



Junta Editora
2015-2016

Anthony O. Maceira Zayas
DIRECTOR EJECUTIVO

Karen L. Ayala Vázquez
DIRECTORA ASOCIADA

Freddy A. Hernández Martínez
DIRECTOR ASOCIADO

Daniel Beltrán Torres
DIRECTOR ASOCIADO



NOMBRAMIENTOS DE RECESO: EXCEPCIÓN HECHA
REGLA

Kenneth D. McClintock

HACIA LA RECONQUISTA DE UN DERECHO
USURPADO: LAS INICIATIVAS LEGISLATIVAS
CIUDADANAS COMO PARTE DEL DERECHO DE
PETICIÓN Y SU POSIBLE RECONOCIMIENTO
EN PUERTO RICO COMO HERRAMIENTA DE
DESARROLLO Y BIENESTAR

Alejandro L. Soriano Miranda

LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN PUERTO RICO A
INICIOS DEL SIGLO XXI

Alex López Echegaray

FINANCIAMIENTO PRIVADO DE CAMPAÑAS
POLÍTICAS, POR PARTE DE PERSONAS JURÍDICAS
EXTRANJERAS: UN ANÁLISIS COMPARADO

Jean Peña Payano

PUERTO RICO POLITICAL CONTRIBUTION
LIMITATIONS: LABOR UNIONS AND PACS

Anthony O. Maceira Zayas

HACIA UNA TEORÍA DE RESPONSABILIDAD DEL
GOBIERNO FEDERAL SOBRE LA DEUDA PÚBLICA
DE PUERTO RICO

José Nicolás Medina Fuentes

PROYECTO DEL SENADO 1210 Y PROYECTO DE LA
CÁMARA 2155

Julio Fontanet Maldonado



La Revista de Política Pública y Legislación, fundada en 2015, se publica una vez al año por estudiantes y egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

Esta publicación cuenta con aportaciones de profesionales con experiencia, conocimiento e ideas en materia de política pública y legislación. La Revista persigue crear un espacio interdisciplinario y crítico sobre estas importantes áreas que deben ser objeto de estudio y discusión, más allá de las facultades de derecho en nuestra Isla. El propósito que persigue la Junta Editora es que esta publicación sea una dinámica, de mucha actualidad y accesible tanto a la comunidad jurídica como al público en general.

Se invita al público a presentar artículos, comentarios, reseñas, ponencias y ensayos para ser considerados y evaluados por la Junta Editora para publicación. La publicación de un escrito no significa, necesariamente, que la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico ni que la Revista y sus integrantes compartan los puntos de vista que expone el autor.

Los derechos de autor de los trabajos publicados en la Revista de Política Pública y Legislación los retienen los autores. No obstante, la Revista se reserva el derecho de reproducir los artículos. Por otro lado, la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico así como la Revista y sus colaboradores no serán responsables por el contenido ni la citación de los escritos.

La Junta Editora agradece a la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, particularmente al Decano, Dr. Julio Fontanet Maldonado, por el apoyo incondicional a esta iniciativa.

Cítese esta Revista de la siguiente manera:

1 Rev. Pol. Pub. & Legis. U. Inter. P.R. ____ (2016).

REVISTA DE POLÍTICA PÚBLICA Y LEGISLACIÓN
UNIVERSIDAD INTERAMERICANA
DE PUERTO RICO

VOLUMEN I

AGO-DIC 2016

NOMBRAMIENTOS DE RECESO: EXCEPCIÓN HECHA REGLA <i>Kenneth D. McClintock</i>	5
HACIA LA RECONQUISTA DE UN DERECHO USURPADO: LAS INICIATIVAS LEGISLATIVAS CIUDADANAS COMO PARTE DEL DERECHO DE PETICIÓN Y SU POSIBLE RECONOCIMIENTO EN PUERTO RICO COMO HERRAMIENTA DE DESARROLLO Y BIENESTAR <i>Alejandro L. Soriano Miranda</i>	9
LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN PUERTO RICO A INICIOS DEL SIGLO XXI <i>Alex López Echegaray</i>	37
FINANCIAMIENTO PRIVADO DE CAMPAÑAS POLÍTICAS, POR PARTE DE PERSONAS JURÍDICAS EXTRANJERAS: UN ANÁLISIS COMPARADO <i>Jean Peña Payano</i>	51
PUERTO RICO POLITICAL CONTRIBUTION LIMITATIONS: LABOR UNIONS AND PACS <i>Anthony O. Maceira Zayas</i>	67
HACIA UNA TEORÍA DE RESPONSABILIDAD DEL GOBIERNO FEDERAL SOBRE LA DEUDA PÚBLICA DE PUERTO RICO <i>José Nicolás Medina Fuentes</i>	73
PROYECTO DEL SENADO 1210 Y PROYECTO DE LA CÁMARA 2155 <i>Julio Fontanet Maldonado</i>	97

NOMBRAMIENTOS DE RECESO, EXCEPCIÓN HECHA REGLA

ARTÍCULO

*Kenneth D. McClintock**

La Constitución de Puerto Rico, aprobada el 3 de julio de 1952,¹ establece que previo a extender determinados nombramientos, el Gobernador debe procurar y obtener el consejo y consentimiento del Senado y, en limitados casos,² de la Cámara de Representantes. La excepción a la regla es cuando un nombramiento, salvo raras excepciones,³ se realiza durante los recesos legislativos, cuando el nominado puede tomar posesión de su cargo y ejercer sin confirmación senatorial o legislativo, según sea el

caso, hasta el último día de la próxima sesión ordinaria o hasta que su nombramiento sea rechazado.

Dejando a un lado los nombramientos que se hacen en receso cuando el Gobernador juramenta unos 6 a 12 días antes de constituirse el Senado al inicio de cada cuatrienio a fin de “formar Gobierno”, la tradición ha sido que gran parte de los nombramientos ejecutivos importantes (jefes de agencia y miembros del ministerio público) en Puerto Rico se hacen en receso, obviando el requerimiento de consejo y consentimiento como precondition para ejercer el cargo.

Podría pensarse que, cuando la creación de la segunda sesión ordinaria durante los primeros tres años de cada cuatrienio acortó el tiempo de receso legislativo de unas 27 semanas a tan solo 14 semanas del año, el número de nombramientos de receso se hubiese reducido. Ese no ha sido el caso.

Cuando un nombramiento se hace en receso y el nominado juramenta su cargo previo a pasar por el proceso de consejo y consentimiento, dicho proceso, en la práctica, se complica.

* Décimo-tercer Presidente del Senado de Puerto Rico; 22do Secretario de Estado; Profesor Adjunto, Recinto Metropolitano de la Universidad Interamericana de Puerto Rico; Juris Doctor, 1980, Universidad de Tulane.

1 La Constitución de Puerto Rico fue aprobada por el Congreso y el Presidente Harry S. Truman mediante Resolución Conjunta el 3 de julio de 1952. Mediante el ejercicio políticamente estratégico de la discreción que le concedió el Congreso, el gobernador Luis Muñoz Marín decidió promulgar la misma el 25 de julio de 1952, feriado en que hasta ese momento se conmemoraba la llegada de las tropas estadounidenses en igual fecha del año 1898.

2 La Constitución requiere que el Secretario de Estado, dado su rol como vice gobernador, y el Contralor, dado su término de diez años, requieren confirmación cameral. Diversos estatutos requieren que un puñado de otros funcionarios, tales como el Contralor Electoral, requieran también confirmación cameral.

3 Entre las excepciones se encuentran los Jueces Asociados y el Juez Presidente del Tribunal Supremo de Puerto Rico.

La evaluación de un nombramiento ordinariamente se limita a una evaluación de documentos éticos, evaluación psiquiátrica, preparación académica y experiencia previa. Sin embargo, cuando se produce un nombramiento en receso, la evaluación suele extenderse al desempeño del nominado en el cargo para el cual él o ella ha sido nominado.

La evaluación de ese aspecto adicional frecuentemente lleva a que la evaluación conducente a la confirmación de funcionarios ejecutivos de alto nivel tarde significativamente más tiempo que la evaluación de funcionarios nominados durante una sesión que dependen de la confirmación para tomar posesión de sus cargos y que, a la vez, sea más extensa.

Por ejemplo, durante este cuatrienio, el nombramiento en receso del Dr. Francisco Joglar Pesquera, como primer Secretario de Salud bajo la gobernación del Hon. Alejandro García Padilla, languideció por 5 meses y 2 días en el Senado.⁴ En cambio, la confirmación de su sucesora, la Dra. Ana Ríos, necesaria para que pudiera tomar posesión de su cargo, solo tardó 52 días,⁵ o menos de una tercera parte del tiempo que tardó la evaluación del nombramiento en receso del Dr. Joglar para la misma posición.

Otro ejemplo de una posición cubierta en dos ocasiones durante un mismo cuatrienio es la Secretaría de la Vivienda durante la administración del gobernador García Padilla. El primer Secretario, nominado en receso, no fue

4 Sometido el 11 de enero de 2013, no fue aprobado hasta el 13 de junio de 2013, 5 meses y 2 días más tarde.

5 Sometido el 19 de septiembre de 2013, se aprobó en apenas 52 días, el 11 de noviembre de 2013.

confirmado hasta 2 meses y 3 días más tarde.⁶ En cambio, el nombramiento de su sucesor, el Arq. Alberto Lastra Power, que dependía de la confirmación para juramentar el cargo, fue confirmado en 21 días, una tercera parte del tiempo de su antecesor, nominado en receso.⁷

Estos ejemplos recientes siguen el patrón de cuatrienios anteriores, en que generalmente los nombramientos de funcionarios ejecutivos de alta jerarquía se atienden con gran celeridad cuando su toma de posesión mientras discurre una sesión legislativa depende de ser confirmado, mientras los nombramientos de funcionarios que tomaron posesión previo al inicio de sesión languidecen por meses antes de ser confirmados.

En cuatrienios recientes se ha desarrollado la práctica entre gobernadores de esperar que la Asamblea Legislativa recese para entonces someter un nombramiento, en receso, que estaba listo para ser sometido semanas antes, cuando la Legislatura estaba en sesión.⁸

6 El nombramiento del Lic. Rubén Ríos fue sometido el 11 de enero de 2013 y confirmado el 14 de marzo de 2013, más de dos meses más tarde.

7 Radicado el 20 de mayo de 2014 en plena sesión, el arquitecto Lastra fue confirmado el 10 de junio del 2014.

8 Se ha dado el caso, de hecho, de un Secretario de Estado que se trasladó al Aeropuerto Luis Muñoz Marín a juramentar a un miembro designado del Gabinete Constitucional en el área de recibo de equipaje de una línea aérea, minutos después que el nominado llegó a Puerto Rico y media hora antes que se abría una nueva sesión ordinaria del Senado, dado el interés del Ejecutivo de asegurar que el nominado fuera designado en receso y tomara posesión de su cargo antes que el Senado iniciara una nueva sesión ordinaria de la Asamblea Legislativa. Esa medida cautelar se tomó ante la duda de si, para cualificar como nombramiento de receso, el nominado tiene que ser juramentado, o meramente nominado, en receso.

I. Los efectos de un nombramiento en receso

Al designar a un jefe de agencia en receso, un Gobernador puede contar inmediatamente con los servicios del nominado. Sin embargo, al así hacerlo, cada decisión que el funcionario toma, cada acto que realice, cada nombramiento que extiende, está sujeto a una lupa senatorial intensamente enfocada por el Senado.

Como resultado, por meses, ese funcionario no solo se convierte en empleado de confianza del Gobernador que lo nominó sino del Senado que cuenta con toda una larga sesión ordinaria para procesar su nombramiento previo a confirmarlo o rechazarlo. Durante esa sesión, no se imprime sobre el Senado sentido de urgencia alguna para tramitar con rapidez ese nombramiento, toda vez que el nominado está en pleno ejercicio de sus funciones.

Por el contrario, durante esa larga sesión ordinaria, ese funcionario está sujeto no solo al escrutinio sino a las peticiones que, de tiempo en tiempo, reciba de miembros del Senado, particularmente de senadores de distrito, para que evalúe nombrar a tal o cual constituyente a posiciones de confianza, tales como directores regionales, en la agencia que ya administra el nominado en receso.

Si un senador recoge la impresión de que un nominado no es responsivo a las peticiones que recibe de su parte, puede crearse una razón para evaluar negativamente al nominado que no hubiese existido si el nominado no estuviera ejerciendo funciones mientras estaba siendo evaluado por el Senado.

II. Las excepciones justificadas a la regla

Al inicio de un cuatrienio, la deseabilidad de “formar gobierno” desde el mismo día que el Gobernador juramenta su cargo, obliga a que los nuevos jefes de agencia reciban nombramientos en receso el mismo 2 de enero y ciertamente antes del segundo lunes de enero en que, por disposición constitucional,⁹ se constituyen las cámaras legislativas. En ese caso, hay una larga tradición del Senado de mostrar deferencia a los principales nominados. Los primeros nominados en ser confirmado, por tradición, son los primeros dos secretarios en la línea de sucesión a la Gobernación, el Secretario de Estado y el Secretario de Justicia. Así fue tanto en el cuatrienio actual como en el pasado.¹⁰ Otros jefes de agencia de un nuevo gobierno, sin embargo, usualmente aguardan meses para ser confirmados.

Otra excepción a la regla es la situación con el último año del cuatrienio. A medida que se acerca el final de un cuatrienio, particularmente cuando hay dudas reales sobre las posibilidades reeleccionarias del gobernador incumbente, algunos miembros del gabinete renuncian a sus cargos y se hace un tanto difícil reclutar sustitutos talentosos a quienes no se le puede garantizar con credibilidad más que

⁹ Const. P.R. art. 3, § 10.

¹⁰ El Secretario de Estado David Bernier fue el primero en confirmarse, el 31 de enero de 2013, 20 días después de recibirse su nominación. Su antecesor, igualmente, fue el primero en ser confirmado por el Senado en el 2009, apenas tres días después de recibirse su nominación. De igual forma, tanto los Secretarios de Justicia Luis Sánchez Betances y Antonio Sagardía fueron los segundos nombramientos en confirmarse en el 2013 y 2009, respectivamente.

unos meses en el cargo de no darles la ansiada reelección. En esos casos, resulta conveniente aguardar al receso legislativo del 30 de junio, tras el cual no hay más sesiones ordinarias,¹¹ para nominar en receso, sin mayor escrutinio, a quienes corresponderá llenar las vacantes y desempeñarse durante los últimos meses del cuatrienio.

Vemos, pues, como hay dos grandes excepciones a la regla de que los nombramientos usualmente no deben ser de receso, al inicio y en las postrimerías de un cuatrienio en que el nombramiento de receso es preferible.

III. Conclusión

La disposición constitucional local para permitir que la mayoría de las personas nominadas durante el receso legislativo puedan tomar posesión y desempeñar el cargo mientras su nombramiento es evaluado durante la siguiente sesión ordinaria se redactó e incluyó para ejercerse por vía de excepción. El abuso de esa disposición por parte del Ejecutivo ha provocado la penalidad, impuesta por el Legislativo, de alargar, intensificar y ampliar el proceso de evaluación de tales nombramientos.

Futuros ejecutivos deben evaluar con mayor detenimiento la deseabilidad de hacer nombramientos en receso que aumentan el riesgo de no confirmarse, que provocan una pérdida parcial y temporera del control sobre

las actuaciones del nominado y acrecientan la tribulación que causa un periodo extendido de evaluación sobre el nominado.

11 El Código Político provee para una segunda sesión ordinaria durante los primeros tres años del cuatrienio, no así durante el segundo semestre del cuarto año del cuatrienio, durante el cual se efectúan las elecciones generales.

HACIA LA RECONQUISTA DE UN DERECHO USURPADO: LAS INICIATIVAS LEGISLATIVAS CIUDADANAS COMO PARTE DEL DERECHO DE PETICIÓN Y SU POSIBLE RECONOCIMIENTO EN PUERTO RICO COMO HERRAMIENTA DE DESARROLLO Y BIENESTAR

ARTÍCULO

Alejandro L. Soriano Miranda^{1*}

“El hombre nace libre, pero dondequiera está en cadenas...”

—Jean Jacques Rousseau

I. Introducción

En virtud del creciente descontento ciudadano en las viejas y recientes naciones de corte gubernamental democrático, consecuencia directa de la corrupción, la inacción gubernamental, la creciente desigualdad y el evidente colapso de las recetas neo-liberales de privatización, reducción del gobierno y jugosos beneficios a favor del capital privado, es más evidente el reclamo por mecanismos populares no violentos de participación y toma de

decisiones que vayan por encima de las maquinarias gubernamentales.

Algunos de esos mecanismos tienen siglos de existencia y utilización. Otros son de nuevo cuño; algunos de ellos fueron incorporados en las constituciones nacionales; otros están disponibles mediante los foros regionales e internacionales, tanto legislativos como judiciales en aquellos países que se allanan a su jurisdicción. Lo cierto es que, en las llamadas democracias del siglo XXI, la vieja concepción de que el pueblo delega mansamente

* El autor es planificador profesional licenciado (desde 1996) y abogado-notario (admitido en el 2010), debidamente autorizado a ejercer ambas profesiones en Puerto Rico. Ha fungido como Asesor en Asuntos de Economía y Planificación, así como Director de la Oficina de Asesores del Presidente de la Cámara de Representantes. Asimismo, ha laborado como Asesor Externo para asuntos legales y de Planificación del Rep. Luis Vega Ramos y para el Senado de Puerto Rico.

cada cierto tiempo en unos “representantes” para que ellos diseñen, ejecuten y monitoreen la política pública que ofrecieron a sus constituyentes, está dando paso a un nuevo corolario: “elegiremos nuestros representantes y gobernadores para cumplir con el mandato político . . . y nos reservamos el derecho de impulsar directamente legislación, ejecución e investigación, de ustedes no hacerlo o hacerlo parcial o fragmentadamente”. Es en estas palabras que podemos describir el significado del término iniciativas ciudadanas.

Ampliamente utilizados en la mayoría de las naciones de Europa y de Hispanoamérica, las iniciativas ciudadanas o iniciativas populares son una serie de mecanismos de “democracia directa”. Puede definirse como el derecho de: (1) los ciudadanos como electores a presentar proyectos para reformar las leyes o la constitución (derecho de petición); (2) amplios sectores no-gubernamentales legítimamente reconocidos en los tribunales judiciales a presentar recursos legales o solicitar remedios y compensaciones frente a acciones tomadas por el Estado o por empresas privadas que están revestidas del poder gubernamental; (3) reclamar a las agencias gubernamentales el despliegue de información total sobre una materia o que actúe conforme a su ordenamiento creador; (4) reunión pública con las autoridades del gobierno central, regional o municipal con el propósito de permitir la participación de la comunidad en la discusión de asuntos de interés (por ejemplo: Planes de Ordenamiento Territorial, Planes de Transportación, etc.); y (5) en caso extremo de completa incompetencia ejecutiva, los ciudadanos como electores a revocar, vía referéndum, al gobernante electo del país si en cierto tiempo razonable no cumple con las promesas

de su programa de gobierno.

Aunque todos los mecanismos antes mencionados tienen su importancia, este trabajo se circunscribirá al derecho de petición, descrito en el apartado (1) del párrafo anterior y su posible implantación en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico, quien goza del triste privilegio de ser una de las pocas jurisdicciones en América que no reconoce constitucionalmente ese derecho. A tales fines, se discutirá el concepto, su alcance, su desarrollo a partir del derecho internacional y su utilización y efectos políticos, económicos y sociales en otras jurisdicciones. Luego, se procederá a discutir la posibilidad y justificación de implantar este mecanismo para beneficio de la ciudadanía puertorriqueña y los esfuerzos realizados por establecerlo mediante legislación. Finalmente, se analizarán las posibilidades de implantar ese mecanismo en Puerto Rico, así como los intentos de implantarlo vía legislación.

II. Iniciativa ciudadana de ley como parte del derecho de petición: “Un derecho reconocido mundial, pero no internacionalmente”¹

La iniciativa popular de ley o iniciativa ciudadana de Ley, como llamaremos de aquí en adelante, es un mecanismo de “democracia directa” ampliamente utilizado en Europa y Latinoamérica que parte del derecho reconocido a la ciudadanía en muchas naciones de

¹ Véase Francisco González Navarro & Jose Francisco Alenza García, El derecho de petición: Comentarios a la Ley Orgánica 4/2001 de 12 de noviembre, 78-122 (S.L. Civitas Ediciones S.L. 2002).

peticionar, ante las autoridades gubernamentales o a los representantes electos por el pueblo, cualquier reclamo o asunto de interés. Puede definirse como el derecho de los electores a presentar proyectos para reformar las leyes o la constitución.

Existen reconocidas dos clases de iniciativas: *la iniciativa legislativa estatutaria*, la cual abarca a la promoción popular de propuestas de legislación ordinaria, y *la iniciativa constitucional*, la cual propone someter a la ciudadanía enmiendas a la carta magna del país.² La iniciativa ciudadana de legislación puede ser *directa* o *indirecta*. La primera consiste en aquella legislación iniciada por individuos o grupos que se somete a votación popular. La indirecta se refiere a que la legislación o enmienda constitucional es presentada por un sector de la ciudadanía, pero está condicionada a que la rama legislativa o una convención constituyente la considere previo a que el pueblo vote por ella.³ Este trabajo se concentrará en la *iniciativa ciudadana legislativa directa* como agente de cambio y de mayor participación democrática para Puerto Rico.

III. Origen y desarrollo

Este derecho tiene un origen constitucional. A partir de la Revolución Francesa de 1789, los forjadores de este movimiento tenían presente el ideario de que el poder de la nación sale del Pueblo y no de la monarquía. Por lo tan-

to, plasmaron en la Declaración de los derechos de hombre y del ciudadano el derecho y el deber de toda persona a colaborar en la formación de la ley, “sea personalmente, sea por medio de sus representantes”.⁴ Ese derecho parte de la premisa articulada de que “la ley es la expresión de la voluntad de la comunidad”.⁵ Este mandato de propiciar la participación directa del ciudadano en la labor legislativa fue finalmente recogido de forma expresa en la Constitución francesa del 1791. Desde entonces, este derecho es reconocido e incorporado en buena parte de los países de Europa.⁶

A pesar de su reconocimiento como derecho fundamental, natural y político, el derecho de petición (y muy en particular la iniciativa ciudadana de Ley) no está recogido en la mayoría de los tratados y declaraciones internacionales o regionales, comenzando por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por las Naciones Unidas en 1948,⁷ y pasando por Pactos internacionales de derechos políticos y de derechos económicos, sociales y culturales, ambos ratificados en el 1966. Con la excepción de la Constitución de la Comunidad Europea (Artículos 21, 44 y 194) y de la Declaración Americana de Derechos Humanos de 1948 (Artículo 24), prácticamente

² Véase Escuela de Administración Pública de la Universidad de Puerto Rico, *La Nueva Constitución de Puerto Rico*, 436 (Ed. U.P.R. 2003).

³ Id.

⁴ Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, art. VI (París, 26 de agosto de 1789).

⁵ Id.

⁶ González Navarro & Alenza García, *supra* n. 1, pág. 77.

⁷ La Sección 1 del Artículo 21 de la Declaración universal de derechos humanos es similar al Artículo VI de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano, en cuanto a que toda persona “tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos”, pero no da el paso de avance hacia abogar por el derecho de petición.

todos los convenios regionales de derechos humanos no la incluyen. Por eso es que Navarro y Alenza plantean correctamente que es un derecho reconocido mundialmente (es decir, por las naciones del planeta) pero no internacionalmente.

No emepece lo anterior, durante los pasados veinte años surge a lo largo y ancho del planeta el interés de organizaciones autónomas de diversas vertientes por suplementar las crecientes deficiencias de los gobernantes y legisladores. El impulso de iniciativas legislativas ciudadanas es un mecanismo de búsqueda de verdaderos espacios de contrapoder social, con el fin de contrarrestar lo que Pisarello (citando a Capella), llama “la tendencia a la autoproclamación de los poderes mercantilistas y de las burocracias administrativas integradas por expertos”.⁸ En cuanto al poder que puede tener las iniciativas legislativas ciudadanas en contribuir a democratización y a una mejor distribución de las riquezas, Pisarello puntualiza:

Es cierto que, con frecuencia, las señales e impulsos emitidos desde espacios autónomos de la sociedad civil resultan, . . . , demasiado débiles como para provocar a corto plazo procesos de aprendizaje en el subsistema político o para reorientar los procesos de toma de decisiones (Habermas,

1998). Sin embargo, eso no autoriza a despachar sin más su potencial democratizador. Así, *son de interés*, [por ejemplo], *en lo que respecta a la participación en la elaboración de garantías políticas, las iniciativas legislativas ciudadanas vinculadas a la maximización de los derechos sociales* (como la Carta Vasca de Derechos Sociales [en España]) . . . O los foros cívicos sobre presupuestos participativos (como los de Porto Alegre, en Brasil, con más de diez años de duración) en los que son los propios ciudadanos quienes deciden una parte de las prioridades sociales en materia presupuestaria. *Este tipo de propuestas, atractivas precisamente en la medida en que no se reducen a camuflados ejercicios de manipulación plebiscitaria, parten de la necesidad de socializar la política para obtener un mejor reparto de la riqueza y pueden considerarse, en ese sentido, como una alternativa garantista, posible y deseable, tanto al paternalismo distribuido sin autogestión como a la participación estéril incapaz de incidir en las formas de producción y apropiación de la riqueza* (Genro y Souza, 2000).⁹

8 Gerardo Pisarello, Del estado social tradicional al estado social constitucional: Por una protección compleja de los derechos sociales, en Comisión Nacional de Derechos Humanos, Teoría Constitucional y Derechos Fundamentales, 129 (CNDH 2002).

9 Id. pág. 130 (énfasis nuestro).

IV. El derecho de petición vía iniciativa ciudadana legislativa en la formación de la comunidad europea

Regresando a Europa, el Tratado de la Comunidad Europea reconoce el derecho de petición tanto como uno de sus derechos fundamentales como en su procedimiento ante el Parlamento Europeo. Fue reconocido primero mediante la Declaración de los derechos y libertades fundamentales del Parlamento europeo del 12 de abril de 1989 (Carta Fundamental), posteriormente mediante el Tratado de la Unión Europea del 7 de febrero de 1992, o Tratado de Maastricht y, más recientemente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 7 de diciembre de 2000, el cual contiene los derechos esenciales proclamados por los máximos organismos de la Comunidad Europea y que ratifica los anteriores. El Artículo 44 de la Carta Fundamental, heredero del Artículo 3 de la Declaración de 1989, lee como sigue: “*Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene el derecho de petición ante el Parlamento europeo*”.¹⁰

En cuanto al uso del derecho de petición en relación con otros mecanismos y derechos que provee el Tratado de la Comunidad Europea, se establece en su Artículo 21¹¹ que:

Todo ciudadano de la Unión tendrá el derecho de petición ante el Parlamento Europeo, de conformidad con lo dispuesto

¹⁰ Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, art. 44 (énfasis nuestro).

¹¹ Tratado de la Comunidad Europea, art. 21 (énfasis nuestro).

en el Artículo 194.

Todo ciudadano de la Unión podrá dirigirse al Defensor del Pueblo instituido en virtud de lo dispuesto en el Artículo 195.

*Todo ciudadano de la Unión podrá dirigirse por escrito a cualquiera de las instituciones u organismos contemplados¹² en el presente Artículo o en Artículo 7 en una de las lenguas mencionadas en el Artículo 314 y recibir una contestación en esa misma lengua.*¹³

Sobre la personalidad y su derecho a acudir al Parlamento, el Artículo 194 dispone:

Cualquier ciudadano de la Unión, así como cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a presentar, al Parlamento Europeo, individualmente o asociado con otros

¹² Además del Parlamento Europeo y Defensor del Pueblo Europeo, los otros organismos a los cuales los ciudadanos pueden ejercer derecho de petición vía iniciativa ciudadana de ley son: el Comité Económico y Social, el Comité de las Regiones, el Consejo, la Comisión, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Cuentas. Véase Pedro Pablo Miralles Sangro, La ciudadanía de la Unión Europea, en Políticas de la Unión Europea, 93 (Editorial Colex 2005).

¹³ Se reconocen veintiuna (21) lenguas, conforme las lenguas oficiales de los veinticinco (25) estados miembros de la Unión Europea desde el 2004. No obstante, este límite puede ser barrera para decenas de comunidades y territorios ubicados dentro de los países miembros, que luchan desde hace siglos por su reconocimiento e igualdad social, política y económica. Id.

*ciudadanos o personas, una petición sobre un asunto propio de los ámbitos de actuación de la Comunidad que le afecte directamente.*¹⁴

Como se expuso previamente, el arraigo del derecho de petición en su variante de iniciativa ciudadana de Ley, abarca desde el ámbito comunitario y se extiende más allá del Parlamento Europeo como posible destinatario, pudiendo ejercerse en cualquiera de las instituciones y organismos ciudadanos, conforme al citado Artículo 21 del Tratado.¹⁵ Posteriormente, el Tratado de Niza del 26 de febrero de 2001, el cual ratifica los tratados existentes y atiende el problema de la ampliación de las fronteras de la Comunidad, reconoce y hace un llamado a las instituciones y organismos mencionados en el Artículo 21 del tratado a velar por la atención “en un plazo razonable” de cualquier “petición escrita” por parte de “un ciudadano de la Unión”.¹⁶

Las materias a atenderse en una petición de iniciativa legislativa ciudadana ante el Parlamento Europeo son aquellas que caen dentro de la jurisdicción de la Unión Europea y cubre las siguientes materias: derechos de los ciudadanos según los tratados vigentes, asuntos ambientales, protección del consumidor, movimientos migratorios, flujo de bienes y servicios, mercados internos, trabajo, bienestar social, profesiones, entre otros asuntos.¹⁷ Resulta

interesante conocer, al menos de forma breve, la frecuencia del uso así como la efectividad de la iniciativa ciudadana de Ley. Según información del Parlamento Europeo y reseñada por Miralles Sangro (2005), durante el periodo 2002-2003 se presentaron ante el Parlamento Europeo un total de 1,514 peticiones ciudadanas, de las que fueron aceptadas casi la mitad: unas 744 (49.1%). En el caso del Defensor del Pueblo Europeo, este recibió un total de 2,211 y 2,436 para los años 2002 y 2003, respectivamente, siendo acogidos apenas el treinta (30) por ciento para cada uno de los mencionados periodos.

Sobre estas estadísticas, Miralles Sangro cuestiona el poco efectivo uso de este mecanismo, bien por la “forma ejemplar” del funcionamiento y administración de las instituciones de la Unión Europea, por falta de conciencia de los ciudadanos europeos del alcance del Artículo 21 del Tratado o bien por la falta de confianza entre instituciones y ciudadanos, algo que él señala como un síntoma de déficit democrático de la Unión Europea.¹⁸ Ante esos datos, se pudiera añadir la limitación que tiene el Parlamento Europeo de iniciar cualquier proceso de legislación independientemente de su iniciativa, toda vez que es el Consejo Europeo, principal órgano ejecutivo, quien tiene esa prerrogativa. Eso pudiera llevar a concluir que las aspiraciones ciudadanas están supeditadas a un poder “super-estatal” en donde los representantes de gobiernos de los estados miembros ante el Consejo y el Parlamento limitan la facultad legislativa regional a considerar, sola y prioritariamente, las agendas

14 Tratado de la Comunidad Europea, Art. 194. (Énfasis nuestro).

15 González Navarro & Alenza García, *supra* n. 1, pág. 79.

16 Tratado de Niza, Declaración Núm. 4 (26 de febrero de 2001).

17 *Tratado de la Comunidad Europea*, art. 194;

Reglas de Procedimiento del Parlamento Europeo, Regla 191.

18 Miralles Sangro, *supra* n. 12, pág. 94.

gubernamentales de los países miembros, que no necesariamente convergen con las agendas de la ciudadanía. He ahí un gran escollo a las iniciativas populares y un argumento para los que desconfían del proceso.

V. El derecho de petición vía iniciativa ciudadana legislativa en las constituciones nacionales de Europa

En Europa existe una práctica virtualmente unánime en el reconocimiento de la iniciativa ciudadana de Ley. Más aún, ese derecho formaba parte importante de la cultura jurídica e idiosincrática de la mayoría de sus naciones fundadoras mucho antes que se formalizaran los primeros tratados para la década del ochenta. Naciones como Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Grecia, Gran Bretaña, Holanda, Hungría, Italia, Portugal y Suiza, así como los pequeños estados de Liechtenstein y Luxemburgo, son algunos ejemplos de países que han incorporado el derecho de petición a su ordenamiento jurídico. En algunas de estas naciones europeas, se regula el número mínimo de ciudadanos como requisito para la presentación de proyectos (500 mil electores, en España, por ejemplo) y en varios casos se excluyen como materias propias de este tipo de iniciativas, lo referente a leyes tributarias, de defensa, relaciones exteriores, indulto y presupuesto nacional, los cuales son prerrogativas del Estado como “cumplidor del mandato del Pueblo”.

Deteniéndonos un poco en el caso de España, el artículo 87.3 de su Constitución dispone que los ciudadanos hagan propuestas, denominadas como “Iniciativas Legislativas

Populares” [en adelante *ILP*], respaldadas por un mínimo de 500 mil firmas. Esta facultad está regulada por la Ley Orgánica 3/1984 y recientemente por la Ley Orgánica 4/2001 del 12 de noviembre de 2001, propuestas. Sin embargo, esta iniciativa tiene una serie de limitaciones:

1. No puede reformarse, mediante *ILP*, ninguna ley Orgánica, ni regular alguna materia propia de ley Orgánica. En específico, se excluye de reformar mediante *ILP* los siguientes estatutos: el Código Penal, los Estatutos de Autonomía, la Ley Electoral, la del Defensor del Pueblo, la del Tribunal Constitucional, la de Educación, la del Derecho de Reunión, la de Libertad Sindical, la de Libertad Religiosa, la de Partidos Políticos, entre otros.
2. No pueden reformar ley tributaria (contributiva) alguna; en ese sentido, se excluye reformar vía *ILP* la Ley General Tributaria, la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, la Ley sobre el IRPF, la Ley del Impuesto al Valor Añadido (IVA), etc.
3. No se puede reformar ley alguna de carácter internacional.
4. Partiendo de dichas iniciativas no puede elaborarse ley alguna referente a la prerrogativa de gracia, el indulto, que según el artículo 62.i de la Constitución corresponde al Rey, con arreglo a la Ley.
5. No pueden reformar ni el Consejo Económico y Social, ni los parámetros

de redistribución de la riqueza, ni la armonización entre regiones, ni la planificación de la actividad económica; tampoco pueden proponerse los Presupuestos Generales del Estado ni enmiendas a éstos.

Según el artículo 166 de la Constitución, la Constitución sólo puede reformarse mediante los apartados 1 y 2 del artículo 87, por lo que la ILP queda excluida como vehículo para la reforma constitucional.

A lo largo del periodo democrático español iniciado en 1978, tan sólo nueve ILP han pasado el filtro de la Mesa del Congreso, mientras que únicamente una ILP ha sido aprobada por el Pleno, relativa a la modificación de la Ley de Propiedad Horizontal. También cabe la posibilidad de presentar iniciativas legislativas en los diferentes parlamentos autonómicos. En este caso, los diversos estatutos de autonomía recogerán las condiciones exigidas para ello. Los posibles plebiscitos para su aprobación habrán de ser autorizados por el Gobierno Central.

Suiza, por su parte, tiene un notable historial de actividad de iniciativas ciudadanas, con más de un centenar de iniciativas presentadas. Las propuestas van desde la iniciativa de ley de 1989 que establecía la abolición del ejército (la cual fue rechazada en un referéndum que convocó a dos tercios del electorado), hasta la consulta para abandonar la condición de “estado neutral” durante la década de los noventa (también rechazada). Como puede intuirse, ambas iniciativas produjeron fuertes debates que incidieron en las definiciones posteriores del país en cuanto a su política de defensa, relaciones con el exterior, comercio, entre otros

asuntos medulares.

En el caso de Italia, las controversias en cuanto al uso de este mecanismo son tan o más intensas que su vecino lusitano. Por ejemplo, fue a partir de una de estas iniciativas que se sometió a consulta la instalación de misiles nucleares en país. Se lograron reunir 100 mil firmas el año 1984, consiguiéndose el rechazo a esta operación.

VI. El derecho de petición en las constituciones nacionales de América

En América y la mayoría de los estados del Caribe,¹⁹ la iniciativa ciudadana de ley se encuentra reconocida en sus cartas de derechos fundamentales. No obstante, son Argentina, Uruguay y Colombia los países que más uso hacen de este instrumento. En el caso de Uruguay, país donde se permite las iniciativas ciudadanas legislativas ordinarias y constitucionales directas, entre 1986 y 1998, se realizaron siete plebiscitos y referéndum producto de iniciativas populares de ley. En uno de esos procesos se sometió a consideración la idea de derogar cierta legislación que protegía derechos de los trabajadores (1998), la que fue rechazada. Igual rechazo recibió la iniciativa de privatizar servicios públicos y telefónicas (1992) como parte de la ola de privatización y delegación de competencias gubernamentales al sector privado que arropó a toda Hispanoa-

19 Las constituciones de República Dominicana (1966) y del Estado Libre Asociado de Puerto Rico (1952) son las únicas excepciones a la amplia aceptación del derecho de petición en América. González Navarro & Alenza García, *supra* n. 1, pág. 79.

mérica durante la década de los noventa, producto del Plan Brady y las “recetas” del Fondo Monetario Internacional.

