alternos.¹⁹⁷ Para esto, se acude a la Regla 7.02 (a) del reglamento de métodos alternos, la cual establece cuáles casos pueden referirse a mediación.¹⁹⁸ Las controversias o pleitos civiles y los casos criminales de naturaleza menos grave que tengan potencial para culminar en una transacción, de acuerdo con las Reglas de Procedimiento Criminal, son elegibles a mediación.¹⁹⁹ Las controversias de liquidación de bienes de la sociedad legal de bienes gananciales y división de comunidad de bienes, son de naturaleza civil, por lo que dichos casos pueden ser referidos a mediación.

Según el Reglamento de Métodos Alternos, un juez o jueza puede referir casos al proceso de mediación, luego de considerar los siguientes factores:

¹⁹³ Hon. Ángel N. Candelario Cáliz, *La Mediación en el proceso judicial: el uso de la discreción del juez y de la jueza en el referimiento de casos*, RAMA JUDICIAL DE PUERTO RICO en la pág. 4 (7 de mayo de 2017, 9:11pm), http://www.ramajudicial.pr/NegMed/Recursos/Documentos/CandelarioCaliz_Mediacion.pdf.

¹⁹⁴ *Id.*

¹⁹⁵ *Id.*

¹⁹⁶ Juez de Primera Instancia, Sala Superior de Peñuelas.

¹⁹⁷ Candelario Cáliz, *supra* nota 204.

¹⁹⁸ Reglamento de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos, 4 LPRA Ap. XXIX § 7 (2018).

¹⁹⁹ *Id.*

1. La naturaleza del caso.
2. La naturaleza de la relación entre las partes.
3. La disposición de las partes para negociar.
4. La posibilidad de que la litigación afecte adversamente la relación.
5. Los riesgos a la integridad física de los participantes o del interventor o de la interventora neutral.
6. La necesidad de proveer remedios de emergencia antes del referimiento.
7. Los costos y riesgos de la litigación.²⁰⁰

En cuanto a los costos y riesgos de la litigación, el Hon. Candelario Cáliz explica que el derecho que tienen las partes al acceso a la justicia “tiene una vertiente práctica”.²⁰¹ Esta se resume en las condiciones económicas, materiales y personales de la persona.²⁰² Con estas condiciones presentes se pueden radicar sus reclamaciones y obtener un remedio adecuado. No obstante, las partes que busquen una solución a su conflicto pueden, mediante el fruto de la negociación, satisfacer sus intereses a través de un procedimiento más económico que el proceso judicial ordinario, tanto en dinero, tiempo y recursos humanos.²⁰³

Por otra parte, cuando el conflicto ha escalado de tal manera que las partes no pueden tener una comunicación efectiva y directa, la intervención de un tercero imparcial no solo es deseable, sino necesaria en estos procesos.²⁰⁴

Las partes por lo general recurrirán al juez como tercero imparcial, pero el proceso judicial puede que no sea el adecuado para ayudar a las partes a reflexionar sobre su conflicto, restablecer relaciones quebrantadas y lograr una comunicación eficaz. La mediación provee la asistencia de un tercero imparcial que trata de equilibrar las relaciones de poder y desigualdad entre las partes. El mediador o mediadora puede ser esa figura imparcial y la mediación el proceso adecuado.²⁰⁵

Según el Hon. Candelario Cáliz, el uso de la mediación en el proceso judicial merece la deferencia de los tribunales de justicia.²⁰⁶ Esto, por tres ventajas esenciales. Primero, el acuerdo que se logra a través de la mediación refleja el ánimo o

²⁰⁰ 4 LPRA Ap. XXIX § 3.

²⁰¹ Candelario Cáliz, *supra* nota 204, en la pág. 12.

²⁰² *Id.*

²⁰³ *Id.*

²⁰⁴ *Id.*

²⁰⁵ *Id.*

²⁰⁶ *Id.* en la pág. 17.

intención de las partes.²⁰⁷ Segundo, el acuerdo de mediación es el producto de la voluntad de los y las participantes.²⁰⁸ Por último, la mediación requiere la legitimación de los y las participantes durante todo el proceso, es decir, durante la orientación, participación y firma del acuerdo.²⁰⁹

Es por esto, que los jueces y juezas tienen que adaptarse y evolucionar conforme a las tendencias modernas que se desarrollan en la administración de la justicia, si quieren aportar a la transformación del derecho y participar activamente en la solución de la cultura adversativa que se mantiene en el país.²¹⁰ Una de las tendencias modernas a implementar es el uso de los métodos alternos.²¹¹ “La política pública con relación a los métodos alternos está expuesta: su promoción como complemento al proceso judicial. Les corresponde a los jueces y juezas del Tribunal de Primera Instancia darle contenido material e implementarla a través del referimiento adecuado de casos ante su consideración”.²¹²

Una de las principales características de la mediación es que consiste en un proceso voluntario. La Profa. Macarena Vargas Pávez sostiene que el acto de voluntad en la persona tiene dos dimensiones: “La primera comprende la etapa inicial del proceso, cuando la persona toma la decisión de acogerse a él y la segunda comprende la facultad de retirarse de éste [sic] en cualquier momento sin necesidad de justificar los motivos”.²¹³

En ausencia de voluntad de alguna de las partes, o indicación de no querer continuar el proceso de mediación, procede que el mediador o la mediadora paralice la sesión de mediación.²¹⁴ Por ello, es altamente cuestionable la propuesta de establecer una mediación compulsoria u obligatoria. “Aparentemente lleva implícita una contradicción: ¿cómo puede obligarse a una persona a participar en la mediación si uno de los pilares básicos de este proceso es precisamente la voluntariedad?”.²¹⁵

La distinción entre voluntariedad o la obligatoriedad en un proceso de mediación como método alternativo de resolución de conflicto crea las siguientes interrogantes:

¿Cómo pueden llegar las partes a la mediación? ¿Cuándo nos encontramos frente a una mediación obligatoria y cuándo frente a una voluntaria o facultativa? ¿En qué se distingue una de otra? ¿Cómo impactan dichas diferen-

²⁰⁷ *Id.* en la pág. 18.

²⁰⁸ *Id.*

²⁰⁹ *Id.*

²¹⁰ *Id.* en la pág. 19.

²¹¹ *Id.*

²¹² *Id.*

²¹³ Macarena Vargas Pávez, *Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación*, 21 R. D. 183, 191 (2008).

²¹⁴ *Id.*

²¹⁵ *Id.* en la pág. 192.

cias en los niveles de acuerdos y en los índices de satisfacción de los usuarios? ¿La mediación obligatoria tiene mayor impacto en la descongestión de los tribunales que la voluntaria? ¿La mediación obligatoria introduce a las partes a un proceso que más tarde podrían elegir voluntariamente? ¿Pueden los tribunales (o la ley) obligar a las partes soportar los costos de tiempo que impone la mediación obligatoria? ¿Qué sucede si se comparan los índices de satisfacción de la mediación obligatoria con los índices de satisfacción de las sentencias judiciales?²¹⁶

En el 1997 Brett, Barsness y Goldberg, realizaron un estudio en los Estados Unidos referente a la eficacia de la mediación, en donde se distinguió la mediación voluntaria de la mediación involuntaria.²¹⁷ En dicho estudio se investigaron un total de “449 casos administrativos, gestionados por cuatro proveedores principales de servicios sobre resolución alterna de conflictos”.²¹⁸ La investigación reveló que los servicios de resolución alternos de conflictos eran capaces de resolver el 78% de los casos, independientemente de si las partes fueron referidas a mediación o seleccionaron el proceso de forma voluntaria.²¹⁹ El estudio, también, mostró que la mediación era más costo efectiva al proceso de arbitraje, tardaba menos en la resolución de conflictos y los participantes lo encontraron más satisfactorio que el arbitraje.²²⁰

Encontraron que, en la mediación voluntaria, también llamada mediación facultativa, se encuentran aquellos casos que llegan al proceso de mediación por mutuo acuerdo entre las partes, a solicitud de una sola de las partes o por recomendación de una tercera persona.²²¹ Por otro lado, la mediación involuntaria abarca aquellas personas que acceden al proceso de mediación porque se requiere por una cláusula contractual, por orden del tribunal o sugerencia de un juez.²²²

La mediación compulsoria, obligatoria o involuntaria, presenta ciertas ventajas y desventajas.²²³ Una de las ventajas que tiene este tipo de mediación es que, a través de la característica de obligatoriedad, se accede a un volumen mayor de casos, en contraste con la vía voluntaria.²²⁴ Esto “permitiría una reducción de costos de los

²¹⁶ *Id.*

²¹⁷ Jeanne M. Brett, *et al.*, *The effectiveness of Mediation: An Independent Analysis of Cases Handled by Four Major Service Providers*. 12 NEGOT. J. 259 (1996) (citado en Vargas Pávez, *supra* nota 224, en la pág. 192).

²¹⁸ Brett, *et al.*, *supra* nota 228, en la pág. 259 (traducción suplida).

²¹⁹ *Id.*

²²⁰ *Id.*

²²¹ Vargas Pávez, *supra* nota 224, en la pág. 192 (citando a Brett, *et al.*, *supra* nota 228, en las págs. 1-9).

²²² *Id.*

²²³ Vargas Pávez, *supra* nota 224, en la pág. 194.

²²⁴ *Id.*

programas y servicios de mediación (economías de escala) y una mejor asignación de los recursos del sistema de administración de justicia tornando más eficiente su gestión”.²²⁵ Por otra parte, la mediación compulsoria, obligatoria o involuntaria podría manifestar, a largo plazo, un aumento significativo en el conocimiento de la mediación como método alternativo de resolución de conflicto y la utilización voluntaria de este mecanismo.²²⁶ Las partes conocerán un proceso de resolución de conflictos que tal vez no hubieran intentado de otra manera.²²⁷

Desde el punto de vista de las desventajas, “se ha señalado que la comparecencia obligatoria podría significar arriesgarse a forzar a las partes a participar en un proceso que[,] por una razón u otra, puede ser inapropiado”.²²⁸ La mediación compulsoria también puede inducir a que nuevos programas de mediación produzcan una baja calidad, la cual puede generar un obstáculo a las partes que genuinamente buscan la solución de sus conflictos a través de estos programas.²²⁹

Tabla 1. CONTRASTE ENTRE VÍA CONSENSUAL Y CONTENCIOSA²³⁰

VÍA CONSENSUAL	VÍA CONTENCIOSA
1.- Construye relaciones. Favorece la comunicación.	1.- Aumenta distanciamiento. Favorece la incomunicación
2.- Disminuye tensiones. Aumenta comportamiento pacífico.	2.- Aumentan las tensiones. Favorece comportamientos conflictivos.
3.- Se alienta la cooperación.	3.- Aumenta la competición. Se hacen víctimas y desfiguran la realidad.
4.- Se limitan las consecuencias negativas y posibles secuelas en hijos. - Favorece su ajuste personal - No se les somete a elección. - No se sienten culpables. - Les proporcionan información coherente, según su edad - No se les hace protagonistas.	4.- Probabilidad alta de consecuencias negativas en los hijos. - Desajuste emocional. - Conflicto de lealtades. - Sentimientos de culpa. - Inseguridad / Desinformación. - Manipulación / Objeto reivindicación.
5.- Eleva la satisfacción psicológica y personal. Aceptación mejor de su situación futura.	5.- Probabilidad de alteración emocional - psicológica.
6.- Asumen responsabilidades los propios participantes. Retoman su protagonismo.	6.- Disminuye protagonismo delegando la toma de decisión en el Juez.

²²⁵ *Id.*

²²⁶ *Id.*

²²⁷ *Id.*

²²⁸ *Id.* (comillas omitidas).

²²⁹ *Id.*

²³⁰ *Id.* en la pág. 14.

VÍA CONSENSUAL	VÍA CONTENCIOSA
7.- Se ajustan los acuerdos u opciones a sus necesidades reales.	7.- Actitud negativa, a la defensiva.
8.- Aumenta su información general e información coherente a hijos.	8.- Están más desinformados. Dan información contradictoria a hijos.
9.- Empieza a desaparecer sentimiento ganador /perdedor	9.- Luchan por ser ganadores a costa del otro.
10.- Mira al futuro.	10.- Se centran en el pasado.
11.- Favorece la flexibilidad, colaboración ante posibles cambios, incidencias.	11.- Inflexibilidad ante posibles cambios.
12.- Disminuye el coste: - afectivo - económico - temporal.	12.- Aumenta el coste: - afectivo - económico - temporal.
13.- Probabilidad alta de cumplimientos de resolución judicial	13.- Disminuye probabilidad del cumplimiento de la resolución judicial.

En cuanto al contraste de la resolución de conflictos familiares, en especial atención a conflictos de liquidación o división de bienes, hay diferencias del proceso consensual vis a vis el proceso contencioso.²³¹ A través de un método pacificador, la comunicación entre las partes fluye de manera positiva y se logra construir una mejor relación entre las partes, las cuales fungen como protagonistas de la solución. Mediante esta vía, las partes logran flexibilizarse ante los posibles cambios y la búsqueda de resolución de conflicto se enfoca hacia el futuro, evitando que las partes permanezcan en las controversias del pasado. En contraste, el método litigante o contencioso provoca tensión y afecta negativamente las relaciones de las partes. La comunicación se ve afectada y el protagonismo recae sobre un juez o una jueza quien toma una determinación sobre la controversia planteada por las partes.

Ante estos dos escenarios utilizados para resolver controversias, la mediación se presenta como una alternativa viable para transformar el conflicto, en el cual el proceso y resultado de este favorece a las partes en disputa. Los programas de mediación adscritos a los tribunales emiten reglas para garantizar los procesos de la siguiente manera:

- a) Los costos de la mediación sean cubiertos por el Estado.
- b) No existan coerciones para llegar a acuerdos.
- c) Los mediadores y los programas de mediación sean: (i) de alta calidad, (ii) de fácil acceso, (iii) permitan la participación de las partes, (iv) per-

²³¹ Véase Teresa Martín Nájera, *et al.*, *Protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los juzgados y tribunales que conocen de procesos de familia*, 4 REV. MEDIACIÓN 12 (2009).

mitan la participación de los abogados, cuando así lo deseen las partes y (v) brinden información clara y completa sobre los procesos y procedimientos precisos que se requieren.²³²

Ante la mediación compulsoria, el Comité de Políticas Públicas de la Sociedad de Profesionales de Resolución de Conflictos de los Estados Unidos, considera que “la participación obligatoria en programas de mediación puede resultar apropiada, pero sólo [sic] cuando el mandato tenga mayores probabilidades de servir a los intereses de las partes, del sistema judicial y del público, que la comparecencia voluntaria”.²³³

Como se ha discutido, los beneficios de utilizar la mediación trascienden los procedimientos judiciales y ayuda a que las partes sean las protagonistas de resolver sus disputas. La mediación de forma compulsoria logra que se inserten las partes a conocer la metodología de la mediación para lograr obtener un acuerdo sobre las controversias ante sí. Para llevarse a cabo la mediación compulsoria en asuntos de liquidación de la sociedad legal de bienes gananciales o división de la comunidad de bienes, es necesario que la unidad o negociado de mediación cuenten con mediadores y mediadoras “que tengan formación, experiencia y profesionalidad constatada”.²³⁴

No basta con que un Tribunal decida implantar la mediación, es necesario que existan mediadores con experiencia suficiente (en principio se recomienda dos años de práctica como mediador para participar en el proyecto) que puedan garantizar la calidad del servicio de la mediación intrajudicial. Aquí no bastan voluntarismos ya que está en juego no solo el prestigio de la propia metodología sino también del Tribunal. De la eficacia y poder de convicción de los mediadores en la sesión informativa depende la aceptación para acudir a mediación. Deben ser profesionales contrastados ya que en otro caso la mediación no será bien recibida. Estos mediadores deben dar garantías de independencia, seriedad y confidencialidad, ser profesionales cualificados y con acreditadas habilidades para transmitir a los ciudadanos las ventajas del sistema. Se recomienda que el equipo de mediación esté vinculado a instituciones públicas que garanticen la formación de sus integrantes así como la gratuidad del sistema.²³⁵

El rol del mediador o de la mediadora en la primera sesión es muy importante, toda vez que convencerá a las partes de los beneficios de continuar el proceso de

²³² Vargas Pávez, *supra* nota 224, en la pág. 195 (cita omitida).

²³³ *Id.* (énfasis suprimido y comillas omitidas) (cita omitida).

²³⁴ Martín Nájera, *et al.*, *supra* nota 241, en la pág. 15.

²³⁵ *Id.*

mediación.²³⁶ Una intervención más abarcadora y técnica en el rol del mediador o la mediadora es referente “a los aspectos patrimoniales, entendiendo por ellos aquellos que tienen por finalidad poner fin al estado de indivisión de determinados bienes, derechos u obligaciones, efectuar la liquidación correspondiente, liquidar negocios comunes y fijar, en su caso, las prestaciones compensatorias entre los cónyuges”.²³⁷ El proceso de mediación será más técnico, toda vez que requiera conocimientos particulares por parte del mediador o la mediadora. Debido a lo complejo que puede resultar una división de bienes, es necesario que el mediador o la mediadora tenga un conocimiento mínimo del derecho patrimonial, obligaciones y contratos, economía, contabilidad y finanzas.²³⁸

En la economía familiar, la realidad patrimonial puede ser simple como muy compleja.²³⁹

En este aspecto se ha de recordar, en primer lugar, que existe la mediación total y la parcial, y que tal vez en algunos casos es preferible alcanzar acuerdos parciales respecto a los extremos en los que se ha podido negociar y alcanzar un resultado positivo, y mantener las diferencias en los aspectos patrimoniales para que sean dilucidados por la vía judicial contenciosa, o mediante arbitraje, puesto que en muchos casos, pequeñas cuestiones materiales, dan al traste con pactos alcanzados después de mucho esfuerzo y muchas horas de dedicación. Desde luego, si se presentan problemas graves, es preferible consolidar los acuerdos alcanzados y tramitar su aprobación judicial sin demora, y posponer para más adelante las cuestiones patrimoniales, respecto de las cuales únicamente es conveniente establecer en el primer acuerdo medidas de carácter provisional en temas perentorios: pensión compensatoria, administración provisional de negocios, empresas, propiedades, etc., y pactar un plazo para reanudar el proceso de mediación, por ejemplo, para cuando se disponga de una propuesta elaborada por cada parte con la asistencia de sus abogados.²⁴⁰

Los acuerdos referentes a esta materia pueden generar mayores dificultades, porque presentan problemas jurídicos, así como controversias económicas complejas.²⁴¹

²³⁶ *Id.* en la pág. 17.

²³⁷ José Pascual Ortuño Muñoz, *La mediación en el ámbito familiar*, REV. JUR. CASTILLA Y LEÓN no. 29, en la pág. 19 (2013).

²³⁸ *Id.*

²³⁹ *Id.*

²⁴⁰ *Id.*

²⁴¹ *Id.*

Por esta razón, la responsabilidad del mediador o de la mediadora es la de asegurar que las partes estén debidamente asesoradas respecto a estas materias con sus abogados o contables y, en su caso ampliar las sesiones de mediación con la presencia de los mismos, asegurando en todo caso, que los acuerdos que puedan alcanzarse estén suficientemente trabajados y sólidamente asumidos.²⁴²

Cabe destacar que el formulario de “Solicitud de certificación o recertificación como interventor(a) neutral del Negociado de Métodos Alternos” disponible en la Rama Judicial expone un listado sobre materias de especialidad para proveer servicios de mediación.²⁴³ Del listado surge la materia de la liquidación de bienes gananciales, derecho de familia, liquidación de sociedades civiles, entre otras.²⁴⁴ Por tanto, el servicio de mediación para este tipo de casos, se acepta en la lista de controversias mediables de la Rama Judicial.

VII. Analogía de Ley de mediación compulsoria en casos de ejecución de hipoteca

En el presente artículo se pretende utilizar de forma análoga y adaptar la mediación compulsoria que existe en casos de ejecución de hipoteca para promover o recomendar la mediación compulsoria en casos judiciales que envuelvan una controversia de liquidación de bienes gananciales o una división de la comunidad de bienes.

Es de conocimiento general, que los Estados Unidos de América ha experimentado una crisis económica reflejada a través de los bancos y el negocio de las hipotecas.²⁴⁵ Ante esta situación, en el año 2009 en los Estados Unidos inició la idea de una mediación compulsoria para las controversias en las cuales se pretendía ejecutar una hipoteca. “El Congreso de los Estados Unidos sometió el Proyecto del Senado 2912, titulado ‘*Foreclosure Mandatory Act of 2009*’, con el propósito de obligar a que todo deudor hipotecario con garantías federales tenga que someterse compulsoriamente a un proceso de mediación, previo a la ejecución de la hipoteca”.²⁴⁶ El Proyecto del Senado 2912 fue presentado en el Congreso de los Estados Unidos de América por el senador Bill Nelson y aunque

²⁴² *Id.* en la pág. 20.

²⁴³ OAT 1205 SOLICITUD DE CERTIFICACIÓN O RECERTIFICACIÓN COMO INTERVENTOR(A) NEUTRAL, RAMA JUDICIAL (diciembre 2015) http://www.ramajudicial.pr/NegMed/Formularios/interventores/SolicitudInterventor_sep2010.pdf.

²⁴⁴ *Id.*

²⁴⁵ *Banco Popular de Puerto Rico v. Torres Sánchez*, KLAN201600331, 2016 WL 8346692 en la pág. 4 (PR TA 2016).

²⁴⁶ Exposición de Motivos, Ley Núm. 184-2012, 2012 LPR 1666.

no prosperó,²⁴⁷ motivó en Puerto Rico la actual legislación sobre mediación compulsoria en casos de ejecuciones de hipoteca.

Así, el Gobierno Estatal y el Gobierno Federal colaboran y buscan alternativas que logren disminuir los procesos de ejecución de hipoteca.²⁴⁸ Con el proceso de mediación se evita al máximo que la ciudadanía continúe perdiendo sus propiedades frente a los acreedores hipotecarios.²⁴⁹ Sin embargo, la mediación como mecanismo de resolución de conflicto, es una alternativa a utilizar que la ciudadanía desconoce.²⁵⁰ A tenor con este propósito, la Asamblea Legislativa de Puerto Rico elaboró una Ley “con el propósito de crear un proceso de mediación compulsoria ante los tribunales de Puerto Rico o ante los foros administrativos correspondientes, previo a llevar un proceso de ejecución de hipoteca de cualquier propiedad principal de vivienda en Puerto Rico por cualquier entidad bancaria”.²⁵¹

La Ley Núm. 184 del 17 de agosto de 2012, mejor conocida como *Ley para mediación compulsoria y preservación de tu hogar en los procesos de ejecuciones de hipotecas de una vivienda principal*, define la *mediación compulsoria*:

En los casos en que un acreedor hipotecario pueda iniciar un proceso de ejecución de hipoteca, o el cual pueda culminar en la venta judicial, de una propiedad residencial que constituya una vivienda principal, se celebrará una reunión compulsoria de mediación conducida en una sala o salón del Tribunal o en aquel lugar que las partes en acuerdo con el mediador seleccionen, pero que no podrá ser en las oficinas del acreedor hipotecario o de sus abogados o representantes legales o asesores, y presidida por un mediador seleccionado por las partes, en el curso de un procedimiento de ejecución de hipoteca sumario y/o ordinario. En dicha reunión el acreedor hipotecario notificará al deudor hipotecario todas las alternativas disponibles en el mercado para poder evitar la ejecución de la hipoteca o la venta judicial de una propiedad residencial que constituya una vivienda principal. El propósito u objetivo será poder llegar a un acuerdo o modificación que permita al deudor hipotecario establecer un acuerdo de pago u otra alternativa satisfactoria a las partes y no perder su vivienda principal.²⁵²

Mediante esta ley se establece la primera mediación compulsoria en Puerto Rico para controversias judiciales. La ley ha sido interpretada por el Tribunal Supremo

²⁴⁷ S.2912 (111th): *Foreclosure Mandatory Mediation Act of 2009*, GOVTRACK.US, <https://www.govtrack.us/congress/bills/111/s2912> (última visita 9 de octubre de 2018).

