



IN REV

REVISTA JURÍDICA UNIVERSIDAD DE PUERTO RICO

VOLUMEN 3

AÑO 2020

DOBLE SUFRIMIENTO

Mujeres víctimas de violencia doméstica ante
ejecuciones de hipoteca

Orlandy Cabrera Valentín

¿QUÉ SIGNIFICA SEXO?

Cómo afecta la ausencia de una definición las
protecciones constitucionales

Emanuel Ramos Martínez

ESTADO DE EMERGENCIA V. ESTADO DE ALERTA NACIONAL

Un reclamo del pueblo contestado a medias.

Alberto López Merlán

REVISTA JURÍDICA

UNIVERSIDAD DE PUERTO RICO

VOLUMEN 89

AÑO 2019-2020

JUNTA EDITORA

Mildred M. Meléndez Otero
Directora

Natalia Rodríguez Burgos
Directora

Rocío del Mar Román Aguilú
Directora

CUERPO EDITORIAL

EDITORES TITULARES

Valeria Belvis Aquino
Ana Cristina Cabán
Orlando J. Colón Soto
Alejandro Coste Sánchez

Joseph M. De Jesús Maldonado
Jynamarie Kuilan Santana
Yaralín Negrón Planell
Owen A. Rivera Colón
Henry D. Rodríguez Gracia

Joshua Rodríguez Rivera
Frank A. Rosado Méndez
Sebastián J. Sánchez Esteve
Adrie M. Simons Obregón

EDITORES ASOCIADOS

Yamillette Albino Rodríguez
Fátima J. Chévere Vega
Lourdes Cortés Feliciano
Judianne Marie Cruz Berríos
Maricel Cruz Lergier
Tania Cruz Martínez
José David Díaz Cabán
Ariselle I. Figueroa Lugo
Melissa M. Gallardo-Negrón
Kevin J. García Dávila

Giuliana González Espino
Gabriel Jiménez Barrón
Luis E. Martínez Moreno
Karleen N. Méndez Benítez
Delfín R. Méndez Baduí
Verónica Olivera Vélez
Joanne Pimentel De Jesús
Michelle C. Pérez Ayala
Carla M. Pérez Meléndez
Ignacio Portela Cabán

Stephanie Quiles Torrens
Joshua S. Ramos Lucena
Marcos R. Reyes Negrón
André Steffan Ríos Ramírez
Jose Rivera Aparicio
Viviana R. Rivera Reyes
Jayra N. Rodríguez Ortiz
Orlando J. Rosa López
Rafael J. Silverio Alvarado
Gabriela A. Valentín Ríos

REDACTORES

Orlandy Cabrera Valentín
Paola A. Guzmán Alejandro

Alberto López-Merlán
Edwin Amaury Marrero-Pérez
Annie Lorena Ramírez Hernández
Natasha Ramos Ayala