Las vecinas repúblicas de Honduras y Nicaragua han aprobado recientemente sendas leyes que viabilizan los procesos electorales solicitados por un porcentaje de electores aptos. Para el año 2006, se aprobó en Honduras la “Ley de Participación Ciudadana (Decreto No. 3-2006 del 27 de enero de 2006)”, la cual reconoce, entre otros, un mecanismo de participación mediante el cual el ciudadano podrá “. . . [s]olicitar que los titulares de órganos o dependencias públicas de cualquiera de los poderes del Estado, que convoque a la ciudadanía en general, a los vecinos de un Municipio, de un barrio o colonia, a gremios, sectores o grupos sociales organizados, para que emitan opiniones y formulen propuestas de solución a problemas colectivos que les afecten”. Reconoce el mismo estatuto que “las iniciativas ciudadanas podrán ser planteadas no solamente por ciudadanos individualmente considerados, sino que también por asociaciones civiles, patronatos, empresas, gremios o cualquier otro grupo social organizado”.

Ahora bien, aclara el legislador hondureño en su intención que las iniciativas son un mecanismo más persuasivo que obligatorio para el Gobierno, al puntualizar que “los resultados (de las opiniones vertidas y las propuestas) no serán vinculantes pero sí elementos de juicio para el ejercicio de las funciones del convocante”. Para garantizar la correcta canalización de las iniciativas ciudadanas, la misma Ley crea el cargo de Comisionado Nacional de Participación Ciudadana, el cual presidirá el Foro Nacional de Participación Ciudadana (creado por la mencionada Ley), quien será

nombrado por el Presidente de la República, por un período de cuatro (4) años. Este Foro será como gestor y promotor de iniciativas ciudadanas al Estado, y a su vez será receptor de iniciativas provenientes de otros dos organismos ciudadanos: Los Consejos de Desarrollo Municipal y Departamental y Las Mesas Comunitarias de Participación Ciudadana. Los tres organismos no solo promoverán iniciativas, sino que serán organismos fiscalizadores de toda gestión legislativa y ejecutiva, teniendo que rendir informes periódicos de su evaluación y resultados de esas gestiones ante el Foro.

VII. Las iniciativas ciudadanas de legislación en los Estados Unidos

Las iniciativas ciudadanas de legislación en los Estados Unidos son una práctica muy utilizada por grupos ciudadanos. Sus orígenes provienen de los mecanismos legislativos de los *townships* de Nueva Inglaterra. A partir del fin de la Guerra Civil y producto del descontento general con las asambleas de los condados y ciudades, los civiles comienzan a solicitar el uso de las iniciativas. Se mencionan los estados de Nebraska y Dakota del Sur como los primeros estados en autorizar el uso de la iniciativa legislativa ciudadana y del referéndum en asuntos locales,²⁰ primero mediante autorización ejecutiva o legislativa y luego mediante enmiendas a la constitución garantizando el derecho.

Actualmente, la gran mayoría de los

20 *La Nueva Constitución de Puerto Rico, supra* n. 2, pág. 436.

estados reconocen algún tipo de procedimiento de democracia directa por las cuales los ciudadanos pueden desviarse del proceso legislativo tradicional (la representativa) e iniciar procesos de legislación o enmiendas a sus constituciones, aprobar o rechazar tanto medidas legislativas propuestas como actuaciones gubernamentales a través del mecanismo del referéndum, así como realizar elecciones revocatorias (*recall*) contra funcionarios electos o designados.²¹ En el caso de las iniciativas ciudadanas para enmendar la constitución, un total de dieciocho (18) estados permiten dicho mecanismo.²²

VIII. Aceptación popular de las iniciativas ciudadanas

Si tomamos las encuestas o sondeos de opinión como una medida del grado de aceptación o rechazo general alrededor del mundo, se podría concluir, que existe un amplio respaldo a las iniciativas legislativas ciudadanas. Por ejemplo, en un estudio realizado por Bowler y Donovan en el 2003, se encontró que más del setenta (70) por ciento de los estadounidenses respaldarían una propuesta para elevar a rango nacional el derecho de iniciativa ciudadana y de referéndum.²³ En el caso del estado de California, los saldos de las encuestas de opinión realizadas desde finales de la década del 1990,

21 Robert L. Maddex, *State Constitutions of the United States*, xiii (Congressional Quarterly 1998).

22 *Id.* págs. xxx – xxxv.

23 Véase Shaun Bowler & Todd Donovan, *Reasoning about Institutional Change: Winners, losers, and support for electoral reforms*, 37 B. J. Pol. S. 455-467 (2007).

demuestran consistentemente un respaldo de entre 65 al 70 por ciento a mecanismos de propuestas electorales populares.²⁴ De igual forma, un 72 por ciento de los ciudadanos europeos encuestados favoreció un modelo de participación directa democrática “a los suizo”, según un estudio realizado en Europa por la firma Eurobarometer, en 1997.²⁵

En un estudio realizado recientemente por Bowler, Donovan y Karp (2007)²⁶ donde se encuestó a una muestra poblacional en 16 países desarrollados (*affluent democracies*) con regímenes democráticos que reconocen el derecho ciudadano de petición vía iniciativa o enmienda constitucional,²⁷ se encontró una consistencia en cuanto a la abrumadora mayoría a favor de las iniciativas ciudadanas.²⁸

IX. Las iniciativas ciudadanas y el poder de legislación en el Estado Libre Asociado

24 Véase Shaun Bowler, Todd Donovan & Jeffrey Karp, *Engaged or Enraged?: Preference for direct Citizen Participation in Affluent Democracies*, 60 Political Research Quarterly, University of Utah 352, 361 n. 1 (2007). Se citan encuestas realizadas (California Field Polls) durante los periodos 1996-2004, 1997-2003 y 1999-2002. Una encuesta del 2004 encontró que un 68 por ciento de los participantes definieron las iniciativas ciudadanas como “algo bueno”.

25 *Id.* pág. 352.

26 Bowler & Donovan, *supra* n. 23, págs. 351-362.

27 *Id.* pág. 352. Los países fueron: Alemania, Austria, Australia, Canadá, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Finlandia, Gran Bretaña, Hungría, Letonia, Nueva Zelandia, Países Bajos, República Checa y Suiza.

28 *Id.*

Al proclamarse la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico el 25 de julio de 1952, Puerto Rico hace su primer esfuerzo de insertarse ante los pueblos del mundo, tratando de sacudirse del ignominioso régimen colonial estadounidense, para aspiración de la colonia y para “tranquilidad” de la metrópoli, que todavía pasa aprietos en buscar explicación a su dominio sobre la Isla. Mediante el documento, se instituye un cuerpo jurídico, subdividido en tres poderes de gobierno “igualmente subordinados a la soberanía del pueblo de Puerto Rico”. En el Preámbulo de dicha Constitución, se estableció que la esencia fundamental es el sistema democrático de nuestro pueblo y se definió el mismo como “aquel donde la voluntad del pueblo es la fuente del poder público”.

Igualmente, la Sección 19 del Artículo II de la Constitución, la Carta de Derechos, decretó la existencia de “otros derechos pertenecientes al pueblo en una democracia y no mencionados específicamente”. Uno de esos derechos lo es el de expresarle al poder público su posición sobre un asunto trascendental de ley o de política pública. Ese derecho de expresión, tanto sobre asuntos de ley como de política pública, es también ejercitable frente al gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, a tenor con la Primera Enmienda de la Constitución Federal.

No obstante, hallarse implícito el derecho de petición del ciudadano ante el estado, incluyendo el derecho de presentar iniciativas legislativas ciudadanas, los padres fundadores de la Constitución delegaron la facultad exclusiva de legislar a la Rama Legislativa,

por conducto de la Asamblea Legislativa.²⁹ Tal delegación incluye las áreas de radicación, el trámite, deliberación y aprobación de medidas a ser convertidas en Ley. Ese poder, no obstante, está limitado a los derechos del ciudadano, contenidos en la Carta de Derechos y otras disposiciones constitucionales³⁰.

La sección 17 del referido Artículo III, establece lo referente al proceso y trámite de medidas presentadas ante la Asamblea Legislativa, para que las mismas puedan ser convertidas en Ley.

Ningún proyecto de ley se convertirá en ley a menos que se imprima, se lea, se remita a comisión y ésta lo devuelva con un informe escrito; pero la cámara correspondiente podrá descargar a la comisión del estudio e informe de cualquier proyecto y proceder a la consideración del mismo. Las cámaras llevarán libros de actas donde harán constar lo relativo al trámite de los proyectos y las votaciones emitidas a favor y en contra de los mismos. Se dará publicidad a los procedimientos legisla-

29 La Sección 1 del Artículo III de la Constitución del ELA establece que “[e]l Poder Legislativo se ejercerá por una Asamblea Legislativa, que se compondrá de dos Cámaras-el Senado y la Cámara de Representantes-cuyos miembros serán elegidos por votación directa en cada elección general”.

30 Específicamente, el Artículo II y las disposiciones relacionadas a los ámbitos y delegaciones hacia las Ramas Ejecutiva (Artículo IV) y Judicial (Artículo V). Véase también José A. Cuevas Segarra & R. Elfrén Bernier, *Aprobación e Interpretación de las Leyes en Puerto Rico*, 27 (2nd ed., Publicaciones J.T.S 1987).

tivos en un diario de sesiones, en la forma que se determine por ley. No se aprobará ningún proyecto de ley, con excepción de los de presupuesto general, que contenga más de un asunto, el cual deberá ser claramente expresado en su título, y toda aquella parte de una ley cuyo asunto no haya sido expresado en el título será nula. La ley de presupuesto general sólo podrá contener asignaciones y reglas para el desembolso de las mismas. Ningún proyecto de ley será enmendado de manera que cambie su propósito original o incorpore materias extrañas al mismo. Al enmendar cualquier artículo o sección de una ley, dicho artículo sección será promulgado en su totalidad tal como haya quedado enmendado. Todo proyecto de ley para obtener rentas se originará en la Cámara de Representantes, pero el Senado podrá proponer enmiendas o convenir en ellas como si se tratara de cualquier otro proyecto de ley.³¹

De igual forma, las resoluciones conjuntas seguirán el mismo trámite requerido para un proyecto de ley.³²

Los requisitos para la aprobación de medidas, tanto por las cámaras legislativas como por el Gobernador, están contenidos en

la Sección 19 del mencionado Artículo III. En específico, se expresa que todo proyecto de ley “que sea aprobado por una mayoría del número total de los miembros que componen cada cámara se someterá al Gobernador y se convertirá en ley si éste lo firma o si no lo devuelve con sus objeciones a la cámara de origen dentro de diez días (exceptuando los domingos) contados a partir de la fecha en que lo hubiese recibido”.³³ En caso de la devolución de una medida por parte del ejecutivo, “la cámara que lo reciba consignará las objeciones del Gobernador en el libro de actas y ambas cámaras podrán reconsiderar el proyecto, que de ser aprobado por dos terceras partes del número total de los miembros que componen cada una de ellas, se convertirá en ley”.³⁴ En caso de que la Asamblea Legislativa levante sus trabajos *sine die* “antes de expirar el plazo de diez días de haberse sometido un proyecto al Gobernador, éste quedará relevado de la obligación de devolverlo con sus objeciones, y el proyecto sólo se convertirá en ley de firmarlo el Gobernador dentro de los treinta días de haberlo recibido”.³⁵ Toda aprobación final o reconsideración de un proyecto será en votación por lista.³⁶

Además, la Asamblea Legislativa tiene facultad para derogar o anular, vía legislación, cualquier legislación vigente. Todos estos poderes constitucionales otorgados a la Asamblea Legislativa no son abdicables. Inclusive, ninguna legislatura puede restringir o limitar su poder o el de asambleas legislativas futuras para aprobar, enmendar o derogar leyes.

31 Const. P.R., art. III, § 17.

32 *Id.* en art. III, § 18.

33 *Id.* en § 19.

34 *Id.*

35 *Id.*

36 *Id.*

X. Las medidas por petición ciudadana

No empece la facultad constitucional de aprobar leyes en beneficio del Pueblo de Puerto Rico y de que dicho poder no es abdicable, la Asamblea Legislativa puede recibir propuestas legislativas provenientes de individuos o grupos ciudadanos. Esta facultad tiene su base en el poder de reglamentar sus procedimientos y gobierno interno, según la Sección 9 del Artículo III de la Constitución.³⁷ Así se constata en el Diario de la Convención Constituyente, el cual recogió la interpretación de sus miembros en torno al poder legislativo de reglamentar su gobierno interno, al afirmar que en la Sección 9 del Artículo III “[a]parecen especificados los poderes de decidir sobre la elección de sus miembros, adoptar reglamentos, crear comisiones y dotarlas de la autoridad necesaria para efectuar su labor . . .”.³⁸ En ese sentido, los reglamentos de los respectivos cuerpos legislativos facultan a sus miembros a presentar medidas legislativas a petición de cualquier ciudadano, grupo u organización que tenga interés en un asunto en particular.³⁹ De ser acogido por el legislador, se hará constar en el encabezamiento de la medida la frase “por petición”, la cual estará al

lado de la firma del legislador.⁴⁰ Tales medidas así identificadas serán tramitadas, según fuere aplicable, de la misma manera que se tramita una medida legislativa en el cuerpo, conforme a su reglamento.⁴¹ No obstante lo anterior, la radicación de un proyecto de petición no obliga al legislador que radicó la medida a respaldar la misma.⁴²

Según el trámite legislativo de ambos cuerpos, durante la pasada Decimoquinta Asamblea Legislativa se radicaron un total de 310 medidas por petición (207 en la Cámara y 103 en el Senado), de las cuales unas 209 eran proyectos de ley (127 en la Cámara y 82 en el Senado), 83 fueron Resoluciones (66 en Cámara; 17 en Senado), 15 resoluciones conjuntas (14 en Cámara; una en el Senado) y sólo tres eran resoluciones concurrentes (todas radicadas en el Senado). Este total de medidas radicadas por petición representa apenas el 1.3 por ciento del total de medidas radicadas en ambos cuerpos para el periodo 2005-2008 (2.92% de los proyectos de ley, 0.67% de las resoluciones, 0.4% del total de resoluciones conjuntas y 1.13% del total de resoluciones concurrentes radicadas para el mencionado periodo).⁴³

37 “Cada Cámara . . . adoptará las reglas propias de cuerpos legislativos para sus procedimientos y gobierno interno . . .”. *Id.*

38 4 *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de Puerto Rico*, Edición Conmemorativa, 2581 (2003).

39 Véase Regla 18 del Reglamento de la Cámara de Representantes y Regla 19 del Reglamento del Senado de Puerto Rico, vigentes hasta el 31 de diciembre de 2008.

40 Regla 18.1 del Reglamento de la Cámara de Representantes; Regla 19.1 del Reglamento del Senado.

41 Regla 18.3 del Reglamento de la Cámara de Representantes; Regla 19.3 del Reglamento del Senado.

42 Regla 18.2 del Reglamento de la Cámara de Representantes; Regla 19.2 del Reglamento del Senado. Resulta interesante conocer si la frase “a menos que así lo interese” de la Regla 18.2 del Reglamento de la Cámara de Representantes implica que el representante tiene que hacer un respaldo de forma expresa (oral o escrita) de la medida radicada por petición para poder defenderla e impulsarla en el trámite legislativo. Tal expresión no se encuentra en las reglas del Senado.

43 Para la Decimoquinta Asamblea Legislativa que está por concluir, se radicaron en ambas cámaras legislativas un total de 23,708 medidas, distribuidas de la

Ahora bien, estas 310 medidas por petición rebasan por mucho las apenas 31 medidas radicadas en ambos cuerpos (17 en la Cámara y 14 en Senado) durante la pasada Decimocuarta Asamblea Legislativa (2001-2004).⁴⁴ Lo que significa que cada vez más grupos y organizaciones están tomando conciencia de la disponibilidad de este mecanismo para impulsar sus iniciativas y la disponibilidad de más legisladores para radicar medidas de iniciativa ciudadana, aunque no conlleve por eso su respaldo a la misma.

Aunque hubo más medidas por petición radicadas en esta recién concluida Decimosexta Asamblea Legislativa, es menester evaluar si las mismas fueron debidamente consideradas y acogidas en sus méritos. De los 209 proyectos de ley por petición, unos 38 fueron enviados al Gobernador para su evaluación y firma. De esos, 27 fueron convertidas en ley (71% de las enviadas al Ejecutivo). En cuanto a las Resoluciones de investigación, un total de nueve culminaron en informes sometidos por las Comisiones legislativas y de esos, seis fueron aprobados por el pleno de la Cámara. Por su parte, ninguna de las 15 resoluciones conjuntas logró culminar el trámite con éxito. Igual suerte corrieron las tres resoluciones

siguiente forma: 7,144 proyectos de ley; 12,509 resoluciones; 3,791 resoluciones conjuntas y 264 resoluciones concurrentes. Legislativo, <http://www.oslpr.org/buscar/>, Portal Electrónico, Oficina de Servicios Legislativos (*última visita 15 de abril de 2016*).

44 El total de 31 medidas se distribuye así: 18 proyectos de ley (ocho en la Cámara y 10 en el Senado); nueve resoluciones (seis en Cámara, tres en Senado); tres resoluciones conjuntas (dos en Cámara, una en Senado) y una Resolución Concurrente (Cámara). Trámite Legislativo, Portal Electrónico, Oficina de Servicios Legislativos, <http://www.oslpr.org/buscar/> (accedido el 15 de abril de 2016).

concurrentes.⁴⁵

Las materias cubiertas por estas legislaciones por petición van desde los asuntos ambientales,⁴⁶ asuntos laborales,⁴⁷ promover la colegiación de profesiones,⁴⁸ transportación terrestre,⁴⁹ hasta una propuesta de enmienda a la Constitución para establecer un sistema unicameral,⁵⁰ entre varios otros asuntos.

Este interesante aumento en el número de medidas por petición ciudadana sugiere dos cosas: un mayor conocimiento en cuanto a la existencia de mecanismos de participación ciudadana y el creciente descontento general por

45 *Id.*

46 Un ejemplo lo fue el Proyecto de la Cámara 2190 de radicación tripartita y presentado por la Iniciativa para el Desarrollo Sustentable [en adelante *IDS*] y la Coalición Pro Corredor Ecológico del Noreste [en adelante *CEN*], entre Luquillo y Fajardo, la cual crearía la Reserva Natural del CEN. Recibió veto expreso debido a discrepancias con la versión aprobada en el Senado, aunque luego el Ejecutivo creó la Reserva mediante la Orden Ejecutiva 2007-37, utilizando como base el texto según radicado en la Cámara de Representantes.

47 Resolución Concurrente del Senado 115.

48 Véase como muestra el P. de la C. 1518, para disponer sobre la colegiación de los profesionales en la consejería en rehabilitación, convertida en la Ley Núm. 160 del 16 de agosto de 2006, efectiva inmediatamente. No obstante, de no obtenerse mediante consulta la mayoría requerida a favor de la colegiación compulsoria, esta Ley quedará sin efecto.

49 El P. de la C. 4123, el cual transfiere la jurisdicción gubernamental sobre los portadores públicos y taxis no-turísticos, de la Comisión de Servicio Público hacia el Departamento de Transportación y Obras Públicas, Ley Núm. 148 del 3 de agosto de 2008.

50 La Resolución Concurrente del Senado 2, tenía como objetivo hacer enmiendas en los Artículos del III al VII y derogar el Artículo 8 de la Constitución, a los fines de reorganizar la Asamblea Legislativa hacia un sistema unicameral, según el mandato del electorado en la consulta realizada el domingo, 12 de julio de 2005. Aprobada por el Senado y derrotada en la Cámara de Representantes.

la labor legislativa en cuanto a la pobre atención hacia asuntos de verdadero interés ciudadano. Por el lado del legislador, se pudiera sugerir una mayor apertura de éste a poner su escaño para beneficio de los legítimos reclamos ciudadanos.

No obstante, no se puede ser concluyente en ese sentido, dado que, conforme las disposiciones reglamentarias, el legislador no tiene que atarse o manifestarse a favor de una medida por petición. Eso puede tener un efecto significativo en el éxito o fracaso de una medida por petición, dado que un legislador no está obligado a reclamar que se le brinde la celeridad y consideración correspondiente en las distintas etapas del trámite. Esto coloca a las medidas legislativas por petición ciudadana en un riesgoso estado de indefensión ante el cuasi-omnipotente privilegio legislativo y la discreción de las comisiones legislativas de considerar a su arbitrio una u otra legislación. Más aún, impone una clasificación sospechosa entre “las medidas de los legisladores” las cuales gozan implícitamente de una “paternidad reconocida” y las medidas por petición, que pueden ser “adoptadas” a conveniencia del legislador o pueden quedar “bastardas” en todo su proceso.⁵¹

Lo que sí es un hecho irrefutable es que dentro de nuestra ciudadanía existe la capacidad, el conocimiento y las redes de apoyo para desarrollar medidas de iniciativa legislativa de calidad que atiendan aquellos asuntos de alta urgencia para nuestro País y que el legislador

puertorriqueño o no entiende, o no quiere o no puede manejar. Por lo tanto, somos de la idea que existen las condiciones para impulsar enmiendas a la Constitución del Estado Libre Asociado, a los fines de incorporar como un derecho básico la petición ante el Gobierno, que incluya la iniciativa legislativa ciudadana.

La pregunta es, ¿por qué no se incluyó el derecho de petición, en su variante de iniciativas ciudadanas, en la Constitución del Estado Libre Asociado? Es sorprendente y lamentable por demás saber que este derecho fue considerado, pero no fue incluido en la Carta Magna puertorriqueña. Como justificación a ello se señala la serie de informes comisionados por la Convención Constituyente a la Escuela Graduada de Administración Pública de la Universidad de Puerto Rico sobre sus recomendaciones para la confección de la Constitución. Los mismos fueron publicados por la Universidad de Puerto Rico para 1954 y recientemente en el 2003, del cual hacemos referencia.⁵² Veamos brevemente el análisis y las conclusiones que llevaron a esta decisión, la cual es una prueba más del déficit democrático que padece nuestro pueblo y evidencia de la poca confianza hacia el puertorriqueño de participar activamente en el fortalecimiento de su sociedad.

XI. La Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, el informe de la Escuela Graduada de Administración Pública y las iniciativas ciudadanas de ley⁵³

51 Inclusive, el legislador puede tomar un borrador de proyecto de iniciativa legislativa y radicarlo como suyo sin tener que incluir la expresión “por petición” y de esa forma dar la impresión de que respalda totalmente esa medida ante el cuerpo.

52 *La Nueva Constitución de Puerto Rico, supra* n. 2.

53 Por motivos de espacio, la discusión se centrará en el tratamiento brindado a la iniciativa legislativa

Luego de discutir el concepto de iniciativa estatutaria (iniciativa legislativa en su variante ordinaria), la experiencia en el mundo y en los estados de los Estados Unidos en los cuales a ese momento (1951) reconocían el derecho de petición, el informe pasa a discutir los argumentos a favor y en contra de la iniciativa legislativa, los cuales se enumeran a continuación de forma íntegra, por su importancia y vigencia.

A. Argumentos a favor de la iniciativa

Primero, la premisa principal de los que defienden la legislación directa es la falta de confianza en la capacidad de los representantes. Se dice que éstos responden más fácilmente a la influencia de los poderosos que a la voluntad del pueblo y que, por lo tanto, si la voluntad popular ha de prevalecer, debe permitírsele la expresión directa. Mediante los mecanismos de la democracia directa, por lo tanto, el pueblo será soberano. Puede usar la iniciativa para sancionar leyes que no hayan sido aprobadas por los representantes.

Un corolario de este argumento lo constituye la insistencia en que el legislador no responde al pueblo porque es un prisionero del

ciudadana en su carácter ordinario por parte de la Escuela de Administración Pública a la Convención Constituyente, la cual está contenida en el capítulo titulado "Los Métodos de la Democracia Directa", págs. 435-439 y 443-447, esta última en cuanto a los argumentos a favor y en contra de la iniciativa, los cuales son similares a los del referéndum.

partido. Mientras más poderosa es la maquinaria política, más inmune está el legislador frente a la voluntad de sus representados. Así, pues, permitiéndose que los electores voten sobre asuntos fundamentales, se debilita la lealtad de partido, ya que las cuestiones a dirimirse no se limitarán a las que los partidos políticos escojan para la consideración de la legislatura.

Si la democracia se reduce a un conflicto entre grupos políticos, se frustra la expresión de la voluntad general. En un sistema de dos partidos es así en virtud de que se le niega la oportunidad de tener representación organizada en la legislatura los grupos minoritarios y que la dependencia del representante en la maquinaria del partido produce un sistema cerrado de intrigas parlamentarias en el cual el elector tiene muy poca influencia. Y si se trata de un sistema de varios partidos, el resultado es el mismo, ya que el gobierno se convierte en una serie de transacciones y maniobras entre grupos y, además, es frecuente la paralización de toda la maquinaria por falta de un programa común que pueda expresar la voluntad del pueblo.

En segundo lugar, la legislación directa mejora la calidad de la vida pública. Ofrece una buena oportunidad de ser útiles a aquellos ciudadanos que no deseen dedicar sus vidas a la política exclusivamente. Cuando estas personas consideren que alguna legislación es deseable, no tendrán que conquistar puestos públicos y permanecer en ellos el tiempo necesario para cumplir con su cometido. Los cuerpos legislativos se enfrentarán a competencia fresca. Según este argumento, la participación de esta clase es saludable.

En tercer lugar, los métodos de la democracia directa pueden convertirse en el ve-

hículo de programas radicales. En este sentido, la iniciativa y el referéndum fueron el resultado lógico del movimiento que dio auge a la primaria directa en los estados norteamericanos a partir de 1880. Este desconfiaba de las maquinarias políticas controladas en su mayoría por los intereses adinerados; creía en la sabiduría del pueblo y en su disposición a aprobar medidas progresistas y quería ignorar al “caudillo” y al “caucus”. Es muy significativo que su influencia perdura principalmente en aquellos estados donde fue más fuerte la rebelión agraria contra el control ejercido por las corporaciones del Este.

B. Argumentos en contra de la iniciativa

Los argumentos a favor o en contra de estos métodos de democracia directa tienen que basarse en los resultados de su funcionamiento más bien que en la teoría. Como sucede con el concepto de representación proporcional, puede ser que los principios sean irrefutables en teoría y resulten, sin embargo, un fracaso en la práctica. Precisamente los que se oponen a la democracia directa basan su actitud en consideraciones de índole práctica.

Sostienen, en primer lugar, que la teoría ha girado en torno a una concepción irrealista del proceso político, porque presupone que el pueblo utilizará la iniciativa y el referéndum para someter a votación medidas favorables al hombre común. Ingenuamente considera que es fácil hacer una distinción precisa entre las medidas buenas y las que no lo son, y que lo único que falta es la fiscalización directa del

pueblo.

Un análisis de la legislación directa demuestra que en la práctica esa concepción de la voluntad general es falsa. No existe una voluntad general; a lo sumo, lo que existe es una serie de voluntades de grupos que el proceso legislativo se propone armonizar. Por lo tanto, son muy pocas las ocasiones en que las iniciativas deben su origen a todo el pueblo. Las fuerzas motrices han sido, más bien, pequeños grupos de ciudadanos motivados por algún interés particular. Además, los costos económicos del procedimiento de iniciativa aseguran el monopolio de su uso a los intereses creados, por ejemplo, se le hace difícil a un grupo que no cuente con recursos económicos adecuados la recolección de firmas. Un estudio de la experiencia de California contiene una lista de los grupos que han promovido la celebración de referéndums opcionales y que revela invariablemente que fueron organizaciones interesadas en la protección de algún interés económico particular: vendedores de maderas, la industria de ganado, fabricantes de oleomargarina, los principales productores de aceite, cadenas de tiendas y cámaras de comercio. Naturalmente, es difícil apreciar con exactitud el grado de influencia que esos intereses ejercen sobre la legislatura mediante los métodos de democracia directa.

En segundo lugar, por consiguiente, los métodos de democracia directa han dado al traste en su funcionamiento con la creencia de sus defensores de que ayudarían a las causas progresistas. Casi invariablemente han sido instrumentos de grupos conservadores; en algunos estados, todos los referéndums celebrados se han debido al esfuerzo de tales grupos para derrotar legislación progresista. El volumen de legislación rechazada por referéndum demues-

tra que el elector promedio es hijo de la inercia y no está interesado en experimentos legislativos, a menos que afecten algún interés en particular que le ataña directamente o se refiera a alguna cuestión que apele a sus prejuicios más fuertes. De ahí que la iniciativa y el referéndum no hayan conducido a cambios significativos.

En muy raras ocasiones han dado margen a que se desarrolle un gran interés popular y solamente participa en ellos como el 50% de los electores. Eso quiere decir, a su vez, que con frecuencia son las minorías las que logran los cambios, debido a la inercia de la mayoría del electorado con respecto a cuestiones de interés particular. Por lo tanto, es importante tomar en cuenta la relación entre los métodos de democracia directa y gobierno por mayoría. Según Croly, esos métodos sitúan el liderazgo de la legislación en las pequeñas minorías y permiten a la mayoría ejercer tan solo la función negativa de someterse a la imposición o rechazarla.

En tercer lugar, los métodos de legislación directa no han podido acabar con el poder de las maquinarias políticas, ni parecen proponérselo.⁵⁴

Aunque el informe afirma que los anteriores argumentos a favor o en contra son “secundarios” pues se refieren a “vicios y virtudes” propios de la democracia, el mismo concluye y recomienda a la Convención Constituyente otorgarle a la rama legislativa total responsabilidad para formular la legislación. Las razones fueron las siguientes y se reproducen de forma íntegra:

- a) Cada ley debe estar integrada dentro de un programa global y armonizar con las demás partes de la estructura jurídica del país. Esta condición puede cumplirse mejor por la legislatura, que tiene a su cargo toda la legislación, mientras que el carácter esporádico de la legislación popular es contrario a ese principio.
- b) La deliberación en la asamblea legislativa permite mayor cuidado para formular las disposiciones específicas de los estatutos. Cuenta con las propuestas de la rama ejecutiva, el consejo de sus propios técnicos, el estudio de los comités y otras facilidades. La discusión en un cuerpo de esta naturaleza se presta más a la formulación de medidas legislativas que el debate público en torno a la iniciativa y al referéndum.
- c) Los legisladores son personas con experiencia en las tareas de atención a los problemas jurídicos, reconciliar intereses contrapuestos y definir los programas del gobierno.
- d) Es justo concederles un

periodo razonable de tiempo para poner a prueba el desarrollo práctico de su programa, en vez de intervenir en su autoridad a cada paso, mediante los procesos de la democracia directa. Mal puede exigírseles responsabilidad, si no se les permite el debido margen de acción.

- e) El remedio más adecuado, en caso de deficiencia legislativa, es el que brindan las elecciones cada cierto tiempo. Entonces es posible juzgar los programas y los hombres con mejor perspectiva, a base de una consideración de las cuestiones fundamentales. En la aprobación o rechazo de los programas, presentados de forma general, y en la selección de hombres de confianza, el electorado demuestra más cordura que en la consideración de proyectos de ley, con todos sus detalles y complicaciones.⁵⁵

Si fuéramos a resumir los argumentos utilizados en 1951 por la Escuela Graduada de Administración Pública para que la Constituyente descartara sin más la iniciativa legislativa ciudadana, se podrían resumir de la siguiente forma:

1. El legislador sabe más.
2. Los ciudadanos no están capacitados para tomar decisiones complejas.
3. En caso de deficiencia, se saca al legislador con el voto.
4. Las minorías y los derechos civiles pueden correr riesgos.
5. Las minorías concienciadas pueden imponerse sobre una mayoría indiferente.
6. Los grupos con influencia y poder económico pueden imponer sus agendas.⁵⁶

Por obsoletas, parcializadas, superficiales, influenciadas por los temores y prejuicios propios de la Guerra Fría y porque llevan enraizadas el tumor maligno de la mentalidad del colonizado, pasaremos a refutar cada uno de estos argumentos.⁵⁷

56 Sería interesante conocer si la actual generación facultativa y estudiantil de la Escuela Graduada de Administración Pública de la Universidad de Puerto Rico sostiene estos argumentos y recomendaciones en contra de la iniciativa legislativa y también del referéndum, a la luz de las refutaciones que se presentarán a continuación. Albergamos la esperanza de que esta institución, la cual ha servido tan bien al País pueda reevaluar y rectificar estas recomendaciones.

57 En el proceso de preparar los argumentos que refuten la oposición a la iniciativa legislativa, se consultó la página cibernética de la organización *Democracy Internacional* y Más Democracia, disponible en la Red Mundial, http://www.geocities.com/mas_democracia/

1. El legislador sabe más

De ser eso cierto, ¿cómo se justifica entonces la inversión de sobre \$40 millones en asesoría externa gastados durante la recién concluida Decimoquinta Asamblea Legislativa?⁵⁸ La realidad es que, a raíz de la aprobación de la “Ley del legislador a tiempo completo”, ha aumentado la presión sobre el legislador para radicar mayor cantidad de medidas y así justificar su trabajo. El resultado de ello es el incremento en legislación de pobre calidad, sin el debido estudio y análisis previo por parte del legislador. Por otro lado, como muy bien el informe a la Constituyente establece, el legislador promedio se circunscribe a lo que dicta su partido, dejando de lado aquellas agendas que son esenciales y urgentes para el ciudadano. Por otro lado, vemos un número creciente de legisladores que ponen a disposición su escaño para que los grupos y organizaciones ciudadanas presenten legislación, por la sencilla razón de que el legislador reconoce el dominio de la materia y de que la propuesta tiene convergencia con el programa de gobierno de su partido. Por otro lado, las organizaciones se están apoderando de los espacios vacíos dejados por la ausencia de líderes políticos legislativos que, por retiro, derrota o por cambio de intereses, ya no atienden las agendas ciudadanas extra-partidistas.

2. Los ciudadanos no están capacitados para tomar decisiones complejas

Es un argumento falaz que va de la mano con el primer argumento de la erudición del legislador. Peor aún, es un argumento peligroso. De continuar vigente ese argumento, ni el voto a los jóvenes de 18 años, el cual fue aprobado por el electorado puertorriqueño en 1970, ni el voto de las mujeres, las cuales votan desde 1934 en Puerto Rico y en 1920 hubiera sido posible en la actualidad. La realidad es que la sociedad de Puerto Rico de ahora no es la sociedad de los años cuarenta, con serios problemas de salud, falta de acceso a escuelas, hospitales, alimentación adecuada y de medios de comunicación. Aunque existan diferencias en cuanto a la calidad del conocimiento y educación en la población puertorriqueña, la cual debe mejorarse, lo cierto es que la ciudadanía puertorriqueña está capacitada, puede discernir y opinar sobre los temas de actualidad y tomar una decisión, aún sobre temas complejos. Consulta entre sus gremios, sus grupos de pertenencia y tiene acceso a medios de comunicación (radio, televisión, internet y prensa) con tal de educarse y opinar.

3. En caso de deficiencia, se saca al legislador con el voto

Se plantea que la solución es “esperar cada cuatro años para sacarlos con el voto”, reformando así la composición legislativa. Aunque bien es posible, la realidad es que las reformas legislativas necesarias no van a ser iniciadas por las élites que controlan los partidos políticos. En cambio, la iniciativa ciudadana sí ofrece un medio para lograr las reformas. Por ejemplo, en Estados Unidos algunas reformas, como la elección directa de los senadores,

index.htm actualizada el 4 de septiembre de 2008.

58 *Obvian asesoría ya disponible*, El Nuevo Día, 5-6 (23 de julio de 2008).

las listas abiertas o las primarias para elegir los candidatos de los partidos, fueron conseguidas a través de la iniciativa y el referéndum.

4. Las minorías y los derechos civiles pueden correr riesgos; y los grupos con influencia y poder económico pueden imponer sus agendas

Este es un riesgo real que debe ser evitado cuando se diseñan las herramientas de democracia directa. En particular, es importante fijar límites a los gastos globales en que puede incurrir una campaña de recogida de firmas o previa al referéndum, así como límites a las donaciones que pueden hacer instituciones o individuos. Además, si el estado financia en parte estas campañas, los grupos con poco poder económico podrán también acceder a estos derechos políticos. Es también importante hacer pública la identidad de los donantes a una determinada campaña. En general, no es un problema de la democracia directa sino de un descuidado diseño de las herramientas que la constituyen.

5. Las minorías concienciadas pueden imponerse sobre una mayoría indiferente

Este argumento fue utilizado para explicar la baja participación electoral durante el proceso del referéndum para determinar si se cambiaba la Asamblea Legislativa de una bicameral a una unicameral. La realidad es que en este caso, la baja participación respondió a

las expresiones de la mayoría parlamentaria en el poder en ese momento de no darle paso a un referéndum exmandatario de la Constitución para establecer el sistema unicameral, lo que provocó en el elector la impresión razonable de que independientemente cuantos acudieran a votar, el mandato popular no sería escuchado. La premisa detrás de este argumento falaz es que sólo las minorías participarían en las iniciativas o consultas directas, debido a que en muchos temas específicos solo los que entiendan su importancia participarían. Esta característica es común de cualquier tipo de democracia, desde las reuniones vecinales y de condóminos (solo asisten a las reuniones y votan aquellos vecinos preocupados por la decisión que se va a tomar) como en la democracia representativa. La imposición de un quórum mínimo se ha demostrado desastroso. La realidad es que la mera presencia de un grupo u otro no necesariamente es sinónimo de imposición. Todo grupo ciudadano tiene que convencer, trabajar y persuadir a favor de su propuesta. Además de que la misma se presente en el mejor ambiente político, social y económico posible.