²⁴⁸ 2012 LPR 1666-67.

²⁴⁹ *Id.* en la pág. 1667.

²⁵⁰ *Id.*

²⁵¹ *Id.*

²⁵² Ley Núm. 184-2012, 32 LPR § 2881 (2018).

de Puerto Rico, para aclarar lo que conlleva la obligatoriedad del proceso de mediación.²⁵³ También, aclara la obligación de los Tribunales de Primera Instancia de ordenar la celebración de una vista de mediación en los casos de ejecución de hipoteca de una residencia principal, como requisito jurisdiccional.²⁵⁴ Es decir, es condición previa para que un tribunal pueda dictar sentencia y ordenar la venta judicial de un inmueble.²⁵⁵

Vemos dos principios importantes, la voluntariedad de la mediación versus la obligatoriedad de la legislación. Siendo la mediación un proceso donde el pilar es la voluntariedad entre las partes, la Asamblea Legislativa ha creado y aprobado una medida compulsoria. Más allá de establecer la obligatoriedad en la orientación del proceso, para que las partes voluntariamente la acepten, la ley obliga al deudor hipotecario a comparecer al proceso de mediación, sujeto a que su incomparecencia tenga consecuencias en su caso.²⁵⁶ A su vez obliga al acreedor hipotecario a presentar alternativas disponibles en el mercado que eviten la ejecución de la hipoteca como primera opción.²⁵⁷ Todo esto, a los fines de buscar medidas alternas que eviten perjudicar a las partes a corto y largo plazo.²⁵⁸

Análogo a la mediación compulsoria de esta ley, con la propuesta de mediación familiar compulsoria se pretende perseguir una solución pacífica a conflictos adversativos mediante un diálogo constructivo, para que las partes salgan satisfechas del proceso. Recordemos que “la mediación es una forma de entender las relaciones humanas, pero es también un modo más participativo de hacer justicia, ya que son las partes en conflicto las verdaderas protagonistas del proceso que busca dar satisfacción a sus intereses”.²⁵⁹ Para esto, se necesita lograr “un cambio de mentalidad para comprender la nueva cultura de paz y la armonía social que deben primar en los procesos de familia y contribuir de esta manera al establecimiento real de la mediación familiar como institución en la práctica”.²⁶⁰

[Es] necesario que las normas legales en materia de familia que rigen en nuestro país incorporen, atemperen y reconozcan otras disposiciones normativas que permitan la utilización de la mediación y faciliten su aplica-

²⁵³ Véase *Banco Santander v. Correa García*, 196 DPR 452 (2016).

²⁵⁴ *Id.* en la pág. 472.

²⁵⁵ *Id.*

²⁵⁶ 32 LPRA § 2881.

²⁵⁷ *Id.*

²⁵⁸ *Id.*

²⁵⁹ Leticia García Villaluenga. *La mediación familiar: una aproximación normativa*, 7 PORTUARIA: REV. DE TRAB. SOC. 3, 3 (2007).

²⁶⁰ Lisandra Suarez Fernández y Iris María Méndez Trujillo, *La mediación familiar, una necesidad impostergable para la solución de los conflictos familiares en Cuba*, 4 REV. CHIL. DER. CIENCIAS POL. 143, 169 (2013).

ción, de forma tal que ofrezca la posibilidad de que dado el caso el tribunal pudiera validar el acuerdo adoptado extrajudicialmente siempre que lo considere conforme a derecho.²⁶¹

Según como fue aprobada la ley de mediación compulsoria para controversias de ejecuciones de hipoteca, la Asamblea Legislativa tiene la facultad de crear leyes de mediación familiar como mecanismo alternativo a la resolución de conflictos. Por ser pleitos civiles susceptibles de ser referidos a mediación, los legisladores pueden adelantar leyes que promuevan más mediación y menos litigio en las controversias de liquidación de bienes gananciales y división de comunidad de bienes.

Por último, en la mediación hipotecaria, las partes con intereses opuestos se sientan a dialogar sobre las alternativas disponibles en el mercado, para evitar una ejecución de hipoteca. El deudor hipotecario y el representante de la institución financiera llegan a un consenso sobre el conflicto iniciado. De forma semejante, a los ex cónyuges, que tienen distintos intereses, les corresponde dialogar, con ayuda de un mediador o una mediadora, sobre el proceso de inventario, avalúo y liquidación de bienes para llegar a un acuerdo satisfactorio para ambos.

VIII. Conclusión

Los pleitos sobre liquidación de bienes gananciales y división de la comunidad de bienes son controversias dentro del conflicto familiar. En distintos países se utiliza la mediación para atender controversias sobre asuntos familiares. Países, tales como Argentina, Chile y Francia, utilizan la mediación compulsoria para controversias familiares. Específicamente, Argentina, Francia y España recurren a la mediación en el entorno de pleitos patrimoniales gananciales. Mientras que el estado de California de los Estados Unidos de América, la Unión Europea, España, Canadá, Gran Bretaña, Alemania e Italia utilizan la mediación familiar como medida alterna al pleito judicial.

En Puerto Rico no se ha contemplado la mediación familiar de forma compulsoria en la materia de la liquidación de bienes gananciales o división de comunidad de bienes. No obstante, el Tribunal Supremo de Puerto Rico se ha expresado en cuanto a los métodos alternos de solución de conflictos en dicha materia de Derecho. El Tribunal Supremo de Puerto Rico rechazó el uso de arbitraje como parte de las estipulaciones en un divorcio por consentimiento mutuo por falta de competencia. Sin embargo, reconoció que la Asamblea Legislativa tiene la facultad para autorizar su uso y establecer parámetros para dichos casos. Finalmente, en este caso, el Tribunal Supremo de Puerto Rico le dio validez al laudo de arbitraje como punto final de la controversia.

²⁶¹ *Id.* en la pág. 170.

Respecto a rechazar el uso de métodos alternos a la solución de conflictos, la opinión disidente expresó que los jueces deben respetar el que las personas opten por liquidar sus bienes matrimoniales mediante mecanismos alternos. También, opinaron que los mecanismos no adversativos de solución de disputas se deben tornar en una realidad cotidiana, para que el ciudadano sea más libre al elegir el modo en que quiere que se haga justicia.²⁶²

Los casos de liquidación de bienes gananciales o división de comunidad de bienes son controversias mediables, que pueden ser atendidas ante un mediador o una mediadora. Según surge de las estadísticas de la Rama Judicial, muchos de los casos de esta naturaleza que han iniciado mediante un proceso judicial ante el Tribunal de Primera Instancia, han culminado con estipulaciones realizadas entre las partes. Sin embargo, no existe una ley que promueva la utilización de la mediación en este tipo de controversias. En Puerto Rico, existe una sola ley que promueve la mediación compulsoria, limitada específicamente para controversias de ejecuciones de hipotecas en residencias principales.

Luego de evaluado el marco teórico, entendemos viable la utilización de la mediación compulsoria para casos de esta naturaleza. Por lo que se propone que la Asamblea Legislativa, dentro de su marco de facultad, legisle para incorporar la orientación inicial de mediación de forma compulsoria en casos de liquidación de bienes gananciales y división de comunidad de bienes. De esta forma, se continuaría fomentando el conocimiento y la educación sobre la mediación como mecanismo de resolución de conflictos. A su vez, aportaría al sistema judicial en la reducción del volumen de casos, de esta materia, que se tramitan y adjudican en los tribunales de justicia.

²⁶² Vivoni Farage v. Ortiz Carro, 179 DPR 1014, 1015 (2010) (Rodríguez Rodríguez, opinión disidente).

LA REINCIDENCIA CRIMINAL COMO UN TRASPLANTE JURÍDICO RESILIENTE EN EL ORDENAMIENTO LEGAL DE COLOMBIA Y MÉXICO

*Juan Sebastián Palacios Parra**

Resumen

La reincidencia criminal como figura jurídica es regulada por el ordenamiento legal de Colombia y México en respuesta a los actos de ignominia social y violencia sistémica. Sin embargo, su origen figurativo y etimológico parte de una fuente oscurantista, peligrosa, incompatible con los derechos humanos. Por ello, se debe verificar de qué manera la reincidencia criminal se constituye como un trasplante jurídico dentro de los sistemas comparados y, en ese sentido, cuáles son las posibilidades procedentes para su expulsión o permanencia condicionada en el andamiaje político criminal y constitucional de ambas naciones.

Abstract

Criminal recidivism as a legal entity has been adopted by the legal system of Colombia and México in response to acts of social ignominy and systematic violence. However, its figurative and etymological origin, stemming from criminal itinerancy, starts from obscurantist, dangerous roots incompatible with human rights. Therefore, it is necessary to verify how criminal recidivism is constituted in a legal transplant within the comparative systems and what are the possibilities for its expulsion or conditioned stay in the criminal political system of both nations.

* Estudiante investigador de la Universidad Cooperativa de Colombia sede-Pasto; realizó estancia en investigación con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Cursó diplomado en justicia con la Universidad de Harvard-X, en Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos con la Universidad de Nariño y en investigación con la Red Colombiana de Semilleros de Investigación. Concursante en la Red-Mundial de investigación (MILSET). Correo electrónico: jpalaciosparra@gmail.com, Nacionalidad: colombiana. Artículo de investigación realizado en el marco de la cátedra de derecho comparado [Doctor: Efrén Chávez Hernández], Universidad Nacional Autónoma de México [UNAM].

I.	Introducción	204
II.	Reincidencia criminal y sus generalidades.....	206
III.	Expansionismo penal.....	216
IV.	Reincidencia criminal en el marco comparativo	218
V.	La reincidencia criminal como un trasplante jurídico	242
VI.	Conclusiones y Recomendaciones	255

I. Introducción

Los parámetros modernos de política criminal en los países de América Latina, destinados a la reducción de la criminalidad e impacto punitivo, se han caracterizado por pregonar injustificadamente preceptos negativos para materializar los fines estatales en escenarios criminales. Entre ellos se encuentran las funciones de la pena investidas de elementos etiológicos de exclusión y venganza. En particular, la retribución “justa” ha sido considerada como la base fundamental del encuadre normativo de figuras peligrosistas –sin análisis profundo de constitucionalidad–.¹ Asimismo, se incentiva en el quehacer legislativo, entre diversas formas de reacción estatal, la adopción de estudios de derecho comparado enfocados en la positivización de presupuestos jurídicos restrictivos a los derechos humanos que se supone gocen quienes delinquen. Un ejemplo de ello lo instituye la reincidencia criminal como un límite a beneficios o subrogados penales y un agravante de las sanciones penales. Este tipo de regulación, populista y poco reflexiva, omite pasos metodológicos que invisten al resultado de creación legislativa de errores de imprecisión, falta de fiabilidad y legitimidad constitucional que, sin otra secuela, fragua la multiplicidad de vulneraciones masivas a los derechos fundamentales.

En ese sentido, cuando la técnica jurídica sufre errores en los procesos metodológicos que afectan la consolidación de los instrumentos legales en la política criminal,² no se incurre únicamente en fallas de investigación legislativa.

¹ Véase PEDRO JUAN ALZATE GIRALDO, ESTADO-ENEMIGO: EL DERECHO PENAL DE LA EXCLUSIÓN (2013). El peligrosismo penal es un movimiento político criminal derivado de la escuela positivista italiana, o también llamada criminología positiva, que pretende excluir, aislar, segregar, exterminar y reducir el parámetro de derechos humanos a ciertas personas determinadas o etiquetadas como futuros delincuentes, ya sea desde una perspectiva fisiológica –teoría clásica–, o sociológica –teoría moderna–.

² Véase HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, METODOLOGÍA, DOCENCIA E INVESTIGACIÓN JURÍDICAS 33 (16ta. ed. Porrúa, 2016). Se parte de errores metodológicos cuando el investigador soslaya variables dependientes, intervinientes –espurias– o independientes que provengan de escenarios como: la historia, sociología, antropología, etnología y constitucionalismo en la observancia comparada, que de haberse estudiado diligentemente el resultado de investigación depararía múltiples respuestas a la hipótesis de investigación.

Se menoscaba, además, la idoneidad y efectividad de las figuras jurídicas acoplantes al interior del sistema normativo, una de ellas la reincidencia criminal. Como resultado, se provocan de manera inversa efectos que sobresaltan el sistema carcelario y penitenciario de los países, a la par con el sistema de protección de derechos humanos. Se confiere así la categorización de trasplantes jurídicos a esta clase de regulación legislativa, puesto que desconoce la cultura jurídica, la tradición legal y los principios constitucionales del Estado receptor.³ Bajo ese contexto, en el presente escrito se pretende realizar un estudio de derecho comparado, en atención al marco jurídico-penal de la legislación de Colombia y México. El enfoque va dirigido a examinar si la actividad creadora del derecho en periodos parlamentarios omitió etapas metódicas que afectan el buen desarrollo de la política criminal, al partir de una hipótesis delimitada en la determinación de la reincidencia criminal como un trasplante jurídico. Esto, puesto que su regulación legal desconoce la cultura jurídica, la tradición legal y los principios constitucionales de los Estado receptores,⁴ a tenor de las siguientes etapas: (i) electiva: se examina el objeto de estudio –reincidencia criminal– ante su historia, definición, división y función; (ii) descriptiva: se establece un parangón entre la regulación político criminal de la reincidencia criminal en la legislación de Colombia y México; (iii) identificativa: se confrontan los elementos prohijados entre una y otra normativa; (iv) explicativa: se infiere razonablemente que la itinerancia criminal es parte del grupo de figuras trasplantadas por los estados comparados. Por ello, se propone subvertir el paradigma peligrósista en que se circunscribe el objeto de estudio, frente a una nueva perspectiva en su contenido ontológico y etimológico. Como resultado, se incentivaría la implementación normativa de figuras afines con las protecciones mínimas constitucionales, la dignidad humana y la implementación de recepciones jurídicas.⁵

³ *Id.* en la pág. 34.

⁴ Cuando se haga referencia a estados comparados, naciones comparadas, legislaciones comparadas, ordenamientos jurídicos comparados o países receptores o acoplantes, se referirá como regla general a Colombia y México; su excepción será determinada en el interior del texto.

⁵ Véase PETER DE CRUZ, *COMPARATIVE LAW IN A CHANGING WORLD* (2da ed. 1999). Debe entenderse un trasplante jurídico –negativo– como aquella actividad parlamentaria o judicial, por medio de la cual el conoedor del derecho decide adoptar, para la legislación de su país, una figura jurídica regulada por el derecho comparado sin la debida observancia de la cultura jurídica, la tradición legal y los principios constitucionales de su Estado. Por otro lado, la recepción jurídica –positivo– es aquella actividad parlamentaria o judicial, por medio de la cual el conoedor del derecho decide adoptar, para la legislación de su país, una figura jurídica regulada por el derecho comparado, modificando en ella parámetros estructurales según la cultura jurídica, la tradición legal y los principios constitucionales de su Estado.

II. Reincidencia criminal y sus generalidades

“La justicia es la venganza del ser social,
como la venganza es la justicia del ser salvaje”.
Epicuro de Samos⁶

Desde tiempos anacrónicos, el sentir humano de la venganza ha trastocado hasta los rincones más inhóspitos del conocimiento humano, entre ellos, el derecho. Sin lugar a dudas, la historia conserva en el baúl de los recuerdos, multifacéticos papiros ensangrentados, silbadores de ejecuciones y masacres gubernamentales. Los gobiernos y las naciones han sido testigos de cómo los líderes estatales han utilizado las diversas herramientas que presta el derecho, bajo regímenes totalitarios, autoritarios y muchas veces democracias de papel, con el objetivo de cumplir fines egoístas, individuales y antropocéntricos. Sin vacilar, aquellos *leviatanes* se inmiscuyeron en el pensar del jurista, el engaño y el esclavismo cognitivo propio de legislaciones en donde la venganza vence sobre la ciencia del saber.⁷

La historia bosqueja las consecuencias sociales que conllevó la prevalencia de legislaciones totalitarias y, con ello, los elementos utilizados para obtener ese grado de desmitificación de los principios superiores de la humanidad, que en palabras de Ferrajoli se resumiría en el uso indiscriminado del derecho penal.⁸ La ciencia criminal fue desde un inicio la fórmula secreta de los estados para justificar su actuar malversado al margen de los derechos humanos.⁹ Basta indagar en las monarquías absolutistas del siglo dieciocho en los Estados autoritarios que en América Latina se asentaron –como ejemplo las dictaduras de: Chile 1973-1990, Argentina 1976-1983 y Perú, 1990-2000– y en uno de los sucesos más recordados por la humanidad en ocasión de su carácter global, sistemático y deshumanizado: las acciones militares de la Alemania Nazi. Ingo Müller, en su tesis, *Los Juristas del Horror*, realiza un recuento histórico, político y legal sobre cómo el Estado comandado por el conocido *führer* de la Alemania nazi utilizó el derecho penal para justificar la construcción, sedimentación y ejecución de los campos de concentración, de exterminio y experimentación.¹⁰ Esto, en consonancia con las diversas sentencias que los jueces de la república caída de Weimar redactaron en contra de principios *ius-naturales*.¹¹

⁶ DIÓGENES LAERCIO, VIDA DE EPICURO: LIBRO X DE LAS “VIDAS DE LOS FILÓSOFOS ILUSTRES” (1981).

⁷ INGO MÜLLER, LOS JURISTAS DEL HORROR, LA “JUSTICIA” DE HITLER: EL PASADO QUE ALEMANIA NO PUEDE DEJAR ATRÁS 112-20 (2014).

⁸ LUIGI FERRAJOLI, DERECHO Y RAZÓN: TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL 213 (1995).

⁹ Omítase a este respecto la discusión sobre la diferencia entre ciencia penal y derecho penal, o entre derecho penal y ley penal. Para una comprensión metodológica del lector, todas se enfocarán en el estudio general que posee el derecho penal en sus diversas ramas de especialización.

¹⁰ INGO MÜLLER, *supra* nota 7.

¹¹ *Id.*

Todo esto se expone a manera de admonición, puesto que pese a las grandes consecuencias que genera el triunfo de la venganza sobre el derecho, los legisladores, jueces, juristas, tratadistas y servidores del Estado abogan por la prevalencia de figuras o instituciones jurídicas que se enmarcan en escenarios subjetivos y peligrosistas. Estas, en ocasiones, atentan contra los derechos humanos y el ingente *ius-cogens* mediante el imprescriptible y legitimador derecho penal: respuesta del inicio y fin como así lo invisten los “Juristas del Horror”.¹²

Bajo ese criterio operan ciertos ordenamientos jurídicos, como el de Colombia y México, como naciones que propugnan por la supremacía de la venganza colectiva sobre la racionalidad práctica, al arraigar en los instrumentos legales una continua vulneración en ámbitos de derechos humanos sobre las personas privadas de su libertad. De esta manera, incentivan la exclusión, el aislamiento y la disminución del parámetro de garantías penales a grupos socialmente indiferentes a los mandatos de prohibición y permisión.¹³ Un modo de aislamiento se infunde en la regulación de agravantes punitivos, endurecimiento de penas y abrogación de beneficios o subrogados penales, en cuanto a la reincidencia criminal. De aquí que, Colombia y México constituyan escenarios-modelo en el estudio del encuadre jurídico y sociológico de la reincidencia como un factor determinante en la exclusión, desocupación carcelaria y aflicción de los derechos humanos en el interior de los centros carcelarios y penitenciarios.¹⁴

No obstante, se deben descifrar las siguientes interrogantes: ¿Por qué razón los ordenamientos legales de Colombia y México instauran la reincidencia criminal como un descendiente del derecho penal de enemigos, de exclusión o de excepción? ¿Acaso poseen una fuente de exhortación común? De ser así, ¿su regulación normativa es acorde al andamiaje constitucional y convencional provisto por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? ¿Las regulaciones pueden imputarse como trasplantes jurídicos? Para todo lo antes expuesto, es necesario acudir a la metodología comparada —esbozada por el profesor Peter de Cruz—, eje de verificación puntual sobre la implementación de trasplantes jurídicos en las legislaciones estudiadas. El propósito es comprobar si el órgano parlamentario soslayó el estudio constitucional, histórico, conceptual y etiológico de la regulación

¹² Véase EDUARDO SUÁREZ, CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS 325 (Sesión 52. A/CONF 49/11, 2011). Se entiende por *ius-cogens*: “[a]quellos principios que la conciencia jurídica de la humanidad, revelada por sus manifestaciones objetivas, considerándolas como absolutamente indispensables para la coexistencia y la solidaridad de la comunidad internacional en un momento determinado de su desarrollo orgánico”. Se adopta el calificativo “Juristas del Horror” a los abogados que incentivan la prevalencia de un populismo punitivo en los diferentes instrumentos jurídicos de un Estado.

¹³ GÜNTHER JAKOBS, DERECHO PENAL —PARTE GENERAL— FUNDAMENTOS Y TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN (2da. ed. 1997).

¹⁴ *Id.*

normativa de la reincidencia criminal, previo a su incorporación legal, toda vez que omitirlo infiere un desconocimiento de la técnica legislativa en el proceso metodológico. Para lograr ese fin, debemos en primera instancia delimitar el objeto de investigación.¹⁵

A. Definición

La reincidencia criminal como figura jurídica, adquiere una multiplicidad de definiciones inherentes al desarrollo jurisprudencial y doctrinal de los países. Si nos remitimos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, este la conceptúa como la: “[r]eiteración de una misma culpa o defecto. . .” o una “[c]ircunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en haber sido el reo condenado antes por un delito análogo al que se le imputa”.¹⁶ De forma paralela, la jurista Ossa manifiesta frente a la etimología de la palabra lo siguiente:

La revisión etimológica del término sugiere para componerlo la utilización de dos palabras: re- prefijo en latín que significa repetición, movimiento hacia atrás, intensificación; y el verbo incidir- del latín incidere que se utiliza para significar el caer o incurrir en una falta o error extremo, hacer hincapié en algo y acompañado con adjetivos permite reforzar el valor o intensificación como por ejemplo re-te o requete. Según esto, la significación de la palabra expresa que la re-incidencia, en el campo de lo criminológico, representa la repetición del delito, la intensificación del error.¹⁷

Como se puede observar, en ambas definiciones únicamente se pretende delimitar el concepto de reincidencia criminal de forma tangencial, omitiendo consentidamente la especificación sobre características, elementos, etapas o subdivisiones que la focalizarían de mejor manera. En este sentido, según el profesor Zaffaroni, la no concertación de una definición completamente estructurada resultaría algo lógico, y precisa que la reincidencia criminal no puede tener una definición única y concreta. La razón primordial para lo antes mencionado es que los países poseen diversas circunstancias sociales, económicas, políticas, culturales y criminológicas que deslindan en favor de las determinaciones lingüísticas con resonancia a su política criminal.¹⁸ Por ello, se analizan desde Asia hasta América los diversos significados

¹⁵ DE CRUZ, *supra* nota 5.

¹⁶ *Reincidencia*, DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, <http://dle.rae.es/?id=VmYRE5t> (última visita noviembre 17 de 2018).

¹⁷ María Fernanda Ossa López, *Aproximaciones Conceptuales a La Reincidencia Penitenciara*, 7 REV. RATIO JURIS (UNAUULA) Núm. 14, en la pág. 112 (2012).

¹⁸ Véase Eugenio Raúl Zaffaroni, *Reincidencia*, Relatoría de Eugenio Raúl Zaffaroni, La Habana, Cuba, en la pág. 1 (10 de agosto de 1990) (*disponible en*: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/>

de reincidencia que han regulado los gobiernos de turno, cada uno de forma adversa en sus instrumentos jurídicos.