Emanuel Ramos Martínez
Lorena I. Vélez Miranda

PORTAVOZ

Melanie Rivera Ruiz

DIRECTOR DIGITAL

José L. Maymí

COORDINADORA DE ACTIVIDADES

Beatriz García Santiago

JEFA DE REDACTORES

Hedy I. Nieves Crespo

COLABORADORES

Giovanni Fantauzzi Clemente
Ivannayelí Hernández Nieves
Stephanie N. Pérez Díaz

Manuel Alberto Muñiz Torres
Priscilla M. Nieves Pagani
Emmanuel Rivera Otero

CONSEJO ASESOR

Glenda Labadie-Jackson
Hiram A. Meléndez Juarbe

Nilda Navarro Cabrer
Jean-Carlos Pérez

CONSEJERO ACADÉMICO

Oscar Miranda-Miller

OFICIAL ADMINISTRATIVO

Ivonne M. Martínez Correa

IN REV
REVISTA JURÍDICA
UNIVERSIDAD DE PUERTO RICO

VOLUMEN 3

AÑO 2020

- 1 Doble sufrimiento: Mujeres víctimas de violencia doméstica ante ejecuciones de hipotecas
Orlandy Cabrera Valentín
- 7 Estado de emergencia v. Estado de alerta nacional
Alberto López Merlán
- 19 ¿Llegan a la Corte Suprema las primeras señales de la desaparición del derecho al aborto?
Orlandy Cabrera Valentín
- 25 Los derechos de las víctimas de delito en Puerto Rico y en Estados Unidos Mexicanos en el sistema de justicia penal
Orlandy Cabrera Valentín
- 41 Matrimonios de segunda clase: El intento por dismantelar el matrimonio igualitario
Anagabriela Esquerdo Pérez
- 53 Mi alma mater es patrimonio cultural: Una nota reflexiva
Emanuel Ramos Martínez
- 58 PROMESA ante el Supremo: Una narración crítica de una argumentación oral
Emanuel Ramos Martínez
- 66 ¿Qué significa sexo?
Emanuel Ramos Martínez
- 75 To Impeach a President
Alberto López Merlán
- 84 *What's the Game Plan? Developing Criminal Defenses in Sports Violence*
Gretchen M. Colón Fuentes
- 99 *Introducción al derecho de marcas en Puerto Rico*
Alexiomar D. Rodríguez López
- 107 *Consentimiento sexual en las relaciones de pareja a la luz de la Ley 54: ¿Hasta dónde tiramos la raya?*
Mildred M. Meléndez Otero

DOBLE SUFRIMIENTO: MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA ANTE EJECUCIONES DE HIPOTECAS

COMENTARIO

Orlandy Cabrera Valentín*

INTRODUCCIÓN

INICIALMENTE, BAJO EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN REDACTADO POR LA Convención Constituyente, se elevaba a rango constitucional el derecho a una vivienda. Hoy día dicha disposición no existe en nuestra Carta Magna, pero la Asamblea Legislativa, en su interés de proteger la familia y fomentar la adquisición de propiedades residenciales, ha estatuido en gran medida dicho derecho en diversas piezas legislativas como la *Ley del Derecho a la Protección del Hogar Principal y el Hogar Familiar*, mejor conocida como “Hogar Seguro”. Sin embargo, esta ley va encaminada a impedir la venta por sentencia judicial, del hogar principal de un deudor por no haber satisfecho cualquier obligación contractual. En ese sentido, este derecho estatutario es uno irrenunciable, excepto en casos donde “[s]e obtenga una hipoteca, que grave la propiedad protegida”.¹

En Puerto Rico, la mayoría de las familias que tienen el dominio sobre la residencia que habitan, o que son dueños de la propiedad, adquirieron dicho derecho al efectuar un contrato de préstamo con una garantía hipotecaria sobre dicha residencia. Esto quiere decir que en caso de que se incumpla con el pago mensual del préstamo, el acreedor hipotecario, entiéndase la institución financiera (el banco en la mayoría de los casos), puede ejecutar (vender en pública subasta) el hogar hipotecado, aunque la persona sea dueña de la propiedad o la misma le pertenezca a otro individuo.

Sin embargo, influenciados por una sociedad capitalista y enfocada al consumismo acelerado de bienes y servicios, es normal que, durante ese proceso, tanto personas naturales como entidades jurídicas, se encuentren en una situación complicada de no tener los recursos suficientes para cumplir con sus obligaciones. Esto a su vez repercute en incumplimientos contractuales y consecuencias nocivas para dicho deudor como, por ejemplo, la pérdida de una propiedad por medio de una ejecución hipotecaria. En una economía fuerte, robusta y creciente este tropiezo en el camino no debe representar el fin, sino un obstáculo que puede ser superado al incursionar nuevamente en el mercado laboral donde se tiene la posibilidad de recuperar la estabilidad económica para así contraer nuevas obligaciones contractuales cuya garantía puede ser asegurada.

Así, pues, en un país donde tanto el crecimiento como el desarrollo económico no van en aumento, sino que en picada, es casi imposible recuperarse de un golpe económico que impide continuar efectuando transacciones económicas de bienes y servicios. Con relación a ello, se ha dicho que “[l]a economía de Puerto Rico lleva trece años en recesión (desde el 2006), el empleo ha caído casi por 21.6% y la inversión bruta de capital fijo por más de 24.5%”.² Por consiguiente “[la] economía de Puerto Rico se encuentra en un estancamiento secular, la

* El autor es estudiante de segundo año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico y redactor digital de *In Rev*.

¹ Ley del Derecho a la Protección del Hogar Principal y el Hogar Familiar, Ley Núm. 195-2011, 31 LPRÁ § 1858a.