XII. La Convención Constituyente y las iniciativas ciudadanas de ley

Otra fuente de férrea oposición a las iniciativas ciudadanas lo fue nada más y nada menos que en el escenario cumbre de la confección de la Carta Magna boricua (1951-1952) por conducto de varios miembros de la misma. Según recoge el Diario de Sesiones de dicha convención, la cual fue electa por mandato del pueblo en referéndum celebrado el día 4 de

junio de 1951,⁵⁹ el delegado por acumulación, Sr. Cintrón Rivera, presentó la proposición número 192, “para reconocer el derecho de petición”.⁶⁰ Lo propio hicieron los delegados Iriarte, Llobet Jr., Colón Castaño, Parkhurst, Geigel, González Blanes, García Méndez y Ferré, al presentar la Proposición Núm. 326, la cual trató sobre “sufragio y elecciones, poder legislativo, iniciativa y el referéndum *recall*”.⁶¹ También se da cuenta de peticiones ciudadanas solicitando que se considere los mencionados derechos.⁶² Estas iniciativas fueron referidas a las comisiones correspondientes, pero no fueron favorecidas.

El delegado socialista Reyes Delgado, abogando a favor de derechos propuestos de iniciativa, referéndum y referéndum revocatorio plantea:

El Artículo quinto versa sobre el derecho de “iniciativa”, referéndum y *recall*. No consideramos que el pueblo de Puerto Rico pueda constituirse en un pueblo equipado democráticamente para ejercer las funciones de la democracia, si no se le da la autoridad a su pueblo para pedir que se adopte tal o cual medida legislativa, para pedir que

se eche de su cargo tal o cual funcionario, y para pedir que se le sometan a consulta, leyes que se hayan aprobado, sin que directamente el electorado las haya conocido. Esos derechos, el derecho de *recall*, el derecho del referéndum, el derecho de iniciativa, nosotros creemos que deben ser constitucionalmente garantizados.⁶³

Dicha propuesta finalmente fue descartada.

Es menester comentar brevemente sobre el debate en torno al derecho de enmiendas a la Constitución mediante iniciativa ciudadana, para tener una idea de los argumentos a favor y en contra. El delegado García Delgado presentó una enmienda al que finalmente fue el Artículo VII sobre las enmiendas a la constitución, a los efectos de que “una quinta parte o más de los votantes capacitados de Puerto Rico podrá, mediante petición a la Asamblea Legislativa, solicitar se enmiende la constitución, estando la [Asamblea] Legislativa obligada a someter la enmienda así propuesta a un referéndum”.⁶⁴ Es el delegado Trías Monge, en oposición a esa enmienda y tomando como base la experiencia estadounidense, quien argumentó que dicha participación de la ciudadanía de forma directa, lo que provocaría es la movilización de “. . . los grupos de intereses creados, de pequeños grupos privilegiados que pueden organizar su pequeña maquinaria para

59 Según disposiciones de la Ley Pública Núm. 600, 81er. Congreso, aprobada el 3 de julio de 1951.

60 1 Diario de Sesiones de la Convención Constituyente 311(1961).

61 *Id.* pág. 329.

62 *Id.* pág. 295. Se registra en récord la petición número 46, por parte del juez Aurelio Berríos Amaro, Juez del Tribunal Municipal, Sala de Bayamón, “enviando proposiciones sobre . . . derecho al *initiative* [y] derecho al *recall*. . .”.

63 Diario de Sesiones, supra n. 60, pág. 446.

64 3 Diario de Sesiones de la Convención Constituyente 1831.

efectos de dicha elección esporádica”.⁶⁵

En réplica al argumento de Trías Monge, de que esa enmienda propuesta “impediría la movilización adecuada de los partidos políticos”, el delegado Figueroa expone que la iniciativa es

. . . el pueblo mismo . . . pidiendo que se trate una cuestión. Y sostener que un gobierno de partidos es el que debe predominar . . . me parece que este principio debe predominar en tanto en cuanto no esté en conflicto con el principio directo de la intervención del pueblo, que está por encima de los partidos políticos, porque los partidos políticos están integrados por parte del pueblo”.⁶⁶

Por su parte, el delegado Trías Monge, arguyó su oposición a la enmienda a que sea “una quinta parte del electorado (la que) favorezca una proposición de enmienda a la Constitución, y que luego la misma vaya directamente a la elección popular, sin haber pasado a través del tamiz de la deliberación, del examen, del enjuiciamiento del organismo deliberativo”.⁶⁷ Evidenciando su fe ciega al proceso legislativo, culmina Trías diciendo que “los miembros de la Asamblea Legislativa son sus representantes y han de tener buen interés y cuidado en que su

conducta esté, en cierto modo sustancial, atemperada al clima de opinión, a la atmósfera, a las apetencias y deseos de la comunidad a la cual sirven y representan”.⁶⁸

La enmienda propuesta por el delegado García Delgado finalmente fue derrotada con apenas dieciocho votos a favor de la misma, en la sesión celebrada el 10 de enero de 1952.⁶⁹

XIII. Propuestas legislativas a favor de la iniciativa ciudadana consideradas anteriormente

A partir de cumplido medio siglo de instaurada la Constitución del Estado Libre Asociado, y en medio de la lucha por sacar a la Marina de Guerra de los Estados Unidos de la Isla municipio de Vieques, se iniciaron amplias discusiones en torno a la necesidad de reformar la Carta Magna boricua. Las reformas señalaban tres puntos: el reconocimiento de derechos ya reconocidos a nivel internacional (como el derecho de petición) que fueron propuestos en la eliminada Sección 20 del Artículo II, la composición del poder legislativo y la relación entre Puerto Rico y Estados Unidos. Las discusiones provinieron tanto de adentro de la Asamblea Legislativa como también de diversos sectores políticos, laborales y académicos.

Fruto de esas discusiones, se presentó lo que constituye el primer esfuerzo legislativo para elevar a rango legal el derecho de petición. El mismo fue el Proyecto de la Cámara 4808, radicado el 10 de mayo del 2004 por el enton-

65 *Id.* págs. 1832-1833.

66 *Id.* pág. 1835.

67 *Id.* pág. 1837.

68 *Id.*

69 *Id.* pág. 1841.

ces presidente de la Cámara de Representantes, Carlos Vizcarrondo Irizarry. El mismo tenía como objetivo establecer la “Ley de Iniciativas Ciudadanas del Estado Libre Asociado de Puerto Rico”, a los efectos de disponer la forma y manera en que los ciudadanos del Estado Libre Asociado de Puerto Rico puedan generar un proceso electoral para expresarse y orientar a la Asamblea Legislativa o a la Rama Ejecutiva del Estado Libre Asociado de Puerto Rico o al Gobierno de los Estados Unidos de América, sobre una ley u otro asunto de política pública y para otros fines relacionados.

La política pública a establecerse consistió en: (1) reconocer el derecho del Pueblo a organizar eventos electorales donde se consideren para su aprobación o rechazo iniciativas ciudadanas; (2) que esas iniciativas ciudadanas consistirían en proponer, derogar o enmendar determinadas políticas públicas o leyes del Estado Libre Asociado de Puerto Rico; y (3) utilizar las disposiciones de la referida medida, de ser aprobada, para organizar eventos electorales de expresión ciudadana en torno a políticas públicas o leyes del Gobierno federal, a tenor con la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos América.⁷⁰ Esta medida ordenaba a la Comisión Estatal de Elecciones a administrar y a reglamentar los procesos de iniciativa ciudadana conforme la medida.⁷¹

Según el P. de la C. 4808, el derecho de presentar una propuesta de petición legislativa ciudadana ante la Comisión Estatal de Elecciones se otorga a cualquier ciudadano o grupo de ciudadanos, debidamente inscritos, activos y hábiles para participar de los eventos

electorales de Puerto Rico.⁷² Para que la CEE se vea obligada a celebrar un evento electoral producto de una propuesta de iniciativa ciudadana, los peticionarios tienen que cumplir en un plazo de seis (6) meses con el requisito de recogido y notarización de endosos provenientes de electores hábiles, equivalentes al uno y medio (1.5) por ciento del total de electores que hayan votado para el cargo de Gobernador en las elecciones inmediatamente anteriores a la fecha de radicación de la propuesta.⁷³

Una vez cumplido el requisito de endosos y certificados por los proponentes, la CEE debía celebrar un evento electoral en un plazo de 6 meses a partir de la certificación de la propuesta.⁷⁴ La medida disponía también para la participación y regulación por parte de la CEE de grupos en contra de la iniciativa.⁷⁵ Tanto los proponentes como los opositores estarían facultados a recoger fondos y a cumplir con la Ley Electoral vigente en cuanto a límites de cantidades recibidas por individuos e informes financieros certificados.⁷⁶

Una vez celebrada la consulta electoral en torno a la iniciativa y de la misma ser favorecida por el electorado, la CEE certifica el triunfo de la propuesta al Gobernador o Gobernadora y a los Presidentes de la Cámara de Representantes y del Senado para la acción

70 P. de la C. 4808, § 2 (10 de mayo de 2004)

71 *Id.* § 3.

72 *Id.* § 4.

73 *Id.* § 6.

74 *Id.* § 7-8. Se celebraría la consulta en un periodo de 6 meses a partir de la certificación de cumplimiento de los endosos, salvo que estuviere dentro del periodo de 365 días de la celebración de las elecciones generales, en cuyo caso la consulta de la iniciativa ciudadana se celebraría conjuntamente con las elecciones generales.

75 *Id.* § 9.

76 *Id.* § 11.

correspondiente de la radicación de la propuesta ante la Asamblea Legislativa.⁷⁷ La propuesta, ya sea mediante un proyecto de ley, resolución concurrente o resolución conjunta, será radicada por los proponentes de la misma forma que un legislador en propiedad. La propuesta en medida correrá el trámite legislativo correspondiente, con la excepción de que, a diferencia de las demás medidas legislativas, se obliga a la Rama Legislativa a evaluar e informar la medida en un periodo no mayor de dos (2) sesiones ordinarias.⁷⁸

El P. de la C. 4804 logró ser aprobado en la Cámara de Representantes, mas no así en el Senado. La medida quedó atrapada en la vorágine del último día de aprobación de medidas de la Séptima y última sesión ordinaria de la Decimocuarta Asamblea Legislativa, el 25 de junio de 2004.⁷⁹ Una versión similar de esa medida se presentó en la recién concluida Decimoquinta Asamblea Legislativa, pero la misma no prosperó, “muriendo” en el trámite. Aunque somos de la idea de que esta medida fue una de avanzada, contaba, sin embargo, con un defecto: obligar a que la propuesta vencedora pasara por el proceso legislativo. Entendemos que, luego de pasar por un proceso sumamente burocrático, agotador y costoso, de recogido de endosos, levantamiento de fondos, campaña educativa y de elección en el cual el que decide es la fuente misma del poder político, el cual es nada más y nada menos que el Pueblo de Puerto Rico, llevar la propuesta en forma de medida

ante el Poder Legislativo es no solamente innecesario, sino contraproducente. La medida como estaba redactada no obligaba de manera alguna al legislador a aprobar una medida de esa índole. El peligro de la fase legislativa de una propuesta vencedora de iniciativa ciudadana es la posibilidad real de obstáculos en el trámite por parte de elementos contrarios a la medida que no prevalecieron en la fase electoral y que pudieran valerse de sus influencias o poder de cabildeo contra la misma.

XIV. Una nueva posibilidad: Borrador de enmienda a la Constitución mediante resolución concurrente

No empece el derrotero negativo tomado por estas medidas de iniciativa legislativa durante las pasadas dos asambleas legislativas y a raíz del decepcionante resultado por parte de la Cámara de Representantes al rechazar la propuesta de referéndum enmendatorio de la Constitución para establecer un sistema legislativo unicameral, surge una nueva posibilidad de legislación que pretende reconocer el derecho de iniciativas ciudadanas. En esta Asamblea Legislativa, se presentó una medida para atender este asunto. Esta vez, de Resolución Concurrente, sobre el tema, de la autoría del representante Luis Vega Ramos. La misma fue presentada al inicio de la Decimosexta Asamblea Legislativa. La misma propone enmendar la Sección 19 del Artículo II de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico para que se lea como sigue:

77 *Id.* § 12.

78 *Id.* § 13.

79 Bitácora de medidas legislativas radicadas durante la Decimocuarta Asamblea Legislativa, Secretaría de la Cámara de Representantes, Oficina de Actas y Récor ds.

Sección 19 - La enumeración de derechos que antecede no se entenderá en forma restrictiva ni supone la exclusión de otros derechos pertenecientes al pueblo en una democracia, y no mencionados específicamente. Tampoco se entenderá como restrictiva de la facultad de la Asamblea Legislativa para aprobar leyes en protección de la vida, la salud y el bienestar del pueblo.

La reserva de derechos del pueblo aquí dispuesta incluye el derecho a organizar, sujeto a las disposiciones de una ley adoptada por la Asamblea Legislativa a tales fines, eventos electorales donde se consideren para su aprobación o rechazo iniciativas ciudadanas encaminadas a proponer, derogar o enmendar determinadas políticas públicas o leyes del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, cuyos resultados tendrán carácter vinculante y mandatario sobre las ramas políticas del gobierno de Puerto Rico y sus municipios. Las disposiciones de la Ley de iniciativas ciudadanas que se adopte al amparo de esta sección también podrán utilizarse para organizar eventos electorales de expresión ciudadana en torno a políticas públicas o leyes del Gobierno Federal, a tenor con la Primera Enmienda de la Consti-

tución de los Estados Unidos de América.⁸⁰

La intención del legislador es hacer explícita y sin interpretación ese derecho que no ha sido renunciado, pero que actualmente es responsabilidad exclusiva de la Asamblea Legislativa, como representantes del pueblo. Reconoce, incluso, el derecho de exigir ser escuchada su opinión en torno a cualquier legislación del Gobierno de Estados Unidos que afecten o pudieran afectar derechos y que afecte su bienestar y desarrollo como País.

Cabe destacar que esta iniciativa fue producto de la discusión surgida en el foro “Iniciativas Ciudadanas” celebrado en abril de 2007 en la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, en el cual participaron profesores, políticos estudiantes y líderes comunitarios de renombre.

XV. Conclusión: ¿Será posible el derecho de petición en Puerto Rico?

Hace ya sesenta años, específicamente el 10 de diciembre de 1948, un total de 48 países miembros de la naciente Organización de las Naciones Unidas aprobaron la “nueva Carta Magna de la Humanidad”, la Declaración Universal de Derechos Humanos.⁸¹ Este documento representó un paso decisivo en la lucha de los intentos del ciudadano ante el control gubernamental. Aunque en la Declaración no

80 R. Conc. De la C. 5 de 2 de enero de 2013, 16ta Asam. Leg.

81 *Yearbook of the United Nations*, 1948-49 (United Nations 1950).

se incluyó directa y expresamente el derecho de petición, la mención del mandato de que “toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos”, es fundamento esencial del derecho de petición, ampliamente reconocido y utilizado por una diversidad de naciones, pobres o ricas, pequeñas o grandes.

El Puerto Rico de hoy necesita de la participación directa y responsable de la ciudadanía para atacar aquellas áreas de nuestra sociedad que por visiones arcaicas, obsoletas, coloniales o paternalistas nos impiden desarrollarnos como pueblo. Fue mediante las luchas obreras, en las cuales los trabajadores organizados lograron estremecer los cimientos del gobierno, influenciado por los artificios de los latifundistas y explotadores capitalistas de antaño, que se lograron avances significativos para la protección de la clase obrera; avances que están reconocidos desde nuestra Constitución hasta en un sinnúmero de leyes y reglamentos. Por otro lado, ante las insensibles actuaciones contra el ambiente y los recursos naturales de nuestra Isla por parte de un grupo de inversionistas insensatos y la retardada acción del gobierno en proteger el patrimonio, cada vez más comunidades se han dado a la tarea de reclamar acción directa a los foros correspondientes, convirtiéndose en los verdaderos custodios de nuestros recursos naturales. El resultado de ello es que, desde hace más de quince (15) años, se está adelantando legislación protectora del ambiente, en muchas instancias proveniente de las comunidades, ayudada y asesorada por la comunidad científica del País.

Más reciente, un pueblo indignado por el abuso sin par cometido contra la población y

la naturaleza de la Isla-Municipio de Vieques realizó una de las gestas más gloriosas, comparable con las realizadas por Mahatma Ghandi en India y Martin Luther King en Estados Unidos. La diferencia fue la diversidad de liderato, visible e invisible, proveniente de todos los sectores: políticos, sindicales, religiosos, ambientalistas, artistas, educadores, científicos, entre otros. Todos ellos, cumpliendo la máxima albiuzista: “No podemos vencer su Armada, pero tenemos la fuerza moral para echar a pique su prestigio en el mundo”. Actualmente, con defectos y virtudes, Vieques goza de una paz inquebrantable gracias a la acción del pueblo, en lo que se denominó la “sociedad civil”.

Hoy, el País enfrenta grandes retos. El deterioro de nuestro ambiente y nuestros recursos naturales es más que evidente.⁸² Por otro lado, la capacidad y potencial de nuestra economía va en franco deterioro.⁸³ Ni hablar de la deuda pública nacional. La deuda pública de Puerto Rico, utilizada para financiar obra permanente y repagar obras existentes, ha aumentado preocupantemente el doble en un periodo de quince años, de \$11,645.7 millones en 1989 a \$27,986.9 millones en el 2002, a poco más de

82 Dos datos: (1) Se ha dedicado a penas un 4% del territorio para conservación, mientras en Estados Unidos se ha reservado el 10%, Costa Rica el 25%, en toda América del Sur el 7.4%, en toda América Central el 18% y el promedio mundial se encuentra en 8.34%; y (2) entre el 1935 y el 1998 se perdieron 1,047,569 cuerdas de terrenos agrícolas, con una presión creciente sobre las existentes. Departamento de Agricultura, Departamento de Recursos Naturales y Departamento de Geografía, Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras.

83 La tasa de crecimiento real de la Economía de Puerto Rico, medido por el Producto Nacional Bruto Real, ha caído drásticamente, de un crecimiento promedio anual de 7.3% para el periodo 1960-1965 al 1.0% entre 2001-2007. Junta de Planificación.

\$30 mil millones en el 2007.⁸⁴ No se tiene que abundar en el lamentable aumento de la actividad criminal, la cual se estima ha cobrado más de veinte mil vidas en los últimos treinta años.

Toda esta situación es producto, en gran medida, de nuestro evidente déficit de soberanía política, del deterioro de la fibra social, amén de los serios conflictos político-partidistas internos, los cuales se profundizaron durante el cuatrienio 2005-2008, durante el mal llamado “gobierno compartido” en el cual se mostró la intransigencia y diplomacia del liderato legislativo y en el cual la ciudadanía clamaba por una solución.

A todo ello, es evidente el anquilosamiento de la Rama Legislativa en impulsar, junto a la Rama Ejecutiva, cambios profundos acordes con los tiempos que vivimos. Eso va desde legislar reestructuraciones fundamentales en cuanto a la gobernanza de nuestras corporaciones públicas (AAA, AEE, UPR, AEP, BGF, BDE, PRIDCO, etc.), la revisión y evaluación seria de todos los planes existentes y en progreso (económicos, ambientales y de planificación), la minuciosa evaluación del efecto en la economía que han tenido las decenas de reformas y leyes que la componen (Municipal, Rama Ejecutiva, Contributiva, etc.), así como mantener observación permanente de las relaciones obrero-patronales en los sectores privado y público. Por último, y no menos importante, vemos con desparpajo el total desdén del Legislativo en evaluar la legislación federal aplicable a Puerto Rico, bajo la excusa de que eso es “campo ocupado”. Bajo esa misma excusa, el Congreso de Estados Unidos no se

hubiese ni molestado en comisionar un estudio sobre el estado de la economía de Puerto Rico y su efecto en las relaciones entre la metrópolis y la Isla, a través del *Congressional Research Services* y *Brookins Institute*.

Por otro lado, vemos con esperanza un creciente interés de amplios sectores de la ciudadanía en participar activamente en la toma de decisiones de política pública, fuera de las ataduras político-partidistas. Los ejemplos sobran y la señal es clara: existe la capacidad, el conocimiento y la iniciativa del ciudadano de llenar aquellos espacios vacíos, aquellas áreas desatendidas por el legislador, aquel que la Escuela de Administración Pública proclamó una vez como “el que tiene pleno conocimiento de la materia”.

En conclusión, entendemos que debe propulsarse una enmienda a la Constitución para reconocer lo que es un derecho natural: el derecho de la ciudadanía a legislar directamente. El detalle de cómo se viabilizará, cuáles serán las reglas de juego y las materias, quiénes serán reconocidos, cuántos recursos se requerirán y cuándo se celebrarán, se resolverá en su momento. Pero, lo esencial es que ya no debe haber más obstáculos. Si aquellos a los que el Pueblo eligió no quieren tomar acción, será el Pueblo en su poder soberano y en el ejercicio de su derecho natural quien lo hará.

LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN PUERTO RICO A INICIOS DEL SIGLO XXI

ARTÍCULO

*Alex López Echegaray**

¿Qué tienen en común Don Quijote, A Hard Day's Night, Star Wars, el logo de Burger King, Mickey Mouse, Las Meninas y la receta de KFC? Son creaciones que surgieron de la mente de una o más personas. La propiedad intelectual se relaciona con creaciones de la mente: invenciones, obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres e imágenes utilizados en el comercio.¹ En un solo artículo podemos encontrar varias creaciones que podrían estar protegidas por leyes de propiedad intelectual. Por ejemplo, una película tiene libreto, título, logo, canción tema, entre otros elementos, cada una creación independiente.

La propiedad intelectual ha sido definida como el conjunto de derechos que la ley reconoce al autor sobre obras que ha producido con su inteligencia, en especial los que de su paternidad le sea reconocida y respetada, así como que se le permita difundir y autorizar o negar, la reproducción de la obra.² Hoy día las

innovaciones son los activos más valiosos que tiene una empresa. Como consecuencia, el protegerlas es igualmente valioso.

Existe gran cantidad de legislación, tanto estatal como federal, que aplica en Puerto Rico y que protegen escritos, dibujos, fotografías y películas, entre otras creaciones. Estas son leyes de propiedad intelectual. Estas leyes existen por dos razones principales: (1) brindar una expresión legal a los derechos morales y económicos de los creadores en lo que respecta a sus creaciones y definen los derechos del público a acceder a esas creaciones y (2) proporcionar incentivos y recompensas a los inventores y creadores, estimulando así el desarrollo económico y social.³

En Puerto Rico, aquello relacionado a la propiedad intelectual y no cobijado por leyes federales, estaba cubierto por la Ley de Propiedad Intelectual Española de 10 de en-

* Breve biografía y mensaje del autor

1 Organización mundial de la propiedad intelectual, www.wipo.int/about-ip/es/ (accedido el 23 de octubre de 2016).

2 Puig Brutau, *Fundamentos del Derecho Civil*

tomo III, 200-201 (Bosch 1973).

3 Audrey R. Chapman, *La propiedad intelectual como derecho humano*, Boletín de derecho de autor, vol. 35, no. 3 (2001) <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001255/125505s.pdf> (accedido el 23 de octubre de 2016).

ero de 1879, hasta que el entonces gobernador Hernández Colón firmó la Ley Núm. 96 de 15 de julio de 1988, que añadió los Capítulos VI y VII al Título IV del Libro Segundo del Código Civil, relativo a Propiedad Intelectual, basándose en el ordenamiento español. Posteriormente se firmó la Ley Núm. 63-1991, conocida como “Ley de Marcas de Puerto Rico”. Finalmente, en 1996, el entonces gobernador Pedro Rosselló firmó la Ley Núm. 56-1996 que clarificaba disposiciones de la Ley Núm. 96, y creaba el Registro de Propiedad Intelectual.

Luego de más de una década, el tema de la propiedad intelectual fue retomado por la legislatura. Entre los años de 2009 y 2012 se produjo diversa legislación sobre el mismo, aprobándose cuatro leyes importantes que tocan distintos aspectos de lo que es propiedad intelectual:

- Ley Núm. 169-2009 - “Ley de Marcas del Gobierno de Puerto Rico”
- Ley Núm. 80-2011 - “Ley para la Protección de Secretos Comerciales e Industriales de Puerto Rico”
- Ley Núm. 139 -2011 - “Ley del Derecho sobre la Propia Imagen”
- Ley Núm. 55-2012 - “Ley de Derechos Morales de Puerto Rico”

En cuanto a la Ley Núm. 169-2009, la actual “Ley de Marcas de Puerto Rico” integra elementos de la Ley Núm. 63-1991, el *Lanham*

Act (US Trademark Act, 15 USC § 1051 et. seq.) y el *Model State Trademark Act*.⁴ Entre los aspectos más importantes está la inclusión de nuevas definiciones de marcas, las cuales tienen el efecto de traer más objetividad a la práctica de derecho marcario y consecuentemente sobre el comercio de Puerto Rico. Se añaden, además, elementos que pueden ser objeto de registro como: diseños de producto y diseño de interior, sonidos y olores entre otros, como también métodos de identificación de productos o servicios.⁵ De igual manera, se incorporan conceptos y procedimientos desarrollados en los últimos años.

En este escrito vamos a abundar sobre las restantes tres leyes: Ley Núm. 80-2011, Ley Núm. 139-2011 y Ley Núm. 55-2012. Distinto de la Ley de Marcas, que fue un proyecto de administración enviado desde Fortaleza por el entonces gobernador Luis Fortuño, estas otras fueron iniciativas legislativas radicadas por el ex presidente senatorial, Thomas Rivera Schatz junto a diferentes senadores que se unieron. Es importante señalar que durante las distintas etapas del proceso, desde la redacción hasta la evaluación por las Comisiones asignadas y eventualmente por el pleno de ambas Cámaras, se recibió el insumo tanto de organizaciones y escuelas de Derecho, como de profesores y abogados litigantes en su carácter individual, destacados en el área de la propiedad intelectual. Como parte del grupo de asesores legislativos de ese entonces tuve el privilegio de trabajar junto a todos ellos en lo que hoy son las leyes que aquí discuto. A través de este escrito, comparto algo de esa experiencia y destaco al-

4 Informe positivo, P. del S. 1114, 12 de noviembre de 2009.

5 *Id.*

gunos aspectos de la razón de ser de la legislación y que es lo que abarca.

Antes de entrar en la sustancia de estas leyes, me parece pertinente hablar de los orígenes de estas medidas. Aunque si uno lee al profesor Pedro G. Salazar, en su libro “La Protección Legal del Derecho de Autor”,⁶ podría parecer que estas leyes fueron iniciativas que llevó el Colegio de Abogados. Lo cierto es que, si bien reconocemos la valiosa aportación de esta institución con comentarios y enmiendas sugeridas en el proceso, así como el trabajo que habían estado llevando a cabo, estos proyectos en específico nacieron de una encomienda de la oficina del Senador Rivera Schatz, luego de acercamientos iniciales con el profesor Carlos Dalmau y el licenciado Enrique Castellanos, quien además de abogado se ha desempeñado como manejador de la banda de rock La Secta. Posteriormente, se unieron en el proceso el profesor Walter Alomar y la licenciada Anabelle Torres, que trajo entonces al grupo de trabajo a varios miembros de la Comisión de Propiedad Intelectual del Colegio de Abogados, entre los cuales destacamos a las licenciadas Elvia Camayd y Dora Peñagaricano. Como mencionamos, la aportación de la Comisión fue una importante, ya que ellos habían estado estudiando estos temas hacía un tiempo, sin embargo, entendemos pertinente aclarar los orígenes de los proyectos senatoriales específicos que culminaron en estas importantes leyes. Dicho eso, procedemos a lo sustantivo de las medidas.

I. Ley Núm. 80-2011: Secretos comerciales

⁶ Pedro Salazar, *La protección legal del autor puertorriqueño*, (2da ed., InterJuris 2013).

Se considera un secreto comercial o secreto industrial toda información de la cual se deriva un valor económico independiente, ya sea un valor actual o un valor potencial, o una ventaja comercial, debido a que tal información no es de conocimiento común o accesible por medios apropiados por aquellas personas que pueden obtener un beneficio pecuniario del uso o divulgación de dicha información; y que ha sido objeto de medidas razonables de seguridad, según las circunstancias, para mantener su confidencialidad. Será también parte del secreto comercial toda información generada, utilizada o resultante de los intentos fallidos realizados en el proceso de desarrollar el mismo.⁷

La “Ley para la Protección de Secretos Comerciales e Industriales de Puerto Rico” fue firmada el 3 de junio de 2011. La misma logró que Puerto Rico estuviese entre las jurisdicciones que han reconocido la importancia de proteger este tipo de información, al brindar mayor estabilidad y tranquilidad a sus dueños al desarrollar sus negocios. Se siguió el modelo del *Uniform Trade Secrets Act* [en adelante *UTSA*],⁸ promulgada desde 1979 por la Junta de Comisionados para Promover la Uniformidad de Legislación en los Estados y Territorios de la Unión (*Uniform Law Commission*).

Los secretos comerciales son útiles para proteger: (1) una invención que sea patentable durante el proceso de aplicación para patente,

⁷ Ley para la Protección de Secretos Comerciales e Industriales de Puerto Rico, Ley Núm. 80-2011, Art. 3.

⁸ Uniform Trade Secrets Act with 1985 Amendments http://www.uniformlaws.org/shared/docs/trade%20secrets/utsa_final_85.pdf (accedido el 23 de octubre de 2016).

(2) información que no es objeto de patente o (3) información que no se pueda patentizar, así como procesos, métodos o mecanismos. Envuelven cualquier información confidencial que: (1) tiene un valor comercial o industrial y (2) que su dueño protege razonablemente para evitar su divulgación.⁹ Estas medidas pueden incluir limitar el número de personas que tengan acceso, custodiar el lugar donde se guarda y rotular la información. La ley no tiene una lista taxativa, pero incluye ejemplos de medidas cautelares y establece que las mismas se evaluarán de acuerdo con la previsibilidad de la obtención y/o divulgación de la información.

Los orígenes de las restricciones a los secretos comerciales pueden ubicarse en la antigua Ley Romana, donde se castigaba al competidor que corrompía u obligaba a un esclavo a divulgar asuntos comerciales de su amo.¹⁰ En el Código Penal Francés de 1810 se establecía que todo director, encargado, obrero de fábrica que hubiere comunicado o intentado comunicar a extranjeros o a franceses residentes en países extranjeros secretos de la fábrica de la que es empleado, sería castigado. Posteriormente fue tutelado en el campo civil y penal en lugares como Gran Bretaña, Alemania, Noruega, España, Italia, Holanda, Brasil y Venezuela, así como en la vasta mayoría de los estados de la Nación Americana.¹¹

Contrario al caso de la patente, donde el gobierno otorga a su dueño un monopolio por

tiempo limitado sobre una invención, a cambio de la divulgación de los medios necesarios para reproducirla, en lo que respecta a un secreto de negocio o comercial, lo importante es el control de la información. Un inventor debe decidir entre la protección mediante patente o secreto de negocio, ya que no pueden darse ambas simultáneamente.¹² A la hora de escoger debe tener en cuenta las ventajas y desventajas. Por un lado el secreto comercial, contrario a una patente, no envuelve costos de registro, es inmediato y no expira. Por otro lado, no estará protegido si alguien lo descubre mediante medios honestos, como lo sería la retro ingeniería o llegar al mismo resultado de manera independiente.¹³ Los secretos comerciales no proporcionan un derecho de propiedad sobre la información sino que proveen un derecho a ejercer una acción legal contra el que se apropió indebidamente de esa información.¹⁴

Cuando se habla de secretos comerciales, usualmente viene a la mente la fórmula de Coca Cola. Se ha dicho que la misma está depositada bajo llave en un banco de Atlanta y sólo tienen acceso dos directivos.¹⁵ Otros secretos comerciales famosos son la receta del

9 Exposición de Motivos, Ley para la Protección de Secretos Comerciales e Industriales de Puerto Rico, Ley Núm. 80-2011.

10 Arthur Schiller, *Trade Secrets and Roman Law; The Actio Servi Corrupti*, 30 Colum. L. Rev. 837 (1930).

11 Exposición de Motivos de la Ley Núm. 80-2011.

12 Trade secret, Cornell University Law School https://www.law.cornell.edu/wex/trade_secret (accedido el 23 de octubre de 2016).

13 Module 4. Trade Secrets, World Intellectual Property Organization http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/ip_panorama_4_learning_points.pdf (accedido el 23 de octubre de 2016).

14 Grisel Medina Albertorio, *Patentes o secretos comerciales: ¿Cuál es la mejor alternativa para proteger un invento*, 83 Rev. Jur. Dig. U.P.R. 106 (2013-2014), <http://www.revistajuridicaupr.org/wp-content/uploads/2014/04/83-REV-JURDIG-UPR-106.pdf>.

15 Ivana Kottasova, *Does formula mystery help keep Coke afloat?* CNN (19 de febrero 2014) <http://edition.cnn.com/2014/02/18/business/coca-cola-secret-formula/> (accedido el 23 de octubre de 2014).

pollo frito de KFC y la de donas de Krispy Kreme. Sin embargo, la gama de información que puede ser un secreto comercial es amplia. Incluye una fórmula, compilación, método, técnica, proceso, receta, diseño, tratamiento, modelo o patrón.¹⁶ Un ejemplo sería el algoritmo que utiliza Google para las búsquedas en la red.

Para visualizar la importancia del tema en el nivel local, antes de aprobarse la Ley Núm. 80-2011, el Tribunal Supremo de Puerto Rico anuló una cláusula de no competencia en el contrato de franquicia de Martin's BBQ por entender que la misma no era razonable.¹⁷ La cláusula anulada incluía el término de años en los que el demandado no podría competir posterior a haber tenido la franquicia del restaurante, así como la distancia en la que no podría establecerse y lo relacionado al uso de recetas y procesos. Entendemos que de haber existido la ley antes de los eventos del caso, aquello relacionado a recetas y procesos se hubiese tratado de manera distinta, protegiéndolos, incluso, sin necesidad de la cláusula contractual.

La imposición de penalidades por la apropiación indebida de un secreto comercial lo que busca es otorgar una protección contra la competencia desleal y el enriquecimiento injusto atribuible a la mala fe. Igualmente, el protegerlos incentiva la inversión en la investigación al proveer la oportunidad de lograr capitalizar sobre un invento exitoso.¹⁸ La Ley

Núm. 80-2011, además de delimitar el alcance de la protección a un secreto comercial, establece unos remedios específicos e incluye un remedio de *injunction* o interdicto especial bajo circunstancias particulares. Posterior a su aprobación han llegado varios casos al Tribunal Apelativo, mayormente en lo que respecta al remedio de *injunction* especial y en lo que es la inclusión de una lista de clientes como secreto comercial.¹⁹

II. Ley Núm. 139-2011: Derecho a la imagen para propósitos comerciales

Durante siglos, la reproducción de la imagen humana era un arte difícil. Para que una escultura o retrato representara a un modelo con precisión, se necesitaba gran destreza de parte del artista y una gran inversión de tiempo. Este panorama cambió con la invención y comercialización de la fotografía en el Siglo XIX.²⁰ El Tribunal del Sena en Francia, el 11 de abril de 1855, dictó un fallo que prohibió la exposición al público de un retrato sin el consentimiento de la persona representada. Unos años después, en 1858, luego de la muerte una reconocida actriz, su padre reclamó la remoción de un retrato de ella en el local de un fotógrafo. El mismo Tribunal le concedió la petición basado en que el retrato de una persona fallecida era propie-

16 Ley para la Protección de Secretos Comerciales e Industriales de Puerto Rico, Ley Núm. 80-2011.

17 *Martin's BBQ v. García de Gracia*, 178 D.P.R. 978 (2010).

18 *Restatement (Third) of Unfair Competition* §§ 39-40 (1995). FEUERBACH Huerbach de octubre de 2016). Puerto Rico, imagen en España y de Planificación Rico. Ha fungido como Asesor en

Asuntos de E

19 Véase *Quality Water Service and Distribution Corp. v. Caribbean Water Coolers, Inc.*, 2012 WL 46482999 (28 de agosto de 2012); *Insite Wireless Group, LLC v. Safreed*, 2014 WL 2441433 (22 de abril de 2014).

20 Wenceslas J. Wagner, *The Right to One's Own Likeness in French Law*, 46 *Indiana Law Journal* 1 (1970).

dad de su familia y estos podían objetar su publicidad.²¹

Las primeras leyes sobre el derecho a la imagen surgen en Alemania (1876), Austria (1885) y Bélgica (1886).²² La inserción de la palabra “imagen” en la Constitución Española de 1978 inaugura la tutela constitucional expresa del derecho a la propia imagen, no sólo en la historia constitucional española, sino en el constitucionalismo occidental.²³ En los Estados Unidos no existe un estatuto en el nivel federal, pero son varios los estados que han protegido este derecho. Entre estos figuran California y Florida, cuyas leyes se estudiaron al redactar la nuestra. Estas leyes incluyen protecciones para evitar el uso comercial no autorizado del nombre, imagen o parecido de una persona, independientemente que sea una celebridad. Además de las mencionadas leyes se utilizaron un modelo de ley preparado por la *American Bar Association* y un anteproyecto que había estado trabajando por su parte la Comisión de Propiedad Intelectual del Colegio de Abogados. El derecho a la imagen ha evolucionado de uno meramente de daños causados por angustias mentales y de ser una ofensa a la dignidad a uno que reconoce aquellos daños económi-

cos causados por la pérdida de oportunidad de explotar en el nivel comercial la imagen para obtener un beneficio económico.

El 13 de julio de 2011 se adoptó en Puerto Rico un nuevo estatuto regula el uso y protección sobre la propia imagen para propósitos comerciales. La “Ley del Derecho sobre la Propia Imagen”, Ley Núm. 139-2011, estableció por primera vez protección por vía estatutaria, teniendo como uno de sus principales propósitos el dejar claro que la misma cobija a toda persona, aunque no sean figuras públicas. Para propósitos de esta ley, el concepto de imagen se define como: nombre, fotografía, retrato, voz, firma, atributo o cualquier representación de una persona que sirva para identificar a esa persona, ante un observador o escucha promedio, mediante cualquier procedimiento o técnica de reproducción.