No obstante, afirmar la presencia de indeterminación conceptual estribada del multivariable comportamiento criminal en los sistemas sociales, afecta el desarrollo metódico efectuado por los estudiosos del derecho comparado. Estos cavilan en la imposibilidad pragmática-teórica de plantear estudios comparados objeto de la reincidencia criminal, en la medida que su formulación incurriría en errores metodológicos. En palabras de Peter de Cruz, se menoscaba: (i) el objeto de estudio, en el entendido de que las figuras en observancia –al tener en cuenta los ordenamientos jurídicos comparables– no guardarían algún nivel o grado de similitud, tanto en su aplicación como en el escenario social y político de surgimiento; y (ii) la funcionabilidad, a los efectos de que los procesos investigativos no conllevarían un resultado útil para los estados, puesto que la reincidencia criminal solo tendría consecuencias positivas si los ordenamientos legales comparables guardan circunstancias criminológicas parecidas. Esta es una premisa que en el pensar de los criminólogos fundamentaría una realidad imprevista de verdad.¹⁹

En este punto tan crucial se deberá acudir a una vieja técnica –pero idónea para el caso concreto– de investigación jurídica, denominada la delimitación fenomenológica. Es este el puente conceptual divisorio entre la reincidencia criminal avasallada por los fenómenos sociales y la reincidencia criminal fruto de una construcción estructuralmente científica.²⁰ En síntesis, ya no se intentará observar la reincidencia criminal como un fenómeno criminológico, sino como una figura jurídica. Esta es, precisamente, una discusión eludida por los “Juristas del Horror”, en favor de un ocultamiento concededor del garantismo penal. Profundicemos en esta discusión.

En los textos jurídicos, el estudio sobre la reincidencia criminal se ha centrado a partir de una perspectiva en ámbitos de la fenomenología criminológica,

files/articulos/a_20160808_03.pdf) (última visita noviembre 21 de 2018). Mediante conferencia dictada en la Universidad de la Habana-Cuba, el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni relató que:

Esta dificultad obedece a varias razones: a) Conspira contra una definición pacíficamente aceptada la disparidad de presupuestos exigidos en la legislación comparada, que da lugar a la clasificación más corriente entre genérica o específica y ficta o real, b) Esa misma disparidad y la incorporación legislativa de conceptos que implican a la reincidencia o que le son próximos (como la multireincidencia, la habitualidad, la profesionalidad o la tendencia), hacen inevitable la parcial superposición con éstos, c) Ocasionalmente, estos conceptos próximos y parcialmente superpuestos admiten hipótesis de reiteración, lo que confunde más las cosas al desdibujar los límites entre esta y la reincidencia, d) Por último, los intereses científicos de los juristas y de los criminólogos no suelen coincidir en esta materia, por lo cual los objetos que focalizan son diferentes y, por ello, las delimitaciones conceptuales resultan dispares.

¹⁹ DE CRUZ, *supra* nota 5, en la pág. 213.

²⁰ Véase GUILLERMO HOYOS VÁSQUEZ, INVESTIGACIONES FENOMENOLÓGICAS (2012). Debe tenerse en cuenta que el concepto *delimitación fenomenológica* es enmarcado e instituido por el autor del presente artículo científico, más no en su contenido metodológico, toda vez que su desarrollo técnico ha sido proyectado por conocedores de la filosofía y ciencia de los fenómenos.

confabulando análisis unívocos o cerrados. Desde esa perspectiva, las ciencias penales han oscurecido diversas formas alternativas de los ámbitos fenomenológicos, igual de idóneos en la formación de soluciones a problemas criminales –enaltecidos por el normativismo penal–, entre ellos: la estructuración legal o jurisprudencial en favor de la concepción figurativa de fenómenos delictivos. No se puede contradecir, en lo absoluto, que la reincidencia delictiva parte de una fuente fenomenológica. Esto es así, toda vez que se percibe como esa exteriorización conductual de un individuo, bajo la comisión reiterada y contraria de una expectativa normativa de conducta, que conlleva de forma paralela la afectación de la estabilidad colectiva o la imputación social.²¹ Su foco es en la criminología y la penología, la búsqueda de variables sociales, ambientales, familiares, entre otras, que afectan de manera directamente proporcional la conducta del reincidente.

Sin embargo, instruir el proceso de investigación comparada, en consonancia con la reincidencia simplemente como un fenómeno, conllevaría errores jurídicos vistos desde el punto de vista de la funcionabilidad.²² En esta medida, extrapolar la funcionabilidad en el marco regulatorio de una legislación a otra, suscitaría la inmersión en fallas sustanciales o materiales que no solventaría las necesidades sociales, puesto que desconocería la cultura jurídica, y los problemas criminales del Estado que responde. Además, no se hablaría ya de derecho comparado, sino de sociología comparada.

Es posible entablar derecho penal comparado a partir de un segundo enfoque, ya no en el plano de variables fenomenológicas, sino mediante elementos objetivos e instrumentos normativos convergentes en figuras jurídicas. Para el objeto de análisis guiaría el diagnóstico, la comprensión y el mejoramiento legal de la reincidencia criminal a los distintos ordenamientos jurídicos propios de estados –sociales– de derecho. Ello, independientemente del contexto social y criminológico de las naciones comparadas, en consideración a un eje de investigación inmutable y poco cambiante a las fronteras de regulación legislativa. Para dar mayor claridad a esta postura, se debe comprender en primer lugar: ¿qué debe entenderse por *figura jurídica*? Según la Real Academia de la Lengua Española esta se define como un: “[c]oncepto contemplado en las leyes. . .”; un: “[e]spacio cerrado por líneas o superficies. . .” o, en el ámbito judicial, se considera la: “[f]orma o modo de proceder”.²³ Así las cosas, la *figura jurídica* se determina como esa contextualización normativa, jurisprudencial o administrativa, realizada por el legislador, juez o ente público, con el fin de estructurar un determinado concepto, delimitándolo en tiempo, espacio, aplicación y ejecución.

²¹ NÓDIER AGUDELO BETANCUR, CURSO DE DERECHO PENAL: ESQUEMAS DEL DELITO 29 (3ra ed. 2002).

²² DE CRUZ, *supra* nota 5, en la pág. 193.

²³ *Figura jurídica*, DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, <http://dle.rae.es/?id=HsesZOK> (2018) (última visita noviembre 15 de 2018).

En construcción silogística, desde un aspecto legal y judicial, es posible encuadrar la reincidencia delictiva con las exigencias estructurales de las figuras jurídicas, toda vez que su desarrollo jurídico-normativo yuxtapone tres elementos trascendentales en la definición y delimitación del tiempo, espacio, aplicación y ejecución. Ellos son: (i) sentencia previa ejecutada: para incurrir en la reincidencia criminal se requiere sentencia precedente al proceso penal existente por un determinado delito; (ii) reiteración: el cometido antijurídico no debe ser paralelo, sino sucesivo. Dicho de otro modo, no debe predicarse en un concurso de delitos, sino en momentos procesales diferentes y periódicos; y (iii) temporalidad: se especifica un tiempo por el cual la observancia de una sentencia previa fundamentaría la agravación penal por reincidencia.

Si observamos detenidamente los ordenamientos jurídicos de Colombia y México —a ojos de la técnica comparada—²⁴ evaluaremos positivamente la congregación de los tres elementos descritos anteriormente, bajo un margen de alteración normativa-contextual.²⁵ Se infiere así, razonablemente, la objetividad que posee la figura jurídica de la reincidencia delictiva como un concepto vertebralmente inamovible, incluso en los diversos sistemas comparados. Se cumple a cabalidad con la delimitación conceptual, especificación temporal, espacial, de aplicación y ejecución, desarrollada en instrumentos jurídicos y sentencias judiciales.²⁶ Pero, además, se cumple con ello debido al despliegue doctrinal universal del que goza la reincidencia criminal, específicamente, en la conformación del contenido esencial que cada legislación debe respetar a la hora de legislar correctamente sus consecuencias normativas.²⁷

Entender la reincidencia desde un ámbito figurativo, facilitará el trabajo de quien realiza el estudio comparativo y resultaría en estudios minuciosos sobre aquellas regulaciones legislativas o judiciales, semejantes o disímiles, adoptadas por los agentes estatales en respuesta a ella como fenómeno criminológico. Su propósito principal es observar los errores que padecen las legislaciones penales de cada país al acoger trasplantes jurídicos sin estudios previos de impacto constitucional o convencional. Para un mayor entendimiento, se presenta el siguiente esquema interpretativo:

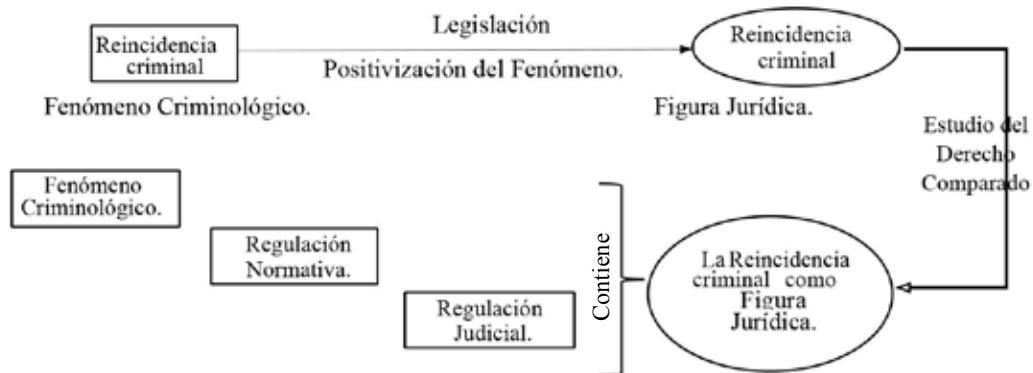
²⁴ DE CRUZ, *supra* nota 5, en la pág. 205.

²⁵ Véase ANTONIO MARTÍNEZ DE ZAMORA, LA REINCIDENCIA 66-70 (1971). Tomamos como ejemplo el requisito de temporalidad, al especificar normativamente el intervalo de tiempo que el juez tendrá en cuenta una sentencia previa respecto a la nueva conducta delictiva para fundamentar el surgimiento de la reincidencia criminal. Este está determinado en 5 o 10 años a partir de la sentencia previa en el nuevo proceso penal para la legislación colombiana y por el término de prescripción de la pena para el ordenamiento legal mexicano. Otros ejemplos de intervalos de tiempo o perpetuidad penal se regulan en la legislación española.

²⁶ En el transcurso del texto se especificarán otros ejemplos en los que se puede verificar la ocurrencia universal de estos tres elementos, en aras de reconstruir el núcleo esencial de la reincidencia criminal como una figura jurídica.

²⁷ OSSA LÓPEZ, *supra* nota 17, en la pág. 118.

FIGURA 1. DIFERENCIACIÓN ENTRE REINCIDENCIA COMO UN FENÓMENO CRIMINOLÓGICO VERSUS REINCIDENCIA COMO UNA FIGURA JURÍDICA, REALIZADA POR EL AUTOR DEL TEXTO.



B. División

Al seguir el proceso de determinación y estructuración conceptual del objeto de estudio, la reincidencia criminal,²⁸ es necesario atender al análisis jurídico penal encargado de crear diversas formas de concebir su desarrollo normativo y jurisprudencial. Esto se logra según fuentes clasificatorias entre características o elementos que inviste cada legislación de legalidad y comprensión meridiana.²⁹ Para propósitos de este escrito, las ciencias jurídicas han ofrendado dos divisiones relevantes a la hora de elaborar estudios de derecho comparado, estas son: (i) según se fenomenología; y (ii) según los delitos.

1. Según su fenomenología

En esta categoría apreciamos tres figuras que pueden interpretarse lingüísticamente similares a la reincidencia criminal, con un desarrollo dogmático disímil, creador de estructuras legales opuestas. Aplicar un estudio indiscriminado sin diferenciar una de la otra, resultará en ambigüedades y confusiones conceptuales, afectando así la confiabilidad de los procesos investigativos. Nos referimos a: (i) la habitualidad, definida como la repetición de actos delictivos de una misma especie o de diferente naturaleza que un delincuente por habitualidad comete. Estos se

²⁸ Desde ahora en adelante, entiéndase que, al hablar de reincidencia criminal, el autor se refiere al concepto como una figura jurídica. Únicamente cuando se haga referencia a la reincidencia como un fenómeno, se subrayará, en especial esa calificación, así: reincidencia criminal –fenómeno criminológico–.

²⁹ OSSA LÓPEZ, *supra* nota 17, en la pág. 128.

judicializan en un proceso penal, ya sea por concurso de delitos o por delitos masa o permanentes, sin la existencia anterior de una condena previa por iguales o distintos delitos, exigiendo en algunas circunstancias la comisión de tres actos delictivos dentro de un periodo de tiempo determinado; (ii) la profesionalidad: entendida por la repetición de actos delictivos de una misma especie o de diferente naturaleza que un delincuente por profesionalidad comete. Se judicializarían en un proceso penal, ya sea por concurso de delitos o por delitos masa o permanentes, con el propósito de percibir un ingreso monetario, sin la existencia anterior de una condena previa por iguales o distintos delitos;³⁰ y (iii) la tendencia: considerada como una actitud individual que pueden desarrollar las personas, por condiciones ambientales, sociales, psicológicas y familiares, a la propensa comisión de conductas delictivas, sin constatar la comisión previa de un hecho punible.³¹ Para mayor ilustración se pueden apreciar los siguientes ejemplos.

En la figura de la habitualidad: una persona X al asesinar el día 01 a X1 y el día 02 a X2, mientras que el día 03 hurta el local Y1, y es capturado el día 04, será considerado un criminal habitual si en un juicio posterior es condenado por la comisión de las tres conductas en un mismo proceso o providencia judicial, o en procesos paralelos y simultáneos. Por otra parte, un paradigma del profesionalismo es la persona X, parte de una organización criminal, que decide que el día 01 secuestra a X1, con el fin de cobrar su rescate; el día 02 secuestra a X2, con el fin de cobrar su rescate, mientras que el día 03 hurta el local Y1, y es capturado el día 04. Como resultado, este será considerado un profesional criminal si en un juicio posterior es condenado por la comisión de las tres conductas en un mismo proceso o providencia judicial, o en procesos paralelos y simultáneos.³² En la teoría de la tendencia se observa a una persona X que convive en un entorno social, donde sus padres –sean hombres o mujeres–, familiares, amigos o residentes se dedicarán a la comisión de

³⁰ *Id.* en las págs. 119-20. La Jurista Ossa, manifiesta frente a las dos primeras que:

La habitualidad consiste en la repetición de actos de la misma especie producto del hábito o la costumbre y no es considerado un concepto jurídicamente definido como la reincidencia, sino una cuestión de hecho que de acuerdo con la doctrina y a la jurisprudencia requiere de tres actos delictivos dentro de un periodo de tiempo especificado para que se configure como tal.

Además: “[I]a profesionalidad dista de la reincidencia y la habitualidad, en la medida en que el delincuente profesional reitera el hecho punible con el propósito de continuar percibiendo un ingreso, y su categorización no requiere condena ejecutoria previa, ni su conducta está asociada específicamente a un elemento patológico criminal”.

³¹ ZAFFARONI, *supra* nota 18.

³² Debe tenerse en cuenta que la profesionalidad criminal, aparte de exigir una ganancia monetaria, en ciertos casos, requiere una organización periódica, jerárquica o empresarial, tal como sucede con las organizaciones criminales de sicariatos, lavado de dinero o porte, tráfico y venta de sustancias estupefacientes.

conductas punibles como el hurto, homicidio o tráfico y porte de estupefacientes. Bajo estas circunstancias, será más propenso a la comisión de estos delitos en relación con la disfuncionalidad familiar y social.³³

Por último, bajo las condiciones de la reincidencia criminal, una persona X al asesinar el día 01 a X1, capturado el día 02, y condenado el día 03; asesinando con posterioridad el día 20 a X2, capturado el día 25, y condenado el día 70, será considerado reincidente por una nueva exteriorización de conductas prohibidas por la ley, previa penalización judicial.

A ojos del lector, las tres teorías podrían converger en el desarrollo paradigmático de la reincidencia criminal. No obstante, en ocasión a la función de legislador, juez y jurista, a nivel global, resulta significativo trazar una línea diferenciadora, puesto que de ello dependerá la realización y efectividad de las políticas públicas e instrumentos jurídicos asertivos en la disminución de la criminalidad. Bajo ese entendido, en el presente estudio, nos desligaremos momentáneamente de términos como habitualidad, profesionalismo o tendencia, en aras de focalizar de manera prioritaria, el estudio comparado de la reincidencia criminal propiamente dicha.³⁴

2. Según los delitos

En el mismo sentir, la aquiescencia doctrinal y jurisprudencial ha establecido un terreno libre de guerras ideológicas en ámbitos tipológicos, pues existe consenso de los ilustres juristas en dividir la reincidencia criminal en dos grupos metodológicamente estructurados.³⁵ En primer lugar, encontraremos la *reincidencia genérica*. Esta se entiende como la conducta itinerante y delictual, que acoge un individuo previamente penado por un delito diferente al que es procesado al mo-

³³ Véase Jaime Samudio Díaz, *El Comportamiento Criminal en Colombia*, 33 REV. LATINOAMERICANA DE PSICOLOGÍA (UNIVERSIDAD DE LOS LIBERTADORES) Núm. 01 (2001) (Colom.). La tendencia delictual es un movimiento criminal situado en la intersección transversal del derecho penal, en la medida que son otras áreas y no el derecho, las que ofrecen respuestas a sus interrogantes.

³⁴ Queda claro que confundir los conceptos de habitualidad, profesionalismo y tendencia puede perjudicar el análisis de derecho comparado cuando la reincidencia criminal es el objeto de estudio, toda vez que, se establece dubitación sobre la clase de reacción estatal más benigna posible en el ámbito de los derechos fundamentales. No obstante, es de vital importancia analizar tangencialmente, si los ordenamientos jurídicos por errores interpretativos, en función legislativa y judicial, causados a la hora de regular fenómenos criminológicos de reincidencia delictual, adoptaron equivocadamente una figura jurídica híbrida o anfibológica entre las tres primeras y la reincidencia criminal, y así, la invención de nuevos fenómenos criminales regulados bajo una inextricable política criminal.

³⁵ Véase I CLAUS ROXIN, DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, TOMO I FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO (1997).

mento de imputar el calificativo de reincidente. Por ejemplo, la persona Y asesina a X1, es capturada y penalizada por este hecho, sin embargo, posteriormente secuestra a X2, es capturado y puesto a disposición de la autoridad judicial. Por otro lado, apreciamos la *reincidencia específica*. Esta es definida como la conducta itinerante y delictual que acoge un individuo previamente penado por un delito igual al que es procesado al momento de adoptarle el calificativo de reincidente. Esta última forma delictual se comete con frecuencia en las personas sentenciadas que poseen tendencia criminal. Un ejemplo de ello es la persona Y que asesina a X1, es capturada y penalizada por ese hecho, sin embargo, posteriormente asesina a X2, y es capturada y puesta a disposición de la autoridad judicial.³⁶

C. A manera de síntesis

El expansionismo penal, el populismo punitivo y la sed de venganza abanderados por los grupos sociales –entre ellos los medios de comunicación– son premisas mediante las cuales se utiliza el derecho penal como un medio para alcanzar una irreal paz social. En consecuencia, y como producto del incontrolable sistema penal, emerge la reincidencia criminal: forma adecuada de excluir a aquellos indiferentes de la vigencia normativa de una sociedad sistémicamente armoniosa.³⁷

A pesar de ello, es momento de asumir responsabilidad académica y social con todo lo referente a la protección de los derechos humanos, al examinar hermenéuticamente la forma de incorporación legal de ciertas figuras peligrosistas, tal como lo instituye la reincidencia criminal; en tanto que, todos los planteamientos incompatibles con el régimen constitucional y convencional deban ser replanteados o eliminados de las jurisdicciones domésticas. Una forma de identificación descriptiva de estos preceptos exclusionistas se logra a través del derecho comparado, al racionalizar y transitar científicamente la etiología de un presupuesto legal calificado como trasplante jurídico –negativo– por una recepción jurídica –positivo–. Debe tenerse en cuenta que este proceso metódico se realizará a partir de la reincidencia criminal como figura jurídica, al diferenciar y soslayar terminologías como la habitualidad, la profesionalidad y la tendencia, sin afectación de divisiones como la reincidencia genérica o específica.

³⁶ Véase EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA Y ALEJANDRO SLOKAR, *MANUAL DE DERECHO PENAL: PARTE GENERAL* (2006). Para la claridad del lector, la dogmática jurídico penal considera que los delincuentes que incurran en la realización de delitos masas y/o delitos permanentes, por condiciones prácticas no se consideran reincidentes criminales. Se exceptúan aquellos que previo a la realización del nuevo delito, fueron sentenciados por un delito con precitada categoría.

³⁷ GÜNTHER JAKOBS, *DERECHO PENAL DEL ENEMIGO* (2003).

III. Expansionismo penal

El derecho penal del siglo veintiuno, a diferencia de otras épocas, marcha al compás de la evolución social.³⁸ El desarrollo dogmático, procesal y metodológico está puesto a las necesidades sociales, los avances tecnológicos y las mutaciones criminológicas. Sin embargo, en el segundo decenio del presente siglo, la ciencia penal latinoamericana ha trascendido más allá de toda legitimación jurídica, accionando una invasión irrazonable en fronteras constitucionales y convencionales que contagia al expansionismo penal de facetas negativas ajenas al derecho penal garantista. Sin titubear, la inmersión de movimientos filosóficos y dogmáticos como el derecho penal del enemigo, el derecho penal de autor, y la inverosímil aplicación de figuras peligrosistas como es la reincidencia criminal, dimanen de un fracaso del régimen constitucional del Estado, la decadencia de la política criminal y la insostenible armonía social. Establece, además, efectos inversos a los fines gubernamentales reglamentados en las constituciones.³⁹

El expansionismo penal se debe, entre varios factores, al juego político de los estados.⁴⁰ Muchas veces utilizados como banderas oficiales, los candidatos parlamentarios o presidenciales se sirven de predicados: “¡Agravaré las penas! ¡Terminaré con la delincuencia! ¡Incentivaré la pena de muerte para violadores! ¡Predicaré la castración para los violadores de niños!”, entre otros. De esta forma, incitan el populismo punitivo y la seguridad sobre un cúmulo de población electoral.⁴¹ Saciarse fines patrimoniales e individuales son sus objetivos, pero omiten el trasfondo jurídico, social y constitucional que aquellas decisiones pueden acarrear. Entre tantas propuestas, la reincidencia criminal fue y será –o así se predice por el momento– un lema de los gobiernos para la reducción de la criminalidad, eufemismo ideológico de límites a la libertad y garantías fundamentales.⁴²

³⁸ *Dogmática Penal Latinoamericana, Derecho Penal*, DERECHO A LA CARTA (29 de octubre de 2013) Universidad Externado de Colombia, https://www.spreaker.com/show/derecho_a_la_carta (última visita enero 7 de 2019).

³⁹ JAKOBS, *supra* nota 37, en la pág. 35.

⁴⁰ *Id.* Los distintos factores que pueden abogar por el expansionismo penal pueden ser consultados en diversas referencias sobre el derecho penal del siglo veintiuno, derecho penal del enemigo o criminología.

⁴¹ Véase, e.g. Plan de Gobierno 2018-2022 (Iván Duque Márquez, ex candidato presidencial- actual Presidente de la República de Colombia, Estados Unidos de México, año electoral 2017-2018) <https://www.ivanduque.com/propuestas>. Véase, además, Ricardo Anaya, Plan de Gobierno 2018-2024 (ex candidato presidencial) <https://www.ricardoanaya.com.mx/>. Estos ejemplos se toman de las múltiples campañas políticas propuestas por candidatos a la cámara de representantes, senado y presidencia (última visita enero 7 de 2019).

⁴² JÜRGEN HABERMAS, *TEORÍA DE LA ACCIÓN COMUNICATIVA*, I, COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS: SERIE FILOSOFÍA 69 (1981).

Pero he de cuestionar: ¿acaso en los estados sociales y democráticos de derecho puede existir un expansionismo penal de índole negativa?⁴³ Al día de hoy, gracias a las constituciones o enmiendas correspondientes, las Naciones Latinoamericanas se estiman como estados sociales y democráticos de derecho, enfocados en el respeto de pilares democráticos, en favor de la libertad y el conglomerado de derechos humanos que orbitan sobre el principio, derecho y fin de la dignidad humana. Entre ese grupo privilegiado se encuentran Colombia y México.⁴⁴ Estos son gobiernos que, sin lugar a dudas, priman —ya sea formalmente— por el respeto de los derechos humanos en todas sus formas de interpretación constitucional. Ambos países son parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ratificaron la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y son miembros activos de la Organización de las Naciones Unidas. Además, poseen un ente dedicado a la verificación del cumplimiento y respeto de la Constitución, que para Colombia funge con tales honores la Corte Constitucional, y en el caso de México, lo es la Suprema Corte de Justicia. Como consecuencia, se crea un marco jurídico enmarcado en el respeto de los derechos humanos y la interdicción de la arbitrariedad de los gobernantes sobre los gobernados. Develan, así, una seguridad jurídica y un máximo vital humano.