² Nicolemarie Peña Cartagena, *Análisis de la doctrina rebus sic stantibus a la luz de las decisiones de los tribunales y la modificación de los contratos en ciclos económicos*, 88 REV. JUR. UPR 540, 547 (2019).

mayoría de los indicadores económicos importantes han estado contrayéndose o estancados desde el 2006”.³ Sosteniendo la proposición anterior, “[s]egún datos del Banco Gubernamental de Fomento de Puerto Rico (BGF) para los años fiscales del 2006 hasta el 2016 el PNB se contrajo en -15.9%, es decir, hubo un decrecimiento de la economía”.⁴

A raíz de esta realidad económica por la que atraviesa la Isla, es entendible que las ejecuciones de hipoteca aumenten con el pasar del tiempo. Sin embargo, este aumento ha sido desproporcional y sin precedentes durante los últimos dos años. Según la organización sin fines de lucro Ayuda Legal Puerto Rico, “[e]n 2017, el año en que pasaron los huracanes, Irma y María, se registraron 16 ejecuciones de hipotecas por día. Este año, solo en los dos primeros meses (enero y febrero 2019), 459 viviendas fueron ejecutadas por los bancos”.⁵ En ese sentido, los medios de comunicación destacaron que “[l]a organización, luego de haber realizado un análisis exhaustivo sobre el panorama hipotecario en la isla, determinó que en la actualidad existen más de 250,260 viviendas en riesgo de ser ejecutadas por las instituciones financieras del país.⁶ Según el Proyecto para la Prevención de Ejecuciones de Hipotecas, esta cifra elevada se debe no tan solo a la incapacidad de los deudores hipotecarios para cumplir con su prestación contractual mensual, producto del impacto directo e indirecto de los huracanes, sino también por la falta de una adecuada asesoría que desemboca a que “[l]a gran mayoría de las personas . . . se intimid[e]n ante los procesos bancarios, sient[a]n vergüenza y descono[z]can los derechos que le asisten, antes, durante y después de un proceso de ejecución hipotecaria”.⁷

I. Dualismo tortuoso: Violencia doméstica y ejecución de hipoteca

Dentro de ese cúmulo de personas que se están viendo afectadas ante la inminente ejecución judicial de su propiedad, se encuentran las mujeres víctimas de violencia doméstica. Como es sabido, “[l]a violencia doméstica es un patrón de conducta donde se emplea la fuerza física, el maltrato psicológico, la agresión sexual, la intimidación o la persecución contra una persona por parte de su pareja o ex-pareja”.⁸ En ese sentido, este tipo de conducta antisocial “[v]iola los derechos humanos de sus víctimas y constituye un delito, según las leyes de Puerto Rico”.⁹ Según las estadísticas de la Policía de Puerto Rico y como puede apreciarse en la Tabla 1, para el mes de enero de 2019 hubo 563 casos de violencia doméstica de los cuales 466 fueron contra el género femenino. Para el mes de febrero de este mismo año hubo un total de 550 casos de violencia doméstica de los cuales 452 fueron contra la mujer. Así mismo, para el mes de marzo 551 seres humanos fueron víctima de esta despreciable conducta comprendiendo 467 mujeres en total.

³ *Id.*, en la pág. 549.

⁴ *Id.*

⁵ El Nuevo Día, *Alertan sobre una crisis de ejecuciones de hipotecas en la isla*, (15 de mayo de 2019), <https://www.elnuevodia.com/negocios/finanzas/nota/alertansobreunacrisisdeejecucionesdehipotecasenlaisla-2494020/>.

⁶ *Id.*

⁷ MICROJURIS, *Derecho a tu casa publica libro digital para prevención de ejecuciones de hipoteca*, (13 de enero de 2018), <https://aldia.microjuris.com/2018/01/13/derecho-a-tu-casa-publica-libro-digital-para-prevencion-de-ejecuciones-de-hipoteca/>.

⁸ Oficina de la Procuradora de las Mujeres, *Violencia Doméstica*, <http://www.mujer.pr.gov/ViolenciaDomestica/Pages/default.aspx>, (última visita 29 de octubre de 2019).