Jurisprudencialmente, en Puerto Rico se había establecido que toda persona tenía derecho a controlar dónde, cuándo y cómo se le tomaba una fotografía o se reproducía de cualquier forma su imagen, siempre y cuando no se tratara de una figura accesoria.²⁴ Sin embargo, no existía legislación específica y había una línea difusa entre dos derechos constitucionales: el derecho a la libertad de expresión, en una situación en que la expresión impugnada es de naturaleza comercial; y el derecho a la intimidad, en su vertiente del derecho a la propia imagen.²⁵ El problema de depender de disposiciones constitucionales para hacer valer

21 Elisabeth Logeais & Jean-Baptiste Schroeder, *The French Right of Image: An Amiguous Concept Protecting the Human Persona*, 18 Loy. L.A. Ent. L. Rev. 511 (1998).

22 *El Derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al Derecho a la información*, 52 (Universidad Iberoamericana 1998).

23 Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz, *El concepto constitucional del derecho a la propia imagen en España y en Brasil*, vol. 14, n. 2, 349-384 (2013) <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/4069/2092> (accedido el 23 de octubre de 2016).

24 *Bonilla Medina v. Partido Nuevo Progresista*, 140 D.P.R. 294 (1996); *Colón v. Romero Barceló*, 112 D.P.R. 573 (1982).

25 Exposición de Motivos, Ley del Derecho a la Propia Imagen, Ley Núm. 139-2011.

el derecho sobre la imagen era que no existía un régimen jurídico para hacer operativo tal derecho, con sus posibles excepciones.

Ante la ausencia de legislación específica, las normas aplicables en estos casos eran aquéllas derivadas del derecho general de responsabilidad extracontractual que surge del Art. 1802 del Código Civil, enmarcado en los parámetros constitucionales.²⁶ Allí el Tribunal determinó que Vigoreaux tenía derecho a participar económicamente en la comercialización de su imagen, su nombre o su parecido, *conforme al valor de tasación de tal imagen en el mercado de publicidad*. Cabe señalar como dato interesante, que los abogados de ambas partes de dicho caso dieron su insumo al momento de la redacción del proyecto de ley.

Al momento de evaluarse el proyecto, varios estados habían reconocido el derecho sobre la propia imagen, dieciséis por vía judicial y otros quince mediante legislación. Las diferencias principales entre las jurisdicciones que lo habían adoptado incluían: si el derecho se hereda y por cuánto tiempo; el tipo de daños que puede recobrar el perjudicado (i.e., daños morales, punitivos, honorarios de abogados, ganancias del demandado, daños estatutarios); y si aplica a personas que nunca explotaron su imagen en vida o sólo a personas famosas.²⁷ La ley de Puerto Rico dispone que el derecho a la propia imagen se extiende 25 años después de la muerte de la persona, independientemente si se utilizó para propósitos comerciales durante

su vida. Además, si el caso se resuelve a favor del titular del derecho, el tribunal fijará la cuantía de las costas, honorarios y gastos del pleito a favor de éste.

Nuestra ley procura un balance entre el derecho a la propia imagen y el derecho a la libertad de expresión. Para ello, se exige la utilización del nombre y la imagen de la persona no para explotar un producto comercial, sino para realizar reportajes noticiosos, expresión artística, sátira o parodia, o para propósitos de crítica o comentario. Así, se protegen los derechos constitucionales de la sociedad a la libre expresión. Estas excepciones se basan en la defensa conocida como *fair use* que se ha adoptado como legítima en la esfera federal. Es importante recalcar que esta legislación explícitamente establece que se aprueba “*para adoptar un nuevo estatuto que regule el uso y protección sobre la propia imagen para propósitos comerciales*”.

Luego de la aprobación de la Ley Núm. 139, han surgido algunos casos relacionados a su aplicación, dos de los cuales tuvieron exposición en la prensa y fueron resueltos en el nivel del Tribunal Apelativo [en adelante *TA*]. El primero fue *Carrasquillo Ortiz v. Partido Nuevo Progresista*,²⁸ a raíz de unos anuncios relacionados al referéndum para la enmienda constitucional sobre el derecho a la fianza, donde se mostraba a dos jóvenes arrestados.²⁹

26 *Vigoreaux Lorenzana v. Quizno's Sub, Inc.*, 173 D.P.R. 254 (2008).

27 Memorial enviado por la Escuela de Derecho de la UPR sobre el P. del S. 1750 al Senado de Puerto Rico (2010).

28 *Carrasquillo Ortiz v. Partido Nuevo Progresista*, 2012 WL 4748736 (13 de agosto de 2012).

29 Los jóvenes mostraron el dedo del corazón a los periodistas que documentaban su detención como imputados del asesinato del *disc jockey* Jean Carlos Alvarado, del cual eventualmente resultaron convictos. Carrasquillo fue declarado culpable por asesinato en primer grado y violaciones a la Ley de Armas, mientras

Se presentó un recurso de *injunction* para solicitar el retiro de los anuncios, amparado en la protección a su derecho constitucional a la intimidad. Al resolver el caso, el TPI se amparó en la Ley Núm. 139-2011 y sus excepciones. En ese entonces, el profesor y ex presidente del Colegio de Abogados, Julio Fontanet Maldonado, expresó que entendía que la ley lo que hacía era “facilitar que los partidos políticos y el partido de turno pueda usar fotos de forma irresponsable y la imagen sin la autorización de una persona”, mientras que el catedrático de Derecho Constitucional, Carlos Ramos González expresó que había que tomar en cuenta que el anuncio no era una expresión comercial, porque no propone un intercambio de bienes o servicios comerciales.³⁰ Concordamos con lo expresado por el profesor Ramos González, pero respetuosamente diferimos del licenciado Fontanet Maldonado, ya que somos del criterio que la ley lo que hace no es facilitar o autorizar de alguna manera el uso de la imagen de alguien por los partidos políticos, sino que se limita a establecer cuáles son los remedios cuando se utiliza con un propósito comercial o publicitario. Ahora bien, esto no significa que no haya otros remedios disponibles en esos casos, ya que la Ley Núm. 139, no limita los mismos.

La Ley Núm. 139, define propósito comercial como “el uso de la imagen de una persona en conexión con el anuncio, la oferta de venta o la venta de un producto, mercan-

que su compañero se declaró culpable de un cargo de encubrimiento.

30 Israel Rodríguez Sánchez, *Poca protección para la imagen propia*, El Nuevo Día (7 de agosto de 2012) <http://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/pocaproteccionparalaimagenpropia-1317043/> (accedido el 23 de octubre de 2016).

cial, bien o servicio en el mercado” y propósito publicitario como “el uso de la imagen de una persona al difundir o informar al público sobre un bien o servicio en el mercado a través de los medios de comunicación, incluyendo el uso en los anuncios institucionales”.

Posteriormente, el TA determinó que la Ley, efectivamente, no era de aplicabilidad al caso y reafirmó que esta ley “fue concebida para casos en los que se presenta una acción contra quien utilice la imagen de una persona con un fin comercial sin el consentimiento previo de la persona”. Añadió que “el caso ante nuestra consideración nada tiene que ver con un uso comercial y una reclamación de daños para ser compensados de esa manera”. Se concedió el *injunction* pero fundamentado en una violación del derecho constitucional a la intimidad, ya que no había porque ver el caso bajo la Ley Núm. 139.

El segundo caso fue *López Mulero v. Sánchez Rodríguez*.³¹ Los hechos se remontan al 2012, cuando en el programa “Dando Candela” se publicó un video en que la demandante aparecía bailando en traje de baño presuntamente durante un viaje en crucero y donde moderadores hicieron comentarios sobre sus dotes bailando y su aspecto físico.³² López Mulero demandó, entre otras cosas, por daños y perjuicios por alegadamente violar la Ley Núm. 139, al entender que el programa utilizó

31 *López Mulero v. Sánchez Rodríguez*, 2013 WL 4710483 (28 de junio de 2013).

32 Ely Acevedo, *Postergan vista López Mulero Vs. “Dando Candela”*, Noticel <http://www.noticel.com/noticia/132561/postergan-vista-lopez-mulero-vs-dando> (accedido el 23 de octubre de 2016).

su imagen para elevar sus *ratings* y lucrarse comercialmente. El debate en este caso giró en torno a si la excepción de evento noticioso sin un propósito comercial y la de crítica y comentario aplicaban. El TPI entendió que aplicaban, y declaró con lugar la moción de desestimación y sentencia sumaria presentada por la parte demandada. El TA revocó y devolvió el caso fundamentando su decisión, entre otras cosas, en una ponencia del Centro para el Desarrollo de Investigaciones Legales y Legislación de la Facultad Eugenio María de Hostos ante el Senado sobre el Proyecto del Senado 1750 (posteriormente Ley Núm. 139-2011), en la que se sugirió que, aunque las definiciones de “propósito comercial” y “propósito publicitario” parecían lo suficientemente estrechas, no estaría de más incluir como guía de interpretación el que se interpretase restrictivamente. Como esta enmienda no se incorporó, entendió el TA que había que utilizar como único referente los principios de hermenéutica legal sin ser restrictivo. El TA expresó que:

El uso del nombre o la imagen en la transmisión de noticias sobre una persona, ya sea en periódicos, revistas o difusión de noticias, no infringe necesariamente su derecho de publicidad. La prevalencia de la libertad de expresión sobre el derecho a la publicidad de la imagen también se extiende a programas de entretenimiento y otros trabajos creativos, que incluyen ficción y no ficción.³³

Añadió que “aunque una persona puede estar sujeta al escrutinio público por algún evento de interés periodístico, el alcance de la facultad de hacer públicos datos privados no es ilimitado”. Ahora bien, en una parte se menciona que como “Dando Candela” se sostiene económicamente por sus auspiciadores, cuyo patrocinio depende de los *ratings* o la popularidad del programa, habría que concluir que es un programa con evidente fin de lucro. Independientemente de si está uno de acuerdo con el resultado final, cabe preguntarse sobre el fundamento, si para un noticiero tradicional, que cuenta con auspiciadores, este sería un criterio para fines de no aplicar la excepción.

Esta es una ley, al igual que las otras discutidas aquí, de reciente creación, por lo que será interesante seguir el desarrollo del tema y la interpretación que hagan los tribunales. Estamos seguros que se verán casos similares en un futuro cercano.

III. Ley Núm. 55-2012: Derechos morales de autor

El derecho de autor se compone de la interacción del derecho patrimonial y el derecho moral. El primero consiste del derecho de explotar económicamente una obra y ese se rige por ley federal mediante el *Copyright Act* de 1976, que cubre los derechos sobre reproducción de una obra, realización de obras derivadas de la original, distribución, representación, interpretación, exposición y presentación en público. También se le conoce como derecho de explotación. El segundo, protege el vínculo en-

tre un autor y su obra, y actualmente se rige por la Ley Núm. 55-2012, conocida como “Ley de Derechos Morales de Puerto Rico”. El derecho moral salvaguarda el valor personal y de reputación que tiene la obra para su creador (o sus herederos en algunos casos), en lugar del valor puramente económico.³⁴ Es decir, la ley federal y la estatal se complementan.

El término “derecho moral” proviene del francés *droit moral* y se refiere a la habilidad de un autor para poder controlar el destino o uso que se le da a su obra.³⁵ No depende del concepto moral en un sentido religioso ni espiritual, sino de tratar a la obra como una extensión de la personalidad del autor. Tampoco guarda relación necesariamente con la cesión los derechos patrimoniales sobre la obra.

En el derecho civil tradicionalmente se ha clasificado el derecho moral como un derecho personalísimo, junto a otros derechos, tales como el derecho a la vida, a la libertad e integridad física, al honor y a la imagen.³⁶ La protección de los derechos morales es esencialmente el resultado de una larga tradición del concepto de derecho de autor en los países del continente europeo, particularmente en Francia, pero también en países como Alemania.³⁷

34 Betsy Rosenblatt, *Moral Rights Basics*, Harvard Law School (March 1998) <http://cyber.law.harvard.edu/property/library/moralprimer.html> (accedido el 23 de octubre de 2016).

35 Exposición de Motivos, Ley de Derechos Morales de Autor de Puerto Rico, Ley Núm. 55-2012.

36 *Cotto Morales v. Calo Ríos*, 140 D.P.R. 604, 621 (1996).

37 Adolf Dietz, *La protección de los derechos morales y la Convención Universal sobre Derecho de Autor*, Boletín de derecho de autor, vol. XXI (1987) <http://unesdoc.unesco.org/images/0007/000775/077584so.pdf> (accedido el 23 de octubre de 2016).

En la Convención de Berna de 1928, varios países acogieron los derechos morales de atribución y de integridad.³⁸ Países como Canadá e Inglaterra, al igual que varios estados de los Estados Unidos, han aprobado leyes que protegen los derechos morales. En Estados Unidos se han aprobado en el nivel estatal, ya que en el nivel federal ha habido resistencia y solo se protegen los derechos de integridad y atribución de los “artistas visuales” mediante la “Ley Federal de Derechos de los Artistas Visuales” [en adelante *VARA*, según sus siglas en inglés]. En cuanto a los estados, la mayoría ha utilizado como modelo la ley de California, distinguiéndose Puerto Rico y Massachusetts, por tener el campo de aplicabilidad más extenso.³⁹

En Puerto Rico, los derechos morales se reconocían bajo la Ley de Propiedad Intelectual española de 1879.⁴⁰ Fue con la aprobación de la Ley Núm. 96 de 15 de julio de 1988, según enmendada, conocida como “Ley de Propiedad Intelectual”, que Puerto Rico adoptó su primer estatuto regulatorio de los llamados derechos morales, inspirado en el caso de *Ososrio Ruiz v. Secretario de la Vivienda*, 106 D.P.R. 49 (1977).⁴¹ Sin embargo, esta ley era muy limitada. De hecho, casi una década después tuvo que enmendarse por la Ley Núm. 56-1996 para clarificar los derechos que la ley original buscaba salvaguardar.

Los objetivos principales para aprobar la Ley Núm. 55-2012 fueron: (1) lograr

38 Ronald B. Standler, *Moral Rights of Authors in the USA*, <http://www.rbs2.com/moral.pdf> (accedido el 23 de octubre de 2016).

39 Salazar, *supra* n. 6, pág. 344.

40 *Pancorbo v. Wometco*, 115 D.P.R. 495 (1984).

41 Salazar, *supra* n. 6, pág. 363.

una mayor certeza y aclarar algunos aspectos de cómo aplican los derechos morales; (2) minimizar posibles choques con el esquema estatutario del *Copyright Act*; y (3) atemperar nuestras protecciones a las realidades de la era digital, de modo que no obstaculicen el desarrollo económico, educativo, cultural y creativo.⁴² Esta Ley reconoce los derechos de atribución, retracto, integridad y acceso.

El derecho de atribución significa derecho a que se le reconozca a una persona como autor de su obra. Esto puede hacerlo con su nombre, pero también puede decidir divulgar la obra de forma anónima o bajo un pseudónimo. Artistas de la talla de Paul McCartney han recurrido a la utilización de pseudónimos. El ex Beatle produjo la canción *Woman* como Bernard Webb para el dúo Peter and Gordon en 1966, mientras se encontraban los Beatles en todo su apogeo, con el fin de ver si era capaz de tener un éxito sin tener la estampa de “Lennon-McCartney”. En Puerto Rico es conocido el caso de Robi Draco Rosa, quien ha utilizado algunos como Ian Blake.

El derecho de retracto permite renunciar a la autoría cuando ya la obra no coincida con convicciones intelectuales o morales. Cabe destacar que la ley no hace expresión sobre si el autor respondería por los daños que puede causar a quienes legítimamente tenían derecho de explotación sobre la obra al ejercerlo. Este derecho es el único que termina con la vida del autor, a menos que haya dejado expresado su deseo de ejercerlo.

El derecho de integridad faculta al au-

tor a: impedir la mutilación, deformación, o alteración de la obra, cuando menoscabe sus legítimos intereses o su reputación; impedir la presentación pública o distribución de una obra mutilada, deformada, o alterada, cuando menoscabe sus legítimos intereses o su reputación; e impedir la destrucción culposa o negligente de un original o de un ejemplar único de la obra. No aplica a modificaciones que no afectan los legítimos intereses o la reputación del autor. Tiene que probarse que se afecta algo esencial, como fue el caso de una serigrafía donde se eliminó una parte de la obra original que, aunque pequeña, es el emblema del autor utilizado en todas sus obras.⁴³ Allí se determinó que al eliminarse una franja en su obra se afectó al autor, pues se cortó la mitad de una paloma que era su rúbrica. Los intereses y la reputación de un autor pueden ser lesionados aun si el autor no es alguien reconocido.

El derecho a acceso permite, bajo ciertas condiciones, el acceso razonable a la obra original o al ejemplar único, cuando se halle en poder de otro, a fin de poder ejercer cualquiera de sus derechos como autor. Al ejercerlo hay que indemnizar al poseedor de la obra por los gastos ocasionados.

Además de una definición clara de lo que son los derechos morales, esta medida hace varias aportaciones adicionales. La tendencia moderna en varios países ha sido que, aunque son exclusivos del autor y no son transferibles, los autores tengan la última palabra sobre cualquier acuerdo relacionado con reclamaciones futuras de derechos morales en ciertas circun-

42 Exposición de Motivos, Ley de Derechos Morales de Autor de Puerto Rico, Ley Núm. 55-2012.

43 *Cotto Morales v. Calo Ríos*, 140 D.P.R. 604 (1996).

stancias.⁴⁴ Es por eso que nuestra ley, aunque esencialmente reconoce la no transferibilidad, establece que en cuanto a una renuncia, hay circunstancias en las cuales el autor debe ser quien tome la decisión sobre cuándo y hasta qué punto los hará valer, según los acuerdos que así convenga establecer. Por esto, se permite como un tipo de excepción la renuncia total o parcial, pero solamente al derecho de integridad.⁴⁵ Así, el autor puede pactar con el comprador de una obra el que no le reclamará una violación al derecho moral de integridad. Esto se tiene que hacer mediante documento escrito y firmado (la firma puede ser electrónica). Con este acto, el titular de los derechos patrimoniales se asegura que le esté permitido modificar la obra. En cuanto a los derechos morales de atribución, retracto y acceso, los mismos no se pueden renunciar.

La duración de protección de los derechos morales se extiende a la vida del autor más 70 años o hasta que la obra entre al dominio público, lo que ocurra primero. Sobre este punto hubo discusión en cuanto a si debían terminar con la vida del autor, mantenerse en 50 años después de su muerte como era bajo la ley anterior o cambiar la cantidad. Finalmente, se adoptó el término de 70 años posterior a la muerte del autor y estar a la par con la ley federal de Copyright.⁴⁶

El autor ya no necesita registrar su obra

44 Exposición de Motivos, Ley de Derechos Morales de Autor de Puerto Rico, Ley Núm. 55-2012.

45 Ley de Derechos Morales de Autor de Puerto Rico, Ley Núm. 55-2012, Art. 9.

46 Cuando se adoptó la protección por la vida del autor más 50 años, bajo la Ley Núm. 96 de 15 de julio de 1988, la ley federal disponía lo mismo. Sin embargo en la Ley de Copyright se aumentó dicho término en 1998.

ni cumplir con ningún tipo de formalidad para adquirir y ejercitar el derecho moral. Anteriormente era requisito registrar la obra en el Registro de la Propiedad Intelectual de Puerto Rico, aunque el Tribunal había sido flexible, al permitir que el registro de la obra sucediera en cualquier momento antes de una reclamación.⁴⁷ Ahora, el registro es voluntario, pero si el autor ha registrado con anterioridad a la violación del derecho moral, adquiere algunos beneficios como la alternativa de optar por daños estatutarios.

A pesar que nuestra Ley tiene la intención de proteger todo tipo de obra que cumpla con los requisitos de originalidad y fijación en medio tangible, esto hay que armonizarlo con la Ley Federal, que provee derechos morales de manera limitada. La misma provee derechos morales de integridad y atribución, pero únicamente para obras de artes visuales.⁴⁸

Otros aspectos noveles que cubre la Ley Núm. 55 son: la inclusión del concepto del coautor y de qué modo le aplican los derechos morales sobre la obra; la definición específica de una obra hecha por encargo; y el precisar cuándo es que la creación de un empleado o contratista independiente genera derechos morales. Estos aspectos siempre habían generado debates, que aunque no terminan aquí, ya hay unos conceptos más claros para un juzgador a la hora de evaluar una reclamación. Por otro lado, no podemos dejar pasar por alto que la Ley Núm. 55 saca los derechos morales del

47 *Negrón v. Vera Monroig*, 182 D.P.R. 218 (2011).

48 Walter Alomar Jiménez, *Derechos morales de autor en Puerto Rico: Ámbito de protección y sus límites*, Revista Jurídica de la Asociación de Abogados de Puerto Rico, vol. 1, núm. 1 (2013).

Código Civil. Esto, según opinó el licenciado Carlos Dalmau, profesor de cursos de propiedad intelectual en la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, fue un gran acierto pues considera que fue un error la inclusión de estos derechos en el Libro Segundo del Código Civil, titulado De los Bienes, de la Propiedad y sus Modificaciones. Esto, porque es un derecho separado y distinto de los derechos patrimoniales, de los que están sujetos al esquema de protección de la propiedad. Señaló, asimismo, que el cambio de nombre (Ley de Derechos Morales de Puerto Rico en lugar de Ley de Propiedad Intelectual), unido a la exclusión del Código Civil, además de corregir un error histórico, es conveniente por una razón de orden pragmático.⁴⁹

Para concluir, el Artículo 8 de la Ley Núm. 55 incluye unas excepciones que aplican cuando la obra sea utilizada legítimamente para propósitos de crítica, parodia o comentario, noticiosos, educativos o investigativos. Estas se basan en la defensa de *fair use* o usos justificados que se permiten en el ámbito federal bajo la Ley de Copyright.

Luego de varias décadas, por no decir siglos, entendemos que Puerto Rico cuenta con una ley abarcadora que da mayor certeza, tanto a autores como a aquellos que obtienen el derecho de explotación de una obra, sobre aquellos aspectos relacionados a los derechos morales. Por otro lado, aunque el profesor Salazar ha señalado que nuestra Ley adopta ciertas particularidades de los derechos patrimoniales

protegidos federalmente,⁵⁰ esto obedece principalmente a que el enfoque que se tuvo es que nuestra ley debe verse como un complemento a estos otros derechos y no como algo totalmente separado.

Según publicó en el 2012 el Departamento de Comercio de los Estados Unidos, las industrias que trabajan intensivamente con propiedad intelectual producen cerca de 40 millones de empleos y contribuyen al 34.8% del producto interno bruto [en adelante *PIB*].⁵¹ En la Unión Europea se estimó que creaban uno de cada tres empleos y contribuían al 40% del PIB.⁵² El valor de los activos que supone la propiedad intelectual para una organización o incluso para un individuo puede ser inmenso. La innovación es motor de crecimiento económico y una sociedad que quiera prosperar debe reconocerlo y fomentar esa innovación. De eso es que se trata la Propiedad Intelectual. De proteger la innovación y fomentar la creatividad. Finalmente, Puerto Rico, mediante el reconocimiento de esto, ha comenzado a dar pasos en la dirección correcta con respecto al tema. La situación económica actual de la isla, hace apremiante el seguir esa ruta y que como

⁵⁰ Salazar, *supra* n. 6, pág. 413.

⁵¹ *Intellectual Property and the U.S. Economy: Industries in Focus*, Economics and Statistics Administration and United States Patent and Trademark Office (Marzo 2012) http://www.uspto.gov/sites/default/files/news/publications/IP_Report_March_2012.pdf (accedido el 23 de octubre de 2016).

⁵² *Intellectual property rights intensive industries: contribution to economic performance and employment in the European Union*, European Patent Office and the Office for Harmonization in the Internal Market (2013).

[http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/8E1E34349D4546C3C1257BF300343D8B/\\$File/ip_intensive_industries_executive_summary_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/8E1E34349D4546C3C1257BF300343D8B/$File/ip_intensive_industries_executive_summary_en.pdf) (accedido el 23 de octubre de 2016).

⁴⁹ Informe Positivo sobre el P. del S. 2263 (8 de noviembre de 2011).

sociedad le demos la importancia que amerita a la propiedad intelectual. Con este escrito esperamos haber aportado al menos unos principios básicos sobre el tema, para provocarlos a conocer más del mismo y continuar como sociedad el desarrollo de la propiedad intelectual, la creación y la innovación. No sabemos el valor que pueda tener en un futuro una idea que hoy esté en nuestra mente y cuánto se puede perder al no desarrollarla.

FINANCIAMIENTO PRIVADO DE CAMPAÑAS POLÍTICAS, POR PARTE DE PERSONAS JURÍDICAS EXTRANJERAS: UN ANÁLISIS COMPARADO

ARTÍCULO

*Jean Peña Payano**

“Y sin duda nuestro tiempo . . . prefiere la imagen a la cosa, la copia al original, la representación a la realidad, la apariencia al ser... lo que es ‘sagrado’ para él no es sino la ilusión, pero lo que es profano es la verdad. Mejor aún: lo sagrado aumenta a sus ojos a medida que disminuye la verdad y crece la ilusión, hasta el punto de que el colmo de la ilusión es también para él el colmo de lo sagrado”.

- Ludwig Feuerbach, prefacio a la segunda edición de *La esencia del Cristianismo*¹

I. Introducción

La manifestación por excelencia de la efectividad de un sistema democrático de gobierno, es el proceso electoral y la transparencia en que se desarrolle el mismo. No olvidemos

que desde la teoría del “Contrato Social” propuesta por Jean Jacques Rousseau, el poder reside en el pueblo y es el pueblo quien delega en ciertas personas, ciertos poderes para que con ellos haya una vida democrática más saludable y siempre aspirando a la justicia, la equidad y la libertad. Es en la búsqueda del mejoramiento

* El autor es egresado de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico (2016). Trabajó en México realizando campañas políticas, bajo la firma ZUVE Consultores, S.C. en junio de 2014. Durante el semestre de agosto a diciembre del año 2015, se desempeñó como interno en la División Legal de la Oficina del Contralor Electoral de Puerto Rico. En el verano de 2013 trabajó como interno en el Departamento de Justicia de Puerto Rico. Fue parte de la División de Reclamaciones y Pleitos de Fulcro Insurance, Inc., investigando las reclamaciones de los clientes y evaluando las pólizas y términos de los contratos, todo esto durante los meses de junio y julio de 2015.

¹ Guy Debord, *La sociedad del espectáculo*, Revista Observaciones Filosóficas (José Luis Pardo traductor, Madrid 1967).

de nuestro sistema político,¹ que nuestros legisladores en su sapiencia adoptaron la Ley Núm. 222 del 18 de Noviembre de 2011, la cual se titula “Ley para la Fiscalización del Financiamiento de Campañas Políticas en Puerto Rico”. Ahora bien, de la propia exposición de motivos de dicha ley, surge lo siguiente:

La meta de toda democracia debe ser que cada elector sienta la seguridad de que existen unas reglas uniformes que serán implementadas de manera equitativa a todos los participantes de cada evento. Además, es necesario que exista un organismo que asegure el cumplimiento de éstas y no permita actos que cuestionen la pureza del proceso que culminará con un resultado electoral que es el reflejo real de la voluntad mayoritaria del pueblo.²

Dicho esto, la presente investigación está dirigida a utilizar legislación comparada en materia de financiamiento de campañas (específicamente en Latinoamérica) en aras de tener un marco internacional sobre el tema. De entrada es importante definir uno de los términos más importantes y con mayor presencia en materia de Derecho Electoral, y es “integridad electoral”. Por *integridad electoral* se

ha entendido como “. . . la existencia de procesos que cumplen con la serie de obligaciones internacionales normas globales para la celebración de elecciones, reflejadas en la serie de convenciones, tratados y leyes internacionales y que aplican universalmente a todos los países en el mundo durante todo el ciclo electoral”.³

Debemos aspirar a un sistema en el que la transparencia sea el pilar, y para ello es medular crear métodos que solidifiquen la regulación y su aplicación. Al respecto hay quienes han defendido que:

La regulación en un sistema que apunta a generar equidad electoral implica a) la promoción del uso de recursos que favorecen un piso mínimo de equidad para la competencia, b) la restricción de aquellas fuentes de financiamiento que generan efectos adversos y c) el establecimiento de límites al costo de las campañas.⁴

Nuestra región atravesó por muchos años, un ciclo político en el que predominaron los sistemas dictatoriales de gobierno. Sobre ello la Organización de los Estados Americanos, la Secretaría de Asuntos Políticos y De-

1 Sistema Republicano de Gobierno según fue adoptado por los miembros de nuestra Convención Constituyente.

2 Exposición de Motivos, Ley para la Fiscalización del Financiamiento de Campañas Políticas en Puerto Rico, Ley Núm. 222-2011.

3 Betilde Muñoz-Pogossian, *Equidad en el financiamiento de campañas en América Latina y sus implicaciones para la competitividad electoral: Una mirada a las elecciones en Centroamérica, 2010-2014*, Colombia International (2015), <http://dx.doi.org/10.7440/colombiaint85.2015.02> (accedido el 23 de octubre de 2016).

4 *Id.*

partamento para la Cooperación y Observación Electoral, realizaron un informe en 2015 que lleva por título *Estudio sobre la Participación Electoral en América Central*. La pertinencia de este informe para propósitos de esta investigación, es la calidad cuantitativa y el alto nivel de análisis comparado que nos ofrece. Como mencioné, nuestra región atravesó por momentos difíciles durante el periodo de la segunda ola de la democracia. En cuanto a esto, la siguiente tabla nos servirá para palpar algunos ejemplos de países de América Central, y su desenvolvimiento en su historia en materia de la participación electoral.

Luego de haber presentado una breve introducción sobre algunos aspectos insoslayables de los procesos electorales, hago una invitación a adentrarnos en el mundo de la legislación comparada de financiamiento de campañas electorales en Latinoamérica y Puerto Rico.

II. Financiamiento privado de campañas políticas: su impacto en el proceso electoral

A. Teoría general y el caso de Puerto Rico: ¿Financiamiento privado extranjero después de *Citizens United v. Fed. Election Comm'n*?

Para entender el impacto que tiene el financiamiento de campañas políticas, es imprescindible comprender la dinámica de nuestro sistema político. Tradicionalmente los sistemas políticos de corte presidencialista o mix-

tos, tienen una mayor propensión a que se elija su clase política según la fuerza económica que estos tengan. Sobre esto Giovanni Sartori plasmó en su libro, *Homo videns: La sociedad teledirigida*, lo siguiente:

El sistema electoral y el sistema de partidos son, pues, variables importantes en lo que concierne al hecho de favorecer u obstaculizar la personalización de la política. También lo es el sistema político, en cuanto a la diferencia entre sistemas presidenciales y sistemas parlamentarios. En los sistemas presidenciales el jefe del Estado es designado por una elección popular directa. Y, por consiguiente, en estos sistemas la personalización de la política es máxima. Y lo es especialmente en Estados Unidos, donde la fuerza de la televisión es asimismo máxima.⁵

En los estudios contemporáneos del Derecho Electoral y las campañas políticas, hay varias escuelas del pensamiento. Hay quienes piensan que la financiación de las campañas políticas debe ser enteramente público, mientras que otros son del pensamiento que debe ser totalmente privado. La gran mayoría de los países democráticos han adoptado un sistema mixto de financiamiento de campañas.

. . . el financiamiento privado de campañas *puede potencial-*

5 Giovanni Sartori, *Homo Videns: La sociedad teledirigida*, 109 (Taurus, 1998).

mente amenazar seriamente la equidad. Como resultado, los límites al financiamiento privado de campañas deben ser parte de un sistema de financiamiento equitativo de campañas. Aquellos que contemplan prohibiciones a las contribuciones anónimas, *las contribuciones extranjeras directas o indirectas*, las contribuciones de los contratistas y entidades jurídicas, incluidos los medios de comunicación, y, finalmente, aquellos que consideran la posibilidad de imponer límites a las contribuciones individuales directos e indirectos son los que tienden a promover mayores niveles de equidad electoral.⁶

Sin duda alguna tenemos que proteger los intereses reales del pueblo, la protección del derecho al sufragio se tiene que hacer no solo el día del evento electoral. La dinámica de los procesos electorales y el derecho que lo rige, es uno en el que cada detalle puede cambiar el resultado del evento. Se ha visto en otros países como el no prever posibles escenarios, ha resultado nefasto para la democracia, lacerando la confianza que tiene el pueblo en sus procesos; lo que puede resultar en la muerte del sistema. En Puerto Rico hemos tenido varias piezas legislativas, que buscaron mejorar nuestro sistema electoral, y con esto convertirnos en uno de los países más estables (el cual sirve de ejemplo) dentro de Latinoamérica. De la propia exposición de motivos de la Ley Núm.

6 Muñoz-Pogossian, *supra* n. 4 (énfasis nuestro).

222-2011 se desprende un resumen de las leyes que reforzaron nuestro sistema electoral:

Durante el Siglo XX, Puerto Rico continuó su evolución para lograr una democracia representativa con varias leyes que fueron mejorando el proceso electoral. Merecen destacarse: la Ley de 1912, para establecer la representación de las minorías en la Cámara de Delegados; la Ley de 1928, para crear la candidatura independiente en el año 1929; la Ley que concedió el voto a todo varón o mujer que supiera leer y escribir; y en el año 1936, cuando finalmente se concede el sufragio universal. Una Ley del Congreso, la llamada Crawford-Butler del 1947, le confirió a los puertorriqueños el derecho a elegir a nuestro Gobernador. En el año 1952, la Constitución de Puerto Rico mantuvo básicamente el sistema electoral que regía hasta entonces, dirigido por la Junta Estatal de Elecciones, organismo vigente hasta 1974. En el año 1970, se enmendó la Constitución para bajar a dieciocho (18) años la edad requerida para ejercer el derecho al voto.⁷

Resultado de los eventos electorales que han ocurrido en la isla, además de una var-

7 Exposición de Motivos, Ley para la Fiscalización del Financiamiento de Campañas Políticas en Puerto Rico, Ley Núm. 222-2011.

iedad de decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, al igual que nuestro Tribunal Supremo, han transformado la forma de hacer campañas políticas, y junto a ello la forma en que el Estado las regula. Grandes retos requieren de decisiones consistentes. Dentro de las definiciones que provee la Ley Núm. 222 de 2011, se encuentran dos que son las más pertinentes con el tema aquí investigado. Estas son la definición de que se entenderá por “Comité de fondos segregados” y para mí la más importante a estos efectos, la definición de “persona jurídica”, estas leen de la siguiente forma:

18) “Comité de Fondos Segregados”: comité establecido por una persona jurídica, en cumplimiento con el Artículo 6.007 de esta Ley, con el fin de hacer donaciones a: aspirantes, candidatos, otros comités, agentes o representantes autorizados de cualesquiera de los anteriores. A este tipo de Comité le aplicarán los límites de donaciones, según dispuesto por esta Ley. Si por el contrario, el comité no aporta a, ni coordina con ninguno de los entes antes indicados, esta Ley no le impone límites a las aportaciones o gastos con fines electorales que haga dicho comité. Además, deberá cumplir con las disposiciones de registro e informes dispuestas en esta Ley requeridos a los Comités de Acción Política.

57) “Persona jurídica”: incluye a la corporación, la entidad de responsabilidad limitada, la sociedad, la cooperativa, el fideicomiso, el grupo de personas que se organiza como una asociación y la organización laboral. Para fines de las exigencias que imponen los Artículos 6.007 al 6.010 de esta Ley, no se considerará persona jurídica a una entidad que, sin importar su nombre, constituya un comité de acción política o partido nacional o local, u otra organización política bajo el Código de Rentas Internas de los Estados Unidos, según su naturaleza y origen, y según definido por esta Ley. No obstante, una persona jurídica no creada para propósitos electorales y que desee destinar fondos segregados o hacer un gasto independiente, cumplirá con todos los requisitos, limitaciones e informes exigidos a los comités de acción política y con las exigencias del Capítulo VI de esta Ley.

Cabe destacar que dentro de la definición de “persona jurídica”, no se limita o aclara en ninguna parte (tampoco en la totalidad de la ley), que estas personas jurídicas puedan ser de origen extranjero. Resulta interesante la discusión que este tema ha provocado en otros países del mundo, sobre todo vale dar una mirada al impacto que tuvo el caso del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Citizens*

*United v. Fed. Election Comm'n.*⁸ Antes de adentrarnos a discutir el impacto y las limitaciones de las personas jurídicas a la luz del caso de *Citizens*, veamos qué limitaciones tienen estas al amparo de la Ley Núm. 222 de 2011. El Capítulo V de dicha ley, expone en su artículo 5.000.6 y 5.000.7, lo siguiente:

Artículo.5.006. - Personas jurídicas.

Ninguna persona jurídica podrá hacer donativos de sus propios fondos en o fuera de Puerto Rico a partidos políticos, aspirantes, candidatos, comités de campaña, o a agentes, representantes o comités autorizados de cualquiera de los anteriores, o a comités de acción política sujetos a esa Ley que hagan donaciones o coordinen gastos entre sí. No obstante, podrá establecer, organizar y administrar un comité

que se conocerá como comité de fondos segregados, que para el fin de donación y gastos se tratará como un comité de acción política que deberá registrarse en la Oficina del Contralor Electoral, rendir informes y cumplir con todos los requisitos impuestos por esta Ley. Entonces, sus miembros, empleados y sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad podrán hacer aportaciones que se depositarán en la cuenta bancaria establecida y registrada en la Oficina del Contralor Electoral para estos efectos. De dicha cuenta bancaria, el comité de fondos segregados podrá hacerle donativos a partidos políticos, aspirantes, candidatos, y comités de campaña y comités autorizados, así como a comités de acción política que hagan donaciones a cualquiera de éstos.⁹

Artículo5.007. - Límites para comités de fondos segregados y comités de acción política.