A este respecto, puede presumirse primigeniamente que la legislación de elementos exclusionistas, degradantes o peligrosistas en los estados comparados, sitúan en riesgo al sistema regulatorio de derechos humanos, sus garantías y procedimientos constitucionales. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos comparados disfrazan la aplicación de la reincidencia criminal como una forma incuestionable de protección de los derechos de las víctimas de conductas delictivas y de la socie-

⁴³ Véase I EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, DERECHO PENAL Y SOCIEDAD, ESTUDIOS SOBRE LAS OBRAS DE GÜNTHER JAKOBS Y CLAUS ROXIN, Y SOBRE LAS ESTRUCTURAS MODERNAS DE LA IMPUTACIÓN (2007). Debe entenderse por *expansionismo penal de índole negativo*, aquel procedimiento legislativo y judicial que en lugar de pretender regular las violaciones más graves que atentan contra bienes jurídicos e intereses vitales, se inclina por excluir a un grupo determinado de personas indiferentes a la vigencia normativa, inmiscuyéndose en áreas que atentan contra el principio de subsidiariedad o fragmentariedad en materia penal.

⁴⁴ Debe aclararse que la Constitución de Colombia de 1991, en su artículo primero, identifica a la Nación como un Estado Social de Derecho, mientras que México omite tal calificativo en el inmerso lingüístico de la Constitución de 1917 —se hace hincapié en la reforma constitucional de 2011—. Sin embargo, gracias a su acogida de principios convencionales y constitucionales, se ha de referir como una nación garante de las estructuras fundamentales de los estados sociales de Derecho. Véase Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, [CPM], Art. 1, Diario Oficial de la Federación [DOF], 5 de febrero de 1917, (Mex.). Véase, además, Constitución Política de Colombia de 1991, [CPC], Art. 1, Gaceta Constitucional [G.C.] No. 116, 20 de julio de 1991, (Colom.).

dad. Mientras tanto, cubren con velos de ignorancia la lamentable situación carcelaria y, así, la contradicción del entramado constitucional y convencional de cada país, producto de este tipo de regulación jurídica.

Ante esta problemática, establecer un estudio metodológico comparado atribuye relevancia constitucional, en la medida que, posterior a la determinación del objeto de estudio –en el acápite anterior–, se identifica la clase de regulación normativa o jurisprudencial que cada estado comparado la ha adscrito a la reincidencia criminal. Esto se realiza mediante un ejercicio de semejanzas y diferencias entre el compendio normativo adoptado, en aras de verificar si su contenido material es compatible con la cultura jurídica, la tradición legal y los principios constitucionales del Estado receptor. De no ser compatibles, se fijaría el origen figurativo, su etiológica y el entorno jurídico en que la reincidencia criminal pudiera ser viable y efectiva, al enraizar el expansionismo penal bajo los límites del constitucionalismo y el respeto a los derechos fundamentales.

IV. Reincidencia criminal en el marco comparativo

A. Referencia de factores históricos, sociales y legales

Los movimientos políticos, sociales y culturales son por antonomasia la fuente cristalizadora del continuo andamiaje del derecho penal. Explicar las diversas variables que afectan el marco normativo de los estados comparados, implicaría, a su vez, dar claridad sobre el porqué de la configuración de ciertas figuras o instituciones jurídicas presentes en órbitas de las ciencias penales. Sin obrar a manera de excepción, el estudio sobre la reincidencia criminal debe analizarse primordialmente a partir de escenarios históricos, culturales, sociológicos y antropológicos, que brinden una explicación posible sobre su incorporación legal en el ordenamiento jurídico colombiano y mexicano.⁴⁵ Esta actividad analítica proporcionaría información sobre las razones de procreación del objeto de estudio, que de no emprender su desarrollo dogmático en las legislaciones comparadas, se constate al menos si la regulación normativa de la reincidencia criminal ofrece respuesta a los movimientos sociales, históricos o filosóficos que incentivaron su aceptación en el estado receptor.⁴⁶ En el caso de ser disímiles entre sí, es imprescindible determinar los cambios u omisiones que el órgano parlamentario debió ejecutar en su estructura legal para

⁴⁵ De los escenarios históricos, culturales, sociológicos y antropológicos estriban variables que, al no inmiscuirse directamente en temas jurídicos o criminológicos, son llamadas *variables interdisciplinarias* con igual importancia que sus contrarias: las variables disciplinarias o jurídicas, puesto que alteran la comprensión del problema de investigación.

⁴⁶ KONRAD ZWEIGERT, HEIN KÖTZ, AN INTRODUCTION TO COMPARATIVE LAW (2da ed. 1992) (traducción suplida).

reaccionar positivamente frente a esas variables interdisciplinarias específicas en su respectivo ordenamiento jurídico.⁴⁷

1. Colombia

Invito al lector a retroceder en el plano tiempo-espacio y ubicarnos en Santa fe de Bogotá de los años veinte –siglo veinte–, momento enaltecido por las gacetas noticiarias. Jorge Eliecer Gaitán, fue aceptado como militante del partido liberal.⁴⁸ Fue abogado de la Universidad Nacional de Colombia, orador y defensor de las causas populares.⁴⁹ Era “hijo de la patria”, o así lo calificaban los ciudadanos.⁵⁰ Jurista de dones inapelables, de quien la nación estaba orgullosa ser representada.⁵¹ En el año 1926 tuvo la oportunidad de profundizar sus estudios en Roma, bajo la tutoría de su maestro Enrico Ferri.⁵² Retornó a sus tierras en 1928 y desde ese año apoteósico para el derecho penal, ocupó, entre otros, los cargos públicos de diputado, representante, senador, alcalde de Bogotá y ministro.⁵³ Sus ideas permeaban los instrumentos legislativos, entre ellos la Ley 36 de 1936.⁵⁴

La legitimidad académica y popular que adquirió el caudillo Jorge Eliecer Gaitán disimuló el discurso macabro que empuñaba. Uno de los mayores discípulos del profesor Ferri –padre del positivismo criminológico italiano– abogaba por las prácticas peligrosistas, subdivididas en políticas de etiquetamiento y peligrosismo social.⁵⁵ Sin tener conciencia de su influencia académica, se fue inmiscuyendo en

⁴⁷ En los estudios de derecho comparado es de vital importancia implementar un análisis primigenio sobre elementos históricos, sociológicos, culturales, antropológicos, entre otros, que influya en la implementación de la figura jurídica, institución normativa u ordenamiento jurídico comparado, ya sea en el marco de la técnica: macrocomparativa, microcomparativa, histórica-etnológica y puramente jurídica. Véase GIUSEPPE DE VERGOTTINI, DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO TRADUCCIÓN DE CLAUDIA HERRERA 1-53 (2004). Véase, además, MARIO SARFATTI, INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO COMPARADO, TRADUCCIÓN DEL INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO DE LA ESCUELA NACIONAL DE JURISPRUDENCIA (1945).

⁴⁸ Eduardo Posada Carbo, *Jorge Eliecer Gaitán 1898–1948. Oportunidad Frustrada*, EL TIEMPO (4 de abril de 1999), <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-887425> (última visita noviembre 20 de 2018).

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ *Id.*

⁵² *Id.*

⁵³ *Id.*

⁵⁴ La Ley 36 de 1936 fue derogada por el Decreto 100 de 1980; L. 36/36, 24 de abril de 1936, Diario Oficial [D.O.] (Colom.).

⁵⁵ En el presente texto se entenderán las políticas de etiquetamiento y el determinismo como una forma de aplicación del peligrosismo jurídico, entendida la primera como la capacidad que tiene un grupo social para etiquetar a un sujeto a la tendencia causal de un hecho punible. El determinismo, por su parte, comprende la capacidad del legislador, juez o ente público para designar una tendencia causal de un delito especializado a un grupo de personas. Véase STANLEY COHEN, DEMONIOS POPULARES

la legislación colombiana la criminología positiva y médica, movimientos jurídicos desacreditados por parte de la criminología crítica y el constitucionalismo.⁵⁶

Aislándose de las discusiones perpetuas de la criminología contemporánea, el acoplamiento del positivismo criminológico anunció el desgarrador inicio de una legislación atrayente de figuras jurídicas violatorias de cualquier principio inmanente al *ius-cogens*. Sin lugar a dudas, este fue un comienzo para la redacción legal de la reincidencia criminal, como un elemento teleológicamente guiado a la eliminación y expulsión del delito, y con ello, del delincuente incapaz de reinsertarse a una sociedad armoniosa.⁵⁷

Sin avanzar en grandes pasos, el conflicto armado de Colombia emergió aproximadamente en los años cincuenta del siglo veinte. Los pueblos y las ciudades se consumían en el miedo más primitivo de la raza humana, y los actos más barbaros e idílicos en el pensar del ser humano se materializaban con facilidad. En muchas ocasiones, el entendimiento humano no otorgaba razones válidas para la ocurrencia de esos actos ignominiosos; hablaban por sí solas las lágrimas emergentes a borbotones de un país lleno de sangre en su territorio.⁵⁸ Estas circunstancias obligaron a los gobiernos de turno a legislar para abolir el terror, el mal y los enemigos sociales. Es por esto que la agravación punitiva, la limitación a beneficios penales, y hasta la pérdida absoluta de ciertos derechos, constituían opciones viables para los gobiernos en respuesta a la delincuencia organizada. De esa forma, la reincidencia criminal emprende el camino del odio social. La sed de venganza colectiva suscitó que la violencia estatal fuese legitimada vía procesos parlamentarios, tal como el apoyo incondicional del Estado ante los grupos paramilitares y las bandas civiles armadas.⁵⁹ El terrorismo y la violencia ya no se lideraban por un solo actor, es decir, los grupos subversivos, sino que, además, el poder estatal fungía como autor de múltiples violaciones sistemáticas a los derechos humanos.⁶⁰

Pese a estos actos violentos, en la segunda mitad del siglo veinte se abre una luz para el garantismo penal y el respeto por los derechos humanos. La adhesión de Colombia al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, al Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, –y los demás tratados

Y PÁNICOS MORALES, DESVIACIÓN Y REACCIÓN ENTRE MEDIOS, POLÍTICA E INSTITUCIONES, TRADUCCIÓN DE VICTORIA DE LOS ÁNGELES BOSCHIROLI (2002).

⁵⁶ ALESSANDRO BARATTA, CRIMINOLOGÍA CRÍTICA Y CRÍTICA DEL DERECHO PENAL: INTRODUCCIÓN A LA SOCIOLOGÍA JURÍDICO PENAL 135 (2004).

⁵⁷ ALZATE, *supra* nota 1, en las págs. 117-37.

⁵⁸ Grupo de Memoria Histórica (GMH), *¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad, Informe General Grupo de Memoria Histórica*, en la pág. 331 (2013) <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/basta-ya-colombia-memorias-de-guerra-y-dignidad-2016.pdf>, (Colom.) (última visita noviembre 21 de 2018).

⁵⁹ ALZATE, *supra* nota 1, en la pág. 153.

⁶⁰ *Id.*

y declaraciones que hacen parte de estos sistemas—, la ratificación de competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, obligaron de forma directa a la nación a cumplir con un régimen máximo de reconocimiento de derechos humanos.⁶¹ Este tipo de exhortación incentivó el cambio de la legislación penal y se expidió el Decreto 100 de 1980, entre otras modificaciones legislativas.⁶² Este instrumento jurídico, entre otras alteraciones metalingüísticas, abrogó la reincidencia criminal del sistema penal. El resultado observado era consecuente con el discurso del garantismo penal y hasta el mismo Zaffaroni mencionó el cambio paradigmático que a este respecto se generaba en América Latina:

La desaparición de la reincidencia, al menos en América Latina, parece perfilarse como viable, teniendo en cuenta que en 1980 la eliminó el código colombiano, que en 1984 redujo sus efectos y eliminó las «medidas» post-delictuales el código brasileño, que en 1985 desaparecieron también las «medidas» del código uruguayo y que en 1984 se había reducido el efecto de la reincidencia en el argentino.⁶³

A pesar de la optimización de los derechos humanos y el apacible efecto del conflicto armado, la humanidad sucumbió nuevamente en la desesperación y el miedo. Los atentados terroristas que se presentaban en el medio oriente y en Estados Unidos, obligaron a la mayoría de las Naciones Latinoamericanas a adoptar medidas extremistas para la segregación, la retribución y el castigo de terroristas, reincidentes y peligrosos sociales. El fatídico 11 de septiembre de 2001 marcaría para siempre la historia colombiana y, sin duda alguna para otras legislaciones, el apogeo del derecho penal de enemigos y las políticas criminales con un enfoque pe-

⁶¹ De igual manera, se resalta el papel idílico que cumplieron las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en favor de la protección de los derechos humanos de los colombianos. Entre ellas: 19 Comerciantes v. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte Inter-Am. D.H. (ser. C) Núm. 109 (5 de julio de 2004); Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) v. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte Inter-Am. D.H. (ser. C) Núm. 287 (14 de noviembre de 2014); Masacre de Santo Domingo v. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Corte Inter-Am. D.H. (ser. C) Núm. 259 (30 de noviembre de 2012); Escué Zapata v. Colombia, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Corte Inter-Am. D.H. (ser. C) Núm. 165 (4 de mayo de 2008); “Masacre de Mapiripán” v. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte Inter-Am. D.H. (ser. C) Núm. 134 (15 de septiembre de 2005); Gutiérrez Soler v. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte Inter-Am. D.H. (ser. C) Núm. 132 (12 de septiembre de 2005); Las Palmeras v. Colombia, Reparaciones y Costas, Excepciones Preliminares, Corte Inter-Am. D.H. (ser. C) Núm. 67 (4 de febrero de 2000).

⁶² L. 100/80, febrero 20, 1980, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Colom.). Debe tenerse en cuenta que el Decreto 100 de 23 de enero 1980 fue derogado por el actual Código Penal colombiano (derogado 2000), Véase, además, Ley 599/00, 24 de julio de 2000, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Colom.).

⁶³ ZAFFARONI, *supra* nota 18.

ligrosista.⁶⁴ Desde esta fecha inmemorable para el derecho penal, Colombia registraría la creación de una legislación procesal y sustantiva en materia penal, teñida por presupuestos exclusionistas y, con ello, la incorporación de la reincidencia criminal como aquel elemento retributivo inherente de una política criminal reactiva, populista, poco reflexiva, inconsciente y volátil. Como consecuencia, se establece el acoplamiento de esta clase de normativización, vía control de constitucionalidad de las leyes por parte de la Corte Constitucional de Colombia.⁶⁵

En la actualidad, Colombia no cursa por un conflicto interno, no obstante, las figuras peligrosistas se encuentran disfrazadas en el entramado normativo, de forma que emulan programas de solución y tratamiento de la criminalidad. Asimismo, los medios de comunicación muestran un mundo de crimen y transgresión amarillista, que más allá de un fin informativo, buscan promover el odio y el sentimiento de venganza social. Esto va de la mano, incentivado en la potestad de reacción estatal y el manejo de instrumentos legales de clase retributiva, en muchos casos, fraguados en la vulneración sistemática de los derechos humanos. Una realidad parecida acontece en los escenarios electorales. Los políticos, en aras de proporcionar una campaña con mitín y dividendos electorales, incentivan a la multitud al odio y el desprecio de aquellos delincuentes que generan daño social. De esta forma pueden promover campañas en contra de la delincuencia, y a favor del endurecimiento de penas e intervención estatal. Esto prospera en el perfeccionamiento de una falsa utopía, al dejar de lado estudios sociológicos, legales y culturales que certifiquen la viabilidad de dichas propuestas.⁶⁶ En otras palabras, se guían por el manejo de un populismo punitivo descontrolado.

Así las cosas, la unión de todos los factores históricamente analizados evidencian que el ordenamiento jurídico penal colombiano posee una profunda estimación por figuras jurídicas peligrosistas, tal como la reincidencia criminal, conectado a una política criminal reactiva y poco reflexiva.

2. México

La historia jurídica mexicana ha reflejado un *continuum* de regulación normativa atrayente de figuras jurídicas peligrosistas vinculante a políticas de etiquetamiento

⁶⁴ Véase KAI AMBOS, DERECHO PENAL DEL ENEMIGO (2007).

⁶⁵ Corte Constitucional [C.C.], 13 de abril de 2016, Sentencia C-181/16, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (exp. D-10946) (Colom.). Muchos juristas, conscientes de la incompatibilidad constitucional de la reincidencia criminal en el marco normativo colombiano, presentaron demandas de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional. Sin embargo, el alto tribunal, por medio de argumentos poco profundos y apartada del análisis del principio de proporcionalidad y de la técnica constitucional, avaló la reincidencia criminal como un resultado compatible con el régimen democrático, fundamentada en el principio de libertad legislativa.

⁶⁶ HABERMAS, *supra* nota 42, en la pág. 74.

social, con una atávica regulación legal, adquirida con mayor grado de antigüedad a la colombiana —o así lo datan los historiadores criminológicos—. ⁶⁷ En el año 1810, México registró la independencia colonialista por mandato del Virrey Juan Ruiz Apocada; sin embargo, el periodo de transición gubernamental exigió en la estructura del derecho, el mantenimiento del yugo jurídico dimanante de la comunidad española. Con gran exactitud, en 1820 el virrey ordenó al pueblo mexicano la publicación y observancia de la Constitución de Cádiz de 1812, ⁶⁸ respecto a la regulación penal, mercantil y laboral de la nueva organización estatal. ⁶⁹

Construir este énfasis de subordinación legal, explica en primer lugar el arraigo inicial que posee la venganza y la peligrosidad en el sistema penal mexicano. Esto se debe a que los principios legales que optimizaba el ordenamiento de la Antigua España, se acogían respecto a los movimientos de la dogmática clásica europea, bajo pequeños cimientos del positivismo italiano, fundamentos que a su vez predominaron en los procesos colonialistas latinoamericanos. ⁷⁰ Esta clase de emulación legal conlleva que la legislación penal, presidida por una constitución peligrosista, consienta la aquiescencia social y legal en el desconocimiento del margen de la protección de derechos humanos, deparando potestades exorbitantes a la libertad de la potestad legislativa. ⁷¹

Ya en el año 1827 el Estado de México concretiza su primera Constitución e incentiva la concepción de la tridivisión del poder, el respeto por un margen reducido de protección de derechos humanos y la regulación limitada de asuntos penales con otros estados de la República. ⁷² Frente a las cuestiones penales, el pacto social hacía referencia a ciertas normas que legitimaban la suspensión y limitación de derechos, frente a sujetos que concurrían en acciones antijurídicas graves para el

⁶⁷ MARTÍN GABRIEL BARRÓN CRUZ, CINCO ORDENAMIENTOS PENALES DEL SIGLO XIX (2010).

⁶⁸ *Id.* en la pág. 34.

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, LA CUESTIÓN CRIMINAL 14 (2013). Debe tenerse en cuenta que la escuela positivista italiana surge a finales del siglo diecinueve con sus mayores exponentes: Enrico Ferri y Cesar Lombroso. Sin embargo, ciertos presupuestos por ellos endilgados se desarrollaron previamente por movimientos políticos y religiosos.

⁷¹ Reprochar la intromisión de los derechos humanos en una época en que los movimientos constitucionales y la concepción de los estados sociales de Derecho aún no se desarrollaban, puede imputarse como un error en la metodología investigativa. No obstante, se toman estos referentes metódicos desde un enfoque histórico en el que los intérpretes observan la concepción de ciertas figuras inhumanas y no elocuentes a un futurista discurso de derechos humanos. Es así como se formula un estudio diacrónico de las figuras peligrosistas, en tanto que se conocerá si el Estado posterior al desarrollo de los movimientos constitucionales y la concepción de los estados sociales de Derecho, decide continuar regulando instituciones legales atávicas al interior del discurso de los derechos humanos. Este análisis proporcionaría al investigador el eje tiempo-espacio en el que la idea normativa ingresa al ordenamiento jurídico y se mantiene petrificada en el tiempo, a través de una omisión legislativa de modernidad jurídica.

⁷² BARRÓN, *supra* nota 67.

conglomerado social e identificaban términos como *gravedad de la conducta* y *peligrosismo*, en asuntos de relevancia constitucional.⁷³ En ese sentido, la legislación penal con tintes peligrosistas se esparcía por toda la república y en la mayor parte de estamentos penales y criminológicos, mientras legitimaba mediante instrumentos jurídicos la violencia a propia mano.⁷⁴ Todo este primer avance es una pieza clave para entender el afecto jurídico que México ha desarrollado en su política criminal, por parámetros legales que incentivan la restricción de la personalidad jurídica de los delincuentes.

Por otro lado, el surgimiento de la escuela positivista italiana de finales del siglo diecinueve, al igual que en el ordenamiento colombiano, emprendió la intervención estructuralmente dogmática en el entramado legal y jurisprudencial mexicano.⁷⁵ A partir de este preámbulo, los juristas de la época recrearon un ideal normativo en favor de la aplicación de figuras jurídicas propias de la exclusión legal y la segregación funcional. Los estudios focalizados por la medicina, la biología y la fisiología, relacionados con el objetivo de reducir la criminalidad, incrementaron exponencialmente y personificaron sus medios de investigación a través de las políticas públicas. Desde este punto, la colectividad humana asoció la segregación, exclusión, discriminación y exterminio de delincuentes con aquella forma legal de respetar los derechos humanos de la sociedad.⁷⁶

Sin apartarse de esa discusión, la academia argumentó lógicamente la necesidad de aplicar políticas populistas en el estado mexicano, en la medida que la acumulación de delitos y depravaciones sociales estimulaba en el actuar del ciudadano la vulneración sistemática del conjunto de reglas provistas por la constitución y las leyes de la época. Asegurar el castigo severo al delincuente pauperizaba la comisión de hechos punibles y, a su vez, perfeccionaba la capacidad cognitiva de los ciudadanos para respetar los mínimos parámetros de legalidad.⁷⁷ Asimismo, el progreso del positivismo italiano en la legislación mexicana, facilitó el acoplamiento de ciertas figuras jurídico-penales propias del ordenamiento jurídico de los Estados Unidos.⁷⁸ Basta verificar las condiciones geográficas fronterizas entre ambos países, como una influencia directa de la ensambladura legal de diversas formas de regulación

⁷³ *Id.* en la pág. 35. El profesor Barrón manifestó al respecto: “Así la Constitución del 14 de febrero de 1827 alude a tal tipo de normas penales que suspenden los derechos de ciudadano a los procesados penalmente y a los vagos; de igual modo, perdía tales prerrogativas quien por sentencia ejecutoriada fuese condenado a presidio, cárcel u obras públicas por más de dos años. . .”.

⁷⁴ *Id.* en la pág. 40.

⁷⁵ José Ramón Narváez, *Bajo El Signo De Caín: La Criminología Positiva En México*, 17 ANU. MEX. HIST. DERECHO (2005), en la pág. 314, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-mexicano-historia-der/article/view/29685/26808> (última visita noviembre 21 de 2018).

⁷⁶ *Id.* en la pág. 315.

⁷⁷ *Id.* en la pág. 318.