Los comités de fondos segregados y comités de acción política podrán hacerle donativos a partidos políticos, aspirantes, candidatos, comités de campaña y comités autorizados, agentes y

8 *Citizens United v. Fed. Election Comm'n.*, 558 U.S. 310 (2010). In *Citizens United v. F.E.C.*, the Supreme Court held that 2 U.S.C. § 441(b) was unconstitutional under the First Amendment and in turn overruled *Austin* and parts of *McConnell v. FEC*. In striking down § 441(b), the Court declared, “political speech must prevail against law that would suppress it.” The Court avoided the loaded question regarding foreign influence and foreign monies by solely focusing on § 441(b) and reserving judgment on § 441(e). Thus, the Court did not change the law banning foreign corporations from contributing to the American political system. Brittany Morgan Albaugh, *Two Paths to Preventing Foreign Influence: Reforming Campaign Finance and Lobbying Law*, 13 J. Int'l Bus. & L. 283, 288 (2014). (2008).R. ; ; 980); available”ompromise in *Constitutional Adjudication*, 75 Notre Dame L. Rev.ngido como Asesor en Asuntos de E (2008).R. ; ; 980); available”ompromise in *Constitutional Adjudication*, 75 Notre Dame L. Rev.ngido como Asesor en Asuntos de E

9 Vemos como tampoco en dicho artículo de la Ley Núm. 222-2011 no se aclara si las personas jurídicas extranjeras pueden aportar o no en nuestras elecciones.

representantes autorizados de cualquiera de los anteriores, siempre que las donaciones no excedan los límites establecidos en esta Ley para personas naturales ni sus agregados. Estos límites, de igual forma aplicarán a los donativos que hagan los miembros de la persona jurídica al comité de fondos segregados y comités de acción política que los utilizará para hacer una donación a un partido político, aspirante, candidato, comité de campaña y comité autorizado, o agentes y representantes autorizados de cualquiera de los anteriores. Dos (2) o más comités de acción política se considerarán como un (1) solo comité, si han sido establecidos por una misma persona o grupo de personas, son controlados por una misma persona o grupo de personas, o comparten oficiales, directores o empleados.

Ahora bien, hasta el momento hemos visto parte de la teoría general de los procesos electorales en cuanto su financiamiento. He resaltado como se afecta la equidad electoral cuando el financiamiento privado extranjero se adentra en los sistemas políticos. Sin duda alguna es un asunto que se mantiene en constante investigación en el mundo de la teoría jurídica electoral. En los Estados Unidos existen dos formas de financiamiento de campañas, a mi entender, el pre y pos *Citizens United*. La comunidad jurídica se ha vaciado en expresiones en contra de dicha decisión, se ha dicho que

“[u]nder *Citizens United*, domestic subsidiaries of foreign corporations, which might include state-owned or controlled entities, may also spend unlimited amounts of money on political activity”.¹⁰

Quizás en Puerto Rico no hemos entendido la magnitud que tiene el permitir que el dinero de empresas extranjeras incursione el futuro político de un país. Hay quienes llegaron a pensar que el alto foro de los Estados Unidos ya había aclarado la situación de las corporaciones extranjeras. Dicho tribunal de manera expresa no lo hizo, sobre esto el profesor Bakken dice:

Prior to *Citizens United*, corporations could participate in the political process through corporate political action committees and through their donations to trade associations, as well as through lobbying or hiring lobbyists. *There was not, and is not now, a distinction between U.S. corporations held or controlled by U.S. interests and U.S. corporations held or controlled by foreign corporations (that is, U.S. “subsidiaries” of foreign corporations). Domestic subsidiaries of foreign corporations and U.S. corporations have the same right to engage in political speech. “Post-Citizens United, because the law*

10 Tim Bakken, *Constitutional Rights and Political Power of Corporations After Citizens United: The Decline of Citizens and the Rise of Foreign Corporations and Super Pacs*, 12 *Cardozo Pub. L. Pol’y & Ethics J.* 119 (2013).

exempts American subsidiaries of foreign corporations from these restrictions [on foreign nationals], these subsidiaries need not use a PAC to expend funds on a domestic election.”

In June of 2012, Republican Senator John McCain criticized Sheldon Adelson, a U.S. citizen and casino owner, who was expected to contribute \$100 million to defeating President Barack Obama. *A large part of Adelson’s \$25 billion fortune was derived from gambling interests in Macau, a Chinese gambling district.*¹¹

El tema es uno complejo y se agudiza en la medida que se acepta y se entiende la forma en que opera el gobierno federal y el comercio internacional del mismo. No olvidemos la máxima que predomina el estudio del Derecho Administrativo puertorriqueño: *is qui potest prohibere et non prohibet, tacite consentire videtur*, o quien pudiendo prohibir, no prohíbe, consiente tácitamente.¹² El no prohibir expresamente dichas aportaciones, ha creado una laguna en materia electoral, tanto en Puerto Rico como en los Estados Unidos. Al momento, no existe una prohibición expresa para que las personas jurídicas extranjeras no puedan aportar a las campañas políticas de nuestra tierra. La dinámica en los Estados Unidos ha llegado al punto, de que la controversia se ha centrado, entre otras cosas, a cómo las corporaciones ex-

tranjeras aportan a las campañas mediante la Cámara de Comercio de los Estados Unidos. Para describir el esquema, detengámonos a leer lo siguiente:

The Chamber of Commerce’s use of donors’ funds for political advocacy illustrates the openings that Citizens United provides for corporations and their trade advocates. In the 2008 election cycle, the Chamber of Commerce “was the biggest spender on electioneering communications not to identify any donors, and, by some accounts, *planned to spend \$75 million in support of Republican candidates in the 2010 or 2012 elections.* The Chamber denies receiving funds from foreign governments and foreign corporations, but ThinkProgress, a public interest group, claimed to have discovered internal Chamber documents that show contributions from “*at least 84 other foreign companies that actively donate to the Chamber’s 501(c)(6).*” ThinkProgress “noted the Chamber raises money from foreign-owned businesses for its 501(c)(6) entity, the same account that finances its unprecedented \$75 million dollar partisan attack ad campaign.” ThinkProgress alleged that the Chamber received funding from foreign corporations through three channels: (1) An inter-

11 *Id.* págs.137-138 (énfasis suplido).

12 *De la Fuente v. Antonio Roig Sucrs., S. en C.*, 82 D.P.R 514 (1961).

nal fundraising program called “Business Councils” used to solicit direct, largely foreign donations to the Chamber; (2) Direct contributions from foreign multinationals such as BP, Siemens, and Shell Oil; and (3) The Chamber’s network of Am-Cham affiliates, which are foreign chapters of the Chamber of Commerce composed of American and foreign companies.

The Chamber argues that it does not accept or use money from “foreign” corporations on U.S. political activity, but the Chamber conceded that it does use money from U.S. corporations that are subsidiaries of foreign corporations in the same manner it uses money from U.S. corporations, including for political activity.¹³

Personas como el Juez Stevens, son de la opinión, de que la ley federal realmente tiene limitaciones claras sobre las contribuciones de empresas extranjeras. El excelente Juez Stevens manifestó que:

In accord with Justice Stevens, federal law provides strict limitations on foreign involvement in the political process. A statute titled “Contributions and donations by foreign nationals” provides plainly that: “It shall be unlawful for . . . a foreign

national, directly or indirectly, to make . . . a contribution or donation of money or other thing of value, or to make an express or implied promise to make a contribution or donation, in connection with a Federal, State, or local election.” Further, foreign nationals are prohibited from making “a contribution or donation to a committee of a political party; or . . . an expenditure, independent expenditure, or disbursement for an electioneering communication.” *All these prohibitions would be unconstitutional if the Court applied the Citizens United reasoning to foreign corporations - that every individual or entity has a First Amendment right to spend money on political advocacy.* Although Justice Stevens viewed political participation by foreign corporations as inappropriate Citizens United contains the rationale for foreign participation. “A threshold step to the analysis is whether First Amendment rights extend to foreign nationals,” according to one commentator. . . [T]he Court’s rationale, in Citizens United, for almost unlimited political activity by U.S. corporations, applies similarly to foreign corporations, which, like any entity, can provide information and competition in the marketplace.

13 Bakken, *supra* n. 11, págs. 139-140.

*Through subsidiaries, foreign corporations are already deeply entrenched in American life. Foreign firms have about \$2.3 trillion invested in the United States, as of 2010. The Chamber of Commerce claims that “U.S. subsidiaries support an annual payroll of \$403.6 billion - an average compensation per U.S. worker of \$73,124- 34% percent higher than compensation at all U.S. companies.” American subsidiaries of foreign corporations are excluded from the statutory definition of “foreign national.”*¹⁴

El poder de cabildeo que tienen las corporaciones extranjeras es uno de grandes precedentes y fuerza dentro del gobierno federal. Para poner en perspectiva el impacto de estos grupos, veamos lo siguiente:

From 1998 to 2004, before the words *Citizens United* were being whispered everywhere, corporations headquartered in foreign countries spent \$520 million to lobby the U.S. government. Those corporations hired over 3,800 lobbyists who were employed by 550 lobbying firms. According to the “Foreign Agents Registration Act” (FARA) reports, “individual lobbyists working for foreign clients communicated with lawmakers or their staff 17,000

times, including 2,280 phone calls, 9,000 email correspondences, and 2,900 face-to-face meetings.”¹⁵

Nos enfrentamos a una fuerza que si bien ha adquirido poder mediante la interpretación que se ha hecho de la Primera Enmienda de la Constitución Federal, no es menos cierto que ha provocado gran malestar dentro del sistema político de los Estados Unidos y Puerto Rico. Con la argumentación que he presentado, solo pretendo que entendamos las repercusiones que puede tener en la democracia, nuestra democracia puertorriqueña, el flujo de dinero por parte de intereses extranjeros en la isla. Como evidencié en este segmento de la investigación, *no hay exactitud ni una prohibición expresa a las aportaciones extranjeras*. El espíritu de un pueblo sobrevive a los tiempos, en la medida en que la sociedad madura y el Estado protege las tradiciones. No obstante lo anterior, ya otros hermanos latinoamericanos han tomado medidas al respecto. En la próxima sección estudiaremos ejemplos de muchos otros países latinoamericanos que, a pesar de las diferencias histórico-políticas que han tenido, todas tienen en común de manera unísona, prohibiciones expresas a las contribuciones de intereses ajenos, extraños, en otras palabras extranjeros,

14 *Id.* págs. 119, 142-144 (énfasis nuestro).

15 Brittany Morgan Albaugh, *Two Paths to Preventing Foreign Influence: Reforming Campaign Finance and Lobbying Law*, 13 J. Int’l Bus. & L. 283, 284 (2014).

en sus procesos electorales.

III. Prohibición de donaciones a partidos políticos de fuentes que involucren intereses extranjeros¹⁶

La presente información fue recopilada por el autor, luego de leer un informe que redactó *The Carter Center*, el cual incluye todo lo aquí expuesto. Adjunto incluyo el informe para que de esta manera puedan observar, si es de su interés, los otros temas que cubre la investigación de dicha entidad. La investigación de los artículos que incluyen las prohibiciones expresas al financiamiento de campañas, por parte de personas jurídicas extranjeras, fue realizado completamente por *The Carter Center*. Se incluye una recopilación de algunos de los países, para que el lector tenga una idea de cómo los países hermanos han regulado este tipo de inversiones. La fuente del informe ésta incluida en las notas al calce “17” y “18”. Veamos algunos ejemplos de países latinoamericanos:

ARGENTINA

Art. 15 de ley de financiamiento de los partidos políticos (LFPP): “Prohibiciones. Los partidos políticos no podrán aceptar o recibir, directa o indirectamente: . . . e) contribuciones o donaciones de gobiernos o

entidades públicas extranjeras; f) contribuciones o donaciones de personas físicas o jurídicas extranjeras que no tengan residencia o domicilio en el país”.

Bolivia

Art. 51 de Ley de Partidos Políticos (LPP): “Restricción a los aportes I. Los dirigentes de los partidos políticos, no podrán recibir aportes de ninguna naturaleza, de: 1. Gobiernos o entidades estatales extranjeras. 2. Personas jurídicas extranjeras, salvo la asistencia técnica y de capacitación. 3. Organizaciones no gubernamentales. 4. Origen ilícito. 5. Agrupaciones o asociaciones religiosas. 6. Entidades públicas nacionales de cualquier naturaleza, salvo el financiamiento establecido en la presente ley. 7. Carácter anónimo, salvo que se trate de colectas públicas. La recepción de los recursos señalados en el presente Artículo les hace pasibles a ser procesados en la Justicia Ordinaria”.

COLOMBIA

Art. 109 de la Constitución Política (CP): “Es prohibido a los Partidos y Movimientos Políticos y a grupos significativos de ciudadanos, recibir financiación para campañas electorales, de personas natu-

¹⁶ La información de cada país fue extraída tal cual fue presentada en el informe titulado, *Financiamiento Político y Regulación de Campañas Electorales en América Latina*, The Carter Center, págs. 36-46.

rales o jurídicas extranjeras". Ley 1475, artículo 27, por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones:

"Financiación Privada. Se prohíben las siguientes fuentes de financiación de los partidos, movimientos políticos y campañas: 1. *Las que provengan, directa o indirectamente, de gobiernos o personas naturales o jurídicas extranjeras, excepto las que se realicen a título de cooperación técnica para el desarrollo de actividades distintas a las campañas electorales*".

COSTA RICA

Art. 128 del Código Electoral, Ley No. 8765: "Prohibición de la contribución de extranjeros y personas jurídicas: Prohíbese a los extranjeros y a las personas jurídicas de cualquier naturaleza y nacionalidad efectuar, directa, indirectamente o en forma encubierta, contribuciones, donaciones o aportes, en dinero o en especie, para sufragar los gastos de los partidos políticos. A los extranjeros, sean personas físicas o jurídicas también les está prohibido otorgar préstamos, adquirir títulos o realizar cualquier otra operación que

implique beneficio de cualquier clase para los partidos políticos".

ECUADOR

Art. 360 de de la Ley orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, 2009 (LOE): "Se prohíbe a las organizaciones políticas recibir, directa o indirectamente, aportes económicos de . . . empresas, instituciones o Estados extranjeros. Las personas que no estén sujetas a estas restricciones pueden realizar donaciones a los partidos y movimientos políticos. . ."

EL SALVADOR

Ley de Partidos Políticos: "Art. 67.- Los partidos políticos no pueden recibir contribuciones de: c. Partidos políticos y agencias de gobiernos extranjeros".

GUATEMALA

*Art. 21 de la Ley Electoral de Partidos Políticos (LEPP): "Del financiamiento de las organizaciones políticas y campañas electorales. a) *Queda prohibido a las organizaciones políticas recibir contribuciones de cualquier índole de los Estados y de personas individuales o jurídicas extranjeras. Se exceptúan las contribuciones que**

entidades académicas o fundaciones otorguen para fines de formación, las que deberán reportarse al Tribunal Supremo Electoral en informe circunstanciado, dentro de los treinta días siguientes de recibidas”.

MÉXICO

Art. 33, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país”.

Art. 25 de la Ley General de Partidos Políticos (LGPP): “1) Son obligaciones de los partidos políticos: i) Rechazar toda clase de apoyo económico, político o propagandístico proveniente de extranjeros”.

REPÚBLICA DOMINICANA

Art. 47 de la Ley Electoral no. 275-97: “. . . será ilícita la intervención directa o indirecta del Estado, de cualquiera de sus departamentos, dependencias u organismos autónomos o descentralizados o de empresas que caigan dentro de la aplicación de la Ley de Inversión Extranjera, de los ayuntamientos o de entidades dependientes de éstos, de gobiernos extranjeros en el sostenimiento de los partidos o el financiamiento de sus campañas”.

Art. 55 de Ley Electoral no. 275-97: “Sólo se considerarán lícitos los ingresos provenientes del Estado canalizado a través de la Junta Central Electoral y las contribuciones de personas físicas, quedando terminantemente prohibida la aceptación de ayudas materiales de grupos económicos, de gobiernos e instituciones extranjeras y de personas físicas vinculadas a actividades ilícitas”.

URUGUAY

Artículo 45 de la Ley 18.485 de Partidos Políticos: “Los partidos políticos o sus sectores internos o listas de candidatos no podrán aceptar directa o indirectamente: E) Contribuciones o donaciones de gobiernos, entidades extranjeras o fundaciones”.

VENEZUELA

Art. 24 de la Ley de Partidos Políticos: “Son obligaciones de los partidos políticos: 4) No aceptar donaciones o subsidios de las entidades públicas, tengan o no carácter autónomo; de las compañías extranjeras o con casa matriz en el extranjero; de empresas concesionarias de obras públicas o de cualquier servicio de bienes propiedad del Estado; de estados extranjeros

y organizaciones políticas extranjeras”.

IV. Conclusión y Recomendaciones

*“Creo que el único modo de ser útil a las ideas y a los pueblos es levantar los hombres a la discusión de su deber, más que bajar con ellos a la negociación de sus intereses”.*¹⁷

No existe mejor forma de mejorar las vicisitudes de una sociedad que fortaleciendo los valores y virtudes que cada uno de nosotros tiene. Esto, ya que al mejorar individualmente se fortalece el colectivo. A lo antes mencionado, Nietzsche nos dejó unas palabras en su discurso llamado, De las alegrías y las pasiones, al decir que “[e]l hombre es algo que tiene que ser superado: y por ello tienes que amar tus virtudes,- pues perecerás a causa de ellas”. *No podemos permitir los intereses de personas jurídicas extranjeras, sean quienes influyan en nuestro sistema electoral. La democracia es democracia en la medida en que es el pueblo quien tiene el poder.* Reflexionemos a lo que dijo Simón Bolívar en su discurso en La Sociedad Patriótica, de Caracas, el 3 de Julio de 1811; ¡Qué los grandes proyectos deben prepararse con calma! Trescientos años de calma, ¿no bastan? ¿Se quieren otros trescientos todavía? No esperemos 200 años más para vencer nuestras diferencias internas, las cuales han salido victoriosas en nuestra búsqueda de la unión fuera de nuestras fronteras.

La ilusión del futuro alienta el espíritu combativo, irreverente y con ánimo de cambio que la presente generación tiene. Hoy somos acreedores de una deuda de más de setenta y tres mil millones de dólares, de los cuales nunca fuimos responsables. Hoy hay mucho descontento con el Estado y las fallas que tuvieron las administraciones que guiaron al país a la inercia económica. En las filas de oficinas de gobierno, en el supermercado y en los lugares que concurrimos a diario, escuchamos la mayor encuesta que una sociedad puede tener, su gente. Es natural que en los momentos en que el pueblo tiene algún descontento con el sistema, sienta desconfianza de las instituciones gubernamentales y de los procesos que estos realizan. De hecho, ha existido una relación directa entre el descontento del electorado y el surgimiento de nuevos partidos y *political outsiders*. Necesitamos que las entidades responsables de velar por el proceso más importante que tienen los pueblos (sus elecciones), estén cubiertos de transparencia, agilidad con el fin de que el soberano sienta que se está haciendo lo correcto, con los métodos indicados.

Los procesos electorales son medulares para la preservación del Estado en su concepto más puro. No obstante, si el ciudadano no se involucra en las dinámicas sociales, el debate público y como propulsor de piezas legislativas, más que como mero espectador o lector de las leyes, no podemos esperar un cambio consistente, sostenible y dirigido a un Puerto Rico de futuro. Con la creación de la Oficina del Contralor Electoral, se hizo una gran aportación a la fiscalización del financiamiento de las campañas políticas en Puerto Rico. Es importante comprender que existen limitaciones derivadas de la relación político-jurídica que

¹⁷ Eugenio María de Hostos, *Diario*, tomo II, vol. 2 (periodo entre el 24 de noviembre de 1870 hasta el 6 de agosto de 1903).

nuestra isla tiene con los Estados Unidos. Hace unos meses, Manuel A. Torres Nieves le presentó al país la noticia de radicación en el Tribunal de Primera Instancia de San Juan de doce (12) órdenes de cobro de multas administrativas a comités y aspirantes a puestos políticos que violaron lo dispuesto en la Ley Núm. 222 de 2011, en cuanto a la radicación de informes que ésta exige. El propio Contralor electoral manifestó que fueron 81, el número de notificaciones emitidas por parte de la oficina que éste dirige. La suma en dinero de estas 366 multas, asciende \$878,771.41. Además de la fiscalización, la Oficina del Contralor Electoral ha sido muy diligente y efectivo en ofrecer talleres y conferencias a la ciudadanía en general y, muy especialmente, a los equipos de campañas de los diferentes aspirantes. Recordemos que dicha entidad es una de recién creación en comparación con el resto de los estados de la unión.

Luego de los datos presentados sugiero que en Puerto Rico se haga una enmienda a la definición de “personas jurídica” para que excluya expresamente la aportación de estas personas jurídicas extranjeras dentro de suelo borincano en los procesos electorales. Podemos tomar como ejemplo las disposiciones que han incluido otros países en sus respectivas leyes de financiamiento de campañas políticas. Se ha propuesto que cada aportación privada a campañas sea mediante tarjeta de crédito, al igual que hay quien ha presentado que solamente tengamos financiamiento público o estrictamente privado. El cruzar un río sin considerar su profundidad ni corrientes, puede resultar en una tragedia; no optemos por ideas absolutistas sin buscar un balance ajustado a la realidad que tenemos. Sin ánimo de considerarme experto ni

mucho menos alguien con poder decisorio en cuanto a cuál será la política pública que debe implementarse en Puerto Rico en cuanto a esta materia, tengo las siguientes recomendaciones:

1. Que se revisen los topes de aportación de personas jurídicas a las campañas políticas.
2. Considerar lo propuesto por varios sectores, en cuanto a una limitación para que las personas jurídicas o naturales, que aporten a las campañas políticas, no puedan tener contratos con el Estado, luego de hecha la aportación. Aunque precisamente muchas de las empresas que aportan a las campañas, lo hacen para alguna ventaja con el candidato a quien apoyan.
3. Que se incluya expresamente una prohibición para que las personas jurídicas extranjeras no puedan aportar a las campañas locales.
4. Sanciones a los partidos que incumplan con algunas de las disposiciones de la Ley de Financiamiento de Campañas, incluyendo que se le retire el derecho de recibir algún subsidio y el financiamiento público que se les otorga a los partidos.
5. Prohibición al tesorero o encargado del Partido o comité del candidato, en los asuntos de financiamiento de campañas, para que pueda aspirar a un cargo electivo.
6. Aquellos partidos que incurran en una consistente violación a la Ley de Fi-

nanciamiento de Campañas deben ser penalizados con perder su participación electoral como institución por el término de 4 años.

Recordemos la cita presentada anteriormente en la presente investigación: *is qui potest prohibere et non prohibet, tacite consentire videtur, quien pudiendo prohibir, no prohibe, consiente tácitamente*.¹⁸ No estamos solicitando nada extraordinario, no buscamos nada absurdo, solo aspiramos a proteger nuestra democracia. No podemos tomar decisiones que sean hijas de la irreflexión.

18 *De la Fuente v. Antonio Roig Sucrs., S. en C.*, 82 D.P.R. 514 (1961).

PUERTO RICO POLITICAL CONTRIBUTION LIMITATIONS: LABOR UNIONS AND PACS

ARTICLE

*Anthony O. Maceira Zayas**

“[C]orporate and union moneys go overwhelmingly to incumbents, so limiting that money, as Congress did in the campaign finance law, may be the single most self-denying thing that Congress has ever done.”

- Elena Kegan

I. Introduction

We're in election year; everyone's tired of the current situation and wants to do something about it. Some put their grain of sand by sharing articles and messages on social media, others gather in rallies to support their candidates, and due to the nature of how expensive running a campaign may be, many show their support monetarily. This last one can be tricky due to recent changes in jurisprudence, laws and regulations regarding the matter. One can constantly observe doubt “out there” pertaining to the rules regarding “political contributions” made through Political Action Committees [hereinafter *PAC* or *PAC's*], corporations or labor unions. Noncompliance with statutes pertaining to political contributions can result in serious repercussions.

I am constantly consulted regarding information on Puerto Rico's political contribution limitations. In particular, the follow-

ing questions rise quite frequently: (1) if labor unions may contribute and (2) if there are certain PAC structures that are allowed to contribute. The purpose of this short article is to, in a concise way, answer these important questions.

II. Labor union contributions

Under Puerto Rico's Campaign Financing Statute,¹ labor unions fall within the definition of “labor organization”, which falls within the definition of “artificial person”.²

* Possesses a JD from the Inter American University of Puerto Rico, School of Law (2016) and graduated from the International Legislative Drafting Institute 2015, Tulane Law School. He serves as legislative and policy advisor in the Senate of Puerto Rico, has worked within legal teams in several elections and advises several labor unions in political matters.

1 *Ley para la Fiscalización del Financiamiento de Campañas Políticas en Puerto Rico*, Ley Núm. 222-2011, 16 L.P.R.A. § 621 (Westlaw 2016).

2 *Id.* Según la Ley Núm. 222-2011: (48) “Organización Laboral”: (a) toda hermandad, unión, sindicato

As a general rule, artificial persons are prohibited from making political contributions *in or outside of Puerto Rico's physical territory*. However, they may establish, organize and administer “segregate fund committees” [hereinafter *SFC*] through which their members, employees and relatives within the second degree of consanguinity or affinity may contribute. These contributions shall be deposited into the bank account established and registered in the Electoral Comptroller's Office [hereinafter *OCE*]. *From this bank account, the committee may make contributions to political parties, candidates, campaign committees, authorized committees and PAC's*. These are different from

u organización de cualquier tipo, o agencia o comité o plan de representación de empleados en el cual participen empleados y que tenga como uno de sus fines el negociar en representación de los empleados en materia de quejas, disputas laborales, salarios, escalas de pago, horarios o condiciones de empleo; (b) toda organización de negociación colectiva; (c) toda organización local, estatal o internacional a la cual una organización laboral paga cuotas por concepto de asociación, afiliación o membresía; y (d) toda asociación laboral o profesional, financiada exclusivamente mediante cuotas de membresía, ya estén organizadas dentro o fuera de la jurisdicción de Puerto Rico.

...

(57) “Persona jurídica”: incluye a la corporación, la entidad de responsabilidad limitada, la sociedad, la cooperativa, el fideicomiso, el grupo de personas que se organiza como una asociación y la organización laboral. Para fines de las exigencias que imponen los Artículos 6.007 al 6.010 de esta Ley, no se considerará persona jurídica a una entidad que, sin importar su nombre, constituya un comité de acción política o partido nacional o local, u otra organización política bajo el Código de Rentas Internas de los Estados Unidos, según su naturaleza y origen, y según definido por esta Ley. No obstante, una persona jurídica no creada, para propósitos electorales, y que desee destinar fondos segregados o hacer un gasto independiente, cumplirá con todos los requisitos, limitaciones e informes exigidos a los comités de acción política y con las exigencias del Capítulo VI de esta Ley [Nota: Actual Capítulo V reenumerado [sic] por la Ley 233-2014].

PAC's. Notwithstanding, for matters of contributions and expenditures it shall be treated as a PAC that must register in the OCE, file reports and comply with other requirements, as if they were PAC's.³

These committees also have limits as to the amount of contributions made to a candidate, political party, campaign committees, etc.⁴ Their limit is the same as that applicable to

3 *Id.* § 625 (g) Artículo. 5.006. — Personas jurídicas. Ninguna persona jurídica podrá hacer donativos de sus propios fondos en o fuera de Puerto Rico a partidos políticos, aspirantes, candidatos, comités de campaña, o a agentes, representantes o comités autorizados de cualquiera de los anteriores, o a comités de acción política sujetos a esa Ley que hagan donaciones o coordinen gastos entre sí. No obstante, podrá establecer, organizar y administrar un comité que se conocerá como comité de fondos segregados, que para el fin de donación y gastos se tratará como un comité de acción política que deberá registrarse en la Oficina del Contralor Electoral, rendir informes y cumplir con todos los requisitos impuestos por esta Ley. Entonces, sus miembros, empleados y sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad podrán hacer aportaciones que se depositarán en la cuenta bancaria establecida y registrada en la Oficina del Contralor Electoral para estos efectos. De dicha cuenta bancaria, el comité de fondos segregados podrá hacerle donativos a partidos políticos, aspirantes, candidatos, y comités de campaña y comités autorizados, así como a comités de acción política que hagan donaciones a cualquiera de éstos.

4 *Id.* § 625 (h) Artículo 5.007. — Límites para comités segregados y comités de acción política. Los comités de fondos segregados y comités de acción política podrán hacerle donativos a partidos políticos, aspirantes, candidatos, comités de campaña y comités autorizados, agentes y representantes autorizados de cualquiera de los anteriores, siempre que las donaciones no excedan los límites establecidos en esta Ley para personas naturales ni sus agregados. Estos límites, de igual forma aplicarán a los donativos que hagan los miembros de la persona jurídica al comité de fondos segregados y comités de acción política que los utilizará para hacer una donación a un partido político, aspirante, candidato, comité de campaña y comité autorizado, o agentes y representantes autorizados de cualquiera de los anteriores. Dos (2) o más comités de acción política se considerarán como un

natural persons, which at the moment is \$2,600 per year. This limit is also applicable to the contributions made by individuals to the SFC.⁵

III. PAC contributions

PAC's are allowed to make political contributions as long as they do not exceed the established limit.⁶ This limit is the same as that applicable to natural persons: \$2,600 per year. This limit applies separately to each person that contributions are made in favor of.

PAC's are not required to be incorpo-

(1) solo comité, si han sido establecidos por una misma persona o grupo de personas, son controlados por una misma persona o grupo de personas, o comparten oficiales, directores o empleados.

5 *Id.* § 625 (a) Artículo 5.001. — Personas naturales. Ninguna persona natural podrá, en forma directa o indirecta, hacer donaciones en o fuera de Puerto Rico a un partido político, aspirante, candidato, comité de campaña, comité autorizado o a un comité de acción política en exceso de dos mil seiscientos dólares (\$2,600). . .

6 *Id.* § 625 (h) Artículo 5.007. — Límites para comités segregados y comités de acción política. Los comités de fondos segregados y comités de acción política podrán hacerle donativos a partidos políticos, aspirantes, candidatos, comités de campaña y comités autorizados, agentes y representantes autorizados de cualquiera de los anteriores, siempre que las donaciones no excedan los límites establecidos en esta Ley para personas naturales ni sus agregados. Estos límites, de igual forma aplicarán a los donativos que hagan los miembros de la persona jurídica al comité de fondos segregados y comités de acción política que los utilizará para hacer una donación a un partido político, aspirante, candidato, comité de campaña y comité autorizado, o agentes y representantes autorizados de cualquiera de los anteriores. Dos (2) o más comités de acción política se considerarán como un (1) solo comité, si han sido establecidos por una misma persona o grupo de personas, son controlados por una misma persona o grupo de personas, o comparten oficiales, directores o empleados.

rated, although they may become incorporated for liability matters. They are, however, required to register in the ECO, have a treasurer⁷ and maintain records of contributions, expenditures, and donations made by it.⁸ There are also requirements as to information that must be reported to the ECO.

IV. Independent or non-coordinated expenditures

However, in accordance with *Citizens United v. FEC*, 558 U.S. 310 (2010), Puerto Rico's law does not restrict the amount of independent or non-coordinated expenditures any person, natural or artificial, may incur in. An individual or non-coordinated expenditure is one that is made in such a way that it cannot be reasonably interpreted to have been made with electoral purposes and wasn't made in agreement, as a request or suggestion from a political party, candidate, etc. However, the mere presence and expressions of a candidate in an activity does not render it a coordinated one. Neither shall it be considered a coordination, asking about or verifying the availability of a candidate to attend an activity.⁹

7 *Id.* § 626 (g).

8 *Id.* § 626 (h).

9 *Id.* § 621. Según la Ley Núm. 222-2011: (37) "Gasto independiente o gasto no coordinado":

(a) gasto hecho de tal forma que no pueda ser razonablemente interpretado de otra forma como que fue hecho con fines electorales; y

(b) no es ni fue hecho de común acuerdo o a solicitud o sugerencia de un partido político, aspirante, candidato, o de un comité de campaña, agente, representante o comité autorizado de cualesquiera de los anteriores. La mera presencia y las expresiones de un aspirante o candidato

On the contrary, an expenditure may be considered coordinated when it is a specific expenditure that pursues an electoral end and that is incurred: (1) in agreement, by request or suggestion of a political party, candidate, campaign committee or an agent or representative of any of the prior listed; (2) or after agreement on the content, time, place, form or frequency of the expenditure is reached by: (i) the person or entity that paid or financed the expenditure, and (ii) a political party, aspirant, candidate, or the campaign committee or a person authorized by these; or (3) the person that paid or financed the expenditure, employs or utilizes a supplier to create, produce or distribute such communication if said distributor: (i) is at the same time providing services, or (ii) has rendered services to the political party, candidate or to the campaign committee or authorized committee or any person authorized by them within ninety (90) days prior, in a way that: (a) puts the supplier in a position of acquiring information regarding the campaign's plans, strategies, activities, needs, and (b) it can reasonably be inferred that the supplier uses or could use said information in the creation, production or distribution of the communication. Coordinated expenditures shall be considered a political contribution.¹⁰

a favor o en contra de un partido, aspirante, candidato, movimiento, ideología o alternativa electoral en una actividad, no convierte la actividad en una coordinada. Tampoco se considerará como coordinación, preguntar sobre o verificar la disponibilidad del aspirante o candidato para asistir a una actividad, y en el caso de funcionarios electos, hacer preguntas o recibir respuestas sobre la agenda o trabajo del funcionario.

10 *Id.* Según la Ley Núm. 222-2011: (35) "Gasto coordinado": Un gasto específico: (a) que es pagado o financiado por alguien distinto a un partido político, aspirante o candidato, comité de campaña, agente, represent-

Although there's no cap on the amount of these expenditures, there are certain obligations as to reporting them to the ECO.¹¹

ante o comité autorizado de cualquiera de los anteriores; (b) que tiene fines electorales; y (c) que es incurrido, producido o distribuido: (1) a petición o sugerencia de, o en común acuerdo con un partido político, aspirante, candidato, comité de campaña o agente, representante o comité autorizado de cualquiera de los anteriores; o (2) luego de acordar el contenido, momento, lugar, modo o frecuencia del gasto entre: (i) la persona o entidad que financió o pagó por el gasto o sus agentes, representantes o empleados, y (ii) un partido político, aspirante o candidato, o el comité de campaña, agente, representante o comité autorizado de cualesquiera de los anteriores; o (3) la persona que pagó o financió el gasto, emplea o utiliza un suplidor para crear, producir o distribuir la comunicación y dicho suplidor: (i) está al mismo tiempo proveyendo servicios, o (ii) ha dado servicios al partido político, aspirante o candidato o al comité de campaña, comité autorizado, agente o representante de cualesquiera de los anteriores durante los noventa (90) días anteriores a la creación, producción o distribución de la comunicación, de manera que: (a) coloca al suplidor en posición de adquirir información sobre los planes, proyectos, estrategia, actividades o necesidades del partido, aspirante, candidato o al comité de campaña, comité autorizado, agente o representante de cualquiera de éstos, y (b) puede razonablemente inferirse que utiliza o puede utilizar dicha información en la creación, producción o distribución de la comunicación. Un gasto coordinado se considerará un donativo al partido político, aspirante o candidato con quien se coordine el mismo.

11 *Id.* § 627 (b) Artículo 7.002. — Informes de Gastos Independientes. 1) Gastos ascendentes a mil (1,000) dólares. (a) Informe inicial — Toda persona natural o jurídica o comité que contrate, restando veinte (20) días o menos para una elección para hacer gastos independientes que en el agregado suman mil (1,000) dólares o más, presentará un informe dentro de veinticuatro (24) horas de haber hecho dichos gastos o contratado para hacer los mismos lo que ocurra primero. (b) Informes adicionales — Luego de que una persona o comité presente el informe requerido en el inciso anterior, presentará un informe adicional dentro de cuarenta y ocho (48) horas cada vez que haga o contrate para hacer gastos independientes que por sí o en el agregado sumen cinco mil (5,000) dólares adicionales. (c) Estos informes son separados e independientes de cualquier otro informe requerido. 2) Gastos ascendentes a cinco mil (5,000) dólares. (a) Informe inicial — Toda persona natural o

V. Conclusión

Labor unions are not allowed to make contributions. However, they may establish segregate fund committees to contribute and may also make independent or non-coordinated expenditures in favor or against candidates, political parties and ideologies.

PAC's are allowed to make political contributions and may also make independent

jurídica o comité que, en cualquier momento en o antes del vigésimo (20mo) día antes de una elección, contrate para hacer gastos independientes que, en el agregado, sumen cinco mil (5,000) dólares o más, presentará un informe dentro de cuarenta y ocho (48) horas de haber hecho dicho gasto o gastos o contratado para hacer los mismos. (b) Informes adicionales — Luego de que una persona natural o jurídica o comité presente el informe requerido en el inciso anterior, presentará un informe adicional dentro de cuarenta y ocho (48) horas cada vez que haga o contrate para hacer gastos independientes que por sí o en el agregado sumen cinco mil (5,000) dólares adicionales. (c) Estos informes son separados e independientes de cualquiera otro informe requerido. 3) Lugar de presentación y contenido de los informes de gastos independientes y su radicación. Los informes requeridos por este Artículo serán presentados ante la Secretaría de la Oficina del Contralor Electoral y contendrán: (a) el nombre, dirección y teléfono de la persona que hizo o hará el gasto, así como el nombre, dirección y teléfono de cualquier persona que comparta o ejerza la dirección de la persona que hizo o hará el gasto y de organizaciones relacionadas, así como el nombre, dirección y teléfono del custodio o custodios de los récords y libros de contabilidad de la persona que hizo o hará el gasto; (b) la dirección del lugar principal de negocios de la persona que hizo o hará el gasto, si no es una persona natural; (c) la cantidad y fecha de cada gasto de más de doscientos (200) dólares; (d) la elección, referéndum, plebiscito o consulta a la cual el gasto se refiere y, de ser aplicable, los nombres de los candidatos identificados o que serán identificados, así como el puesto al que aspiran; y (e) los nombres y direcciones de todos los donantes o contribuyentes que aportaron una cantidad que de por sí o en forma agregada ascienda a, o exceda de mil (1,000) dólares.

or non-coordinated expenditures. PAC's are not required to be incorporated, however, they must register in the Electoral Comptroller's Office. If a candidate chooses to not accept contributions from PAC's, as in this case, it may be a matter of internal policy or preference.