⁷⁸ MARCEL STORME, CIPRIANO GÓMEZ LARA, DOUGLAS CASSEL, XII CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO PROCESAL, VOL. IV: SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO PENAL Y SUS ÓRGANOS DE ACUSACIÓN 349 (2005).

político-criminal, al obtener legislaciones análogas, para sociedades social y culturalmente dispares.⁷⁹

De igual manera, el sistema político mexicano sufrió las consecuencias morales del acontecimiento del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos, y tanto el poder judicial como el legislativo se vieron obligados a implementar políticas enfocadas en la agravación de las penas, la limitación a beneficios penales y la privación del ejercicio de ciertos derechos fundamentales frente a sujetos peligrosos, terroristas, reincidentes y criminales políticos.⁸⁰ Un ejemplo de ello es la implementación del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de julio de 2011, que modifica el art. 19 constitucional y establece que: “El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley. . .”.⁸¹ Es así como restringe derechos fundamentales relativos a la presunción de inocencia y el debido proceso cuando el sujeto imputado se encuadra en políticas de determinismo penal; en este caso, por la gravedad de la conducta o la conformación de organizaciones criminales.⁸² Adicional a ello, se soslayan los modelos de interpretación constitucional y los límites a la potestad legislativa determinados en el marco del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.⁸³

Sin duda alguna, la aplicación privilegiada de los derechos fundamentales para un sector que fideliza el acatamiento a la vigencia normativa de un estado contrae el respaldo legítimo y constitucional del derecho penal de enemigos al interior de la regulación criminológica, procesal y sustantiva. Es así como, en la academia mexicana, se habla sobre una aprobación constitucional del derecho penal de la excepción, en tanto que las instituciones y figuras jurídicas peligrosistas son bienvenidas en el entorno penal, siempre y cuando cumplan con el mantenimiento de la armonía social, sin importar el costo en derechos humanos que de ello pueda resultar.⁸⁴ Este

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ ALZATE, *supra* nota 1, en la pág. 42.

⁸¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM], art. 19, Diario Oficial de la Federación [DOF], 05-02-17, últimas reformas DOF 27-08-2018 (Mex.).

⁸² *Id.* en el art. 16. Otras disposiciones constitucionales que desconocen parámetros de derechos humanos, y criterios materiales y estructurales de resolución de conflictos entre derechos fundamentales, es el art. 16 que establece que: “Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal”.

⁸³ Véase Corte Interamericana de los Derechos Humanos, (Corte Inter-Am. D.H.), *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7*, <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf> (última visita 7 de enero de 2019).

⁸⁴ LIZBETH XÓCHITL PADILLA SANABRIA, *CRIMINALIZACIÓN-CONTROL DEL ENEMIGO EN EL MÉXICO NEOLIBERAL: LA LEY ANTILAVADO* (2014).

tipo de regulaciones legales se extrapolan del garantismo penal para ser acogidas en una política criminal volátil, no reflexiva y, ante todo, populista.

El estado mexicano, al igual que Colombia, utiliza el derecho penal de enemigos, aprobado por presuntos parámetros constitucionales, en aras de enfrentar la delincuencia organizada, la comisión de conductas graves y la reincidencia criminal. Asimismo, los medios de comunicación buscan promover la reacción estatal retributiva, de exclusión y de sometimiento de clases; en muchos casos, fraguados en la vulneración sistemática de los derechos humanos. De igual forma, el sector electoral partidista incentiva en la multitud el odio y el desprecio por aquellos delincuentes que generan daño social, para así promover campañas en contra de la criminalidad, el endurecimiento de las penas y la intervención estatal ajena al principio de prohibición de protección deficiente, es decir, el manejo de un populismo punitivo descontrolado.⁸⁵

En conclusión, los antecedentes históricos analizados evidencian que el ordenamiento jurídico penal mexicano posee una profunda estimación por el derecho penal de enemigos y por figuras jurídicas peligrosistas, tal como la reincidencia criminal, vinculado –como en el caso de Colombia– a una política criminal populista y poco reflexiva.

B. Definición, características y elementos

Ya trazado el panorama histórico, social y cultural de los ordenamientos jurídicos estudiados, se planteará de forma paralela, un análisis sobre los instrumentos legales de Colombia y México, respectivamente, que regulan parámetros conceptuales, estructurales y tipológicos en el desarrollo de la aplicación normativa y judicial de la reincidencia criminal.

1. Definición

En el ordenamiento jurídico colombiano, la regulación de las figuras, instituciones y conceptos en materia criminal se rige por: (i) el código penal;⁸⁶ y (ii) el código de procedimiento penal.⁸⁷ Estos son instrumentos normativos llamados a delimitar el alcance, la aplicación y la ejecución de las actuaciones punitivas a favor del respeto a la dignidad humana y la legalidad. Sin embargo, la definición de reincidencia criminal no se considera en el entramado legal y se percibe la existencia de una omisión legislativa respecto a este eje jurídico.

La consecuencia de la indeterminación y falta de regulación conceptual por parte

⁸⁵ HABERMAS, *supra* nota 42.

⁸⁶ Código Penal Colombiano [CP], Ley 599/00, 24 de julio de 2000, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Colom.).

⁸⁷ Código de Procedimiento Penal Colombiano [CPP], Ley 906/04, 31 de agosto de 2004, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Colom.).

de órganos legislativos, obliga de manera directa a que las altas cortes sean quienes reglamenten de forma especial, técnica y científica la figura como tal, bajo el parámetro de fuente auxiliar de interpretación normativa. En el caso de Colombia, la Corte Constitucional ha expresado reiteradamente el rol que juega su jurisprudencia en los límites y la complementación a la potestad legislativa, sin desconocer las funciones concedidas por la Constitución a manos del órgano parlamentario. Con ello, se puede recaer, además, en la vulneración al principio de división de poderes, democracia y usurpación de funciones.⁸⁸

Bajo ese contexto, la Corte Constitucional ha sido enfática en que: “[e]l legislador colombiano juzgó oportuno darle relieve a la reincidencia, como una forma más eficaz de desestimular conductas socialmente censurables, cuya reiteración hace inepto, a quien en ellas incurre”.⁸⁹ Por lo tanto, cuando el órgano parlamentario elige su programa político criminal, será deber de las altas cortes complementar el ejercicio de determinación legislativa, respetando el espíritu de creación inicial a través de los diversos métodos de interpretación legal. También ha manifestado que: “[l]a reincidencia es una recaída en el delito, por parte de quien ya había sido condenado penalmente con anterioridad, lo cual genera una reacción social y jurídica en términos punitivos, pues agrava la pena del nuevo delito”.⁹⁰

Como punto de partida, delimitó el concepto de reincidencia criminal a partir de dos funciones en los ordenamientos jurídicos que yuxtaponen las funciones de prevención y retribución justa en el plan político de reducción criminal. En esta primera instancia, se observa: “[l]a reincidencia como una especie de las circunstancias modificativas agravantes de responsabilidad, prevista en algunos ordenamientos penales, en virtud de la cual se agrava la sanción impuesta al infractor cuando ha sido sancionado anteriormente por la comisión de otras infracciones”,⁹¹ sin necesidad de incurrir a la vulneración del principio *non bis*

⁸⁸ Véase, e.g. DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA, *EL DERECHO DE LOS JUECES* (2da ed. 2006).

⁸⁹ Corte Constitucional [C.C.], 17 de febrero de 1994, Sentencia C-060/94, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] en las págs. 13-14. (Colom.).

⁹⁰ El presente fallo es una de las providencias más reconocidas en materia de reincidencia criminal, puesto que constitucionaliza su configuración legal como una forma de agravación punitiva —específicamente la multa como pena principal—. Al respecto, se menciona en el mismo texto que:

La reincidencia reviste especial importancia para el derecho penal, pues comporta una reacción social ante la insistencia en el delito de quien ha sido previamente condenado por otro u otras conductas punibles, que se materializa en el incremento de la pena. Es decir, se trata de una situación fáctica con la entidad suficiente para generar la agravación de la pena impuesta a quien retorna a los actos reprochables no obstante haber sido juzgado y condenado previamente por la comisión de otros delitos.

⁹¹ Corte Constitucional [C.C.], 8 de febrero de 2006, Sentencia C-077/06, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] en la pág. 9 (Colom.).

in idem.⁹² La reincidencia ha sido considerada como un límite a los beneficios y subrogados penales, bajo el supuesto de que si el delincuente desconoce en mayor medida los deberes legales y la vigencia de la norma, debe entonces el sistema procesal y sustantivo penal brindar menores garantías al reincidente en el proceso de resocialización y prevención general. Es así como se crea una relación inversamente proporcional entre las variables de reiteración de la conducta delictual y derecho a beneficios y subrogados penales.⁹³

Por otra parte, el ordenamiento jurídico mexicano reglamenta las figuras, instituciones y conceptos en materia criminal a través del Código Penal Federal y el Código Penal para el Distrito Federal, hoy conocida como la Ciudad de México. Si se examina el extenso articulado de esta dupla normativa sobre el objeto de estudio, se concluirá que el único instrumento preponderante por construir un régimen conceptual de la reincidencia criminal recae en la Ley Penal Federal de 1931.⁹⁴ En esta se afirma que, si el delincuente condenado anteriormente por sentencia ejecutada decide cometer un nuevo delito en un término igual al de la prescripción de la pena, será considerado reincidente criminal.⁹⁵

México, al no poseer una jurisdicción constitucional especial dedicada a la protección de los derechos humanos, y no conservar una tendencia por movimientos como el *stare decisis* –precedente judicial– en relación con el activismo judicial, limita las aportaciones judiciales que los jueces de la república federada pueden forjar frente a figuras jurídicas en manos del legislador. Se reconoce, de esta manera, la función de la Suprema Corte de Justicia de la nación, respecto a su limitada capacidad judicial sobre la complementación o creación dogmática de figuras jurídico-penales, cercenando la jurisprudencia y sus tesis relevantes ante

⁹² Corte Constitucional [C.C.], 13 de febrero de 2002, Sentencia C-088/02, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] en la pág. 7 (Colom.). Se expresa: “Esta prohibición del doble enjuiciamiento, o principio del non bis in ídem, busca evitar que las personas estén sujetas a investigaciones permanentes por un mismo acto”. Este principio no se restringe al ámbito penal, sino que

[s]e hace extensivo a todo el universo del derecho sancionatorio del cual forman parte las categorías del derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el derecho de punición por indignidad política (*impeachment*) y el régimen jurídico especial ético - disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de investidura de los Congresistas). Sin embargo, la prohibición del doble enjuiciamiento no excluye que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones, siempre y cuando éstas [sic] tengan distintos fundamentos normativos y diversas finalidades.

⁹³ ALZATE, *supra* nota 1, en la pág. 134. La relación consiste en: entre mayor grado de reincidencia –delitos cometidos– menor serán los beneficios y subrogados penales susceptibles de aplicarse en su favor.

⁹⁴ Código Penal Federal [CPF], Diario Oficial de la Federación [DOF], 14-08-1931, últimas reformas DOF 20-08-2009 (Mex.).

⁹⁵ *Id.* en el art. 20.

discusiones sobre la usurpación de funciones entre ramas del poder público y el activismo judicial.

Por consiguiente, la reincidencia criminal goza de una estructura conceptual en los países antes comparados, en la medida que el ordenamiento jurídico colombiano, a través del activismo judicial, procura definir su alcance normativo. Esto último, mediante escenarios limitativos tanto de beneficios como de agravantes de las sanciones penales. Por otro lado, en el ordenamiento jurídico mexicano se ha construido la reincidencia criminal a base de una itinerancia en la conducta penal, sin la necesidad de aclarar un enfoque de aplicación legal.

2. Características

El ordenamiento jurídico colombiano, a partir de la actividad judicial, agrupa las características de la reincidencia criminal en cinco pilares estructurales a través de procesos de interpretación simbióticos. En primer lugar, se encuentra la *generalidad*. Esta no distingue la naturaleza de las conductas punibles para la configuración de la reincidencia criminal, opera únicamente por la repetición de una conducta encuadrada al margen de un delito, sin relevancia de los parámetros de semejanza con el hecho penalizado en una sentencia previa. En otras palabras, el derecho penal colombiano regula tipológicamente la reincidencia genérica.⁹⁶ En segundo lugar, es *obligatoria*. Este es un límite a la capacidad discrecional del juez en un proceso penal, toda vez que, al constatar los requisitos de constitución figurativa, el operador judicial deberá aplicar las consecuencias que la ley señaló para el reincidente criminal.⁹⁷ Por otro lado, se basa en *criterios objetivos*: aplicar la reincidencia criminal debe partir de elementos descriptivos, normativos y objetivos, desligándose de cualquier forma de imputación subjetiva propia del autor y del arbitrio judicial. Esto es, se necesita basar la decisión en la existencia de una sentencia condenatoria previa, la verificación de la comisión de otro delito bajo una inferencia razonable de autoría o participación y la confirmación del periodo de tiempo en que el juez, sin prescindir el principio de *non bis in idem*, decide tener en cuenta un hecho ya penalizado como un agravante punitivo en el nuevo proceso penal.⁹⁸ Está sometida a *límites temporales*. El ordenamiento jurídico debe señalar: “[u]n plazo a partir de los cuales dejan de surtir efectos las condenas anteriores. . .”.⁹⁹ Por último, es una circunstancia de *agravación de la pena*. Como ya se ha mencionado, la reincidencia

⁹⁶ Corte Constitucional [C.C.], 8 de febrero de 2006, Sentencia C-077/06, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Colom.).

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ *Id.*

criminal amplifica los efectos de las penas principales y accesorias de una conducta punible.¹⁰⁰

En el mismo sentido, el código penal colombiano regula de forma taxativa las características de la reincidencia criminal bajo dos enfoques restrictivos de derechos fundamentales. Por un lado, el artículo 39 establece que: “[l]a unidad multa se duplicará en aquellos casos en que la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los diez (10) años anteriores. . .”.¹⁰¹ De otra parte, se clasifica la carencia de antecedentes penales como una circunstancia de menor punibilidad y se agrava tácitamente la situación jurídica del delincuente que repite un hecho delictivo, previa condena ejecutada.¹⁰² En el mismo código se sistematiza la falta de antecedentes penales como un requisito de consideración judicial para la suspensión de la ejecución de la pena. Se fundamenta bajo la excepción legal de que: “[e]l juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales,

¹⁰⁰ *Id.* La Corte Constitucional al respecto mencionó:

Conforme a lo expuesto, las principales características de la reincidencia penal son las siguientes: i) Generalidad: pues se aplica a cualquier comportamiento punible, salvo que en determinados casos se encuentre excluida; ii) es obligatoria, esta característica obliga a todos los jueces a aplicarla, siempre que se encuentren acreditados los requisitos exigidos por la ley; iii) se basa en criterios objetivos: no obstante ser una circunstancia personal, descansa sobre criterios objetivos, pues exige la existencia de una sentencia previa en firme y la comisión de otro delito, es decir, se trata de la objetivación de una condición personal actual, a partir de la acreditación de requisitos formales y objetivos, que escapan al juicio de culpabilidad realizado por el operador judicial; iv) está sometida a límites temporales: existe la previsión legal de unos plazos a partir de los cuales dejan de surtir efectos las condenas anteriores; y v) es una circunstancia de agravación de la pena: su operancia genera el aumento de la pena para el sujeto activo del nuevo delito.

¹⁰¹ Código Penal Colombiano [CP], art. 39, Ley 599/00, 24 de julio de 2000, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Colom.).

¹⁰² *Id.* en el art. 55. Véase, además, Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], Sala de Casación Penal, diciembre 11, 2013, Ref., Expediente 248092, Gaceta de la Rama Judicial [G.R.J.] en las págs. 16-30 (Colom.). Esta forma de agravación punitiva es una discusión que carece de fundamento jurídico según la Corte Suprema de Justicia. A través de su reiterada jurisprudencia, ha manifestado que la ausencia de antecedentes penales no debe ser considerada una forma tácita de agravación punitiva. Por el contrario, funge como un premio legal otorgado por la política criminal a delincuentes primarios, en tanto que los reincidentes penales al inscribir en sus antecedentes penales registros de la comisión de delitos, pierden la capacidad de reclamo punitivo en su beneficio. Su fundamento se basa en el siguiente silogismo lógico: A) las circunstancias de menor punibilidad son beneficios punitivos y no agravantes penales; B) los agravantes punitivos empeoran la situación jurídica del indiciado; C) conclusión: las circunstancias de menor punibilidad no empeoran su situación jurídica. Pese a este discernimiento judicial, considero que esta clase de beneficios punitivos parte de una discriminación entre delincuente de primer y segundo grado, sin justificación del principio de proporcionalidad como método de resolución de conflictos de principios fundamentales; por lo que impedir su aplicación agrava el derecho fundamental a la igualdad y dignidad humana y, de paso, la situación o personalidad jurídica del indiciado.

sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena”.¹⁰³

En cuanto al segundo eje, se clasifica la reincidencia criminal como aquella figura restrictiva de beneficios, subrogados y derechos fundamentales inherentes a los contenidos en los procesos penales. El artículo 68 del Código Penal de Colombia restringe la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave, si: “[e]n el momento de la comisión de la conducta tuviese ya otra pena suspendida por el mismo motivo”.¹⁰⁴ Lo anterior continúa vigente, aún si por disposición del derecho internacional humanitario o el sistema de protección de derechos humanos fuese incompatible la privación de la libertad con los derechos fundamentales del delincuente.¹⁰⁵ De igual manera, se dispone para restringir taxativamente los beneficios y subrogados penales de: “[s]uspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión. . .” u “[o]tro beneficio, judicial o administrativo”.¹⁰⁶ Es igualmente aplicable: “[c]uando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores”.¹⁰⁷

Entre tanto, en el ordenamiento jurídico mexicano existe una regulación normativa sobre las características de la reincidencia criminal,¹⁰⁸ clasificados en cinco grupos: (i) generalidad conductual: los artículos 22 y 23 del Código Penal Federal,¹⁰⁹ preceptúan una reincidencia criminal genérica, incondicional a la naturaleza del hecho punible, ya sea en la modalidad de dolo o preterintención, o bajo dispositivos amplificadores del tipo penal como la tentativa o la autoría y participación. Sumado a ello, se enarbola una cláusula de restricción en el encuadre de la reincidencia criminal y se prohíbe su empleo cuando el delito previamente sentenciado u objeto

¹⁰³ Código Penal Colombiano [CP], art. 63, Ley 599/00, 24 de julio de 2000, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Colom.).

¹⁰⁴ Código Penal Colombiano [CP], art. 68, Ley 599/00, 24 de julio de 2000, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Colom.).

¹⁰⁵ Corte Constitucional [C.C.], 26 de abril de 1998, Sentencia T-153/98, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] en las págs. 10-15 (Colom.). Ante esta disposición, a simple vista violatoria de los derechos humanos, en la práctica jurídica los jueces colombianos aplican la *excepción de inconstitucionalidad* del control difuso de constitucionalidad. Ante su consideración, bajo un estricto estudio del principio de proporcionalidad, deben prevalecer los derechos fundamentales a la personalidad jurídica, vida, dignidad humana, integridad personal, intimidad y el libre desarrollo de la personalidad, por encima del interés social o colectivo.

¹⁰⁶ Código Penal Colombiano [CP], art. 68(A), Ley 599/00, 24 de julio de 2000, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Colom.).

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ Véase Corte Constitucional [C.C.], 13 de abril de 2016, Sentencia C-181/16. Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Colom.). Para una mejor comprensión, se tomarán como base los ítems de categorización adoptados por la H. Corte Constitucional Colombiana, en esta sentencia.

¹⁰⁹ Código Penal Federal [CPF], arts. 22 y 23, Diario Oficial de la Federación [DOF], 14-08-1931, últimas reformas DOF 20-08-2009 (Mex.).

de investigación penal inviste una naturaleza especial, identificada para los delitos políticos o cuando el agente haya sido indultado por ser inocente; (ii) la obligatoriedad judicial: según el artículo 65 del Código Penal Federal, si el juez competente acredita los elementos jurídicos de la reincidencia criminal, se impone así mismo la obligación legal de aplicarla en el momento procesal y sustantivo establecido por la legalidad, los límites y amplitud que exige el proceso penal en ámbito de derechos humanos;¹¹⁰ (iii) se basa en criterios objetivos: se establece el derecho penal del autor en el proceso de concreción racional y fundamentación práctica de la reincidencia criminal con enfoque restrictivo o de agravación punitiva; (iv) sometida a límites temporales: igualmente, el artículo 20 establece: “[u]n término igual al de la prescripción de la pena. . .” a partir de los cuales dejan de surtir efectos las condenas anteriores;¹¹¹ (v) funge como un agravante punitivo, o un límite a beneficios penales: la reincidencia criminal puede focalizarse en dos grandes escenarios: en primera instancia, el artículo 172 del Código Penal Federal concibe, a través de la limitación a beneficios penales, desestimar conductas ensordecedoras a los mandatos de permisión o prohibición, y con ellas, establecer la vigencia normativa.¹¹²

En el segundo escenario, la reincidencia criminal asimila la función de la agravación punitiva al contenido del procedimiento penal. Para ello, el artículo 159 del Código Penal Federal compele duplicar la multa y adjudicar prisión de uno a seis años, en ciertos casos. Un ejemplo de ello lo es: “[e]l reo suspenso en su profesión u oficio, o inhabilitado para ejercerlos, que quebrante su condena”.¹¹³ Del mismo modo, de consideran paradigmas en este segundo enfoque, la imposición de sanciones cuando el testigo no declara en la audiencia de juicio, considerada una sanción agravada si el declarante reitera el delito.¹¹⁴ Desde una perspectiva más amplia, el artículo 65 del Código Penal Federal concilia ambos enfoques clasificatorios bajo el concepto del establecimiento de la vigencia de la norma, agravando y limitando derechos fundamentales del delincuente que ponen en peligro el sistema deóntico y axiológico del ordenamiento jurídico.¹¹⁵

3. Elementos

Al enunciar características y elementos figurativos de la reincidencia criminal, no se pretende construir una teoría jurídico-penal inextricable. Contrario a ello, se busca escalonar las exigencias jurídicas para los órganos constituidos en temas de

¹¹⁰ *Id.* en el art. 65.

¹¹¹ *Id.* en el art. 20.

¹¹² *Id.* en el art. 172.

¹¹³ *Id.* en el art. 159.

¹¹⁴ *Id.* en el art. 182.

¹¹⁵ *Id.* en el art. 65.

regulación criminal. Esto resulta fundamental, al tomar en cuenta que las características legitiman la libre potestad del órgano legislativo para focalizar la reincidencia criminal como un plan de contrataque frente al crimen y el delito. Los elementos son aquellos requisitos que el juez, durante el proceso penal, evalúa y acredita mediante el conjunto de compendios probatorios, en aras de legitimar la imposición de agravantes punitivos o límites a beneficios o subrogados penales, en razón de una sentencia condenatoria previa. Bajo otros términos, las *características* –también llamadas *elementos* en sentido amplio– son los presupuestos que se definen en la etapa de creación normativa, plasmados en el programa político criminal, mientras que los *elementos* –también llamados *elementos* en sentido estricto– son los requisitos exigidos por los instrumentos normativos, con el fin de que el juez competente acredite el calificativo de reincidente criminal a una persona procesada. Puede que algunas características se transmuten en elementos jurídicos, sin embargo, las primeras se resuelven en ámbitos de la criminalización primaria, y los segundos en esferas de la criminalización secundaria.

En ese orden de ideas, el ordenamiento jurídico colombiano, haciendo uso del activismo judicial y el entramado legislativo,¹¹⁶ reguló los elementos de la reincidencia criminal en siete pilares estructurales.

(i) Una condena previa: se refleja en la necesaria comprobación de la existencia previa de una condena penal por un delito. Para cumplir este fin, se implementan sistemas operativos y tecnológicos que ayuden al trámite de identificación y el determinismo penal sin irrumpir esferas de derechos fundamentales. A causa de esto, en la Ley 599 del 2000 se exige como requisito procesal, en algunos casos, que la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional.¹¹⁷ De esta forma, se otorga una sanción mayor al fracaso del cumplimiento al fin preventivo y resocializador de la pena.¹¹⁸

(ii) Sentencia firme o ejecutada: la sentencia previa con sentido condenatorio tuvo que surtir todas las instancias que el procedimiento concibe en cada legislación y así quedar ejecutada. Su fundamento está enraizado en que, hasta no resolver los recursos o los efectos suspensivos de las providencias o instancias judiciales, no podrá utilizarse esa condena previa, en la conformación de la reincidencia criminal en el nuevo proceso penal.¹¹⁹

¹¹⁶ Corte Constitucional [C.C.], 13 de abril de 2016, Sentencia C-181/16. Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] en la pág. 34 (Colom.).

¹¹⁷ Véase, e.g. Código Penal Colombiano [CP], Ley 599/00, 24 de julio de 2000, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Colom.).

¹¹⁸ Corte Constitucional [C.C.], 13 de abril de 2016, Sentencia C-181/16. Gaceta de la Corte Constitucional en la pág. 34 [G.C.C.] (Colom.).

¹¹⁹ *Id.*

(iii) Ausencia de exigibilidad de condena cumplida: este elemento contempla como suficiente la existencia de una condena ejecutada, sin la ocurrencia de exigir el cumplimiento de la pena en la sentencia anterior al nuevo delito.¹²⁰

(iv) Eficacia temporal de la condena previa: el tiempo en el que se podrá analizar la condena de un delito en futuros procesos penales no es perpetuo, dado que restringiría la presunción de resocialización penal al contenido del programa criminal instaurado en los estados sociales y democráticos de derecho. Igualmente, se infringiría el principio de *non bis in ídem*, la igualdad y dignidad humana. Bajo esa tesitura, el artículo 39 del Código Penal colombiano señala un término de diez (10) años, contados a partir de una sentencia previa hasta el procedimiento judicial penal, objeto de delitos que señalen en su sanción.¹²¹ Frente a la suspensión de la ejecución de la pena, el artículo 63 señala un plazo de cinco (5) años anteriores al nuevo procedimiento penal,¹²² y, en contraste, el artículo 68(A) refiere, frente a la exclusión de beneficios o subrogados penales, un tiempo de cinco (5) años anteriores al nuevo procedimiento penal.¹²³

(v) Delito actual: que se constate la comisión de una nueva conducta punible.¹²⁴

(vi) Sujeto reincidente: está sujeta a que se acompañe una certificación documental o magnética de la existencia de una condena previa respecto al nuevo proceso penal.¹²⁵

(vii) Prueba de la reincidencia: el nuevo delito debe gozar de una base probatoria que certifique primigeniamente la inferencia razonable de autoría o participación del supuesto reincidente criminal.¹²⁶

Del mismo modo, el ordenamiento jurídico mexicano expresa normativamente elementos que el operador judicial ha de tener en cuenta a la hora de agravar o limitar beneficios o subrogados penales, en razón de la reincidencia criminal. Para ello, el artículo 20 del Código Penal Federal, esbozó los siguientes elementos: (i)

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ Código Penal Colombiano [CP], art. 39, Ley 599/00, 24 de julio de 2000, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Colom.).

¹²² *Id.* en el art. 63.

¹²³ *Id.* en el art. 68(A).

¹²⁴ Corte Constitucional [C.C.], 13 de abril de 2016, Sentencia C-181/16. Gaceta de la Corte Constitucional en la pág. 34 [G.C.C.] en la pág. 34 (Colom.).

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ *Id.*

Condena previa y sentencia en firme o ejecutoriada: cuando el texto normativo manifiesta que: “[h]ay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito. . .”,¹²⁷ infiere en el ejercicio de configuración penal la existencia de una providencia anterior, dictada por un juez competente y agotada en ámbitos de recursos e instancias procesales. (ii) La ausencia de exigibilidad de condena cumplida: a este respecto el legislador solo manifiesta la exigencia judicial de condena ejecutoria, más no del cumplimiento de las penas principales o accesorias en la sentencia judicial previa. (iii) La eficacia temporal de la condena previa: la previsión legal de plazos, a partir de los cuales dejan de surtir efectos las condenas es: “[i]gual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley”.¹²⁸

En conclusión, ambos ordenamientos jurídicos –colombiano y mexicano–, a partir de su evolución legal y jurisprudencial, han podido constatar la creación del régimen de características en el parámetro del programa político criminal. Es aplicable, asimismo, respecto al régimen de elementos esenciales de la reincidencia criminal en el plan judicial de procedimientos penales. Así, se rescatan de manera universal y única, tres *ítems* que forman parte de la intersección de ambos conceptos: (a) sentencia previa (b) reiteración y (c) temporalidad.¹²⁹

C. Confrontación comparada

Agotar la etapa electiva y descriptiva en la metodología comparada, sostiene la comprensión sobre el trasfondo normativo que cada ordenamiento jurídico estudiado brinda en la construcción legal y jurisprudencial de la reincidencia criminal.¹³⁰ No obstante, delimitar el proceso investigativo hasta estas fases metódicas resulta en errores de interpretación y de creación lógica y científica en el derecho comparado. La razón principal es que se omite la confrontación de una legislación con otra y, así, la presentación de conclusiones en respuesta a la hipótesis o el problema de investigación. En este caso, lo es la acreditación de la reincidencia criminal como un trasplante jurídico en la legislación de Colombia y México. De manera que, en los siguientes acápites se intentará explicar el apego significativo que tienen los estados comparados frente a figuras jurídicas peligrosistas, entre ellas la reincidencia criminal. De encuadrarse un trasplante jurídico, el rol será emprender un cambio etiológico, deóntico y axiológico de esta regulación normativa. En última instancia,

¹²⁷ Código Penal Federal [CPF], art. 20, Diario Oficial de la Federación [DOF], 14-08-1931, últimas reformas DOF 20-08-2009 (Mex.).

¹²⁸ *Id.*

¹²⁹ Estos tres presupuestos se desarrollan en ámbitos de las características o elementos de la reincidencia criminal. El carácter de universalidad obliga a acatar su estructura tanto en el programa político criminal como en el procedimiento penal por parte del juez competente.

¹³⁰ DE CRUZ, *supra* nota 5.

el propósito será la expulsión de aquellos preceptos incompatibles con la cultura jurídica, la tradición legal y los principios constitucionales del estado receptor.¹³¹

1. Historia y condiciones sociales

El derecho del antiguo continente influyó en las regulaciones sociopolíticas de los países latinoamericanos a través de los procesos de colonización. Fue así como deparó en las decisiones jurídicas de los gobernantes, la sobreposición de las figuras e instituciones normativas del ordenamiento jurídico conquistador sin perjuicio de las necesidades sociales, culturales y jurídicas del país conquistado.¹³² Una de aquellas formas de acoplamiento normativo se cristalizó en la violencia estatal legitimada por móviles vengativos y represivos. A su vez, se desconocía la escasa protección de derechos humanos vigente en aquellos tiempos —la escolástica como movimiento filosófico de aprovisionamiento legal y humano—.¹³³ Sin lugar a duda, sus formas de castigar aparejaban una intención de exclusión, exterminio o supresión de personas desconocedoras de los mínimos parámetros legales, entre ellas las reincidentes criminales.

A finales del siglo diecinueve e inicios del siglo veinte, los juristas latinoamericanos revalidaron la columna vertebral del derecho penal sobre los presupuestos positivistas italianos.¹³⁴ Sin presumir demasiado, los procesos de investigación criminal enfocaron las categorías fisionómicas de los individuos como premonitorios de una tendencia delictiva, que por su naturaleza deseaban la comisión del delito y

¹³¹ *Id.* En consideración del lector, puede realizarse un proceso conjunto entre la descripción de la regulación normativa de los ordenamientos comparados, referente al estudio de la reincidencia criminal, y el proceso identificativo de semejanzas y diferencias entre regulaciones jurídicas. Puede, como regla general, considerarse más útil y comprensivo. Desde el Instituto de Investigaciones Jurídicas [IIJ] de la Universidad Nacional Autónoma de México [UNAM], y las cátedras de derecho comparado impartidas por el doctor Efrén Chávez Hernández, pretendemos reemplazar términos de *utilidad* por *comprensión metódica crítica*, en el entendido de que el deber del comparatista parte del señalamiento de la determinación lingüística del objeto de estudio [fase electiva] y la descripción jurídica que cada legislación ha materializado normativamente al interior del objeto de estudio [fase descriptiva]. De esta forma, se separa con posterioridad la confrontación entre regulaciones de los Estados Comparados y las explicaciones o conclusiones que de esa actividad analítica deriven [fase identificativa y conclusiva]. Y es que no puede mezclarse argumentación objetiva-descriptiva estribada de los instrumentos de las legislaciones comparadas, con argumentación subjetiva que el comparatista señala en interpretación a los elementos objetivos. Aunque respete parámetros de la lógica y de racionalidad teórica y práctica, son aserciones construidas por un pensamiento particular o individual. Asimismo, al seguir los requisitos del método científico, incitaría a la comunidad académica a realizar sus conclusiones a partir de los elementos objetivos sin alteración meta-contextual señalados en las dos primeras fases metodológicas, con el fin de establecer discusión dogmática y académica.

¹³² BARRÓN, *supra* nota 67.

¹³³ Véase CARLOS PATIÑO GUTIÉRREZ, LA VALIDEZ DEL DERECHO EN LA ESCOLÁSTICA, DESOBEDIENCIA, IUSNATURALISMO Y LIBRE ALBEDRÍO EN FRANCISCO SUÁREZ, SERIE DOCTRINA JURÍDICA (2017).

¹³⁴ ALZATE, *supra* nota 1.

las infracciones al deber.¹³⁵ De ahí que, entonces, se promulgaba la exclusión social y, en muchos casos, la eliminación de grupos humanos que desatendían las disposiciones normativas. Con ello advenía el incremento de torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes y su intento de desmitificar la personalidad jurídica y el sistema de protección de derechos humanos. Este pensamiento ideológico fue liderado, en principio, en cada legislación comparada por juristas renombrados, tales como Jorge Eliecer Gaitán, de Colombia, y Martínez Baca, de México.¹³⁶

Ya en los años cincuenta del siglo veinte, en Colombia se diseminaban los primeros efectos del conflicto armado interno, precursor de instrumentos jurídicos mediados por la sed de venganza.¹³⁷ El tiempo de conflagración sembró en la sociedad colombiana un deseo avasallado por la violencia y la retribución taliónica ante el delincuente, reforzando así las políticas de peligrosidad, miedo y terror colectivo.¹³⁸

En cuanto a la existencia de escenarios contextuales violentos en México, el impacto de lucha entre carteles del narcotráfico, la corrupción del sector público y privado, el alarmante ascenso de homicidios, como el *caso mujeres de Juárez*, y la intimidación de las organizaciones criminales, contribuyeron a la inmersión del derecho penal de enemigos en la regulación penal, disciplinaria y administrativa del sistema jurídico.¹³⁹ La peligrosidad penal como fuente del utilitarismo legal se articuló con las disposiciones de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. De esta manera, se legitimaron medios violentos, segregacionistas, sosegados por la venganza penal y la exclusión de personas indiferentes a la vigencia normativa.¹⁴⁰

Sin más que auscultar, la venganza, el derecho penal de enemigos y los procesos de exclusión se adscribieron al funcionamiento del sistema carcelario y penitenciario de Colombia y México. Fue así como proporcionaron figuras jurídicas que maximizaron el mantenimiento de la vigencia de la norma negada por la acción delictiva.¹⁴¹ En este escenario, la reincidencia criminal cobra vida útil a través del incremento de las penas, la agravación punitiva y el límite a beneficios y subrogados penales. Efectivamente, se soslayó de ambos ordenamientos normativos el garantismo penal para dar cabida al derecho penal de excepción.¹⁴²

¹³⁵ CÉSAR LOMBROSO, LOS CRIMINALES (1916) (*disponible en* <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1568-los-criminales>) (última visita 3 de diciembre de 2018).

¹³⁶ POSADA CARBO, *supra* nota 48. Véase, también, Narváez, *supra* nota 75.

¹³⁷ Grupo de Memoria Histórica (GMH), *¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad, Informe General Grupo de Memoria Histórica*, en la pág. 331 (2013), <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/basta-ya-colombia-memorias-de-guerra-y-dignidad-2016.pdf> (Colom.) (última visita noviembre 21 de 2018).

¹³⁸ ALZATE, *supra* nota 1.

¹³⁹ PADILLA, *supra* nota 84.

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ JAKOBS, *supra* nota 37.

¹⁴² PADILLA, *supra* nota 84.

Por esto, se trae nuevamente a discusión el atentado terrorista del 11 de septiembre del 2001 y lo que produjo al régimen sustantivo y procesal penal de Colombia y México. Desde esta fecha se enmarca el inicio de la confrontación de terroristas, reincidentes y miembros de organizaciones criminales, señalados como enemigos del Estado por alterar la armonía cultural y social de sus habitantes.¹⁴³ Los países comparados, influenciados por las peticiones diplomáticas de Estados Unidos, implementaron un normativismo justificado a la luz de las teorías anunciadas por el profesor Günther Jakobs. Mediante este, la política criminal tenía que enraizar fundamentos teóricos y prácticos en el derecho penal de enemigos.¹⁴⁴ Sin vacilar, fue este el comienzo para que el jurista mexicano y colombiano, subviertiera principios constitucionales y convencionales en favor de la eliminación de ciertos grupos inestables en la armonía sistémica. Esto conllevó la acción de justificar la clasificación de ciudadanos de primera y segunda categoría en un sistema penal de segregación y peligrosidad –un apartheid–.¹⁴⁵

Cabe destacar la intervención de los medios de comunicación y el panorama electoral en la creación legal de figuras peligrosistas, y el *modus operandi* de la reincidencia criminal en los ordenamientos comparados. Los primeros, recreando una sociedad de violencia, crimen e intimidación que estimulaba en el reclamo social, la reacción retributiva del Estado.¹⁴⁶ Mientras tanto, las campañas partidistas en periodos electorales, valiéndose del proceso de intimidación mediática, formulan al entorno de sus planes de gobierno: instrumentos jurídicos regulatorios de figuras e instituciones que agravan penas y limitan beneficios y subrogados penales. Convierten la privación de la libertad en un medio idóneo para retribuir un mal cometido por el delincuente en un mal mayor de privación, tortura y afrenta social –una venganza estatal–.¹⁴⁷

En conclusión, los ordenamientos jurídicos de Colombia y México, asimilan una historia legal de superposición de órdenes normativas colonialistas, en la que la venganza colectiva se legitimaba en el interior regulatorio de las constituciones.¹⁴⁸ De igual modo, no se restringió el ingreso jurídico de la escuela positivista italiana, por lo que la segregación, la prevención especial negativa y la discriminación social fueron presupuestos progenitores del sistema penal y la política criminal.¹⁴⁹ Asimismo, el conflicto armado interno –en el caso de Colombia– o el incremento masivo de delincuencia organizada –en el caso de México– llevaron al estado de

¹⁴³ ALZATE, *supra* nota 1, en la pág. 104.

¹⁴⁴ JAKOBS, *supra* nota 37, en la pág. 54.

¹⁴⁵ ALZATE, *supra* nota 1.

¹⁴⁶ ZAFFARONI, *supra* nota 70, en la pág. 223.

¹⁴⁷ PADILLA, *supra* nota 84.

¹⁴⁸ BARRÓN, *supra* nota 67.

¹⁴⁹ Narváez, *supra* nota 75, en la pág. 316.

derecho en cada país a prescindir de regímenes garantistas para aquellas personas que desconocían la vigencia normativa, por un derecho penal de enemigos o de excepción. Esto se fortificó con los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos.¹⁵⁰ Por último, ambos ordenamientos padecen de los efectos negativos de la criminología mediática,¹⁵¹ eje de impulsión populista en escenarios electorales.¹⁵²

El panorama es desolador. La empatía desarrollada por los ordenamientos jurídicos de Colombia y México, en el acoplamiento de figuras peligrosistas propias del derecho penal de enemigos, establece un escenario viable para el cultivo legal de cualquier instrumento que tenga como objetivo la regulación de la reincidencia criminal en respuesta al alto índice de actos delictivos. No obstante, la intervención injustificada de derechos fundamentales, en el marco de un estado social y democrático de Derecho,¹⁵³ desemboca en un desconocimiento del entramado constitucional, convencional y de principios iusfundamentales de cada país. De esta forma, magnifica las crisis carcelarias y penitenciarias, y la implementación de una política criminal reactiva, populista, poco reflexiva y subordinada a la política de seguridad, inestable, inconsciente y volátil.¹⁵⁴

En ese sentido, es indispensable cuestionarse: ¿La historia de exclusión y segregación que han desarrollado los estados comparados facilita la incorporación de la reincidencia criminal como una figura compatible con la tradición y la cultura legal? ¿Acaso existe un conflicto entre el sistema jurídico y constitucional *versus* los antecedentes históricos, sociológicos y etnológicos de los Estados? De ser así, ¿debe realizarse un juicio de prevalencia del sistema histórico sobre el sistema jurídico para valorar aquellas incorporaciones legales en trasplantes o recepciones jurídicas?¹⁵⁵

2. Definición, características y elementos

Como se ha descrito con anterioridad, los ordenamientos jurídicos aquí expuestos conceptúan la reincidencia criminal como aquella figura jurídica que reglamenta la comisión reiterada de un delito por un sujeto condenado en una sentencia previa ejecutoriada en calidad de autor o partícipe. Esto, a su vez, en etapa de creación

¹⁵⁰ ALZATE, *supra* nota 1, en la pág. 41.

¹⁵¹ ZAFFARONI, *supra* nota 70, en las págs. 209-22.

¹⁵² HABERMAS, *supra* nota 42.

¹⁵³ En este acápite se observa la organización política y jurídica de Colombia y México a través de la instauración de un estado social de derecho.

¹⁵⁴ Véase Corte Constitucional [C.C.], 13 de abril de 2016, Sentencia C-181/16. Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Colom.).

¹⁵⁵ DE CRUZ, *supra* nota 5. Debe tenerse en cuenta la definición de trasplante jurídico y recepción jurídica realizada en la nota 5.

legislativa, exige de los funcionarios parlamentarios una normativización de presupuestos que respeten el régimen de protección de derechos humanos, sometida a un tiempo de imputación, fundada en elementos objetivos –con ausencia del derecho penal de autor–.¹⁵⁶ Es importante destacar que esta debe ser de cumplimiento obligatorio en los procesos judiciales para delitos generalizados –no se clasifica según la naturaleza delictual–,¹⁵⁷ y debe fungir como dispositivo de agravación punitiva o limitación a beneficios o subrogados penales. Asimismo, en etapas procesales para poder aplicar los efectos de la figura, el juez competente deberá constatar una condena previa en sentencia ejecutoria, por un tiempo legalmente estipulado, así como la ocurrencia de un delito actual con una base probatoria que infiera razonablemente autoría o participación del delincuente reincidente.¹⁵⁸

De este encuadre conceptual, los estados comparados ratifican la hipótesis sobre la existencia de un conjunto de elementos universales o de intersección entre la potestad legislativa –previo– y judicial –posterior– en escenarios deónticos de la reincidencia criminal como figura jurídica. Estos son: (i) sentencia previa: con el fin de sancionar la puesta en peligro reiterada; (ii) reiteración: la existencia de un nuevo delito con cimientos probatorio; (iii) temporalidad: el límite a la perpetuidad de la peligrosidad.¹⁵⁹

Estos tres elementos, aparte de requerirse desde la creación legislativa hasta su aplicación procesal, sugieren su preeminencia en todas las legislaciones del mundo sin importar la tradición jurídica del estado. Desconocer este núcleo esencial, sugiere la desnaturalización del eje temático de la reincidencia criminal en los instrumentos legales que la perciben como un objeto normativo. Esta forma de comprensión conceptual convierte todo este contenido material en una estructura normativa, siempre inseparable del encuadre de la teoría de los conceptos jurídicos regulados por la ley y la jurisprudencia.

Por otro lado, se aclara que el ordenamiento mexicano, mediante el Código Penal Federal en su artículo 21,¹⁶⁰ confunde los términos de *habitualidad* con *reincidencia criminal*, entreviendo la creación de una figura jurídica híbrida.¹⁶¹ En

¹⁵⁶ ALZATE, *supra* nota 1.

¹⁵⁷ Véase Corte Constitucional [C.C.], 13 de abril de 2016, Sentencia C-181/16. Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Colom.).

¹⁵⁸ *Id.*

¹⁵⁹ *Id.*

¹⁶⁰ Código Penal Federal [CPF], art. 21, Diario Oficial de la Federación [DOF], 14-08-1931, últimas reformas DOF 20-08-2009 (Mex.).

¹⁶¹ *Id.* El error del cual parte el artículo es meramente etimológico. En lugar de la palabra *reincidente* tuvo que haber expresado: “Artículo 21.- Si el delincuente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado habitual, siempre que las tres infracciones se hayan cometido en un periodo que no exceda de diez años”. El artículo original expresa: “Artículo 21.- Si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado como

consonancia, y para no afectar la veracidad y confiabilidad del resultado investigativo, se soslaya la interpretación de su contenido normativo por constituir un error lingüístico en el marco de la creación legislativa.¹⁶²

Así las cosas, se infiere de la legislación colombiana y mexicana la existencia de un régimen análogo frente a elementos y características del contenido material de la reincidencia criminal. En un sentido lógico, se promueven figuras jurídicas propias de políticas peligrosistas e incomprensibles en el desarrollo sobre derechos humanos, constitucionalismo y principios de proporcionalidad como un método científico.¹⁶³

D. A manera de síntesis

Desde una perspectiva histórica, social y jurídica, el contenido material de la reincidencia criminal se califica como análoga en las legislaciones comparadas. La venganza y el deseo de establecer una paz social para ciudadanos de primer grado instituyen el motor regulatorio de los instrumentos jurídicos en el sistema penal y, a su vez, influye en la construcción de una política criminal reactiva y populista. Es esta la causa de los antecedentes históricos peligrosistas, segregacionistas y con prelación al derecho penal de enemigos. Esta clase de transfiguración jurídica, converge, sin lugar a dudas, con una crisis carcelaria y penitenciaria en Colombia y México, y enfrenta un desconocimiento profundo del sistema de protección de derechos humanos, jurídicamente incorregible a simple vista.¹⁶⁴ Presenta, además, una relación inversamente proporcional entre *peligrosismo* y *derechos humanos*, en tanto que, entre mayor la normativización peligrosista en contra de la disminución de altas tasas de criminalidad, menor el rango de protección del régimen de principios iusfundamentales. Por otro lado, los efectos preventivos de la reincidencia criminal fracasan circunstancialmente en ambos países al registrarse un mayor índice de delincuencia organizada y reincidentes en los últimos años de regulación peligrosista. Por esta razón, se infiere la existencia de una relación directamente proporcional entre esos dos conceptos, puesto que, entre mayor regulación peligró-

delincuente habitual, siempre que las tres infracciones se hayan cometido en un periodo que no exceda de diez años”.

¹⁶² *Id.*

¹⁶³ CARLOS BERNAL PULIDO, EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO PARA DETERMINAR EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VINCULANTE PARA EL LEGISLADOR 102 (2013).

¹⁶⁴ Véase *Informe Especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre los Centros de Reclusión de Baja Capacidad Instalada en la República Mexicana*, Comisión Nacional de Derechos Humanos [CNDH], 27 de febrero de 2018, en las págs. 9-24 (Méx.) <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/CENTROS-BAJA-CAPACIDAD.pdf> (última visita 26 de noviembre de 2018).

sista de la reincidencia criminal, mayor el número de reincidencia criminal –como un fenómeno criminológico–.¹⁶⁵

Ello resulta en preguntas vitales: ¿por qué razón la figura jurídica de la reincidencia criminal carece de efectividad según lo establece la etiología normativa? ¿Acaso se omite el desarrollo constitucional de las naciones estudiadas para dar prevalencia a una historia de segregación y exclusión? ¿Puede apreciarse a la reincidencia criminal como un trasplante jurídico propio de otras legislaciones, ajeno a las condiciones sociales y jurídicas de las naciones comparadas?