Segregate fund committee and PAC contributions are limited to \$2,600 per year.¹² This limit applies to each person they contribute to. Independent or non-coordinated expenditures are not subject to caps. However, they must be informed to the Electoral Comptroller's Office. Neither segregate fund committees nor PAC's may receive cash or anonymous donations.

¹² Note: a civil case has been filed before the Superior Court where the cap on annual contributions is being constitutionally questioned when there are two electoral events in the same year.

HACIA UNA TEORÍA DE RESPONSABILIDAD DEL GOBIERNO FEDERAL SOBRE LA DEUDA PÚBLICA EN PUERTO RICO

PONENCIA

*José Nicolás Medina Fuentes**

I. Introducción

El presente artículo inicia un proceso de estudio sobre quién es el responsable de la deuda pública de Puerto Rico, como parte de mi participación en el Simposio: La Deuda Pública de Puerto Rico y la Responsabilidad del Gobierno Federal: Cursos de Acción y Remedios de la Ciudadanía.

¿Sólo es responsable Puerto Rico? ¿Existe responsabilidad entre los gobiernos del ELA y Federal? ¿La responsabilidad es exclusiva del gobierno federal? Se trata de fenómenos complejos. Existen diferentes deudas, constituidas en variados periodos. Son considerables las fuentes que habrá que abordar y estudiar por distintos especialistas de variados ramos del saber y procesos a impulsar e instrumentar como la auditoría ciudadana de la deuda para la cual existe un protocolo que recoge la experiencia mundial.

Al abordar el tema me ha animado el sentido de responsabilidad como abogado y ciudadano puertorriqueño. Como resultado de las fuentes iniciales estudiadas concluyo que la deuda pública de Puerto Rico es una deuda odiosa generada dentro de una dominación colonial; que es sensato y posible elaborar una teoría moral y jurídica para imponer responsabilidad al gobierno federal sobre la deuda pública de Puerto Rico. El problema consiste en los foros a utilizar. Hay foros más favorables que otros. Los más favorables son los que atañen a la organización y movilización política y los foros más neutrales internacionales. Los foros legislativos y judiciales federales son parcializados hacia los acreedores y la metrópolis y adversos al territorio colonial. Estas reflexiones son notas iniciales, escritas por la premura de organización de este simposio, encaminadas a contribuir a desarrollar colectivamente una teoría de la responsabilidad del gobierno federal sobre la deuda pública.

* Lcdo. José Nicolás Medina Fuentes. Ponencia entregada en el Simposio: La Deuda Pública de Puerto Rico y la Responsabilidad del Gobierno Federal: Cursos de Acción y Remedios de la Ciudadanía celebrado el 29 de abril del 2015 en el Teatro de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana (UIA). Auspiciado por la Facultad de Derecho de la UIA y la Cumbre Social.

El proceso, a su vez, me ha servido para formular interrogantes y nuevas dudas han surgido. Me ha servido para reflexionar sobre el momento que vivimos, diversos cursos de acción que se pueden implementar y las implicaciones políticas y legales de los mismos. Apenas comenzamos a conocer sobre algunos términos de los contratos de deuda y las dinámicas del mercado por referencias secundarias, partes de prensa y muy recientes vistas legislativas. Estos contratos fueron negociados y otorgados en círculos muy cerrados, han estado ocurriendo diversos procesos muy recientes en el mercado secundario y complejas negociaciones privadas, por ejemplo entre la Autoridad de Energía Eléctrica, sus acreedores y agencias reguladoras locales y federales. Es muy difícil emitir opinión final informada y responsable sobre esas negociaciones y procesos ante la ausencia de información. Ninguno de nosotros, excepto alguno que otro alto funcionario de gobierno o financiero presente, participó ni en los procesos previos o ha participado en los que ahora ocurren. Comenzamos a conocer unos actores: bonistas, fondos buitres y sus aseguradores, personajes principales en esta tragedia del país. Si difícil y compleja es la decisión de solicitar una moratoria o de no pagar la hipoteca de su hogar para una familia, imaginemos lo extremadamente complejo que serán los procesos de incumplimiento con los acreedores de las deudas por cada institución pública, la toma de decisiones sobre cursos negociados, moratoria o impago de las deudas públicas. El incumplimiento, la moratoria o el impago son fenómenos con tantas consecuencias, de tan alta complejidad y política pública que requieren múltiples simposios y procesos de reflexión. Una limitada revisión de la literatura disponible ilustra que la auditoría y el decreto

de impago de la deuda con respaldo de la ciudadanía como actos de soberanía recogen la experiencia comparada positiva de países que las han utilizado exitosamente para el beneficio de sus poblaciones.¹

Intuimos que el impago será forzado por la realidad, por la incapacidad de nuestra disminuida población, acosada por una acelerada migración y envejecimiento, para poder pagar una deuda pública enorme que ronda los \$73 billones. Es anticipable la imposibilidad de que los partidos tradicionales puedan articular una mayoría electoral de más de 4 años frente a la ausencia de ingresos públicos para dar servicios adecuados a la ciudadanía y a la vez pagar el billonario costo anual del servicio de la deuda pública. Y que será necesaria una nueva mayoría política para enfrentar este problema vital de la deuda. El complejo proceso de vida como pueblo nos irá dando herramientas para enfrentar estas enormes dificultades. La actual experiencia de la Autoridad de Energía Eléctrica [en adelante *AEE*] frente a su deuda puede ofrecer valiosas experiencias para enfrentar las otras deudas. Por ahora nos limitamos a expresar responsablemente la necesidad de mucha cautela y nuestra preocupación por los efectos que puedan tener las negociaciones en curso y transacciones entre las partes, ante la frágil situación financiera y operacional de la *AEE*, su débil posición de negociación ante los acreedores, aunque los efectos que puedan tener acuerdos transaccionales sobre la presente y futuras generaciones pueda ser impugnados bajo doctrinas sobre deudas odiosas

1 Véase Eric Toussaint, *Reestructuración, auditoría, suspensión y anulación de la deuda*, n. 5 <http://cadtm.org/Reestructuracion-auditoria>.

reconocidas por el derecho internacional. Habíamos invitado a un reconocido economista a este simposio para tener su punto de vista, pero compromisos previos impidieron su participación. Definitivamente, para elaborar una teoría y estrategias frente a los acreedores de la deuda pública hace falta conocer hechos específicos. Ese será parte del intrincado proceso de auditoría ciudadana, descubrimiento de prueba e investigativo que habrá que realizar colectivamente. Pero la teoría o hipótesis que expongo, aunque tiene mucha relación e implicaciones con lo antes indicado, no va dirigida a un proceso de negociación o litigio de defensa u ofensivo frente a los acreedores.

Mi argumento central explora si la deuda pública actual de Puerto Rico (la del gobierno central, sus instrumentalidades, corporaciones públicas y municipios) debe ser responsabilidad única del gobierno federal por el control colonial que ejerce sobre el territorio, relación que está proscrita por el derecho internacional. Para esa empresa tenemos que hacer acopio del contenido de los contratos de deuda, estudios interdisciplinarios, del derecho internacional y comparado. La atención de la deuda pública tiene que estar contemplada como asunto de la mayor importancia en un programa de nación y plan de acción popular.

II. Perspectiva de la totalidad

Opino que el fenómeno de la deuda pública y la responsabilidad del gobierno federal debemos abordarlo desde una perspectiva de la totalidad, es decir, la interrelación de procesos globales, históricos, políticos, económicos,

culturales, migratorios, jurídicos y morales con los aspectos concretos pertinentes de la deuda.² La moral del prestamista, protegida con celo por el derecho anglosajón, parte de las siguientes premisas: que han ayudado al país a proveer financiamiento para mejoras y bienestar social, que la norma general dispone que los contratos son ley entre las partes, que quien toma prestado tiene que pagar, que el deudor debe cumplir sus contratos de préstamo, cuyos términos no se deben variar porque se afecta el mismo deudor para futuros financiamientos. Eso es así en situaciones ordinarias. En un poderoso canal televisivo, hace pocos días, una agente de los acreedores norteamericana expresaba que la deuda pública ha sido causada por la mala administración de los puertorriqueños. Ambas posturas son típicas defensas de los acreedores de la deuda y de la metrópolis. La tesis de los puertorriqueños para ser eximidos del pago de la deuda pública, no cabe dudas, será una teoría de excepción bajo argumentos de equidad,

2 José Nicolás Medina Fuentes, *Reflexiones Hacia un Pensamiento Crítico Nacional*, El Post Antillano (10 de mayo de 2015) <http://elpostantillano.net/revista-dominical/331-agenda-caribena/14116-jose-nicolas-medina-fuentes.html> (accedido el 23 de octubre de 2016). (Inicialmente este ensayo contenía una nota al calce en la cual abordaba la necesidad de reflexiones sobre un modo, método o pensamiento crítico nacional. Como resultó una nota bastante extensa decidí publicarla como ensayo separado. Así, varios días luego del simposio fue publicado un corto ensayo en el periódico cibernético Post Antillano). El presente artículo fue producido siguiendo esa aspiración de un método crítico nacional, desde una perspectiva interdisciplinaria y tomando en consideración la interrelación del fenómeno concreto con la totalidad. (Para otro ensayo donde intento seguir esa metodología véase: José Nicolás Medina Fuentes, *Por una Reforma Contributiva Equitativa y Justa*, Revista 80 Grados (27 de febrero del 2015) <http://www.80grados.net/propuestas-para-una-reforma-contributiva-equitativa-y-justa/> (accedido el 23 de octubre de 2016).

justicia y el derecho internacional.

Es fundamental articular un discurso moral y jurídico para rechazar la acusación de culpa única que pretenden imponernos. En primer lugar, no han sido los puertorriqueños sino una élite política desgastada y adicta a los dictámenes de Washington quienes han incurrido en actos de corrupción y mala administración. Pero la deuda pública, luego del gobierno de Pedro Roselló (1992-2000) rondaba los \$24 billones. Era manejable y se podía pagar con un proyecto viable de país.

La eliminación de las compañías 936, la firma de tratados de Libre Comercio con América Latina eliminando la ventaja preferente del mercado norteamericano y no ofrecer al territorio colonial otras alternativas sustitutas fueron decisiones políticas de las autoridades Ejecutiva y Legislativa de Washington determinantes, causa adecuada y eficiente para el crecimiento exponencial de la deuda pública y para la situación de quiebra del país. La deuda pública es inmoral, fruto de una relación excepcional y única de control colonial total de la metrópolis sobre el territorio. Es la herencia que nos deja el gobierno más poderoso del planeta, acostumbrado a dilapidar los fondos de sus ciudadanos en guerras, y quien por cierto es el mayor deudor de este mundo, que ejerce poderes omnímodos sobre el Territorio. No siempre un contrato tiene que ser cumplido. Hay excepciones que lo vician. Hay ejemplos de deudas injustas y el derecho privado y público reconoce remedios de excepción para exonerar al deudor de las mismas. Hay ocasiones que un causante deja deudas impagables a sus herederos y la moral recogida en el estado del derecho les reconoce la facultad de repudiar su herencia y deudas.

El derecho público de quiebras reconoce el valor moral y derecho humano fundamental de los deudores de buscar un nuevo respiro mediante la reorganización o cancelación de todas sus deudas cuando no puede pagar las mismas. En el derecho anglosajón las corporaciones públicas y los municipios pueden acogerse a procedimientos ante las cortes especializadas de quiebras. Las ciudades de Nueva York y Detroit fueron reorganizadas por estas cortes. Con ese riesgo y derecho de excepción han tenido que convivir los prestamistas y acreedores de muchos países. Ese derecho natural a la rehabilitación material lo deben tener las naciones. El estado de derecho también reconoce otras instancias para imponer responsabilidad a la persona que controla a otra. Así, tenemos la doctrina corporativa del *alter ego* para rasgar el velo corporativo e imponer responsabilidad a quien ejerce el control de la entidad.

En el derecho bancario federal, el estatuto *Federal Banking Holdings Company Act*, impone responsabilidad al banco acreedor que controla la administración del deudor o efectúa actos dañinos no tradicionalmente bancarios (*tying arrangements*).³ Una doctrina de derecho internacional público diseñada políticamente por los Estados Unidos para condonar el pago de la deuda pública de Cuba a España luego de la Guerra Hispanoamericana del 1898 fue la doctrina conocida como “deuda odiosa”. Según una variante de dicha doctrina, “deuda odiosa” es una deuda incurrida en el transcurso de una relación colonial con el conocimiento de esa relación por los acreedores. Esta doctrina fue desempolvada por

3 *Federal Banking Holdings Company Act*, 12 U.S.C. § 1972.

los Estados Unidos luego de su invasión a Iraq en el 2003 para exonerarle de la deuda pública con intereses de Europa, pero fue retirado el argumento por Estados Unidos al considerar que el precedente causaba detrimento a los acreedores y el alivio de la deuda iraquí fue concedido por razones de sostenibilidad. De esta doctrina se valió Ecuador para decretar el impago de la deuda pública luego de la auditoría ciudadana, devaluarla en los mercados y comprarla a descuento.⁴

Luego, entonces existe una doctrina vigente en el derecho internacional, y que obliga a Estados Unidos, que permite la cancelación de una deuda pública con acreedores basada en que la deuda fue creada cuando una nación ha estado sujeta a un régimen colonial. Para todos los fines, la nación colonizada no consintió ni tiene responsabilidad hacia la deuda pública. Esta doctrina ha evolucionado y reconoce múltiples variables en el derecho internacional desde que fuera implementada y luego teorizada por Alexander Sack en 1927. Se han recopilado esos avances con aportaciones del Comité para la Anulación de la Deuda del Tercer Mundo [en adelante *CADTM*] y el Centro para el Derecho Internacional del Desarrollo Sostenible de la Deuda [en adelante *CISD*] de la Universidad McGill de Canadá cuando se ha dicho:

En la práctica, para tener en cuenta los progresos del derecho internacional desde la primera teorización de la deuda odiosa,

en 1927, como mínimo se podría calificar de odiosas las deudas contraídas por los gobiernos que violen los principios del derecho internacional, tales como los que figuran en la Carta de las Naciones Unidas, y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los dos pactos sobre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales de 1996 que la complementan, así como las normas imperativas del derecho internacional (“*ius cogens*”).

Esta afirmación fue confirmada por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que prevé la nulidad de los actos contrarios al “*ius cogens*”, en su artículo 53 que incluye, entre otras, las siguientes normas: prohibición de las guerras de agresión, prohibición de practicar la tortura, prohibición de cometer crímenes contra la humanidad y el derecho de los pueblos a la autodeterminación.

Igualmente es en ese sentido que apuntaba la definición propuesta por el relator especial Mahammad Bedjoni en su proyecto de artículo sobre la sucesión en materia de deudas de Estado para la

4 Referimos a los estudios de Eric Toussaint y otros ensayos a la n. 9.

Convención de Viena de 1983. ‘Desde el punto de vista de la comunidad internacional, se podría entender que es odiosa toda deuda que se contrae para fines no conforme al derecho Internacional contemporáneo, y más particularmente a los principios incorporados en la Carta de las Naciones Unidas.

En el caso de las deudas surgidas de una colonización, el derecho internacional prevé también su no transferibilidad a los Estados que obtuvieron su independencia, conforme al Artículo 16 de la Convención de Viena de 1978, que dispone: ‘Un nuevo estado independiente no está obligado a mantener en vigencia un tratado ni ser parte de éste por el sólo hecho de que, en la fecha de sucesión de los Estados, el tratado estaba en vigencia con respecto al territorio al que se refiere la sucesión de los Estados.’ El Artículo 38 de la Convención de Viena de 1983 sobre la sucesión de bienes, de archivos y de deudas de estado (todavía no vigente) es explícito al respecto:

1. Cuando el Estado sucesor es un Estado de Nueva independencia ninguna deuda de Estado del predecesor se transfiere al nuevo

Estado, a menos que un acuerdo entre ambos disponga otra cosa, considerando la relación entre la deuda del Estado del predecesor ligada a su actividad en el territorio al que se refiere la sucesión de Estados y los bienes y derechos e intereses que pasan al nuevo Estado independiente.

2. El acuerdo mencionado en el párrafo 1 no debe afectar al principio de la soberanía permanente de cada pueblo sobre sus riquezas y sus recursos naturales, ni su ejecución poner en peligro los equilibrios económicos fundamentales del nuevo estado independiente.⁵

El Tribunal Supremo de Puerto Rico acaba de reconocer en el caso de *Pueblo v. Sánchez Valle*, que una convicción federal constituye doble exposición frente a una acusación contra un acusado en el Tribunal de Primera Instancia de Puerto Rico por el mismo delito menor incluido porque sólo existe como ente soberano el Congreso federal.⁶ Concluye que el ELA es un territorio bajo la soberanía unilateral del Congreso, que no existen dos soberanías sino una. La Opinión se fundamenta en las decisiones de los Casos Insulares y los

5 *Deuda Odiosa: Algunas pistas jurídicas para calificar una deuda pública de ILEGÍTIMA*. Asamblea de 15m Villa de Vallecas (5 de mayo del 2013) <https://asambleauvk.wordpress.com/2013/5/04/deuda-odiosa-algunaspistas-juridicas-para-calificar-una-deuda-publica-de-ilegitima>.

6 *Pueblo v. Sanchez Valle*, 192 D.P.R. 594 (2015).

más recientes de la Corte Suprema Federal, en los debates congresionales conducentes a las aprobaciones de la Ley Núm. 600 del 1950 y de la Constitución del ELA en el 1952, así como en los Informes del Grupo de Trabajo Presidencial rendidos en 2007 y 2011.

Estados Unidos controla todas las dinámicas principales, todos los poderes de soberanía, (moneda, tratados, comercio internacional, derecho público y muchas áreas del derecho privado, espacios y transportación marítima y aérea, comunicaciones, correo, banca, trabajo, ambiente, fuerzas armadas, comercio interestatal y mundial, ciudadanía, aduanas, migración e inmigración, energía, tratados, procesos de quiebras y sigamos sumando), imprescindibles para generar y proteger la riqueza de una nación.

Este control deriva de una guerra, la del 1898 y el Tratado de París (1899), para cuyo contrato entre naciones beligerantes no se obtuvo el consentimiento de la nación puertorriqueña. Para facilitar ese control, la Corte Suprema Federal elaboró la doctrina política de los Casos Insulares: Puerto Rico es un territorio que pertenece a pero no forma parte de los Estados Unidos y por tanto todas las garantías de la Constitución Federal no siguen a la bandera americana.

Ya nadie puede negar que Puerto Rico es una colonia. El colonialismo, igual que la esclavitud, está proscrito. Ese es un consenso alcanzado por toda la humanidad. Ya nadie cuestiona que el ELA, aprobado por orden de la Ley Orgánica Federal 600 del 1950, es una entelequia colonial, por más que se intentó disfrazarlo como un convenio, pacto o contrato. Con cadena larga o corta, el esclavo sigue siendo esclavo porque el amo alarga o acorta la

cadena a su antojo. Y eso es lo que ha hecho el gobierno federal desde 1952, achicar la cadena al territorio.

Según el economista Sergio Marxuach la deuda pública creció de la siguiente manera:

Al finalizar el año fiscal 2000, la deuda pública total de Puerto Rico sumaba \$24,200 millones, mientras que al 31 de julio de 2014 sumaba \$71,435 millones, un aumento de \$47,235 millones, o un 195%. Durante este periodo el endeudamiento público de la isla creció a una tasa anual compuesta de 8.04%.⁷

⁷ Sergio M. Marxuach, *Crónica del Endeudamiento en el Siglo 21*, Centro para una Nueva Economía (3 de febrero 2015). Marxuach describe el escenario así:

Desde el año fiscal 2000, la deuda pública de Puerto Rico ha incrementado vertiginosamente tanto en términos absolutos como en términos relativos al tamaño de la economía. Al finalizar el año fiscal 2000, la deuda pública total de Puerto Rico sumaba \$24,200 millones, mientras que al 31 de julio de 2014 sumaba \$71,435 millones, un aumento de \$47,235 millones, o un 195%. Durante este periodo el endeudamiento público de la isla creció a una tasa anual compuesta de 8.04%.

El peso de esa deuda se está dejando sentir. El presupuesto consolidado para el año fiscal en curso incluye \$4,552 millones (16.2% del total) para el servicio de la deuda, en comparación con \$3,408 millones para el Departamento de Educación; \$2,223 millones para Mi Salud; \$1,503 millones para la UPR; \$1,190 millones (4.2% del total) para mejoras permanentes; y \$848 millones para la Policía de Puerto Rico.

Por otro lado, el Producto Nacional Bruto ("PNB"), a precios corrientes, incrementó de \$41,400 millones en el 2000, a unos \$70,740 millones al finalizar el año fiscal 2013, un aumento de \$29,340 millones, o un 71%. Durante este periodo el PNB de la isla creció a una tasa anual compuesta de 4.2%.

Dado que el endeudamiento público de Puerto Rico creció a una tasa dos veces mayor que la tasa de crecimiento del PNB durante los últimos catorce años, no es sorprendente que la deuda total del país actualmente iguale su ingreso anual. Esa fue una de las razones que provocó que las tres principales agencias clasificadoras degradaran el crédito de Puerto Rico y de sus agencias e instrumentalidades públicas a un nivel especulativo.”

Y sugiere:

“Primero, aún el FMI admite que es necesario contrarrestar los efectos contraccionarios de una consolidación fiscal. Es imprescindible estimular el crecimiento a través de políticas que fomenten la inversión. En el caso de Puerto Rico eso implica, entre otras cosas, reestructurar parte de nuestra deuda pública, particularmente aquella de las corporaciones públicas más débiles como la Autoridad de Energía Eléctrica, la Autoridad de Carreteras, la Autoridad de los Puertos, y la Autoridad de Edificios Públicos para liberar recursos financieros y aumentar la inversión pública.

Segundo, recapitalizar y reenfocar el BGF. El BGF se ha convertido, para bien o para mal, en el corazón financiero del gobierno de Puerto Rico. Todas las arterias financieras de las dependencias gubernamentales, ya sean del gobierno central, corporaciones públicas, o los municipios están conectadas al BGF. Es necesario romper esa dependencia paulatinamente. Los jefes de agencia tienen que aprender a vivir con el presupuesto asignado, las corporaciones públicas no pueden depender de subsidios del BGF para subsistir, y los municipios tienen que ser auto-suficientes. El objetivo es que el BGF se convierta eventualmente en un verdadero banco de fomento y desarrollo económico.

Finalmente, preparar un plan financiero de tres a cinco años, que incluya (1) una reforma contributiva a fondo; (2) la re-estructuración de los gastos gubernamentales, mas allá de cortar los gastos innecesarios, el fraude, y el desperdicio de fondos públicos, hay que examinar las funciones de todas las agencias y determinar cuales son esenciales y cuales no, y cuales se pueden consolidar, privatizar, o eliminar en su totalidad; y (3) legislación para que el crecimiento de la deuda no pueda exceder el crecimiento nominal del PNB, excepto durante periodos de recesión.

En resumen, señoras y señores, en palabras que se le atribuyen a Sir Ernest Rutherford, ganador del Premio

Es decir, que a fines del año 2000 la deuda pública de Puerto Rico rondaba los \$24 billones. Entonces era manejable. Desde el 2000 al 2014 aumentó cerca de \$47.2 billones hasta la cifra impagable de más de \$71.4 billones.

Ello coincide con la eliminación por el Congreso para ese mismo periodo de los beneficios contributivos de las compañías 936, sobre los cuales se montaba el pilar principal del desarrollo económico de la isla. Pero el Congreso no le ofreció otras alternativas al territorio colonial a la misma vez que lo mantuvo cautivo y sin poderes soberanos para generar y proteger la riqueza. Al territorio entonces lo empujó la fuerza centrífuga de los gastos públicos a tomar prestado, para caer, abandonado por la metrópolis, en las garras de los prestamistas y los fondos buitres.

Como hemos dicho, ni siquiera se permite al territorio desarrollar sus propios mecanismos de quiebra para obtener un respiro y un nuevo comienzo frente a sus acreedores. Lo que ha fomentado el gobierno federal, ha sido cero libertades, cero poderes soberanos, cero cortes de quiebras y vicio para coger prestado empujado por la dinámica de los gastos públicos. Con triple exención de sus bonos para que los prestamistas se le nublen los ojos de la codicia y sigan prestando.

Los prestamistas tienen que asumir los riesgos de sus negocios. Y si se arriesgaron a prestar a un territorio con un sistema colonial pues deben reenfocar su visión y concentrar sus esfuerzos para exigir el pago de la deuda al

Nobel de Química en 1908, ‘we have run out of money. It is time to start thinking. *Id.*

verdadero y último responsable y principal de la misma.

El Lcdo. Carlos Gallisá describe las distintas deudas públicas en su reciente libro y narra el control total que ha tenido la metrópolis sobre la soberanía y economía de Puerto Rico y su promoción del apetito insaciable de los grandes capitales. El resultado de ese proceso colonial ha sido la crisis económica y la deuda pública que tenemos hoy.⁸

Desde la invasión norteamericana hemos atravesado por diversas etapas económicas controladas por el gobierno federal: la época terrible de la industria azucarera, luego dos épocas dolorosas productora de grandes cambios sociales y culturales, la del plan manos a la obra desde los años 40 hasta los 70 y la de las compañías 936 hasta que terminan éstas entre 1996 y 2006. Siempre el énfasis ha sido el proteccionismo al capital foráneo con excepciones contributivas, subsidios de utilidades públicas y mano de obra barata. Ello ha producido la fuga de las riquezas producto del trabajo de los puertorriqueños y la ausencia de ahorro nacional para fomentar un desarrollo económico autosustentable.

Y con la eliminación de las 936 comienza otra etapa, la de un gran abandono por la metrópolis y la entrega total al capital comercial, financiero, inmobiliario y narcotraficante absentista: el limbo, la sequía del jardín, a pasos del cementerio y el infierno. En esta última etapa, en la que nos encontramos, con la crisis provocada por la inmensa deuda pública y degradación del crédito territorial, los capitales absentistas, impulsan y cabildan

el modelo neoliberal con vigor, para colocar en sindicatura las corporaciones públicas y privatizar bienes públicos, monopolizan el comercio, adquieren nuestras riquezas a precios de quemazón o se gravan con instrumentos noveles (*reverse mortgage*) los bienes privados de personas de edad avanzada, devaluados por la crisis impuesta por extraños. El gobierno, “desorientado” en este laberinto, incrementa la deuda mientras aumenta innecesariamente las cargas contributivas a los ciudadanos, tributos inútiles pues no servirán para saldar la deuda impagable, continúa el gran éxodo de boricuas, sustitución de población nacional, descapitalización de empresarios nacionales y quiebra o cierre de sus industrias y comercios y mayor empobrecimiento de amplios sectores de la población.

Qué ironía, mientras Puerto Rico se convierte en un jardín seco, desde el 2006 comienza en nuestra América Latina y el Caribe una época de florecimiento y crecimiento económico, con países soberanos e independientes del imperialismo norteamericano, unidos por entidades como Unión de Naciones Suramericanas [en adelante *UNASUR*] y la Comunidad de Estados de Latinoamérica y del Caribe [en adelante *CELAC*].

El grave endeudamiento, causado por el abandono y control colonial del territorio por el Congreso y gobierno federal desencadenó la degradación del crédito de las instituciones públicas y en efecto espiral ha precipitado, a niveles nunca antes vistos, la devaluación de las riquezas de los puertorriqueños. Parafraseando a Don Pedro Albizu Campos, se acelera el proceso de pasar de país de propietarios a uno de ciudadanos pobres desempleados y

8 Carlos Gallisá, *La Deuda Pública un Problema Político* (2015).

asalariados.

En la nueva etapa post 936 ha disminuido en más de un 40% el valor de las propiedades de los puertorriqueños. Con la balcanización de nuestra nación, ha ocurrido una pérdida enorme de capital humano de más de 500 mil boricuas en la última década quienes han sufrido un penoso cambio del vecindario en que vivieron, se acelera la sustitución de población, pérdidas de empleos, planes de pensiones, aumento de los problemas sociales y deterioro profundo y acelerado en la calidad de vida. Esa gran pérdida colectiva excede por mucho la pérdida causada por la devaluación de un 40% del dólar mejicano que circulaba en nuestro país mediante decreto militar luego de la invasión norteamericana. Estas pérdidas causadas por el control omnímodo territorial del gobierno federal equivalen a una gran congelación o incautación de las riquezas sin justa compensación.

Oponentes pueden argüir que el modelo de desarrollo basado en las compañías 936 fue un privilegio contributivo que no confería un derecho adquirido por legislación federal que podía ser eliminado discrecionalmente por otra ley. Pero lo cierto es que el país operó por décadas bajo ese modelo económico. Y lo más grave de todo, el Congreso no le ofreció otras alternativas de desarrollo económico al territorio que mantiene encadenado.

La eliminación de las 936 sin ofrecer alternativas, equivale en el contexto colonial a quitarle la comida a un preso o el oxígeno a un paciente en coma.

A la fecha de este simposio se debate en el Congreso un proyecto de ley del Comisionado Residente Pedro Pierluisi para enmendar la

sección 9 del Código Federal de Quiebras para que los municipios y corporaciones del ELA puedan acogerse retroactivamente a las protecciones de ese Código. El partido de gobierno y sectores privados se unieron al esfuerzo de cabildeo para que se apruebe la medida. Han habido voces que no le auguran aprobación con efectos retroactivos al proyecto de ley. No hay interés del Ejecutivo Federal en cabildear a favor de esta medida. Prueba adicional de su abandono y negligencia en la administración del Territorio.

Intuyo que si una medida como esta, necesaria para paliar parcialmente y limitadamente la crisis actual, fuera aprobada, fortalecería las ilusiones a los que aspiran a mantenerse bajo la cláusula territorial y obtener ciertos fueros con enmiendas a las leyes federales, a los que aspiran a la incorporación del territorio y a los que desean la anexión como estado de la unión. Si es engavetada, servirá para desvanecer quimeras y fortalecerá los reclamos del soberanismo, que plantea que Washington desea mantener la colonia y hay que avanzar con alternativas descolonizadoras. Si es engavetada o aprobada con efectos prospectivos será una muestra que la tesis inmovilista de un sector del autonomismo de buscar poderes mediante legislación federal dentro de la cláusula territorial es improbable y que debe rectificar y cerrar filas para cumplir con la promesa programática traicionada de una Asamblea Constitucional de Estatus.

De la misma manera hay que estar atentos a cómo las cortes apelativas federales deciden el caso de la llamada Ley de Quiebras Criolla. Ya la Corte de Distrito Federal por voz del Juez Francisco Besosa decretó su inconstitucionalidad al resolver que el área de

quiebras es campo ocupado por la soberanía federal.

Se puede anticipar que lo que hagan las tres ramas del gobierno federal frente a la deuda pública y la crisis estructural, y en reacción a las distintas alternativas que vayan desarrollando distintos sectores de nuestro país, irá marcando camino y desmitificando mitos sobre las aspiraciones que los dos partidos políticos principales han profesado hasta estos días.

Ante la insolvencia de la Autoridad de Energía Eléctrica, con una deuda aproximada de \$9 billones, prácticamente maniatada con una sindicatura de facto exigida por los acreedores, y con el látigo en la espalda de la agencia federal de protección ambiental para el cierre de ciertas plantas generatrices, el 24% de sus acreedores más poderosos (según partes de prensa el 40% del 60% de los acreedores), no han proyectado generosidad y ofrecen en conferencias de prensa, no un donativo, sino un préstamo de \$2,000 millones para aumentar el valor de sus decaídos bonos, evitar un colapso y el desplome general dominó en los mercados y a su vez para continuar con el proceso de privatización para que grandes capitales administren empresas de generación de energía y sigan extrayendo ganancias. La AEE es estirada por las fuerzas de los acreedores y el ejecutivo federal que amenazan su existencia como entidad pública. Algo raro se cocina en los escenarios exclusivos de sectores poderosos. Mientras tanto, se ha promovido por el gobierno la receta amarga: más deuda, impuestos, privatización de bienes públicos, alza en las tarifas y menos riquezas para la población y el territorio colonial.

Considero que la lucha por la cancelación de la deuda pública de Puerto Rico

para que la asuma el gobierno federal unifica a la inmensa mayoría de todos los sectores sociales que componen nuestro pueblo. Mientras se masifica este reclamo puede articularse una nueva fuerza mayoritaria. Porque el problema de la deuda afecta a todos y sienta las bases para una gran alianza diversa, pluralista, por cauces independientes o comunes pero convergentes.

III. Cursos de acción y teorías de responsabilidad

Tomando en cuenta ese escenario moral, económico, social, político y jurídico, a continuación expongo unas hipótesis para ser corroboradas por estudios ulteriores así como recomendaciones de cursos de acción.

Veo este Simposio como un comienzo en la búsqueda de diversos cursos de acción y remedios que aumenten nuestra actual menguada capacidad de negociación frente a los acreedores de la deuda y del gobierno federal para acudir a una mesa y buscar soluciones favorables a los puertorriqueños.

Hablar de reestructuración de la deuda pública favorable para la parte deudora es una quimera en el escenario de hoy. La reestructuración de una deuda en términos favorables al deudor significa la modificación y reducción de términos y condiciones, de los plazos, del principal e intereses. Pero ese proceso es improbable frente al apetito y enorme poder de los acreedores bajo sus contratos, sobre todo el de los fondos buitres que han adquirido gran parte de los bonos y se especializan en comprar instrumentos a descuento de países en crisis para tener ganancias inmediatas, y que sostendrán por buen tiempo que los contratos son ley entre

las partes, mientras no tengamos la fuerza de negociación que brindan los poderes de la soberanía, los procesos de quiebra, la auditoría ciudadana o teorías jurídicas y luchas masivas que demuestren la viabilidad del impago por Puerto Rico frente a una deuda colonial odiosa y la exigencia de que sea pagada por los Estados Unidos.

Eric Toussaint, Director para el Centro para la Cancelación de la deuda del Tercer Mundo, y otros teóricos, plantean que un estudio comparado de diversos países sostiene la tesis de que los países soberanos que mejor posición de negociación han obtenido frente a los acreedores de la deuda han sido aquellos que han efectuado la auditoría ciudadana, la han identificado dentro de las variantes de la doctrina de deuda odiosa y decretado su impago, experiencia que merece ser estudiada y adoptada.⁹

Entonces nos preguntamos: ¿en qué foros se deben dilucidar las controversias sobre la deuda pública? Considero que es sensato y posible elaborar teorías morales y jurídicas para imponer responsabilidad al gobierno federal sobre la deuda pública de Puerto Rico. Hay foros más favorables que atañen a la organización y movilización política y los foros más neutrales internacionales. Los foros

9 *La Actualidad de la Doctrina de la Deuda Odiosa*, Comité para la Anulación de la Deuda del Tercer Mundo (8 de agosto del 2008) <http://cadtm.org/La-actualidad-de-la-doctrina-de-la-deuda-odiosa>; *Deuda Odiosa: Algunas pistas jurídicas para calificar una deuda pública de ILEGÍTIMA*, Asamblea de 15m Villa de Vallecas (5 de mayo del 2013) <https://asambleauvk.wordpress.com/2013/5/04/deuda-odiosa-algunaspistas-juridicas-para-calificar-una-deuda-publica-de-ilegitima>; Eric Toussaint, *Reestructuración, auditoría, suspensión y anulación de la deuda*. <http://cadtm.org/Reestructuracion-auditoria>.

legislativos y judiciales federales son más parcializados y adversos al territorio colonial y favorable a su gobierno y a los acreedores.

Como lo veo hoy, una teoría de la responsabilidad del Gobierno Federal sobre la deuda pública debe hacer acopio de variadas fuentes, cursos de acción y remedios: (a) el primero debería ser la organización y acción política, incluida la organización de una Asamblea Constitucional de Estatus o Constituyente que sostenga el reclamo de la auditoría ciudadana de la deuda colonial odiosa, el impago de la deuda por los puertorriqueños para que la asuma el gobierno federal y (b) acudir a los foros y cortes fundamentados en teorías al amparo del derecho internacional y el constitucionalismo anglosajón republicano y democrático.¹⁰

A. El problema de la deuda en su relación con el derecho y foros internacionales

1. Asamblea Constitucional de Estatus o Constituyente

La deuda pública colonial debemos

10 Ese que comienza con el deseo noble de aprobar la primera constitución con una forma republicana de gobierno resultado de la lucha de independencia del pueblo norteamericano contra el colonialismo monárquico inglés. Como todas las instituciones humanas, una república está expuesta a periodos de aberraciones. No escaparon a las aberraciones: la iglesia ante la Inquisición, los países colonizadores del Nuevo Mundo con el exterminio de las poblaciones indígenas, muchos países con dictaduras, fascismo, apartheid, esclavitud, colonialismo e imperialismo. La moral como fenómeno histórico humano ha ido en ascenso y hoy condena esas aberraciones. Y siempre hubo y ha habido disensos contra la deformación de la República norteamericana en imperio.

enfrentarla con la unidad del pueblo puertorriqueño. Unidad frente a la deuda. Opino que la Asamblea Constitucional de Estatus o Constituyente es el mecanismo de unión por excelencia para reclamar en todos los foros la auditoría ciudadana y el impago de la deuda y su pago por la potencia colonial como parte de la reparación de agravios y compensación de los daños causados por 117 años de coloniaje. El derecho al voto de la Diáspora en los eventos electorales de Puerto Rico con la eliminación del requisito del domicilio de la ley electoral, estratégico y de principios, - como asunto de derechos humanos-, para la constituyente y todos los eventos electorales de la Isla, nos unifica y hace más fuertes frente a los acreedores y la potencia colonial.