V. La reincidencia criminal como un trasplante jurídico

Los trasplantes jurídicos emanan del ejercicio incorrecto del derecho o una metodología comparada, efectuada por el investigador o intérprete cuando analiza un objeto de estudio de índole normativo. Además de ello, elude estudios sociales, económicos, políticos y culturales de su procedencia, y observa en su aplicación una solución correcta, idónea y eficaz frente a problemáticas análogas del ordenamiento jurídico estudiado. De esta manera, destina indiscriminadamente la regulación jurídica investigada a la normativización de su país.¹⁶⁶ Esta conducta legislativa, judicial, administrativa, y muchas veces investigativa, converge en errores ontológicos: causa principal de la ineficiencia e invalidez normativa.¹⁶⁷ Un ejemplo ilustre de ello es la figura de la reincidencia criminal en los ordenamientos jurídicos de Colombia y México, en consideración a: (i) la falta de estudios profundos y analíticos de compatibilidad de esta figura frente a la cultura jurídica, la tradición legal

¹⁶⁵ Como se ha presentado hasta aquí, la regulación peligrosista de la reincidencia criminal, propia de un derecho penal de enemigos, ha incrementado exponencialmente en los últimos años y con ella el alto índice de procesados y capturados reincidentes. Para el caso colombiano, según el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, la población reincidente aumento entre los años 2012 y 2017, en 7 puntos porcentuales, por cuanto, del 100% de la población condenada para 2012, la población reincidente correspondía al 11.5%, para el 2013 al 12.5%, en 2014 al 13.6%, en 2015 al 14.9%, en 2016 al 16.7% y en 2017 al 17.1% con tendencia al crecimiento del 1,12% para el año 2018. Véase Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario [INPEC], julio 17, 2017, *Informe estadístico junio 2017*, No. 6, p. 53-55, gráfica No. 14, población reclusa vs reincidencia, 2012-2017 (Colom.). Por otro lado, México registra la tasa de reincidencia así: para el año de 2014 correspondiente al 15%, para el 2015 de 17%, para el 2016 del 13 % y para el 2017 del 15% con tendencia al crecimiento diferencial del 0.2 puntos porcentuales para el año 2018. Véase, además, Instituto Nacional de Estadística y Geografía [INEG], octubre-diciembre 2017, *informe estadístico sobre el sistema penitenciario estatal en México*, Vol. 1, No. 11, gráfica No. 8, delitos del fuero común cometidos por las personas a los centros penitenciarios estatales, por año según tipo de ingreso 2010 a 2016. (Méx.). La relación entre incremento normativo de la reincidencia criminal e incremento de la población reincidente en los centros penitenciarios, arroja como premisa conclusiva la ineficacia de la regulación normativa del peligrosismo jurídico en respuesta a la reincidencia criminal –fenómeno criminológico– en el proceso de prevención de ocurrencia de hechos delictivos.

¹⁶⁶ DE CRUZ, *supra* nota 5.

¹⁶⁷ *Id.*

y los principios constitucionales –específicamente en cuanto a las problemáticas sociales y de reducción criminal–. Así, se dejan sin resolver por parte del órgano parlamentario preguntas como: ¿Cuál es el origen de esta figura? ¿Cómo aplicarla correctamente en el país receptor? ¿Es compatible con nuestro régimen constitucional? De no ser así, ¿cuáles cambios normativos beneficiarían la efectividad del objeto de estudio en el sistema penal?;¹⁶⁸ (ii) la falta de eficacia en la implementación de la reincidencia criminal como un agravante punitivo o limitación a beneficios y subrogados penales. Esto, en atención a los altos índices de itinerancia delictiva que demuestran, pese a la implementación de la peligrosidad, la conservación de una actitud hostil por parte del delincuente reincidente ante los mandatos de prohibición o permisión;¹⁶⁹ y (iii) se incorpora la reincidencia criminal, junto a su origen oscuro y peligrosista incompatible con el régimen constitucional adoptado por Colombia y México en sus respectivas constituciones.

Estos tres ejes argumentativos bastan para demostrar que la reincidencia criminal en los estados comparados es el resultado de una legislación deliberada, populista, poco reflexiva y arbitraria en su sentido teleológico.¹⁷⁰ Por ello, se constituye un trasplante jurídico formador de múltiples vulneraciones al sistema de protección de derechos humanos. El primer y segundo punto, como ya se ha mencionado

¹⁶⁸ En la exposición de motivos que justifica la creación de los códigos penales de los países comparados, no se realizó ningún análisis de origen, favorabilidad, viabilidad, compatibilidad constitucional o modificación de adhesión de la reincidencia criminal. Se justifica únicamente su permanencia en el sistema penal con el enfoque de agravación punitiva y limitación de beneficios y subrogados penales, a través de la posible reducción en el margen de delincuencia en cada país, encubriendo la incorporación parlamentaria, en una necesidad estatal de cara al cumplimiento de los mínimos constitucionales asegurables de la ciudadanía. Véase Proyecto de Ley 040 de 1998 [Senado] o 238 de 1999 [Cámara de representantes] [PL], Ley 599 del 2000, Gaceta del Congreso [GC] No. 126 del 14 de diciembre de 1999, <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-1998-2002/1998-1999/articulo/40-por-la-cual-se-expide-el-codigo-penal> (última visita 26 de noviembre de 2018).

^{En} el caso de México, nos remitimos a la exposición de motivos del Código Penal Federal hasta su última reforma publicada DOF 05-11-2018. Véase Código Penal Federal [CPF] Diario Oficial de la Federación [DOF] 14-08-31, últimas reformas DOF 05-11-2018, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf.htm> (última visita 26 de noviembre de 2018).

¹⁶⁹ Véase Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario [INPEC], 17 de julio de 2017, *Informe estadístico junio 2017, 2012–2017*. (Colom.); Instituto Nacional de Estadística y Geografía [INEG], octubre-diciembre 2017, *Informe estadístico sobre el sistema penitenciario estatal en México*, Vol. 1, No. 11, Delitos del fuero común cometidos por las personas a los centros penitenciarios estatales por año según tipo de ingreso 2010 a 2016. (Méx.).

¹⁷⁰ PULIDO, *supra* nota 163, en la pág. 875. El principio de *arbitrariedad* obliga al agente estatal a consagrar medidas con fines legítimos. Asimismo, cuando hablamos de *arbitrariedad teleológica*, hacemos referencia a que ciertos medios se realizan con un fin determinado, que en el uso del derecho comparado puede ser modificado por las legislaciones receptoras. No obstante, en un estudio de proporcionalidad, legitimidad o constitucionalidad, en perspectiva de la *arbitrariedad teleológica*, no debe analizarse a partir del fin otorgado por el Estado Receptor, sino por el fin adscrito a la medida creada por el estado progenitor.

previamente, induce la actividad legislativa el conformismo legal al omitir estudios profundos de impacto y viabilidad que en el proceso de creación parlamentaria tenían que considerarse con el fin de no instaurar efectos secundarios. Estos últimos se perfilan en el segundo eje temático, puesto que el fin adscrito a la figura de la reincidencia criminal se percibe como ineficaz, al registrar mayor crecimiento de la población condenada reincidente en los centros carcelarios y penitenciarios de los países estudiados.¹⁷¹ Ello se garantiza únicamente con su regulación, la exclusión y segregación penal, fin inmediato proscrito por el régimen constitucional de Colombia y México.¹⁷² Estas aserciones, sin embargo dependen del desarrollo general del tercer eje: el origen de la reincidencia criminal en las diversas tradiciones jurídicas.

A. Un origen común

En el siglo dieciocho, se instauraron en el mundo los primeros escenarios bélicos liderados por la academia y la política en relación con la pugna entre el bien y el mal.¹⁷³ Grandes pensadores de la época acusaron a Dios por promover la creación de todos los males posibles.¹⁷⁴ El “justo sufriente”, fue el nombre otorgado al individuo que, pese a sus actos de bondad, amor y misericordia, resistía la ira del creador, las enfermedades y cualquier hecho endémico del fracaso de la omnipotencia de Dios. La maldad social llevó a que muchos intelectuales replantearan el axioma tripartito de la religión: Dios ya no sería omnipotente, omnipresente y omnisciente, pues no ostenta su voluntad poderosa de las acciones de contener e irrumpir el mal circundante en las sociedades. Se preguntaban: ¿Acaso Dios desea el mal en el mundo? ¿Ha dejado de ser aquel ser supremo todo poderoso?¹⁷⁵

La duda e impaciencia, razón de la búsqueda incansable de aquel culpable de todos los males posibles, trajo consigo la instauración de uno de los más grandes tribunales de la historia: la Teodicea. Fue liderada en aquel tiempo por el profesor Gottfried Leibnitz, quien encabezaba la defensa de Dios.¹⁷⁶ De ese modo, las acusaciones yacían en la ocurrencia de hechos protervos y vengativos, entre ellos:

¹⁷¹ Véase Corte Constitucional [C.C.], 22 de febrero de 2018, Auto 121/18, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Seguimiento unificado a las sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015, en la pág. 46) (Colom.). El fin idealizado de la reincidencia criminal como figura jurídica, se encuadra con el aumento de la sanción de internación o privación carcelaria, en proporción al tiempo que requiera la ejecución de un proceso de reintegración social sobre el delincuente.

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ RÜDIGER SAFRANSKI, EL MAL O EL DRAMA DE LA LIBERTAD 31 (2016).

¹⁷⁴ *Id.* en la pág. 17.

¹⁷⁵ *Id.* en la pág. 153.

¹⁷⁶ GODOFREDO G. LEIBNITZ, TEODICEA: ENSAYOS SOBRE LA BONDAD DE DIOS, LA LIBERTAD DEL HOMBRE Y EL ORIGEN DEL MAL 110-32 (2014). La representación del ente acusador se la otorga al filósofo francés Pierre Bayle, apoyado en las tesis del filósofo Epicuro de Samos.

la peste negra que arrasó con gran parte de la población del viejo continente, y el terremoto de Lisboa de 1755, al cobrar la vida de creyentes, bondadosos y caritativos.¹⁷⁷ Al supremo creador se le imputaba ya no ser un salvador de almas sino, por el contrario, un vengador de pecados.

En contra de todo pronóstico, el tribunal de la Teodicea nunca sentenció a Dios como el autor causal del mal en el mundo. Leibnitz supo revertir el impacto social y político de la decisión, por medio del mejor idilio de los mundos posibles.¹⁷⁸ Prefirió argüir que el mal de la humanidad recae en el uso indebido de la libertad otorgada por Dios. Desde ese momento, los individuos abandonaban el apelativo *criaturas de Dios* no pensando en sus decisiones, para convertirse en personas con capacidad de decisión producto de su libertad.¹⁷⁹ Empero, la subversión de la libertad como fundamento social —o libre albedrío—, no afectó únicamente el desarrollo filosófico y teológico de la época, sino que alteró impávidamente la política criminal de los estados.¹⁸⁰

La nueva lógica jurídica, confirmada por el siguiente silogismo, predicaba: (i) Premisa mayor: otorgar la libertad al ser humano conlleva que todas las personas, en la medida de lo posible, sean responsables de la maldad en el mundo; (ii) Premisa menor: el Estado tiene como fin lograr la utopía colectiva eliminando el mal del mundo; (iii) Conclusión: el Estado debe eliminar todas las personas que, en la medida de lo posible, sean responsables de la maldad en el mundo.

El resultado reflexivo de las premisas antes enunciadas fue considerado por las naciones de la época, quienes en su momento la objetaron por su aplicación errante, resultante en una imposibilidad jurídico-política.¹⁸¹ Operaba ante el entendido de

¹⁷⁷ SAFRANSKI, *supra* nota 173, en la pág. 207.

¹⁷⁸ *Id.* en la pág. 254. Safranski mencionaba frente a la atribución de Leibnitz:

Leibnitz, reproduciendo conceptualmente las conexiones, al final declara: este mundo es el mejor de todos los mundos posibles. . . Lo dicho implica que el mundo, aun cuando no sea bueno en su entera totalidad, ostenta, sin embargo, una proporción óptima entre las cosas buenas y malas. Leibnitz se imagina a Dios como un programador. No produce todos los detalles particulares del mundo, sino que forma en su espíritu posible programas y entre ellos escoge al mejor. Todo programa posible tiene una lógica, una distribución necesaria en cada caso de luz y sombras, bienes y males, acciones y padecimientos. Los elementos particulares del programa pueden cambiar, pero se mantienen constantes las reglas de enlace. Dios hubiese podido crear también un mundo en el que Bruto no asesinase a César, pero entonces la constelación anterior y posterior habría sido distinta. En su entendimiento infinito, Dios examina todos los programas y escoge al mejor. . . El hecho de que Dios lo prevea todo, sin que de forma previa quiera determinarlo todo, se muestra según Leibnitz, precisamente en el problema de la libertad humana.

¹⁷⁹ Conferencia sobre el Bien y el Mal, realizada en la Universidad Cooperativa de Colombia, Sede-Pasto, San Juan de Pasto, Colombia (4 de abril de 2016) (archivo original con el autor). Véase, además, LEIBNITZ, *supra* nota 176.

¹⁸⁰ LEIBNITZ, *supra* nota 176, en las págs. 251-301.

¹⁸¹ SAFRANSKI, *supra* nota 173, en la pág. 267.

que el Estado, garante de la protección de los derechos de los ciudadanos, dirigiría las políticas públicas para mitigar, excluir y eliminar a todo el conglomerado social. De esta forma se anulaban los individuos como elemento básico de las teorías contractuales.¹⁸² Si bien la adjudicación de la libertad al ser humano resultó en la red del mal a la raza humana, el Estado no está legitimado para abolir a las personas que conformaban las colectividades. Así incurrían en paradojas y tautologías funcionales.¹⁸³

No es sino hasta la conformación del idealismo radical alemán o el racionalismo ilustrado que se esclarecieron las discusiones sobre el creador del bien y el mal.¹⁸⁴ A inicios del siglo veinte, los precursores de esta escuela se inclinaron por atribuir el mal a un grupo específico de la sociedad, lo que legitimaría la potestad de las naciones, enarbolada en la obtención efectiva de una utopía sistémica.¹⁸⁵ A su vez, los procesos reduccionistas también conocidos como políticas amigo-enemigo, utilizadas por Carl Schmitt en el marco del partido Nacional Socialista –la Alemania Nazi–, encaminaron la potestad estatal. Lo anterior siempre fue en dirección a acciones de segregación, exclusión y retribución sobre ciertos sujetos determinados por los diversos instrumentos jurídicos.¹⁸⁶ Una agrupación de ellas se instituyó en la reincidencia criminal. Los delincuentes itinerantes jugaban el rol de *anomias* causantes de quiebres en las relaciones armoniosas de los sistemas sociales, razón suficiente de represión civil o supresión estatal.¹⁸⁷

Todo esto confirma el origen oscurantista inherente al nacimiento de la reincidencia criminal, en épocas donde su etiología consistía en la producción de la muerte, la tortura, segregación y demás vulneraciones a los derechos humanos. Establece así su contenido material únicamente en el marco de un Estado totalitario o autoritario, más no en un estado con reconocimiento progresivo de los derechos humanos –un estado constitucional democrático–. Prevalece este marco regulatorio, aún si los antecedentes históricos en el orden político presentan empatía con figuras peligrosas propias del derecho penal de enemigos, en tanto que un trasplante jurídico se analiza a partir del régimen constitucional, tradición legal y cultura jurídica, más no de antecedentes históricos o sociológicos.¹⁸⁸

¹⁸² Véase JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *EL CONTRATO SOCIAL* (ed. 2017).

¹⁸³ SAFRANSKI, *supra* nota 173, en las págs. 202-31.

¹⁸⁴ Conferencia sobre el Bien y el Mal, realizada en la Universidad Cooperativa de Colombia, Sede-Pasto, San Juan de Pasto, Colombia (4 de abril de 2016) (archivo original con el autor).

¹⁸⁵ SAFRANSKI, *supra* nota 173, en la pág. 154.

¹⁸⁶ INGO MÜLLER, *supra* nota 7, en las págs. 134-50.

¹⁸⁷ Véase JAKOBS *supra* nota 37.

¹⁸⁸ Véase, DE CRUZ, *supra* nota 5. Según el profesor Peter de Cruz, verificar los antecedentes históricos y sociológicos en el marco de la metodología comparada, ayuda a contextualizar la razón del objeto de estudio en un determinado ordenamiento jurídico. Sin embargo, cuando se analiza la existencia de un trasplante jurídico, se efectúa el contraste a través del sistema legal de cada ordenamiento jurídico y no respecto a sus antecedentes históricos.

B. Incompatibilidad con las constituciones

La adopción legal de la reincidencia criminal conlleva consecuencias graves para el sistema de protección de derechos humanos, siempre y cuando un estado receptor no modifique el fin punitivo de la constitución inicial por uno que respete los fines de la pena consagrados en la constitución. Esto es, ya sea por la falta de estudios de impacto, compatibilidad y viabilidad o por disminuir las tasas de reincidencia criminal –como fenómeno criminológico– a través de la aplicación consciente del derecho penal de enemigos y el peligrosismo jurídico.¹⁸⁹

En el parámetro político criminal, Colombia y México adoptan ambas alternativas populistas, puesto que la apreciación normativa de la reincidencia criminal se inicia sin partir de estudios legislativos previos. A ello se le suma el hecho de que se realiza mediante un derecho penal de excepción segregacionista, oponiéndose al programa político criminal inmerso en el articulado constitucional.¹⁹⁰ De esta forma, las consecuencias secundarias instituidas por la reincidencia criminal se bosquejan en el aporte englobado del índice de hacinamiento carcelario para los diferentes centros penitenciarios de los países comparados. Invariablemente, se le limita al reincidente la participación política, laboral, social, cultural y muchas veces de esparcimiento ambiental, que impiden el cabal cumplimiento de los fines de la pena, en relación con su reintegración social. El bajo interés por los procesos de resocialización incentiva en la dura realidad del delincuente su probabilidad de recaer en el actuar antijurídico las veces que sean necesarias, en aras de satisfacer un vicio o mantener la supervivencia humana.

Actualmente, la lógica central de la política criminal se enfoca en el afán de cubrir mayores cupos carcelarios, disminuyendo si para ello se requiere, los programas educativos, de trabajo o técnicos que demandan una amplia infraestructura y sectores presupuestarios.¹⁹¹ Esta preferencia en el manejo de la población carcelaria se enmarca en errores o contradicciones tautológicas. Basta observar para ello la imposibilidad del delincuente en aplicar a programas de rehabilitación y resocialización. Es así como se ausulta un futuro de desocupación y exclusión, apartado de cualquier forma de readaptación social y se garantiza como último resultado: (i) el perfeccionamiento de la comisión de hechos delictivos, el incremento proporcional de la población carcelaria reincidente;¹⁹² (ii) la institución de un sistema económico

¹⁸⁹ JAKOBS, *supra* nota 37.

¹⁹⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM], Diario Oficial de la Federación [DOF], 05-02-17, últimas reformas DOF 27-08-2018 (Mex.); Constitución Política de Colombia de 1991, [CPC], Art. 1, Gaceta Constitucional [G.C.] No. 116, 20 de julio de 1991, (Colom.).

¹⁹¹ Véase Comisión Nacional de Derechos Humanos [CNDH], *supra* nota 164.

¹⁹² Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario [INPEC], *supra* nota 165. Véase, además, Instituto Nacional de Estadística y Geografía [INEG], *supra* nota 165.

de las prisiones, la rentabilidad de los medios de comunicación y el éxito de los programas de campaña electorales.¹⁹³

Este tipo de política criminal padece de incompatibilidad con la Constitución de México, posterior a la reforma DOF 10-06-2011,¹⁹⁴ y con la extensión del ámbito de protección de los derechos humanos desde el constitucionalismo multinivel en relación al cumplimiento internacional del control difuso de convencionalidad. Lo anterior es una consecuencia lógica, por cuanto estipula procesos derogatorios sobre disposiciones que, en lugar de incentivar la resocialización del condenado, pretenden la exclusión y maximización de tratos crueles e inhumanos.¹⁹⁵

Sin embargo, la academia mexicana ha señalado la legítima incorporación del derecho penal de enemigos a través de los artículos 1, 16 y 19 de su Constitución.¹⁹⁶ El artículo primero aprueba la restricción de los derechos humanos que la constitución así consagre, y los artículos 16 y 19 legitiman la aplicación del derecho penal de enemigos para delincuentes peligrosos y vinculados a organizaciones criminales.¹⁹⁷

Estas aserciones cimientan tres postulados susceptibles de discusión: (i) Las regulaciones de los artículos 16 y 19 que incorporan el derecho penal de enemigos, se consideran preceptos formalmente constitucionales según el artículo 1, carentes de toda materialidad constitucional.¹⁹⁸ Su finalidad peligrosista de exclusión y segregación incumple las obligaciones señaladas en los tratados internacionales, específicamente las de exigir la resocialización como el único fin convencionalmente

¹⁹³ LUIGI FERRAJOLI, *supra* nota 8, en las págs. 321-45.

¹⁹⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM], Diario Oficial de la Federación [DOF], 05-02-17, últimas reformas DOF 27-08-2018 (Mex.).

¹⁹⁵ *Id.* Véase, además, Organización de los Estados Americanos [OEA], Convención Americana de los Derechos Humanos [CADH] Art. 5, Asamblea General [AG], 7 a 22 de noviembre de 1969. (La Convención Americana de los Derechos Humanos, en el artículo 5 [integridad personal], adscribe la disposición 6: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados” como una forma de optimizar el derecho fundamental a la integridad personal). Organización de Naciones Unidas [ONU], Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP], Art. 10, Asamblea General [AG], resolución 2200 A (XXI), dic. 16, 1966. (el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 10 [libertad personal] adscribe la disposición 3: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica” como una forma de optimizar el derecho fundamental a la libertad personal. Por lo tanto, en ambos instrumentos internacionales, se señala a la resocialización y readaptación del delincuente, como el único fin esencial a ser cumplido convencionalmente por la pena, soslayando cualquier forma legal que interrumpa dicho proceso).

¹⁹⁶ *Id.* en los arts. 1, 6 y 19.

¹⁹⁷ Véase JIMÉNEZ SOLARES ELBA, DELIO DANTE LÓPEZ Y LIZBETH XÓCHITL PADILLA SANABRIA, POLÍTICA CRIMINAL DEL LAVADO DE DINERO Y DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN MÉXICO (2017).

¹⁹⁸ Véase FERDINAND LASSALLE, ¿QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN? (2012).

reconocido.¹⁹⁹ (ii) El derecho penal del enemigo sería aprobado —con gran reproche— únicamente para delincuentes sancionados por conductas graves y vinculados a organizaciones criminales. Se aislaría de este grupo a los reincidentes criminales, los cuales no podrían ser susceptibles de esta clase de restricciones a derechos fundamentales. (iii) Esta forma de interpretación constitucional se enfrenta al sistema de derechos humanos sobre la teoría interna de los derechos fundamentales: presupuestos que impiden la intervención mutua entre principios iusfundamentales por la existencia de un contenido adscrito en ellos, de carácter definitivo y prescriptivo en las Constituciones. Por ello, se deja de lado el principio de proporcionalidad como criterio estructural en la determinación del contenido vinculante para el legislador.²⁰⁰ Este es un principio regulado por los tratados internacionales, y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.²⁰¹ Esta última afirmación presenta una contradicción entre la justificación del derecho penal del enemigo por medio de la teoría interna de los derechos fundamentales y la regulación jurisprudencial de las altas cortes que aplican el principio de proporcionalidad, métodos naturalmente antagónicos entre sí.²⁰²

Pese a la regulación en derechos humanos, la aplicación de un control difuso de convencionalidad y la falta de legitimidad constitucional en las restricciones peligrasistas a derechos fundamentales de los reincidentes criminales, la legislación penal mexicana consagra la reincidencia como un agravante penal, una garantía de exclusión y una perpetuidad de la peligrosidad. De igual manera, la situación carcelaria y penitenciaria del país, al instituir un escenario de incubación de violaciones de derechos fundamentales —incluyendo la dignidad humana y otras garantías constitucionales sobre la población privada de libertad—,²⁰³ permite inducir que por el solo hecho de su internamiento, cualquier dispositivo legal que tenga como objeto la exclusión y la perpetuidad de la peligrosidad desconoce: (i) el principio de resocialización como una función de la pena de índole convencional; y (ii) el conjunto de derechos humanos afectados por la falta de infraestructura y el hacinamiento carcelario.

En cuanto al régimen constitucional de Colombia, existe un sistema de protección de derechos fundamentales regido por la Constitución de 1991, bajo el respeto del bloque de constitucionalidad y la potestad supervisora de las acciones estatales

¹⁹⁹ Convención Americana de los Derechos Humanos [OEA], *supra* nota 195. Véase, además, Organización de Naciones Unidas [ONU], *supra* nota 195.

²⁰⁰ PULIDO, *supra* nota 163, en las págs. 564-620.