2. Cortes federales y el Derecho anglosajón

La segunda vía a estudiar con mayor rigor son las cortes federales y el derecho anglosajón.

3. La inmunidad del soberano y politización de las cortes federales

Un problema importante consiste en cómo abordar la doctrina de la inmunidad soberana que se ha reconocido por su Corte Suprema Federal y demás cortes federales.

Cada puertorriqueño afectado debería tener la capacidad jurídica para reclamar los daños que le ha causado el gobierno federal si se mantuvieran incólumes las expresiones del Juez Marshall en *Marbury v. Madison* en

el 1803 al expresar: “La esencia de la libertad civil ciertamente consiste en el derecho de cada individuo a reclamar la protección de las leyes cada vez que sufre un daño”.¹¹

Desafortunadamente, el derecho anglosajón hoy en día anda por otros rumbos y ha evolucionado para restringir las reclamaciones de los ciudadanos contra el gobierno. Hay que reconocer el complejo laberinto, las trabas elaboradas por la jurisprudencia federal y estatutos congresionales para el acceso de los ciudadanos a la jurisdicción limitada de las Cortes Federales, que incluye la doctrina de inmunidad soberana y la actitud política colonial de su Corte Federal de mantener la doctrina de los Casos Insulares y la defensa de los acreedores bajo los sagrados derecho a la contratación y propiedad.

Recordemos la decisión reciente de una corte federal de Nueva York favoreciendo a los fondos buitres frente a Argentina o las condenas excesivas al prisionero político Oscar López o a los desobedientes civiles en la lucha de Vieques contra la marina. No podemos cultivar ilusiones. Esta tradición ha lacerado profundamente la legitimidad de las cortes federales y su aspiración a una verdadera independencia adjudicativa.

La doctrina de inmunidad del

11 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). “The very essence of civil liberty certainly consists in the right of every individual to claim the protection of the laws, whenever he receives an injury. . . In Great Britain the King himself is sued in the respectful form of a petition, and he never fails to comply with the judgment of his court. The government of the United States has been emphatically termed a government of laws and not of men. It will certainly cease to deserve this high appellation, if the laws furnish no remedy for the violation of a vested right.” *Id.*

soberano federal no surge de texto expreso de su Constitución, pero su Corte Suprema se ha valido de múltiples argumentos para justificarla, entre ellas las disposiciones que confieren al Congreso el poder de aprobar los fondos para el pago de reclamaciones y para establecer el alcance de la jurisdicción de las cortes federales.¹²

Inmunidad que mediante estatutos federales y opiniones de la Corte Suprema se ha ido renunciado en limitadas instancias, constituyendo mayores inmunidades para los funcionarios individuales y renunciando soberanía institucional gubernamental en

12 “Structural reasoning from commitments to government constrained by law and to the enforcement of those limits and the protection of constitutional rights by the judiciary strongly disfavor recognition of any constitutional form of immunity from ordinary judicial process (particularly in the absence of any constitutional text analogous to the Eleventh Amendment limiting the judicial power in actions against the United States. For important arguments along these lines, see Akhil Amar, of Sovereignty and Federalism, 96 Yale L.J. 1425, 1426-27, 1466-92 (1987) (arguing that neither federal nor state governments “can enjoy plenary ‘sovereign’ immunity from a suit alleging a violation of constitutional right” and that the Constitution embodies a “remedial imperative”); Susan Bandes, *Reinventing Bivens: The Self-Executing Constitution*, 68 S. Cal. L. Rev. 289, 292 (1995) (arguing that Bivens “stands for the principle that enforcement of the Constitution is not dependent on the assent of the political branches or of the states . . . [and that] the Constitution must be enforceable by individuals even when the political branches do not choose it to be”); *id.* at 344 (noting that, in the federal context, “[t] here is not even a constitutional amendment to misinterpret,” in contrast to questions of state immunity and the Eleventh Amendment). See also Pfander, *supra* note 29, at 899-906, 946-86 (arguing that the “petition” clause of the First Amendment should be understood to reject sovereign immunity in favor of judicial resolution of claims against the government).” Vicki C. Jackson, *Suing the Federal Government: Sovereignty, Immunity, and Judicial Independence*, 35 Geo. Wash. Int’l L. Rev. 521-609, 541-552 n. 73 (2003).

procesos de toma de la propiedad sin justa compensación, acciones por incumplimiento de contratos y en constreñidas acciones de daños y perjuicios bajo el *Federal Tort Claims Act*.¹³

4. Teoría de los derechos fundamentales

El Juez del Tribunal de Circuito Federal, Juan B. Torruellas, en su ensayo del 2007 hace una crítica devastadora de la doctrina colonial elaborada por la Corte Suprema Federal en los Casos Insulares. Discute esta doctrina discriminatoria como gemela de la doctrina de segregación racial *segregated but equal* aprobada por la misma Corte, esta última descartada medio siglo después en el caso de *Brown v. Board of Education* como consecuencia de y luego de largas y álgidas luchas civiles, legales y políticas del pueblo afroamericano.¹⁴

13 *Id.* págs. 552-572.

14 “[T]he Insular Cases were wrongly decided because, at the time of their ruling, they squarely contradicted long-standing constitutional precedent. Their skewed outcome was strongly influenced by racially motivated biases and by colonial governance theories that were contrary to American territorial practice and experience. Further evidence of this contention, as will be demonstrated, is the discriminatory manner in which the Supreme Court has thereafter applied the doctrines of the Insular Cases, even in more modern times.” This Article proposes to establish that the dogma of the Insular Cases constitutes an outmoded anachronism when viewed within the framework of present-day constitutional principles and, additionally, that it contravenes international commitments entered into by the United States since then, which constitute superceding “Law of the Land”. Ultimately, the present legitimacy of the Insular Cases is untenable.” Juan B. Torruella, *The Insular Cases: The Establishment of a Regime of Political Apartheid*, 29 U.

En los Casos Insulares hubo jueces disidentes que opinaban que la Constitución seguía a la bandera y por tanto todas las garantías constitucionales de la Constitución Federal cobijaban a las poblaciones de los territorios. Que era incompatible con un sistema legal moral y digno, un ordenamiento que diera derechos sólo a los ciudadanos continentales y se los negara a los domiciliados en territorios coloniales ultramarinos conquistados no incorporados.

Pero aún dentro de la desprestigiada doctrina de los Casos Insulares, ciertos derechos fundamentales, denominados así de tiempo en tiempo por su Corte Federal, cobijan a los ciudadanos americanos domiciliados en los territorios.

El sistema constitucional norteamericano reconoce unas garantías fundamentales que protegen a los ciudadanos frente al gobierno central federal. Dentro de esas garantías constitucionales están los derechos de los ciudadanos a exigir la reparación de los agravios causados por el gobierno y a la igual protección de las leyes. Además existen los derechos que surgen del incumplimiento de deberes fiduciarios o de diligente administración bajo la cláusula territorial, las protecciones que prohíben la incautación de propiedad sin justa compensación, así como los que emanan de la cláusula de supremacía.

Mediante el Tratado de París firmado en 1899 y al amparo de la Cláusula Territorial de su Constitución, el Congreso y, por delegación de éste, el ejecutivo federal, es el administrador del territorio de Puerto Rico. La Cláusula Territorial dispone: “The Congress shall have

power to dispose of and make all needful rules and regulations respecting the territory or other property belonging to the United States.”¹⁵

Bajo el derecho privado anglosajón, un agente, fiduciario o administrador es responsable de los daños que cause producto del ejercicio negligente de sus facultades fiduciarias o administrativas. Cuando ese administrador o fiduciario de un territorio o colonial es el Congreso bajo la cláusula territorial de la constitución federal, entonces entran en operación doctrinas del federalismo que limitan los poderes de las cortes y las acciones de los ciudadanos contra el gobierno. Dentro del federalismo norteamericano se han elaborado doctrinas judiciales y se han aprobado leyes por el Congreso que imponen limitaciones a esas acciones. Por otro lado, una rama del gobierno federal no tiene poderes absolutos y sus facultades están limitadas por derechos fundamentales reconocidos a sus ciudadanos según reglamentados por leyes federales y decisiones judiciales.

La Cláusula de Supremacía de la Constitución Federal establece que los tratados en los cuales los Estados Unidos son signatarios constituyen ley suprema de dicho país. Dispone: “[A]ll Treaties made, or which shall be made, under Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges of every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.”¹⁶

15 Const. EE.UU. art. IV, § 3, cl. 2.

16 “International law has been an integral part of our constitutional and legal system since the founding of our nation, and as the cited text of the Constitution unequivocally indicates, a treaty, once entered into, is

Estados Unidos es signatario de tratados

supreme over all other law.

The Insular Cases have promoted the continued status of the United States as a colonial nation in a world where that condition is not only obsolete, but unacceptable as a matter of international law. By continuing to patronize its continuing colonial relationships to Puerto Rico, the United States not only degrades its image as a leader of the democratic world, but also places itself in clear violation of its international commitments, and thus concomitantly contravenes its own domestic “Law of the Land”. The United States is a signatory to various treaties, agreements, and declarations which express international commitments requiring it to end the colonial status of its several territories, of which Puerto Rico is its largest and most populous. (185) The United States is a founding member of the United Nations, whose Universal Declaration of Human Rights (“UDHR”) establishes that “[e]veryone has the right to take part in the Government of his country, directly or through freely chosen representatives.

Article 21 of the UDHR establishes that “[t]he will of the people shall be ...expressed in periodic and genuine elections which shall be by universal and equal suffrage.” In 1992, the United States became a party to the International Covenant on Civil and Political Rights (“ICCPR”), 188 which provides that “[a]ll peoples have the right of self-determination,” and that “[b]y virtue of that right they freely determine their political status.” Article 25 of the ICCPR establishes that:

Every citizen shall have the right and opportunity ...
 (a) To take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives; [and]
 (b) To vote and to be elected at genuine periodic elections which shall be by universal and equal suffrage...
 Additionally pursuant the ICCPR, the United States “undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind,” and further agrees “to take the necessary steps, in accordance with its constitutional processes and with the provisions of the present Covenant, to adopt such laws or other measures as may be necessary to give effect to the rights recognized in the present Covenant.” A reading of these provisions should leave little doubt that with regard to the U.S. citizens of Puerto Rico, the United States does not meet or comply with any of these treaty obligations or commitments. Although the U.S. citizens of Puerto Rico have local self-government, they neither vote for the national offices of President or Vice President, nor are they

que exigen a los países firmantes el respeto de derechos humanos y civiles, incluido el ejercicio del derecho al voto, igual y secreto a todos sus ciudadanos, y que tienen cláusulas auto ejecutable.¹⁷

En resumen, si el Congreso y su delegado el gobierno federal, ambos el soberano federal, por sus actos u omisiones como administrador del territorio colonial, causa daños a los ciudadanos americanos domiciliados en el territorio colonial, o a los que tienen intereses en el territorio pero son parte de la diáspora, puede responder por los daños causados, conforme se haya delimitado por estatutos o por opiniones de la Corte Suprema, ya sea bajo causas de acción directas al amparo de la Constitución para reparar agravios, incumplirse el deber fiduciario de buena administración bajo la cláusula territorial de la Constitución, derechos humanos y civiles que operan bajo tratados por virtud de la cláusula de supremacía, garantías y leyes que regulan la compensación por actos de toma de la propiedad sin justa compensación o por virtud de las estatutos federales como el *Federal Tort Claims Act*, o por incumplimiento de tratados, contratos tácitos o expresos mediante los cuales el gobierno federal ha renunciado a su soberanía y ha autorizado a ser demandado en

represented in Congress by voting representatives.” n. 185. “See Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217A, U.N. GAOR, 3d Sess., 1st plen. mtg., U.N. Doc. A/810 (Dec. 12, 1948) [hereinafter UDHR]; Organization of American States [OAS], American Declaration of the Rights and Duties of Man, OAS Res. XXX, (1948); OAS, Inter-American Democratic Charter, OAS Doc. OEA/Ser.P/AG/RES.1 (XXVIII-E/01) (Sept. 11, 2001); International Covenant on Civil and Political Rights, adopted Dec. 19, 1976, 999 U.N.T.S. 171 (ratified by United States June 8, 1992) [hereinafter ICCPR].” Torruellas, *supra* n. 14, págs. 332-334.

17 *Id.*

sus cortes federales, específicamente ante la llamada *Federal Claims Court*.

IV. Hipótesis sobre responsabilidad para reparar agravios, por incumplimiento del deber de fiducia, negligencia, toma de la propiedad e incumplimiento contractual

A. Hipótesis sobre reparación de agravios

La Primera Enmienda de la Constitución Federal dispone: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; abridging the freedom of speech or of the press, or the right of the people to assemble, and to petition the Government for redress of grievances.”

Aún cuando la cláusula de reparación de agravios de la Primera Enmienda ha sido marginada a un rol secundario en las decisiones más recientes del Tribunal Supremo Federal postergada como rabiza de los derechos a la libertad de expresión y reunión, esos precedentes, por su lógica interna, no pueden aplicarse a los ciudadanos americanos domiciliados en un territorio colonial como Puerto Rico.¹⁸ La marginación absurda de este derecho fundamental se ha fundado en que habiendo todos los ciudadanos obtenido el derecho al sufragio universal, ya la cláusula no tiene la misma relevancia que en tiempos

presufrajistas. En la época colonial inglesa el derecho a petición de agravios era utilizado por los siervos y súbitos frente al Rey. Era frecuente el derecho de petición por esclavos, mujeres y analfabetos sin derecho al voto en tiempos posteriores a la aprobación de la Constitución Norteamericana. Pero al abolirse la esclavitud y luego extenderse el sufragio universal a las mujeres y analfabetos, se fue relegando la importancia del derecho de petición.¹⁹

Lo que ocurre es que los ciudadanos americanos domiciliados en el territorio de Puerto Rico no tienen el derecho al sufragio universal en el seno de la metrópolis como lo tienen los ciudadanos que residen en los estados de los Estados Unidos. Los ciudadanos de Puerto Rico no tienen derecho a votar ni por el Presidente o Vice Presidente ni por los delegados al Congreso Federal. De ahí que los puertorriqueños que habitan la Isla están en la misma situación que los colonos frente a la monarquía inglesa o las personas sin derecho al voto en los primeros tiempos de la República y su situación es distinguible de los ciudadanos que están domiciliados en los Estados Unidos. Por tanto, la cláusula de reparación de agravios puede ser un mecanismo disponible a los ciudadanos americanos domiciliados en Puerto Rico para reclamar los agravios causados por el gobierno federal. Por lo antes dicho tendría que haber un pronunciamiento de excepción de las cortes federales.

B. Hipótesis de la responsabilidad del fiduciario del territorio: *Limtiago v.*

¹⁸ *Minn. State Bd. for Cmty. Colls v. Knight*, 465 U.S. 271 (1984); *Smith v. Arkansas State Highway Employees*, 441 U.S. 463 (1979); *We the People Foundation, Inc. v. U.S.A.*, 485 F.3d 140 (2007, D.C. Cir.).

¹⁹ Gregory A. Mark. *The Vestigial Constitution: The History and Significance of the Right to Petition*, Vol. 66:6 Fordham L. Rev (1998).

Camacho

El ex Gobernador Aníbal Acevedo Vilá concuerda conmigo en que el Gobierno Federal es responsable de la deuda pública.²⁰ Señala el caso de *Limtiago v Camacho*²¹ que opina que la insolvencia de un territorio es responsabilidad compartida de los ciudadanos del territorio y el gobierno federal.²²

Expresa, además, el ex Gobernador Acevedo Vilá que el endeudamiento público excesivo e irresponsable se ha fomentado por el gobierno federal con la triple exención federal, estatal y municipal de los bonos de Puerto Rico y acoge mi tesis de que la eliminación de las 936 sin ofrecer alternativas al territorio fue un acto de crasa negligencia del Congreso. Propone como solución que los acreedores puedan reclamar al gobierno federal como codeudor de la deuda.

Amerita estudio ulterior si la expresión de la Corte reconoce una renuncia del soberano federal cuando se trata de daños causados por el incumplimiento de sus obligaciones fiduciarias

20 Anibal Acevedo Vilá, *Sí deben hacerlo; Sí pueden hacerlo; y a propósito, también es su deuda*, (marzo 2015).

21 *Limtiago v. Camacho*, 549 US ____ (2007).

22 *Id.* El caso trata sobre el método para valorar las propiedades del territorio de Guam bajo la Ley Orgánica federal para dicho territorio en el contexto de una emisión de bonos que el Gobernador de Guam desea se vendan en el mercado. El Tribunal Supremo federal resuelve que la valoración para fines contributivos es “assessed value” y no el valor por tasación en el mercado. En la nota al calce 3 la Corte menciona a Puerto Rico como uno de los territorios de Estados Unidos. Luego, la Corte resuelve: “The debt limitation provision protects both Guamanians and the United States from the potential consequences of territorial insolvency. Of course, this case is not a matter of purely local concern.”

sobre un territorio. No obstante, los casos del Tribunal Supremo Federal citados más adelante reconocen responsabilidad fiduciaria en daños y perjuicios contra el gobierno federal cuando tiene un grado de control suficiente sobre la propiedad. Así, como bajo *Limtiago* se reconoce una responsabilidad, es porque existe una obligación fiduciaria preexistente y si esta obligación se incumple por los poderes federales y causa daños o pérdidas al territorio y en consecuencia a los puertorriqueños, entonces además de los acreedores, los puertorriqueños deberían tener el derecho a reclamar para que el soberano fiduciario federal asuma la porción de la deuda causada por su incumplimiento y les compense por los daños causados.

C. Hipótesis de la negligencia bajo el Federal Tort Claims Act

Bajo esta teoría el gobierno federal responde a los ciudadanos puertorriqueños afectados de la isla y de la diáspora bajo el *Federal Torts Claims Act* [en adelante *FTCA*], según enmendada, por los daños debido a los actos u omisiones negligentes de sus oficiales en el desempeño de sus funciones.²³ El problema de umbral consiste en que la FTCA no está disponible como fuente de responsabilidad contra el gobierno federal cuando la actuación

23 *Federal Torts Claims Act*, 28 U.S.C. § 2671 (2002) y *Federal Employees Liability Reform and Tort Compensation Act of 1988*, 28 U.S.C. § 2679 (2000) (*Westfall Act*). (El estatuto *Westfall Act* provee en esencia que bajo la FTCA el remedio exclusivo es contra los Estados Unidos como único demandado por causas de acción en daños y perjuicios fundados en el *common law* causados por funcionarios federales actuando dentro del ámbito de sus funciones).

u omisión de los funcionarios ocurre en el desempeño de deberes discrecionales o que requieran implementar política pública.

D. Hipótesis de la incautación sin justa compensación

Existe renuncia de soberanía en casos de toma de la propiedad sin justa compensación.²⁴

24 “In 1871 the Supreme Court held that the Claims Court lacked jurisdiction over an action against the United States where the government took and held plaintiffs land on a contested claim to title- the very kind of fact setting in which Lee successfully brought an action in ejectment against officers of the United States to try title to land. The transformation from a legislative to a judicial system for money claims against the government for takings of property did not occur until the Tucker Act of 1887. It expanded the jurisdiction of the Court of Claims to include “[a]ll claims founded upon the Constitution of the United States,” and most claims “for damages, liquidated or unliquidated, in cases not sounding in tort, in respect of which claims the party would be entitled to redress against the United States either in a court of aw, equity or admiralty if the United States were suable (-154)”

N. “154. Act of March 3, 1887, 24 Stat. 505. Since enactment of the Tucker Act, the Court has repeatedly asserted that the Constitution itself requires a compensatory remedy for the taking of property. See, e.g., *First English Evangelical Lutheran Church v. Los Angeles*, 482 U.S. 304, 315-16 & n.9 (1987) (stating that the Constitution itself authorizes monetary award for takings, notwithstanding sovereign immunity); *Jacobs v. United States*, 290 U.S. 13, 17 (1933) (asserting that the right to just compensation cannot be taken away by statute or qualified by statutory failure to provide for interest where interest was required to make compensation adequate). But c1 *Lynch v. United States*, 292 U.S. 571, 582 (1934) (after concluding that rights against the United States arising from a contract may be Fifth Amendment property rights that cannot be taken without just compensation, the Court states that “[when the United States creates rights in individuals against itself it is under no obligation to provide a remedy in court” and may withdraw its consent to suit). Yet the historical record may leave open an argument that the legislative

Véase además los casos normativos del Tribunal Supremo Federal en esta área.²⁵ Requiere mayor evaluación si en la etapa pos 936, la reciente devaluación de las propiedades, negocios, industrias y riquezas de los puertorriqueños por más de un 40% de su valor o la pérdida total para muchos de sus hogares, pensiones, inversiones, mayor que la ocurrida con el cambio de moneda en 1898, constituye

“mode of redress” would also comply with the constitutional requirement.” William Michael Treanor, *The Original Understanding of the Takings Clause and the Political Process*, 95 Colum L. Rev. 782, 794-95 n.69 (1995) (discussing absence of judicial remedy for most federal takings until enactment of Tucker Act); Philip Trimble, *Foreign Policy Frustrated: Dames & Moore, Claims Court Jurisdiction, and a New Raid on the Treasury*, 84 Colum. L. Rev. 317, 381 n.29 (1984) (asserting that cases leave unclear whether a judicial tribunal is required to determine just compensation); c1 *Fla. Prepaid v. College Sav. Bank*, 527 U.S. 627, 644 n.9 (1999) (in explaining why available state remedies may be sufficient to meet due process standards in the event of a state infringement of patent, the Court’s opinion notes both judicial remedy and the availability of a legislative claim process); *City of Monterey v. Del Monte Dunes at Monterey, Ltd.*, 526 U.S. 687, 714 (1999) (plurality opinion) (treating relationship of sovereign immunity to just compensation obligation as possibly uncertain); Vicki C. Jackson, *Principle & Compromise in Constitutional Adjudication*, 75 Notre Dame L. Rev. 953, 960-61 (2000) (noting the Fla. Prepaid footnote as a signal of uncertainty as to whether the Court will treat legislative claims as a sufficient remedy for due process purposes); Richard H. Seamon, *The Asymmetry of State Sovereign Immunity*, 76 Wash L. Rev. 1067, 1070 (2001) (suggesting that obligation to provide compensation for takings does not necessarily require a judicial remedy). But c1 id. (arguing that the Due Process Clause that would require a judicial remedy if other remedies provided by the state are inadequate and further arguing that “Congress could not repeal the existing Tucker Act remedy for governmental takings unless an adequate alternative remedy were available”). Véase Vicki C. Jackson, *Principle & Compromise in Constitutional Adjudication*, 75 Notre Dame L. Rev. 953, 960-61 (2000).

25 *Malone v. Boudin*, 369 U.S. 643 (1962); *Larson v. Domestic & Foreign Corp.*, 337 U.S. 182 (1949); *U.S. v. Lee*, 106 U.S. 196 (1882).

una gran congelación o incautación individual y colectiva a los ciudadanos puertorriqueños causada por el control colonial, cerco, toma o *taking* omnímodo del gobierno federal sobre el territorio y los bienes de los puertorriqueños.

E. Hipótesis del incumplimiento contractual

Una teoría a profundizar con mayor detenimiento y rigor es la responsabilidad que deriva tanto de la relación colonial histórica y con mayor claridad en la etapa actual de abandono del territorio, del incumplimiento de los deberes contractuales fiduciarios de diligencia del Congreso y del gobierno federal bajo el Tratado de París (1899). Aunque la nación puertorriqueña no fue consultada en ese tratado que consumó la conquista militar, y las partes contratantes fueron las dos partes beligerantes- España y Estados Unidos-, el territorio y los habitantes fueron adquiridos y subyugados, y por tanto, objeto y ciudadanos son partes beneficiarias bajo tal contrato. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos recientemente resolvió que las normas para interpretar los derechos de las partes bajo un tratado son las mismas normas que las de los contratos ordinarios.²⁶ Tomando en cuenta, claro está, las particularidades y diferencias históricas y legales, sería aconsejable, (tanto para precisar la teoría del deber de fiducia directamente bajo la cláusula territorial federal como bajo la teoría de incumplimiento del deber de fiducia contractual- Tratado de París), analizar las decisiones del Tribunal

Supremo Federal relacionadas con las disputas y reclamos monetarios de las naciones indias contra el gobierno federal.²⁷ El criterio rector de esos casos para imponer responsabilidad en daños al gobierno federal ha sido el grado de control fiduciario del gobierno federal sobre la propiedad o sector en disputa.

Otra teoría a explorar para los sostenedores de la teoría de un alegado pacto con la creación del ELA. Según esta teoría, el Estado Libre Asociado de Puerto Rico “is a political entity created by the act and with the consent of the People of Puerto Rico and joined in union with the United States of América in the terms of a compact.” El Tribunal Supremo de Puerto Rico, en el caso de *Pueblo v. Sanchez Valle* expresó que “[e]n ciertas ocasiones se le ha adjudicado un alcance extremadamente amplió a esa frase [de *Toledo v. Pearson*] que habla de un pacto o convenio”.²⁸

Para concluir que conforme a las decisiones posteriores de la Corte Suprema Federal, el tracto legislativo de la Ley Núm. 600 y los informes presidenciales, existe un consenso de las tres ramas del gobierno federal que Puerto Rico continúa siendo un territorio sujeto a la cláusula territorial de la Constitución federal. Cabe preguntar a los sostenedores de la tesis de un convenio: ¿ese control absoluto en incremento de los poderes y acciones unilaterales del gobierno federal que incapacitan al territorio para poder desarrollarse, no constituye un incumplimiento de un contrato? Si abordo esta teoría es

26 Véase *BG Group PLC v. Republic of Argentina*, 572 U. S. ____ (2014).

27 Véase a tales fines *U.S. v. White Mountain Apache Tribe*, 537 U.S. 465 (2003); *U.S. v. Mitchell*, 445 U.S. 535 (1980); *U.S. v. Mitchell*, 463 U.S. 206 (1983); *U.S. v. Navajo Nation*, 537 U. S. 488 (2003).

28 *Pueblo v. Sanchez Valle*, 192 D.P.R. 594 (2015).

porque ha habido generaciones y líderes puertorriqueños que han defendido la teoría de un pacto o convenio a capa y espada. Sería un momento oportuno para que estos sectores mediten cuán real es su teoría y acudan también a foros internacionales o a las cortes federales a validar su teoría del pacto y reclamar contra el incumplidor irresponsable.

F. Hipótesis de los pleitos de clase

Como he indicado hace falta examinar con mayor rigor si proceden causas de acción de ciudadanos en su carácter individual contra el gobierno federal para las que este ha renunciado a su soberanía. Si ello es así, entonces cuando los que sufren los daños son ciudadanos numerosos, todos estos tienen el derecho a organizarse para valerse del mecanismo procesal de los pleitos de clase que proveen las Reglas Federales de Procedimiento Civil. Mediante los pleitos de clase se promueve un modelo de ejercer la abogacía que aspira a adelantar ideales de justicia y democracia en el estado de derecho existente.²⁹ Debido al estado incipiente que se encuentra este proceso de desarrollar una teoría de responsabilidad del gobierno federal, me parece prudente hacer gestiones por la academia y sectores afines a los reclamos de este simposio a algún organismo internacional o regional como UNASUR³⁰ o la OEA,³¹ o a un panel de jueces o ex jueces de reconocida autoridad moral y prestigio

nacional o internacional que sirvan como tribunal adjudicador para escuchar prueba y argumentos, si posible con la participación de ambas partes o posiciones en cuanto a la responsabilidad del gobierno de Estados Unidos sobre la deuda pública de Puerto Rico para que dicte una sentencia fundamentada sobre esta controversia. Recomiendo a cualquier interesado en experimentar con un caso modelo ante las cortes federales, cautela. Esto debido a la inclinación política de las cortes federales en la creación de doctrinas acomodaticias a los intereses de la metrópoli y los acreedores, sobre todo la manipulación del concepto de lo que es “control de soberanía federal” a la luz de la Ley Orgánica 600. Como paso previo, esperar a este tipo de dictamen o estudios posteriores.

V. Resumen

Puerto Rico, producto de la estructura legal colonial existente, no tiene poderes soberanos, no tiene cortes de quiebras, y no tiene derecho a votar en la selección de los órganos electivos federales, y en ausencia de un pueblo unido, organizado y militante, carece por tanto en la presente coyuntura de las facultades básicas de negociación en una mesa informal para enfrentar a sus acreedores de la deuda pública y al gobierno federal como responsable único y primario de la misma. La deuda pública es asunto que unifica a amplios sectores, grupos y clases sociales que componen el pueblo puertorriqueño, incluyendo a diversos sectores ideológicos del país.

Opino que necesitamos incrementar nuestro poder, el poder de negociación del

29 José Nicolás Medina Fuentes, *Lawyering Process and Clinical Legal Education*, 60 Rev. Jur. U.P.R. 33 (1991).

30 Unión de Naciones Suramericanas.

31 Organización de los Estados Americanos.

pueblo puertorriqueño por diversas vías. Tenemos que elaborar una concepción ética y jurídica para el proceso de la auditoría ciudadana, la moratoria y cancelación o impago de la deuda por los puertorriqueños (y con este simposio lo iniciamos). Harán falta múltiples frentes de lucha, educación, organización y movilización de los puertorriqueños tanto de los que viven aquí como la diáspora, el diseño e instrumentación de cursos de acción y de remedios, el principal de ellos: la celebración de una Asamblea Constitucional de Estatus o Constituyente, leal a la nación puertorriqueña, así como la utilización los foros mas neutrales que provee el derecho internacional.

Es posible elaborar una teoría moral y jurídica para imponer responsabilidad al gobierno federal sobre la deuda pública de Puerto Rico. La deuda nace y se desarrolla dentro de un régimen colonial y como tal es una deuda odiosa. El problema consiste en los foros a utilizar. Hay foros más favorables que otros. Los más favorables son los que atañen a la organización y movilización política y los foros más neutrales internacionales.

Los foros legislativos y judiciales federales son parcializados y hostiles al territorio colonial. Con esa salvedad considero que un curso de acción complementario y de excepción a estudiar con mayor rigor y cautela es que quien postule en esos foros y pueda luego de tener el beneficio de una decisión fundamentada por jueces o juristas de reconocido prestigio, radique litigio individual modelo como experimento, seguido, según dicte la estrategia, de múltiples pleitos de clases o subclases afectadas en las cortes federales identificables en los que se solicite remedio excepcional declaratorio de la responsabilidad

del gobierno federal sobre la deuda pública y la solicitud de compensación por los daños causados bajo teorías de responsabilidad que surgen de la Constitución, como reparación de agravios, Cláusula de Supremacía, actos de incumplimiento de deberes administrativos-fiduciarios bajo la Cláusula Territorial, de toma de la propiedad, así como de incumplimiento contractual. Quien opte por esta alternativa debería beneficiarse de la denuncia política de la ausencia de neutralidad y legitimidad de las cortes federales para no cultivar ilusiones y para intentar mover hacia una posición de mayor neutralidad a la corte seleccionada. Por Puerto Rico ser una colonia, hacemos reserva de que cualquier decisión adversa de las cortes federales sobre este asunto no puede ser precedente para el proceso descolonizador de Puerto Rico.

VI. Planes futuros

Para dar seguimiento a los trabajos aquí comenzados y como parte de planes futuros propongo:

1. La creación de una Comisión Especial sobre la deuda pública que imparta continuidad a las ideas sugeridas en este simposio y estructure o se convierta, en un fideicomiso o entidad jurídica capaz de instrumentar o promover.
2. Recaudo de los fondos necesarios para financiar actividades como estudios, simposios, encuentros, ponencias, auditorías y litigios relacionados con la deuda pública.

3. La auditoría ciudadana de la deuda pública.
4. Ayudar a promover la Asamblea Constituyente del Pueblo de Puerto Rico para que incluya en su agenda el reclamo a la metrópolis sobre la deuda pública.
5. Identificación de abogados y clínicas legales capaces de radicar un litigio de persona individual afectada y litigios de clase.
6. Un juicio ante jueces o ex jueces de prestigio que evalúen evidencia y argumentos y dicten sentencia sobre la responsabilidad del gobierno federal respecto a la deuda pública de Puerto Rico.
7. Incorporación de otras instituciones cívicas, educativas, políticas, religiosas, sindicales y comunitarias, de aquí y de la diáspora para forjar una gran alianza frente a la deuda pública.
8. Debates, investigaciones, becas y premios, números de revista jurídica, cursos, seminarios en la academia y clínicas de las Escuelas de Derecho del país y de Estados Unidos sobre la deuda pública y la responsabilidad del gobierno federal.
9. Exigir al gobierno y entidades públicas la entrega de todos los documentos y contratos relacionados con la deuda pública de Puerto Rico so pena de presentar los litigios correspondientes bajo el derecho a la información.
10. Inventariar, microfilmear los documentos de la deuda en una biblioteca especial,

disponibles para ser estudiados por personas interesadas.

Desarrollar una teoría de la responsabilidad del Gobierno Federal sobre la deuda pública de Puerto Rico, será un proceso colectivo largo y muy complejo. Con este simposio damos pasos iniciales en esa dirección.

PROYECTO DEL SENADO 1210 Y PROYECTO DE LA CÁMARA 2155

PONENCIA

Dr. Julio Fontanet Maldonado^{1}*

I. Introducción

Comparece ante ustedes Julio E. Fontanet Maldonado, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Acudo en el día de hoy en carácter de profesor de Derecho Penal y de abogado practicante en dicha materia. La importancia de este proyecto y, sobre todo, la deseabilidad de modificar sustancialmente el Código Penal aprobado en 2012 hacen imperativo que comparezcamos en el día de hoy para hacer unos comentarios generales en unos aspectos y algunos más puntuales en otros. No obstante, es imperativo señalar que hubiéramos deseado que el lapso de tiempo concedido para expresarnos fuera más extenso y, así, poder profundizar más en muchos de los puntos que aquí presentamos.

Debo comenzar reconociendo el acierto de la Asamblea Legislativa al designar a la Dra. Dora Nevares y al Dr. Luis E. Chiesa para la importante función de redactar el proyecto

presentado para, entonces, ser sometido a vistas públicas. Nadie puede cuestionar la competencia y profesionalismo de estos distinguidos juristas, particularmente en el ámbito penal.

Específicamente, con relación a la Dra. Nevares puedo expresar que no existe penalista en Puerto Rico de mejor formación y abundante producción que esta excepcional compañera. Ciertamente, para que unas enmiendas sustanciales al Código Penal estén bien encaminadas, constituye un buen paso el que sus redactores y propulsores sean personas del conocimiento y la experiencia de estos distinguidos puertorriqueños.

II. Comentarios preliminares

Según surge de la Exposición de Motivos del Proyecto del Senado 2155-1210, el Código Penal de 2004 fue derogado por la Ley Núm. 146-2012, a pesar de contar con tan solo

siete años de vigencia. Para cualquier penalista, debe ser preocupante la creación de un nuevo código habiendo transcurrido tan poco tiempo desde la puesta en vigencia del anterior. Ello no meramente produce incertidumbre y confusión en la praxis, sino que también refleja que el proceso que precedió a la aprobación al Código Penal de 2012 fue precipitado, atropellado y carente de estudios empíricos. Lo anterior resulta aún más inexplicable cuando en el propio Código de 2004, en su Artículo 312, se proveía para establecer un ente revisor que evaluara los efectos de su aplicación, así como que considerara y estudiara enmiendas o cambios al mismo. A pesar de ello, como ya explicamos, se prefirió derogar sin poder estudiar ni valorar sus resultados. Peor aún: estamos hablando de la aprobación de un código penal desarticulado, alejado de las corrientes modernas y que, básicamente, pretendía revertir la doctrina del Derecho Penal puertorriqueño a la existente en la década del setenta. En esa dirección es que en la Exposición de Motivos se señala lo siguiente:

En cuanto a las penas, diversos sectores han validado que la legislación vigente no da espacio ni incentiva la rehabilitación del convicto, que no dispone penas alternativas a la reclusión en delitos de severidad intermedia y que coarta considerablemente la discreción judicial en este ámbito. Desde esta perspectiva, evaluamos diferentes opciones para atender las penas en el Código Penal de 2012 y decidimos trabajar en un modelo nuevo, mediante enmiendas al Código Penal de

2012, que estableciera un margen adecuado para la discreción judicial e instituyera un sistema de penas proporcionales a la gravedad de los delitos, que a su vez propiciaran la rehabilitación de la persona sentenciada.¹

A tono con lo anterior, endosamos en principio la aprobación del proyecto presentado. Decimos en principio porque nos parece evidente que, aunque con la aprobación de las enmiendas propuestas resultaría un mejor código penal, debemos hacer algunos señalamientos.

Al considerar el proyecto presentado, vemos que se quiere atender: (1) el tema de la desproporcionalidad de la pena, (2) realizar correcciones en la teoría del delito —adoptando, en muchos casos total o parcialmente, disposiciones del *Código Penal Modelo del American Law Institute* [en adelante *Código Penal Modelo*]—, (3) atender omisiones y errores en la parte especial del código y, finalmente, (4) proveerle a los jueces mayor discreción al momento de imponer las penas.