²⁰¹ Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación [TEPJF], 11 de junio de 2002, Tesis S3ELJ 62/2002, Justicia Electoral, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación [RTEPJF] (Suplemento 6) en la pág. 51 (Méx.).

²⁰² PULIDO, *supra* nota 163.

²⁰³ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *supra* nota 164.

por parte de la Corte Constitucional.²⁰⁴ Bajo esa tesis, el alto Tribunal en las sentencias T-153 de 1998, T-388 del 2013, y T-762 del 2015, declaró el Estado de Cosas Inconstitucional en materia carcelaria. En estas advirtió a las ramas del poder público y a los diversos órganos con función interventora en la política criminal, las inexorables afecciones que el sistema carcelario genera en escenarios donde están envueltos los derechos fundamentales de quienes delinquen.²⁰⁵

No obstante, pese a advertir los efectos negativos que contrae una política criminal volátil, populista y poco reflexiva, el ordenamiento jurídico penal colombiano, a través de los procedimientos legislativos, adopta la reincidencia criminal como una forma de agravación punitiva y limitativa a beneficios y subrogados penales. Conviene subrayar que establecer las decisiones de la rama legislativa –positivizar la reincidencia criminal– y judicial –declarar el Estado de Cosas Inconstitucional en materia carcelaria– permite deducir que: (i) premisa mayor: el internar a los delincuentes en las cárceles de Colombia enfrenta una vulneración masiva de las garantías constitucionales mínimas, entre ellas: resocialización, infraestructura, alimentación, salud, servicios públicos, acceso a la administración de justicia, integridad y vida digna;²⁰⁶ (ii) premisa menor: la reincidencia criminal como figura jurídica traza el fin inmediato de perpetuar, dilatar o prolongar la estancia de internamiento del delincuente en las cárceles de Colombia; (iii) conclusión: la reincidencia criminal al prolongar la estancia de internamiento del delincuente en las cárceles vulnera masivamente esas mismas garantías constitucionales mínimas.²⁰⁷

Así las cosas, en el marco del Estado de Cosas Inconstitucional, cualquier regulación peligrosista que agrave la situación carcelaria del reincidente es, a todas luces, incompatible con la Constitución Política y el régimen de protección de los derechos humanos. Sobreponer el principio de libre potestad legislativa sobre la protección del sistema de derechos fundamentales, así como los legisladores de Colombia y México materializaron en su normativización de la reincidencia criminal, supone desconocer nuevamente procedimientos metodológicos interpretativos de los sistemas constitucionales. Es de conocimiento constitucional, que el principio de proporcionalidad corresponde a un criterio estructural de los derechos fundamentales y que este define el contenido vinculante para el legislador en el marco de una actividad estatal restrictiva de los derechos humanos. Es decir, cuando exista un

²⁰⁴ Constitución Política de Colombia de 1991, [CPC], Gaceta Constitucional [G.C.] No. 116, 20 de julio de 1991, (Colom.).

²⁰⁵ Corte Constitucional [C.C.], 28 de abril de 1998, Sentencia T-153/98, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Exp. 137001 y otros) (Colom.); Corte Constitucional [C.C.], 28 de junio de 2013, Sentencia T-388/13, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Ref. (Expedientes acumulados) en las págs. 21-624 (Colom.); Corte Constitucional [C.C.], 16 de diciembre de 2015, Sentencia T-762/15, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Exp. 3927909 y otros) (Colom.).

²⁰⁶ *Id.*

²⁰⁷ *Id.*

conflicto entre principios iusfundamentales, el principio de proporcionalidad establecerá los procesos de racionalidad teórica y práctica en la construcción de una relación de precedencia condicionada entre los principios confrontados. Es así como se crea un contenido relativo de cada derecho, vinculante y no susceptible de restricción hasta la recepción de un caso sobreveniente de constitucionalidad que ponga en duda la relación de precedencia creada.²⁰⁸ Bajo ese panorama, si conflagan el principio de libertad legislativa *versus* los mínimos constitucionales asegurables en los centros penitenciarios, es de sentido común aplicar el principio de proporcionalidad con el fin de elegir de entre todas las medidas legislativas aquella que, siendo idónea para alcanzar el fin, restrinja de la forma más benigna posible los derechos fundamentales. Como consecuencia, obtiene mayor relevancia la realización del fin que la intervención iusfundamental o viceversa, según sea el caso.²⁰⁹

Por el contrario, los legisladores de los estados comparados, al regular la reincidencia criminal en el marco de una declaración de Estados de Cosas Inconstitucional –caso colombiano– o en la crisis de hacinamiento carcelario –caso mexicano–, omiten la aplicación del principio de proporcionalidad en el escenario de confrontación entre derechos fundamentales.²¹⁰ Crean, entonces, una relación de precedencia condicionada donde la libertad legislativa [P1] prevalece sobre los mínimos constitucionales asegurables en centros carcelarios [P2], sin una base racional práctica o teórica, sumiéndose en toda clase de irracionalidad, arbitrariedad y subjetividad.²¹¹

En conclusión, se puede deducir que la reincidencia criminal, tal y como se regula en los ordenamientos de Colombia y México, es parte de un trasplante jurídico incompatible con la cultura jurídica, la tradición legal y los principios constitucionales del estado receptor. Esto es al amparo de ciertos factores que permiten nos acerquemos a este argumento: 1) el soslayar estudios de compatibilidad y viabilidad de figuras o instituciones jurídicas receptoras; 2) el diagnóstico de ineficacia o falta de idoneidad del objeto de estudio extranjero; 3) el determinar que el fin de la reincidencia criminal solo es compatible con estados totalitarios; 4) el desconocimiento sobre el fin resocializador de la pena como la única función convencional; 5) el sesgo sobre el régimen constitucional de los estados comparados; 6) la no aplicación

²⁰⁸ PULIDO, *supra* nota 163, en las págs. 990-1021.

²⁰⁹ PULIDO, *supra* nota 163, en las págs. 727-55.

²¹⁰ Véase Proyecto de Ley 040 de 1998 [Senado] o 238 de 1999 [Cámara de representantes] [PL], Ley 599 del 2000, Gaceta del Congreso [GC] No. 126 del 14 de diciembre de 1999, <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-1998-2002/1998-1999/article/40-por-la-cual-se-expide-el-codigo-penal> (última visita 26 de noviembre de 2018).

²¹¹ ROBERT ALEXY, *TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES* 239 (2da ed. 2012). (El profesor Robert Alexy, mediante esta obra recrea la Ley del Peso y la teoría de la argumentación referente al proceso de creación de la relación de precedencia condicionada insertada bajo la fórmula: (P1 p P2) C1, en donde las incógnitas P1=principio ponderado, p= variable de prevalencia, P2=principio ponderado, y C1=la condición de prevalencia, expresan de forma global que “[e]l principio P1 prevalece sobre el principio P2 en determinadas condiciones C1).

del principio de proporcionalidad en países donde se aprueba su rotunda aplicación en escenarios de conflagración de principios iusfundamentales. Las preguntas que ahora deben formularse son: ¿Debemos eliminar de sus raíces la reincidencia criminal en el ordenamiento jurídico de los Estados Comparados? Por el contrario, ¿pueden realizarse modificaciones en el contenido de la figura jurídica, a tal punto que su aplicación concorra con el derecho constitucional de los países receptores?

C. Cambio de paradigma

Indudablemente, la reincidencia criminal como figura jurídica debe procurar un cambio racional práctico y teórico en estados sociales y democráticos de derecho. Estos deben gestionar su recepción mediante el respeto al régimen de derechos humanos y el bloque de constitucionalidad. Esta clase de cambios pueden estribar de dos escuelas antagónicas entre sí. La primera es la *escuela abolicionista*. Esta consiste en abrogar cualquier elemento normativo que enfatice regulaciones peligrosas, de segregación o propias del derecho penal del enemigo, sustituyéndola por otra figura jurídica que responda a las exigencias sociales y a los fines constitucionales de protección social y reducción de la criminalidad.²¹² Esta escuela se encabeza por autores como Muñoz Conde, Kai Ambos, Manuel Meliá, y Eugenio Zaffaroni.²¹³ Para este grupo de pensadores, las prácticas de exclusión, determinismo y peligrosidad menoscaban el desarrollo constitucional de los estados y perjudican el parámetro mínimo de protección de los derechos fundamentales. Para ellos, el desarrollo normativo de figuras permeadas por el derecho penal de autor, derecho penal de la exclusión y derecho penal del enemigo,²¹⁴ es válido únicamente en estados totalitarios o autoritarios. Mientras tanto, en un estado social de derecho las configuraciones de este tipo deben ser eliminadas, ya sea por los tribunales constitucionales o por los poderes constituyentes derivados.²¹⁵

La expulsión de la reincidencia criminal de los ordenamientos jurídicos estudiados no extirparía únicamente los efectos negativos de exclusión y reducción del parámetro de derechos humanos, sino también aquellos términos positivos que se

²¹² ALZATE, *supra* nota 1.

²¹³ *Id.* en la pág. 70.

²¹⁴ Véase FERRAJOLI, *supra* nota 8. Se debe tener en cuenta que, el *derecho penal de autor* sanciona al delincuente a partir de la personalidad jurídica y los antecedentes sociales, familiares y culturales que ha desarrollado en su vida; el *derecho penal del enemigo*, configura un régimen de exclusión y división de trato y procedimiento penal, con especialidad para amigos y enemigos [delincuente especial]; y el *derecho penal de la exclusión*, pretende aislar, total o parcialmente, al delincuente de la sociedad, estableciéndose en aquellas fases de la ciencia penal y criminológica que incentiva la imposición y ejecución de las sanciones penales. Si bien estas tres divisiones del derecho penal son disímiles en su contenido material, pueden concurrir simbióticamente en el *derecho penal de la excepción*, como un ataque jurídico al garantismo penal.

²¹⁵ ALZATE, *supra* nota 1.

desarrollan con el fin de optimizar la reintegración social, los principios constitucionales de las víctimas y la sociedad. Extraería, a su vez, el reproche judicial en desconocer repetidamente los mandatos de prohibición o permisión.

En consideración a que la primera postura no supera el examen de necesidad ni desarrolla grandes rasgos de efectividad, se propone una segunda teoría: *la escuela minimalista*.²¹⁶ Esta puntualiza la creación de un proceso de transformación de la configuración legal de una figura jurídica incompatible con el régimen constitucional del estado receptor. Esta transformación estaría guiada por un contenido alusivo al programa de derechos fundamentales y necesidades sociales y culturales –recepción jurídica–. Lo antes mencionado es aplicable, siempre y cuando no se desnaturalicen los presupuestos esenciales de la misma.²¹⁷ Esta escuela se encabeza por autores como Juan Damián Moreno y Percy García.²¹⁸ Para este grupo de pensadores, la aplicación de figuras jurídicas emergentes de políticas peligrosistas o de exclusión pueden ser adoptadas condicionalmente al desarrollo constitucional y de optimización de los derechos humanos de cada país receptor. Se demanda para ello, el distanciamiento de aquellos elementos propios del derecho penal de autor, derecho penal de la exclusión y derecho penal de enemigos de su desarrollo dogmático y estructural. En otras palabras, se insta a los juristas a abogar por un cambio ontológico sobre aquellas figuras jurídicas preponderantes de exclusión y desocupación, tal como la reincidencia criminal.²¹⁹

Ceñir el desarrollo dogmático de la reincidencia criminal a partir de la escuela minimalista, consagra una solución salomónica sobre el problema de incompatibilidad constitucional. Esta busca alternativas legales que permiten la estancia condicionada de la figura jurídica adoptada en los estados comparados. De esta manera, conserva los efectos positivos para un cambio trascendental de los efectos negativos en ámbitos del principio de necesidad. Estos cambios parciales deben pertenecer a esferas como: (i) estudios previos; (ii) en su etiología; (iii) por sus efectos normativos; (iv) por la responsabilidad estatal; y (v) el esquema del delito.

En el ámbito de *estudios previos*, a través de los procesos de creación legislativa, el órgano parlamentario deberá analizar los antecedentes históricos, sociológicos y culturales de los presupuestos normativos a ser recibidos. Con posterioridad deberá indagar su compatibilidad constitucional y convencional a través de los diversos métodos de interpretación constitucional. Entre estos últimos se encuentra el principio de proporcionalidad como un criterio estructural de los derechos fun-

²¹⁶ PULIDO, *supra* nota 163, en la pág. 126. (Carlos Bernal Pulido entiende al subprincipio de necesidad como aquel examen que se realiza sobre los medios elegidos por el Estado, verificando aquel que restrinja en un grado de idoneidad, [bajo el control de evidencias] de forma más benigna posible los derechos fundamentales).

²¹⁷ ALZATE, *supra* nota 1, en la pág. 70.

²¹⁸ *Id.* en la pág. 100.

²¹⁹ *Id.*

damentales.²²⁰ Así evita la incorporación de trasplantes jurídicos.²²¹ En la esfera de la *etiología*, el fin primitivo de la reincidencia criminal debe ser sustituido por aquellos procesos de resocialización y reintegración social del delincuente. La exclusión y segregación conllevan la vulneración masiva de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad, el hacinamiento carcelario y la vulneración a la prohibición de protección deficiente.²²² En cambio, la reintegración social efectiva corta el hilo causal delictivo, reinserta al delincuente a una sociedad conflictiva y ataca una política criminal populista, poco reflexiva y legitimante de la venganza. Soslaya, primordialmente, la vulneración masiva a los derechos fundamentales del reincidente criminal.

Bajo el ámbito de lo que pudiesen ser sus *efectos normativos*, la reincidencia criminal solo fungirá como un agravante punitivo o una limitación a beneficios penales en el marco de un estado social y democrático de derecho que se inclina por una justicia restaurativa. Esto resulta vital cuando el fundamento de la prolongación del tiempo se deba a una mayor implementación en los programas de rehabilitación y reintegración –necesarios en el proceso de readaptación del delincuente–. Solo se podrá mantener el fin de exclusión y segregación de la reincidencia criminal en el marco de un estado totalitario. Es así como se infiere que de ser deseable la incorporación del derecho penal de enemigos, se deberá realizar una transición de formas de Estado.

Mediante una *responsabilidad estatal*, las organizaciones políticas deberán mitigar los problemas transversales del derecho que influyan en la comisión reiterada de delitos por parte de la población condenada. Debe realizarse a través de estudios profundos que consideren variables y baterías de indicadores intervinientes y multidisciplinarias. Entre ellas se encuentran los índices de alfabetización, pobreza, hambruna, ambiente social y familiar disfuncional y la falta de oportunidades laborales y profesionales en relación con la comisión de hechos punibles. Esta clase de análisis conduciría a una política criminal preventiva que atacaría las fuentes principales de la delincuencia y, a su vez, resp etaría los derechos humanos.

Por último, bajo el *esquema del delito*, la reincidencia criminal no debe tenerse en cuenta en la fase de la culpabilidad penal como fruto de la antijuridicidad. Lo anterior es igualmente aplicable ante la exigencia de un juicio de reprochabilidad, toda vez que implicaría desconocer los principios de razonabilidad, proporcionalidad, necesidad, idoneidad y del principio *non bis in ídem*.²²³ En cambio, su apreciación a partir de la punibilidad como una fase del esquema del delito construye el proceso de medición y justificación del valor y plazo punitivo. Esto es con el fin de brindar-

²²⁰ Véase PULIDO, *supra* nota 163.

²²¹ Véase DE CRUZ, *supra* nota 5.

²²² Véase PULIDO, *supra* nota 163.

²²³ Non Bis In Ídem, *definición*, *supra* nota 92.

le eficacia al tratamiento en la reintegración social del delincuente, respetando su personalidad jurídica y el principio de no retroactividad.

De no subvertir el fin primitivo y paradigmático de la reincidencia criminal, los gobiernos estatales inmortalizarán las fallas de una política criminal populista, reactiva y poco reflexiva. Como corolario, se abandonaría el sistema de protección de derechos humanos y los parámetros de proporcionalidad de las penas y prohibición de exceso, distinguidos desde los manuscritos del marqués de Beccaria.²²⁴ De no subvertir el paradigma con el que hasta el día de hoy se dogmatiza a la reincidencia criminal, la venganza será la justicia del ser salvaje, por cuanto depondrá con lamento de patria una administración apremiante de su alcance en los derechos fundamentales.²²⁵

V. Conclusiones y Recomendaciones

A través de una metodología comparada y un análisis transversal de los antecedentes históricos, legales y figurativos se confirma la monopolización de la reincidencia criminal bajo la comprensión teórica y normativa del derecho penal de enemigos, en función de su incorporación en los ordenamientos jurídicos de Colombia y México como un trasplante jurídico, en razón de la omisión de fases metodológicas en la técnica legislativa.²²⁶ La exclusión, segregación y vulneración del régimen de derechos fundamentales son algunos fines inmediatos adscritos a la aplicación de la reincidencia criminal en los procedimientos penales y en la fase de criminalización primaria.²²⁷ Sin embargo, esta clase de contenido material contraviene la cultura jurídica, la tradición legal y los principios constitucionales de los estados receptores, al considerarse organizaciones que garantizan un sistema de protección de los derechos fundamentales y del principio de proporcionalidad. En ese sentido, a lo largo del escrito se han perfilado alternativas jurídicas mediante un enfoque minimalista para afrontar esta crisis del constitucionalismo latinoamericano.²²⁸ Estas medidas oscilan desde incentivar, en la función legislativa, el análisis minucioso sobre figuras jurídicas con origen oscurantista bajo una perspectiva del respeto de derechos fundamentales, hasta mitigar ciertas variables interdisciplinarias que incentivan, en la vida del delincuente, la comisión reiterada de conductas delictivas.

Se puntualiza el hecho de que para que la red de medidas y acciones sea efectiva, se requiere en primera instancia la cooperación social y estatal. Esto se logra superando las faltas del bloqueo institucional mediante la colaboración entre entidades

²²⁴ CESARE BECCARIA, *DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS* (4ta ed. 2013).

²²⁵ Véase LAERCIO, *supra* nota 6.

²²⁶ Véase DE CRUZ, *Supra* nota 5.

²²⁷ *Id.*

²²⁸ ALZATE, *supra* nota 1.

públicas y organizaciones civiles en favor de la estructura carcelaria y penitenciaria de estos respectivos países. A lo anterior se suma el conglomerado de derechos humanos inherentes a los reincidentes penales. Cultivar la paz social por medio de la ciencia penal requiere desarraigar discursos revanchistas, de odio y exclusión insertos en la colectividad y el Estado. Resulta indispensable la reflexión individual de aquellos efectos perjudiciales que la sociedad sufre, en razón del aborrecimiento y el apaciguamiento de la sed de venganza.

Sin duda alguna, este escrito no marca la solución final del peligrosismo jurídico en los instrumentos penales de los países aquí comparados. Por el contrario, traza los primeros pasos en la subversión de una política criminal populista, reactiva y poco reflexiva. El camino que nos espera a aquellos que guardamos esperanza en el constitucionalismo como limitación al derecho penal de enemigos, se bosqueja en las luchas burocráticas y estamentales. El fin es que las alternativas jurídicas produzcan efectos, políticamente, y así transformar la libre potestad legislativa en aquella regulación ponderante por el estudio comparado de la calificación académica y el saber jurídico. Esto último, considerándolo inmerso en el marco del principio de proporcionalidad y los derechos humanos.

Para finalizar, es grato cultivar en la academia puertorriqueña aquellas dudas que sedimentaron la investigación en los ordenamientos jurídicos de Colombia y México. El peligrosismo jurídico y el derecho penal del enemigo poseen una gran empatía en el ordenamiento legal de los Estados Unidos y del antiguo régimen de colonización española. Por ello, Puerto Rico adquiere, igualmente, antecedentes peligrosistas en un ordenamiento jurídico que debe considerarse parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y equivalente a un estado democrático de derecho. Este tipo de regulación constitucional incentiva en la duda del investigador el deseo de verificar si las figuras legales restrictivas de derechos fundamentales pueden ser compatibles con la Constitución y los tratados internacionales que se incorporan a través de las reglas metodológicas del derecho comparado. Esta actividad metódica contribuiría a superar en gran medida las crisis carcelarias y penitenciarias de los países latinoamericanos. Esto estaría atado al respeto por la evolución y el desarrollo de los derechos fundamentales.



UNIVERSIDAD INTERAMERICANA DE PUERTO RICO

PRESIDENTES

Instituto Politécnico de Puerto Rico	Primera Etapa
J. Will Harris	1912-1936
Jarvis S. Morris	1937-1946
Edward G. Seel	1947-1955
Universidad Interamericana de Puerto Rico	Segunda Etapa
Ronald C. Bauer	1956-1964
Raymond B. Hoxeng	1965-1968
Sol Luis Descartes	1969-1977
Ramón A. Cruz Aponte	1977-1987
Pedro José Rivera	1987-1990
José R. González	1990-1999
Manuel J. Fernós	1999-

DECANOS DE LA FACULTAD DE DERECHO

Hipólito Marcano	1961-1972
Pedro M. Vélez, Hijo	1972-1973
Carlos M. Piñero y del Cueto	1973-1974
Francisco Coll Moya	1974-1978
Alberto Ferrer	1978-1982
Carmen Sonia Zayas	1982-1984
Federico Hernández Denton	1984-1985
Manuel J. Fernós	1985-1992
Carlos E. Ramos González	1992-2000
Luis M. Negrón Portillo	2000-2013
Julio E. Fontanet Maldonado	2013-

DIRECTORES DE LA REVISTA JURÍDICA

Carlos M. Piñero y del Cueto	1964 – 1971	Carlos A. Padilla Vélez	1994 – 1995
Ivette Coll de Pestaña	1971 – 1972	Luis E. Vázquez Rodríguez	1995 – 1996
Héctor M. Aponte Ortiz	1972 – 1973	Diana B. Cordero Vázquez	1996 – 1997
Felícita Pérez de Torres	1973 – 1974	Vanessa L. Collazo Santiago	1997 – 1998
Regino Fermain Medina	1974 – 1975	Rosanna Rivera Llantén	1998 – 1999
Víctor J. Estrella Hernández	1975 – 1976	Enrique M. Almeida Bernal	1999 – 2000
Sonia González Robles	1976 – 1977	Grisselle Bermúdez Rodríguez	2000 – 2001
Miriam Berríos Sánchez	1977 – 1978	Sarah Yenit Rosado Morales	2001 – 2002
Carlos Gaztambide Acosta	1978 – 1979	Marta Enid Ortiz Camacho	2002 – 2003
Roberto Vega Pacheco	1979 – 1979	Ana Leticia Dávila Pérez	2003 – 2004
Ángel S. Ruiz Rodríguez	1980 – 1980	Ileana I. Inserni Cintrón	2004 – 2005
José E. Colón Rodríguez	1980 – 1981	Luis Roberto Rivera Cruz	2005 – 2006
Rafael Díaz Díaz	1981 – 1982	Nitya Morales Vázquez	2006 – 2007
Nora Vargas Acosta	1982 – 1983	Eduardo J. Rivera Juanatey	2007 – 2008
Armando Martínez Fernández	1983 – 1984	Janice Ramírez	2008 – 2009
David Muñoz Ocasio	1984 – 1985	Tatiana M. Grajales Torruella	2009 – 2010
Felipe Bravo García	1985 – 1986	Melissa Cabral Munárriz	2010 – 2011
Roberto Sueiro Del Valle	1986 – 1987	Coral M. Odiod Rivera	2011 – 2012
Bernardo Vázquez Santos	1987 – 1988	Melissa Marchany Carrasquillo	2012 – 2013
Ariel O. Caro Pérez	1988 – 1989	Vanessa Dávila Colón	2013 – 2014
Cruz María Caldera	1989 – 1990	Mayra I. Rosa-Pagán	2014 – 2015
Santiago F. Lampón González	1990 – 1991	Alexandra Cruz Zayas	2015 – 2016
Fermín L. Arraiza Navas	1991 – 1992	Wilmarivette Otero Flores	2016 – 2017
Linda L. Vázquez Marrero	1992 – 1993	Glorimar Irene Abel	2017 – 2018
César Vázquez Morales	1993 – 1994	Zoé C. Negrón Comas	2018 – 2019