El tema de las penas desproporcionales —y desvinculadas de la obligación del estado de promover la rehabilitación— requiere atención especial. Reconocemos que en la discusión mediática del presente proyecto se ha dado la impresión incorrecta de que su finalidad principal es la disminución de las penas en términos cuantitativos y cualitativos. En el debate público se han omitido la corrección o la deseabilidad de penas más proporcionales, así como los problemas propiciados por el Código

1 Exposición de Motivos del P. del S. 2155-1210.

de 2012 y que pretende atender este proyecto.

Con esta aclaración, pasemos entonces a analizar la propuesta presentada. Dividiremos nuestra presentación en aquellas enmiendas cuya adopción nos parece imperativa y con la cual estamos totalmente de acuerdo. En otra parte expresaremos de manera más detallada los artículos que endosamos con algunas modificaciones o aquellos con los cuales estamos en desacuerdo. Con mucho gusto —y de este augusto cuerpo desearlo—, en una oportunidad futura podríamos presentar propuestas específicas de enmienda en aquellos artículos sobre los que tenemos alguna preocupación. Evidentemente, por razones de tiempo no pudimos hacerlo en esta ocasión.

III. Señalamientos generales y de endoso a la propuesta

El Código Penal de 2012 fue, en nuestra opinión, una iniciativa reactiva y no científica al problema de la alta incidencia criminal en Puerto Rico y al discurso político que antecedió la aprobación del Código de 2004. Se señalaba (antes de 2012) que este último código (2004) fue muy leniente en cuanto a las penas impuestas a acusados y convictos. Por otro lado, no existió ni existe ningún estudio científico que pudiera justificar la acción legislativa de derogar el Código de 2004 y establecer un nuevo Código cuyas características fundamentales fueron el aumento arbitrario y significativo de penas, y la eliminación de alternativas menos restrictivas a la libertad como sanción.

La literatura sobre el tema ha sido consistente en establecer que no existe base alguna

para concluir que un aumento en la severidad de las penas tiene un efecto disuasivo en la conducta criminal. El estudio más citado sobre dicha conclusión es *Criminal Deterrence and Sentence Severity: An Analysis of Recent Research*. Igualmente conocido —y que ya, incluso, es parte de la cultura popular— es que el mayor disuasivo de la conducta criminal es la efectividad del estado en esclarecer delitos. Ello se debe a que toda persona que va a incurrir en conducta delictiva hace un análisis sobre las probabilidades de su arresto *versus* el alegado beneficio de la conducta delictiva. Sobre el particular, véase el estudio del economista Gary S. Becker. Adviértase también que el aumento propiciado por el Código vigente ha aumentado el hacinamiento en nuestras instituciones penales limitando la posibilidad de invertir esos recursos fiscales, además de recursos humanos, en entidades que trabajan en el esclarecimiento de conducta delictiva y en procesos de rehabilitación. Es precisamente por lo anterior que apoyamos que se pretenda bajar las penas establecidas en el Código Penal del 2012 en algunos delitos.

Lo irónico de lo anteriormente expresado es que toda persona que estudiase la Exposición de Motivos del Código de 2004 sabe que la supuesta reducción de penas no era real. Lo allí planteado buscaba que la persona convicta fuera sentenciada al término real que cumpliría tomando en consideración la normativa existente en dicho momento. Ello respondió al concepto y corriente de *truth in sentencing* en el que se planteaba que era importante que la sentencia a ser impuesta se cumpliera de forma significativa y sin descartar modificaciones obtenidas por conducta ejemplar, rehabilitación y trabajo.

Lo que sí hizo el Código de 2004 fue crear nuevos delitos, particularmente en lo que concierne a la protección ambiental, acción que, debo advertir, fue muy criticada por los desarrolladores inescrupulosos de aquel momento. Se crearon también delitos para proteger los derechos humanos (como, por ejemplo, genocidio, lesa humanidad, trata de personas), delitos de manipulación del genoma humano y delitos de naturaleza económica, entre otros.

Por otro lado —y relacionado con el tema de las penas—, se establecieron sentencias proporcionales a los actos penales y se diversificaron las penas alternativas a la reclusión; ello a tono con nuestro mandato constitucional y las corrientes modernas relacionadas con las sanciones. Otra aportación importante fue la creación de la figura del “cooperador” como un mecanismo para poder encausar a personas que participaran en la comisión del delito, pero que no contaran con el conocimiento o con la participación plena de un autor típico. Esto permitía procesar y castigar a una persona tomando en consideración su grado de participación en la conducta delictiva.

Precisamente, muchos de los aciertos de la propuesta hoy presentada radican en la reincorporación de varios de los aspectos positivos contenidos en el Código Penal de 2004. En esa dirección, se propone incorporar nuevamente la figura del cooperador y la restricción terapéutica (en aquellos casos aplicables) en sustitución de la pena de reclusión. Dicha pena estará disponible para personas en estado de vulnerabilidad por condiciones de salud mental o por adicciones a sustancias proscritas. De esta forma se pretende promover principios de justicia terapéutica y justicia restaurativa.

Con relación al tema de las penas, se propone ahora una estructura distinta a la arbitrariedad establecida en el Código de 2012. Ello se refleja en aquellos delitos que, a tenor con el Código Penal de 2004, eran considerados delitos de segundo grado, estableciéndose en esta propuesta una pena menor. Cabe destacar que hay trece delitos en los cuales se propone reducir la pena para que sea más proporcional, tal como requiere la Constitución de Estado Libre Asociado. Del mismo modo, nos parece sumamente acertado el trato que se le da a los delitos graves de severidad intermedia, para los que se contemplan penas alternativas a la reclusión en casos en que se justifique. Estos delitos serán aquellos que no tengan una pena mayor de 8 años. Sin duda, estas penas alternativas son mecanismos y oportunidades extraordinarias para que el estado implemente su obligación constitucional de fomentar la rehabilitación de la persona convicta.

Igualmente acertado es reincorporar la normativa sobre concurso de delitos establecida en el año 2004 con las categorías de concurso ideal, medial y real; y, además, corregir el error doctrinal de tratar el delito continuado como si fuera una modalidad del concurso de penas. La incorporación de esta nueva normativa es consistente con la prohibición de imponer castigos múltiples a las personas y con el mandato constitucional de imponer penas proporcionales a las conductas realizadas.

Otro acierto de la propuesta que nos ocupa, la cual endosamos plenamente, es la eliminación de varios delitos. Entre los delitos cuya eliminación promueve se destaca el Art. 116 sobre adulterio, que, evidentemente, es un asunto de naturaleza más civil que penal; los Artículos 137 y 140 sobre proposición obscena

y casas escandalosas, respectivamente, pues presentan serios problemas de vaguedad; y el Art. 134 sobre bestialismo, que está contenido en una ley especial, como, a nuestro juicio, debe ser (Ley Núm. 154-2008). Otro acierto de la medida lo constituye incluir la pena aplicable a personas jurídicas en alrededor de seis delitos de extrema seriedad, como son la producción de pornografía infantil y la corrupción de menores, y que, por omisión legislativa, no fueron incluidos en el Código Penal de 2012.

Otro asunto que merece nuestro endoso en la propuesta consiste en que se amplíe el catálogo de penas para personas jurídicas. En la actualidad, el problema consiste en que el Código Penal vigente no dispone pena para las personas jurídicas que cometen un delito grave, lo que implica que no se les puede imponer ninguna sanción. La propuesta presentada establece una multa máxima según la gravedad de los delitos cometidos por personas jurídicas.

Finalmente, acogemos con beneplácito el que se propicie la discreción judicial al momento de imponer la pena. Los jueces y juezas no pueden ser funcionarios autómatas que únicamente ejerzan su discreción para rebajar o aumentar la pena un 25% de la pena fija. Es importante que gocen de discreción, particularmente ante la posibilidad de imponer penas alternativas a la reclusión en aquellos delitos menores de 8 años. Debe recordarse que existe una corriente, particularmente en los Estados Unidos, de potenciar a los jueces a ejercer su discreción al imponer penas. Esta teoría o corriente se aleja de los sistemas de imposición de penas que colocan al tribunal en una camisa de fuerza que le impide imponer una sentencia justa a base del informe pre sentencia, del historial del acusado y de la naturaleza del delito

imputado.²

IV. Señalamientos particulares sobre artículos que se endosan o sobre los que se presentan interrogantes

Artículo 3: Ámbito de aplicación de la ley penal

Estamos de acuerdo: es deseable la eliminación de los actos preparatorios o de ejecución y sustituirlos por parte de la acción u omisión típica. Ello es consistente con lo contemplado en el Código Penal Modelo.

Artículo 7: Relación de causalidad

La redacción del Art. 7 del Código Penal de 2012 es extremadamente genérica y vaga. Reconocemos que la enmienda propuesta pretende atender lo anterior, pero nos preocupa que se incorpore, en principio, el estándar o teoría de la equivalencia de condiciones como teoría de relación causal. Esta teoría es sumamente abarcadora y es descartada en la corriente continental e, inclusive, tal y como está redactado el inciso (a) del proyecto, es contrario a lo provisto en la Sección 2.03 (en su totalidad) del Código Penal Modelo. Es justo señalar que los incisos (b) y (c) contemplados en la propuesta en cierta medida limitan el amplio alcance de la teoría de la equivalencia de condiciones. No obstante —y a pesar de la inclusión de di-

² Véase *US. v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005).

chos incisos—, la propuesta continúa siendo demasiado laxa.

Al examinar la disposición correspondiente del Código Penal Modelo, vemos que se establecen relaciones causales que atienden los distintos tipos de estado mental o conocimiento en que se incurre durante la conducta delictiva (*purposely, knowingly, recklessly, negligently*). Es decir, teniendo en cuenta el elemento subjetivo correspondiente, se establece un determinado vínculo causal. Dada la importancia de lo anterior, nos parece menester compartir con esta Comisión lo contemplado en el mencionado artículo y que se omite totalmente en la propuesta presentada.

1. *When purposely or knowingly causing a particular result is an element of an offense, the element is not established if the actual result is not within the purpose or the contemplation of the actor unless:*

a. *the actual result differs from that designed or contemplated, as the case may be, only in the respect that different person or different property is injured or affected or that the injury or harm designed or contemplated would have been more serious or more extensive than*

that caused; or

b. *the actual result involves the same kind of injury or harm as that designed or contemplated and is not too remote or accidental in its occurrence to have a [just] bearing on the actor's liability or on the gravity of his offense.*

2. *When recklessly or negligently causing a particular result is an element of an offense, the element is not established if the actual result is not within the risk of which the actor is aware or, in the case of negligence, of which he should be aware unless:*

a. *the actual result differs from the probable result only in the respect that a different person or different property is injured or affected or that the probable injury or harm would have been more serious or more extensive than that caused; or*

b. *the actual result involves the same kind of injury or harm as the probable result and is not too remote*

or accidental in its occurrence to have a [just] bearing on the actor's liability or on the gravity of his offense.

c.

Como puede verse la omisión de una parte significativa del artículo, puede inducir a una aplicación incorrecta o incompleta de la teoría de la causalidad que se pretende incorporar. Nos parece que, para atender esta preocupación, se debería adoptar totalmente lo contemplado en el Código Penal Modelo pues dichas clasificaciones sobre el estado mental o conocimiento también se proponen en este proyecto. Si se pretende adoptar alguna disposición del Código Penal Modelo, consideramos que debe incorporarse en su totalidad y no fraccionadamente, máxime cuando ello puede limitar dramáticamente el alcance de dicha sección. Tampoco tendríamos objeción a que en un mismo artículo se codifiquen los principios que contemplan los Art. 19 y 25 del Código Penal de 2004, que combinaban o adoptaban como teoría de causalidad la causa próxima e imputación objetiva.

Artículo 9: Concurso de disposiciones penales

La incorporación de la enmienda sobre el concurso de disposiciones penales es fundamental porque la redacción aprobada en el Código de 2012 presentaba grandes interrogantes y preocupaciones. De un análisis textual de la misma se desprendía que la única forma de atender un conflicto entre disposiciones penales era aplicando el principio de especialidad. El

artículo previo descartaba los principios de consunción y de subsidiaridad como mecanismos para atender o dirimir conflictos entre disposiciones penales. La incorporación de estos principios es indispensable para que en la praxis no haya confusión sobre la deseabilidad y necesidad de su utilización.

Artículo 11: Principios que rigen la aplicación de la sanción penal

La enmienda propone eliminar el último párrafo de dicho artículo a los fines de prohibir que una medida de seguridad pueda exceder la sentencia máxima del delito imputado originalmente. Dicha eliminación es correcta por distintas razones. La primera y más importante es que constituye un contrasentido que el estado pueda retener jurisdicción sobre la persona en un escenario donde el sujeto activo ya hubiera extinguido la pena. Además, ello podría causar un efecto inhibitorio para que se plantee la defensa de incapacidad mental bajo la posibilidad de que la medida de seguridad a ser impuesta pueda ser más severa que la sentencia que pudiera imponerse por el delito imputado.

Artículo 14: Definiciones

En la definición de “a sabiendas”, se elimina el concepto de “conocimiento personal”. Ello nos parece acertado porque el mismo tiene una connotación muy particular dentro del Derecho Probatorio, muy distinta al elemento mental contemplado en el Derecho Penal.

Artículo 16: Clasificación de delitos

Nos parece acertado que se incluya, como alternativa a la multa y a los seis meses de reclusión, la pena de restricción domiciliaria o de servicios comunitarios. No obstante, se elimina el que pueda imponerse más de una de esas penas como parte de la sentencia. Evidentemente, no puede imponerse la pena de reclusión y la pena de restricción domiciliaria al mismo tiempo. Sin embargo, podría imponerse una de ellas conjuntamente con la multa o la pena de servicios comunitarios. Nos parece que limitar la discreción del tribunal a ese posible escenario crearía un efecto inhibitorio al imponer la pena de restricción domiciliaria, la de servicios comunitarios o la de multas, inclinándose entonces a utilizar mayormente la pena de reclusión.

Artículo 17: Delitos con pena estatuida

Nos parece deseable incluir la pena alternativa a la reclusión para los delitos graves sin pena estatuida.

Art 18: Formas de comisión

La enmienda propuesta adopta literalmente el mismo lenguaje del Artículo 2, Sección 2.01 del Código Penal Modelo. A pesar de que recomendamos su adopción, sugerimos que en el inciso (3), relativo a cuando una omisión puede generar responsabilidad penal, se incluya un apartado (c) que lea de la siguiente forma: “en los casos de omisiones impropias, deberá existir una equivalencia entre la omisión y el resultado”. Ello responde a que debe

distinguirse entre la omisión propia —que se configura cuando se omite o se deja de actuar conforme a lo requerido por ley— y la omisión impropia. Esta última, a diferencia de la omisión propia, requiere, además del deber jurídico, la existencia de un resultado, la posibilidad de actuar y que exista, por consiguiente, una equivalencia entre la omisión incurrida y el resultado producido.³

Artículo 19: Lugar del delito

Se recomienda su aprobación toda vez que se descarta nuevamente el concepto de actos preparatorios.

Artículo 21: Registro general del elemento subjetivo

En este artículo, la propuesta presentada adopta el primer párrafo de la Sección 2.02 del Código Penal Modelo. En términos doctrinales, nuestra jurisprudencia, así como los Códigos de 1974, 2004 y 2012, consolida el elemento subjetivo compatible con la intención en un solo artículo y el de la negligencia lo consolidaba en otro. Aunque no vemos la necesidad de dicha consolidación, ciertamente ello es compatible con la corriente del *Common Law* y así está adoptada en el Código Penal Modelo.

³ Véase *Pueblo v. Sustache*, 176 D.P.R. 250 (2009).

Artículo 22: Elementos subjetivos del delito

Nuevamente, se incorpora de manera significativa lo contemplado en el Código Penal Modelo, Sección 2.02 (2). Este nuevo lenguaje pretende armonizar lo propuesto en el Artículo 21 sobre requisito general del elemento subjetivo. Para entender mejor el alcance de este importante artículo propuesto, nos parece necesario plasmar lo provisto, en términos de la intención, en los códigos penales de 1974, 2004 y 2012.

Art. 15: Intencional

El Código de 1974 establecía en su Artículo 15 lo siguiente:

El delito es intencional:

- (a) Cuando el resultado ha sido previsto y querido por la persona como consecuencia de su acción u omisión; o
- (b) Cuando el resultado, sin ser querido, ha sido previsto por la persona como consecuencia natural o probable de su acción y omisión.

Artículo 23. Intención.

Por su parte, el Código de 2004 establecía en su Artículo 23 lo siguiente:

El delito se considera cometido con intención:

- (a) cuando el hecho correspondiente ha sido realizado por una conducta dirigida voluntariamente a ejecutarlo;
- (b) el hecho correspondiente es una consecuencia natural de la conducta voluntaria del autor; o
- (c) cuando el sujeto ha querido su conducta a conciencia de que implicaba un riesgo considerable y no permitido de producir el hecho delictivo realizado.

Artículo 22.- Intención

Finalmente, el Código de 2012 establecía en su Artículo 22 lo siguiente:

El delito se considera cometido con intención:

- (a) cuando el resultado ha sido previsto y querido por la persona como consecuencia de su acción u omisión; o

- (b) el hecho delictivo es una consecuencia natural de la conducta voluntaria del autor; o
- (c) cuando el autor ha previsto o está consciente de que existe una alta probabilidad de que mediante su conducta se produzca el hecho delictivo.

Establecido lo anterior, pasemos entonces a analizar el Artículo 22 propuesto. La definición de “a propósito” es compatible con la doctrina sobre intención específica y con el dolo directo en primer grado (Derecho Civil) contemplada en los tres códigos citados. De igual manera, el “con conocimiento” provee correspondencia entre la intención general y el dolo directo en segundo grado (Derecho Civil). Cabe destacar, además, que incluir “con conocimiento” atiende una omisión reiterada referente a los elementos subjetivos del delito. De este modo, pretende atender el problema de los delitos que no son resultativos pero que requieren que el sujeto activo tenga un conocimiento particular sobre alguno de los elementos del delito. El ejemplo clásico es la posesión de propiedad hurtada, en la cual el “actor” tiene que tener conocimiento de su origen proscrito.

Sobre el concepto de “con conocimiento” es importante advertir, además, un problema muy significativo con la definición propuesta. En la traducción que se pretende incorporar, se omite una palabra clave: *exist*. Nos referimos específicamente al inciso 2(b) de la propuesta, que lee de la siguiente forma:

(b) con relación a un elemento de circunstancia, una persona actúa con conocimiento cuando es consciente de que la existencia de la circunstancia es prácticamente segura.

Por otro lado, el inciso correspondiente del Código Penal Modelo, en su inciso (b) dispone lo siguiente:

If the element involves the nature of his conduct or the attendant circumstances, he is aware that his conduct is of that nature or that such circumstances exist.

Como puede verse, existe una diferencia entre lo propuesto a los fines de que la circunstancia en controversia sea *prácticamente segura versus* que las *circumstances exist*. Como expresamos al principio de este escrito, no tenemos objeciones filosóficas a que se incorpore lo propuesto en el Código Modelo, pero —de incorporarse o de hacer la representación de que se está incorporando— se debe hacer correctamente. Adviértase que el Código Penal Modelo es un código y como tal debe existir un balance adecuado y una estructura coherente entre todas sus disposiciones. Si se altera, se trastoca ese fino balance.

Similar preocupación tenemos sobre la definición de “temerariamente”. Nos parece que la traducción o incorporación del Código Penal Modelo no es igual y, tal como está planteado, tenemos serias objeciones. Primeramente, cuando se define “riesgo” en el Código Penal Modelo se habla de riesgo *sustancial e injustificado (substantial and unjustifiable*

risk). En la enmienda propuesta sólo se habla de “injustificado”. Inclusive, tal y como está definido “temerariamente”, podría incidir en la culpa consciente o en la negligencia como tal. Si se incorpora “riesgo sustancial”, dicha conducta se define entonces como de clara naturaleza intencional, lo que, a su vez, va a requerir un vínculo mayor entre el riesgo incurrido y dicho resultado. Para visualizar con mayor claridad lo anterior, pasemos a examinar con detalle la definición del Código Penal Modelo:

(c) Recklessly: a person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation.

Por su parte, el Artículo 22 (3) propuesto lee de la siguiente manera:

(3) Temerariamente: Una persona actúa temerariamente cuando es consciente de que su conducta genera un riesgo injustificado de

que se produzca el resultado o la circunstancia prohibida por ley.

Como puede verse, se incluye que el “actor” incurrió en una desviación crasa de un estándar de conducta que una persona prudente y razonable debe observar. De ahí surge, precisamente, la necesidad de incluir el *riesgo sustancial e injustificado* para distinguirlo de la negligencia. Ello permitirá establecer una clara distinción entre “temerariamente” y “negligentemente”. En el caso de negligencia, en su modalidad de imprudencia, el “actor” confía en que el resultado ilícito no llegará a producirse, pero acepta que es posible. Por su parte, en la conducta temeraria, el “actor” no quiere el resultado, pero sabe que es una consecuencia probable de su conducta y, aun así, incurre en la conducta conscientemente. Existe, pues, una diferencia evidente entre “posibilidad” *vis a vis* “probabilidad” de resultado en términos de estado mental. Ello se refleja con relativa claridad en el Art. 23, inciso (c), del Código de 2004 y, más específicamente, en el Art. 22, inciso (c), del Código Penal de 2012.

En cuanto a la negligencia, se incorpora parcialmente la definición contemplada en la Sección 2.02 (d) del Código Penal Modelo. Tal y como está plasmado, guarda demasiada similitud con la definición de “temerariamente”, con los riesgos y problemas previamente discutidos. De insistirse en dicha redacción, proponemos que se incluya la descripción de “riesgo” contemplada en el Código Penal Modelo. La misma consiste en: *“the risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would*

observe in the actor's situation".

Artículo 23: Disposiciones misceláneas relacionadas con los elementos subjetivos de los delitos

De mantenerse la redacción propuesta en el Artículo 22, la incorporación de este Artículo 23 es indispensable para un mejor entendimiento y correcta aplicación. No obstante, sugerimos —particularmente en el inciso (3)— una redacción que guarde mayor correspondencia con los términos utilizados en nuestra jurisdicción en lugar de una traducción literal (aunque correcta doctrinalmente) de lo contemplado en el Código Penal Modelo. Advierto que la mayoría de los fiscales y defensores no podrán manejar específicamente el inciso (3) de dicho artículo.

Artículo 24: Error en la persona

Estamos de acuerdo con la eliminación de la responsabilidad en grado de tentativa de los actos ejecutorios realizados contra quien se dirigió la acción original. Tanto el Código Penal de 1974 como el de 2004 incorporaban la llamada intención transferida en los casos de error en la persona. El problema con el Código Penal de 2012 es que estamos hablando de un acto y de una intención; si se transfiere la intención, no puede utilizarse nuevamente para generar responsabilidad penal por otro delito intencional. Hay un solo acto y una intención.

Artículo 25: Legítima defensa

El Código Penal de 2012 eliminó la exigencia de proporcionalidad entre el daño necesario para repeler —o evitar el daño— y el daño causado. En la propuesta se reincorpora dicha exigencia, que ya existía en los códigos de 1974 y 2004.

Artículo 29: Error acerca de un elemento del delito

La definición propuesta nos parece correcta, pero incompleta. Ciertamente, lo relacionado con el error sobre un elemento del delito es sumamente completo y acertado, particularmente cuando establece una adecuación con el elemento mental requerido en ciertos delitos. Expresamos que nos parece incompleta porque solo se incluye el “error del tipo” y no el error sobre la antijuricidad de la conducta, conocido como error de prohibición en la tradición civilista. Nos parece que esta causa de exclusión de responsabilidad penal debe contemplar también el escenario en que el sujeto activo incurre en un “error invencible” sobre las llamadas causas de justificación o exclusión de responsabilidad penal. Si bien es cierto que dicho escenario podría tratarse en algunos casos como una legítima defensa putativa, nuestra doctrina y la jurisprudencia han reconocido el llamado error de prohibición.⁴

4 Véase *Pueblo v. Hernández*, 93 D.P.R. 435 (1966).

Artículo 30: Ignorancia de la ley

Nos parece muy acertado el cambio del título, es decir, de “error de prohibición” a “ignorancia de la ley penal”. Ello está más a tono con el texto del artículo y con los elementos de esta causa de exclusión.

Artículo 34: Conducta insignificante

El Código de 2004 eliminó esta causa de exclusión de responsabilidad penal sin justificación de clase alguna. Nos parece deseable su reincorporación si tomamos en consideración que el Derecho Penal es subsidiario y que solo debe activarse cuando no existen otras medidas menos restrictivas de control social para atender la conducta incurrida. No obstante, existen otros escenarios que podrían estar contemplados en este artículo y que su redacción no necesariamente los cobija. A esos fines, sugerimos que se incluya lo siguiente: “Es tan insignificante en *relación con el resultado* que no amerita su procesamiento”. Dicha inclusión es importante debido a que, en ocasiones, se incurre en determinada conducta que puede tener algún elemento de ilicitud o de riesgo, pero que la sociedad condona o le reconoce cierta utilidad social dada la poca probabilidad o vinculación de dicha conducta con un resultado delictivo. Es decir, existe una tolerancia o valor atribuible a dicha conducta que no justifica la imposición de una sanción. Ciertamente, esta preocupación también puede ser atendida con una buena definición de “causalidad”.

Artículo 35: Definición de tentativa

Tenemos grandes objeciones a los casos de imposibilidad; es decir, aquellos en los que la conducta del sujeto activo no es idónea para producir el hecho delictivo pretendido. La definición de “tentativa” contemplada en los códigos de 1974, 2004 y 2012 incorporaba el principio de idoneidad o la teoría de inequivalencia a los fines de que el medio y la conducta empleados tengan que ser adecuados para la realización del resultado pretendido. Tal y como está planteado, se minimizan dramáticamente dichos principios para convertirse en causa de atenuantes y, solamente en casos extremos, de desestimación.

Artículo 40: Incapacidad mental

Uno de los mayores desaciertos del Código Penal de 2012 fue eliminar de esta causa de inimputabilidad la modalidad del impulso irresistible, el cual ya estaba contemplado en el Código Penal de 1974. Ello creó un gran disloque porque sí estuvo contemplado (el impulso irresistible) en la causa de inimputabilidad de trastorno mental transitorio.

Artículo 42: Intoxicación voluntaria

En términos doctrinales, se mantiene el mismo alcance en el tema de la intoxicación voluntaria, pero el lenguaje propuesto pretende atemperar las nuevas definiciones de intención.

Artículos 43, 44 y 45: Persona responsable, autores y cooperadores

Uno de los grandes problemas propiciados por el Código Penal de 2012 fue imponer responsabilidad como autor a toda persona que de cualquier modo cooperara con la comisión del delito. Por años, tanto en la tradición civilista como en el *Common Law* se han establecido distintos tipos de responsabilidad penal teniendo en cuenta el grado de participación. De ahí surgen los autores, instigadores, cooperadores y cómplices. Por su parte, del *Common Law* surgen los autores principales y los ayudantes (*accessory before and after de fact*). Como expresamos anteriormente, existe una corriente a favor de la teoría de la diferenciación en la que la persona responde según su grado de participación.

Con la aprobación del Código Penal de 2012 se propició que personas cuya participación hubiera sido nominal en la comisión de un acto delictivo tuvieran que asumir el mismo grado de responsabilidad que el autor directo, a pesar de que no tuvieron conocimiento pleno de la conducta delictiva, no tuvieron control de dicha conducta y de que, además, la ayuda suministrada fue de naturaleza genérica y no necesaria ni indispensable para la comisión del delito. Aparte de lo injusto de dicho curso de acción, esto propiciaba también problemas en la tramitación de los casos. Con la reincorporación del cooperador se atienden estas preocupaciones y se delinea con precisión la participación y responsabilidad de cada cual, atendiendo, claro está, la conducta incurrida.

Cabe destacar que la definición de “cooperadores” contemplada en el artículo propuesto es superior a la contemplada en el Art. 44 del Código Penal de 2012. Ello se debe a que el criterio es la naturaleza de la participación o contribución en la consumación del delito, sin depender tanto del conocimiento de la conducta delictiva. Esto último era el elemento principal en la definición previa del cooperador.

Art 48: Penas para las personas naturales

Por las razones previamente expuestas, acogemos con beneplácito la reincorporación de la restricción terapéutica como pena.

Art 49: Reclusión

Nos parece muy favorable que la pena de restricción de libertad sea lo menos limitante posible para lograr los propósitos consignados en este código. Ello es compatible con el Art II, Sección 12, de la Constitución del Estado Libre Asociado y con lo resuelto por el Tribunal Supremo de Puerto Rico en *Pueblo v. Pérez*, 116 D.P.R. 197 (1985).

Artículo 50: Restricción domiciliaria

Nos parece adecuado que se utilice esta pena con mayor amplitud que en códigos pasados. Entendemos que su inclusión en la

categoría de delitos graves que no tengan pena mayor de 8 años, o en delitos de negligencia, es un paso en la dirección correcta y atemperado a una óptica de rehabilitación que debe permear la imposición de la pena. Además, es compatible con que se impongan las medidas menos restrictivas de libertad posible para lograr la finalidad y propósitos de las penas.

Artículo 52: Servicio comunitario

Recomendamos su aprobación por los mismos fundamentos vertidos en el artículo anterior.

Artículo 53: Restricción terapéutica

La incorporación de este artículo es probablemente uno de los aciertos más importantes del proyecto presentado. No obstante, nos parece que debe repensarse el límite impuesto en los delitos graves cuya pena de reclusión sea mayor de 8 años. Nos parece que las penas excesivas contempladas para delitos de sustancias controladas y delitos contra la propiedad realizados por personas adictas excluirían a personas que pudieran beneficiarse del tratamiento que recibirían a través de este tipo de pena.

Artículo 67: Fijación de penas, imposición de circunstancias atenuantes y agravantes

Inexplicablemente, en el Código de 2012 nunca se establecieron lineamientos para atender las situaciones en las que coincidieran agravantes y atenuantes. En el artículo propuesto se atiende con relativa corrección cómo el tribunal atendería el asunto. A esos fines, se establece que el tribunal evaluará el peso de los agravantes y atenuantes aplicables y determinará si se cancelan entre sí o si alguno debe tener mayor peso que los otros.

En relación con el Artículo 65 sobre agravantes, nos parece importante consignar que nos alegra que se haya mantenido el agravante contemplado en el inciso (q), conocido popularmente como crímenes de odio. Recordemos que la aprobación de dicha modalidad sufrió un camino azaroso durante la aprobación del Código de 2012 y es aleccionador que se haya mantenido en la nueva propuesta.

Artículo 69: Mitigación de pena

Con este artículo se amplía la posibilidad de mitigación de pena en aquellos casos en los que el autor se ha esforzado por participar en un proceso de mediación con la víctima y ha restablecido, en su mayor parte, la situación jurídica anterior al hecho delictivo o ha indemnizado o reparado los daños causados. Mediante esta propuesta, se impulsa el concepto de justicia restaurativa como una alternativa al proceso penal tradicional y punitivo.

Artículo 71: Concurso de delitos

Como mencionamos al principio de nuestra ponencia, favorecemos que se restituya la normativa de concursos contemplada en el Código Penal de 2004. Ello es consistente con nuestro mandato constitucional, contemplado en el Artículo II, Sección 12, de la Constitución del Estado Libre Asociado y en la jurisprudencia estatal y federal.⁵

Es importante destacar que el concepto de pena agregada, en lugar de imponer una pena consecutiva, es también consistente con las corrientes existentes en la normativa continental y en los códigos penales modernos de este hemisferio, incluyendo el Código Penal Modelo en su Sección 7.06. Además, la existencia de este artículo va a propiciar que muchos casos puedan consolidarse en un mismo proceso y disponerse mediante una alegación preacordada.

Artículo 72 (a) y (b): Pena del delito continuado; pena del delito masa

Desde el punto de vista doctrinal, nos parece correcto que se haya eliminado el concepto de delito continuado del Art. 71 del Código Penal de 2012, titulado “Concurso de delitos”. Ello se debe a que el delito continuado no implica un concurso de delitos ya que es un solo delito como tal. En esa misma dirección, favorecemos la incorporación de la pena del “delito masa”, que pretende, a su vez, evitar los

castigos múltiples y propiciar penas proporcionales.

Artículo 73 y 74: Grados y penas de reincidencia; normas

Por los mismos fundamentos expuestos anteriormente, favorecemos los ajustes hechos a las penas contempladas en las distintas modalidades de la reincidencia. De igual manera, favorecemos el periodo de 5 años desde que la persona terminó de cumplir la sentencia para poder computar la existencia o no de reincidencia. Ello es consistente con la óptica rehabilitadora que debe contemplar nuestro código por mandato constitucional.

Artículo 81: Aplicación de la medida de seguridad

Favorecemos que la medida de seguridad no resulte más severa ni de mayor duración que la pena aplicable al hecho cometido. Lo anterior era contemplado en el Código Penal de 2004, Artículo 92, y modificado sin mayor explicación por el Código Penal de 2012.

Artículo 92: Asesinato

La definición de “asesinato” propuesta pretende ser compatible con el Artículo 22 sobre elementos subjetivos del delito, particular-

5 Véase *Pueblo v. Alvares Vargas*, 173 D.P.R. 587 (2008); *Ashe v. Swenson*, 397 U.S. 436 (1970); *Blockburger v. US*, 284 U.S. 299 (1932); *Pueblo v. Meléndez Cartagena*, 106 D.P.R. 338 (1977); *Pueblo v. Suárez Fernández*, 116 D.P.R. 807 (1986).

mente en sus modalidades de “a propósito”, “con conocimiento” y “temerariamente”. De entrada, debemos reiterar nuestra preocupación con la definición contemplada para “temerariamente”, particularmente en la medida en que se contempla responsabilidad penal al generar un riesgo injustificado y no necesariamente sustancial. Dicho escenario nos parece sumamente ambiguo y abarcador para contemplar con corrección el grado de subjetividad requerido tradicionalmente en el delito de asesinato.

Artículo 93: Grados de asesinato

Nos parece acertado que se sustituya el término de “toda muerte” por “todo asesinato” en todas las distintas modalidades de asesinato en primer grado. Ciertamente, ello pretende distanciarse de la draconiana y anquilosada doctrina del *Felony Murder Rule* contemplada en el Código Penal de 1974 y en el de 2012. De igual forma requiere, en todas las modalidades, satisfacer el elemento mental o elemento subjetivo del sujeto activo sobre la necesidad de establecer que la muerte se produjo a propósito o con conocimiento por parte del autor y de que, dadas las circunstancias y naturaleza de su conducta, la muerte era una consecuencia prácticamente segura. Adviértase que no incluimos la modalidad de “temerariamente” por las objeciones previamente establecidas.

Artículo 94: Pena de los asesinatos

Coincidimos con la propuesta del

proyecto de bajar las penas de asesinato en segundo grado de 50 a 25 años. Las razones son evidentes y fueron expuestas previamente.

Artículo 95: Homicidio

Vemos favorablemente la sustitución del concepto de “arrebato de cólera” por “perturbación mental extrema para la cual hay una explicación o excusa razonable”. Nos parece que es una descripción más moderna y más precisa de esa conducta y, además, consistente con la adoptada en la Sección 210.3 del Código Penal Modelo. No obstante, nos parece que para poder calibrar bien la razonabilidad de la excusa desde una perspectiva subjetiva debe incluirse la siguiente oración, contemplada también en el Código Penal Modelo: “*The reasonableness of such explanation or excuse shall be determined from the viewpoint of a person in the actor’s situation under the circumstances as he believes them to be*”. Es decir, la razonabilidad de la excusa se evalúa bajo un estándar subjetivo y desde la perspectiva del sujeto activo. Nuevamente, si se pretende incorporar el lenguaje del Código Penal Modelo, debe incluirse en su totalidad o, al menos, en un contexto completo.

Art 96: Homicidio negligente

Nos parece correcto doctrinalmente que se incluya en las dos modalidades agravadas la necesidad de que el sujeto activo incurra en negligencia; además, claro está, de las circun-

stancias contempladas en dichas modalidades agravadas.

Art 189: Vigencia

Tanto de la Exposición de Motivos como de las propuestas específicas contempladas en este artículo, se perciben los grandes errores doctrinales y estructurales en la aprobación precipitada del Código Penal de 2012. A esos fines, nos parece que, contrario a lo propuesto en el Art. 189, todas las enmiendas propuestas deben aplicarse retroactivamente a hechos ocurridos a partir de la entrada en vigor del Código de 2012 y no meramente a lo relacionado con las penas más benignas. Ciertamente, debe ser retroactivo a todo aquello que, de una manera u otra, sea beneficioso para las personas acusadas.

V. Comentarios finales

Por razones de tiempo hemos tenido que limitar nuestra ponencia a aspectos generales de este proyecto y a alguno que otro señalamiento específico. No tenemos duda alguna de que la aprobación de esta propuesta mitigará sustancialmente muchos de los problemas creados por la aprobación del Código Penal de 2012. Es importante hacer un esfuerzo para, a la luz de los señalamientos que se han hecho en las vistas públicas, particularmente los de la Sociedad para la Asistencia Legal (SAL), puedan hacerse mejoras al proyecto presentado, más específicamente en la parte general de Código

Penal. Inclusive, no debe perderse de perspectiva que la disminución de penas que se recomienda en términos cuantitativos y cualitativos sigue siendo muy nominal cuando nos comparamos con estados en Estados Unidos o con otras naciones del mundo occidental. Quizás el problema de modernizar nuestro derecho penal y atemperarlo a las corrientes modernas es un proceso paulatino que tardará algunos años. De lo que no tengo duda es de que este proyecto va en esa dirección. Esperamos, pues, que más temprano que tarde podamos tener un Código Penal del cual podamos sentirnos orgullosos.

Gracias por su atención.

En San Juan, Puerto Rico, a 30
de octubre de 2014.