⁹ *Id.*

Tabla 1: Estadísticas del 1 de enero de 2019 al 31 de marzo de 2019.¹⁰

| Mes | Cantidad Total Incidentes VD Femenino | Cantidad Total Incidentes VD Masculino |
|--------------|---------------------------------------|--|
| Enero 2019 | 466 | 97 |
| Febrero 2019 | 452 | 98 |
| Marzo 2019 | 467 | 84 |

Como vemos, el fenómeno de la violencia doméstica es uno que no sólo se manifiesta en el género femenino, sino que también se deja sentir en el género masculino. Sin embargo, su mayor incidencia es contra las mujeres. Se ha dicho que “[l]a violencia contra la mujer en las relaciones de pareja es un problema social que afecta a miles de mujeres en todo el mundo”.¹¹ Ahora bien, anteriormente mencionamos que este patrón de conducta no se ciñe únicamente a la violencia física, sino también a violencia psicológica, sexual, intimidación y entre otras. En ese sentido, en los últimos años se ha desarrollado en Puerto Rico una nueva modalidad de violencia doméstica contra la mujer. Con ello nos referimos, a la práctica del cónyuge varón (en su mayoría) de lastimar a su pareja al no pagar la hipoteca de la casa de manera que resulta en la ejecución de la propiedad. En ese sentido, la violencia contra la mujer en el ámbito de la pareja es “[l]a forma de violencia más común que experimentan las mujeres en todo el mundo”.¹² Antes de continuar, debemos destacar que existen otras variantes de violencia que padecen las mujeres. Así, pues, y a manera de ejemplo existe la violencia contra la mujer dentro de la familia, dentro de la comunidad, el contenido o tolerada por el Estado y la suscitada en conflictos armados.¹³

A tenor con ello, “muchos de los casos de violencia comienzan en medio de la crisis económica matrimonial que desemboca en una ejecución”.¹⁴ En la mayoría de los casos la mujer depende económicamente del hombre y tras el divorcio, el marido utiliza dicha dependencia para hacer daño a su pareja haciendo que la misma se enfrente *sola* ante un monstruo corporativo sin sensibilidad que lo único que busca es recuperar su dinero, aunque sea a costa de la dignidad de una persona. En afirmación a lo anterior, se ha dicho que “[t]he majority of women remain economically dependent. A woman's intellectual and social possibilities are conditioned primarily by her husband's income.”¹⁵ Más aun:

Gender disparities in poverty are rooted in inequalities in access to economic resources. In many countries, women continue to be economically dependent on their spouses. Lower proportions of women than men have their own cash income from labour as a result of the unequal division of paid and unpaid work. In developing countries, statutory and customary laws continue to restrict women's access to land and other assets, and women's control over household economic resources is limited. In nearly a third of developing countries, laws do not guarantee the same inheritance rights for women and men, and in an additional half of

¹⁰ Véase POLICIA DE PUERTO RICO, *Estadísticas sobre Violencia Doméstica*, <https://policia.pr.gov/estadisticas-de-violencia-domestica/#1558725940803-63c63736-1535>, (última visita 30 de octubre de 2019).

¹¹ Marisol Lila, *Investigación e Intervención en Violencia contra la Mujer en las Relaciones de Pareja*, 19-II Psychosocial Intervention 105 (2010).

¹² Antonio Jesús Yugueros García, *La violencia contra las mujeres: conceptos y causas*, 18 Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales, 147, 151 (2014).

¹³ *Id.*, en las págs. 152-53.

¹⁴ Aixa Sepúlveda, *Ejecuciones hipotecarias afectan más a las mujeres*, NOTICEL (14 de septiembre de 2019), <https://www.noticel.com/economia/ejecuciones-hipotecarias-afectan-mas-a-las-mujeres/1120762540>.

¹⁵ Charles Zueblin, *The Effect on woman of Economic Dependence*, American Journal of Sociology, Vol 14, No. 5, 608 (Mar. 1909), <https://www.jstor.org/stable/pdf/2762638.pdf?refreqid=excelsior%3A5388778d8f1b55bb3119fec8dc6ce927>.

countries discriminatory customary practices against women are found. Moreover, about one in three married women from developing regions has no control over household spending on major purchases, and about one in 10 married women is not consulted on how their own cash earnings are spent.¹⁶

Ante esto, las “víctimas de violencia doméstica deben enfrentar al agresor sin que se brinde ningún tipo de seguridad ni se muestre sensibilidad”.¹⁷ En esa línea de pensamiento, el Licenciado Ángel Velázquez indica que en los casos en que el agresor se va de la casa y la víctima no o cuando es la víctima es quien abandona el hogar por desesperación, aún cuando no tiene dónde vivir, ella está sujeta al pago de la hipoteca ya que ambos son deudores solidarios del monto total de la deuda.¹⁸ De lo anterior expuesto, notamos que esta nueva modalidad no le infringe daño físico alguno a la mujer, sino que más bien es uno psicológico. En ese sentido, es preciso destacar lo siguiente:

El fin último que pretende conseguir el maltratador con su conducta violenta . . . no es ocasionar unas determinadas lesiones, *lo que realmente busca es ‘aleccionar’ a la mujer, para que quede de forma expresa y clara que él es el que mantiene la autoridad en la relación, y determinar la situación que a ella le corresponde, que no es otra que la subordinación y sumisión a este hombre.*¹⁹

El hombre en estos casos busca demostrar y mantener la autoridad en la relación tóxica de pareja. Así pues, el objetivo principal del agresor en este tipo de modalidad de violencia doméstica es someter a la mujer a un estado de trauma psicológico. Así, pues, en los casos de ejecuciones de hipoteca la mujer, ante la indiferencia de su pareja, se ve atrapada en el dilema de no tan solo sobrellevar las cicatrices dejadas en su piel o esencia como persona, sino también de enfrentar ella sola un proceso hipotecario en el cual no se toma en consideración el trasfondo social, económico ni emocional de la persona afectada. En ese sentido, según expresiones del Licenciado Velázquez Grau, cuando el ente bancario entabla una demanda y el emplazador notifica a la demandada, le notifica que no se preocupe en buscar un abogado, que mejor se dirija a la división legal de la institución financiera para que la orienten sobre el proceso de *loss mitigation*.²⁰ Con la noción de que el banco la iba a ayudar en este proceso, no se contestaba la demanda, se anotaba rebeldía y en cuestión de semanas llegaba un alguacil del tribunal para ejecutar el proceso de lanzamiento.²¹ Esta práctica de ayudar, considerar o requerir documentos adicionales para el proceso de refinanciamiento de la hipoteca, y al mismo tiempo entablar una demanda de ejecución de hipoteca es lo que se conoce como *Dual Tracking*, práctica ilegal bajo las leyes federales.²²

Ahora bien, una vez el *Dual Tracking* comienza a ser atacado a nivel federal, las instituciones financieras comienzan a buscar otras alternativas que les ayuden a agilizar el proceso de ejecución. Así, pues, entró en juego el proceso de mediación compulsoria. En ese sentido, antes de la aprobación de la Ley 38-2019, los bancos o los acreedores hipotecarios requerían que cada uno de los deudores asistiera a la reunión de mediación o de lo contrario la misma

¹⁶ UNITED NATIONS, *The World's Women 2015: Trends and Statistics*, 14 (2015), https://unstats.un.org/unsd/gender/downloads/worldswomen2015_report.pdf.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ José Velázquez Grau, Estrategias de litigación en casos de ejecuciones de hipotecas, Convención Anual del Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico (13 de septiembre de 2019).

¹⁹ Antonio Jesús Yugueros García, *supra*, nota 12, en la pág. 151 (énfasis suplido).

²⁰ Velázquez Grau, *supra* nota 14.

²¹ *Id.*

²² 12 C.F.R. § 1024.41.(2019)

no se llevaba a cabo.²³ Esto en muchas ocasiones representaba un esfuerzo oneroso para esos deudores ya que algunos se encontraban fuera del país o no tenían el tiempo para poder asistir a la mediación. Por otro lado, esto presentaba una ventaja para los agresores de violencia doméstica quienes, con el propósito de afectar psicológica y emocionalmente a sus parejas, no asistían a la reunión de mediación de manera que el acreedor hipotecario procedía inmediatamente con la presentación de la demanda para la ejecución de la propiedad. A tenor con lo anterior, como la ley no especificaba si se requería la comparecencia de todos y cada uno de los deudores, los abogados corporativos utilizaban esa deficiencia jurídica a su favor para evadir la mediación.

Ante estos tecnicismos la Asamblea Legislativa aprueba la Ley 38-2019 la cual subsana ese vacío jurídico en la medida en que no requiere la comparecencia de todos los deudores solidarios o de toda la sucesión, sino que basta con que uno de ellos comparezca a la reunión de mediación con el consentimiento expreso de los demás deudores.²⁴ Sin embargo, “las nuevas enmiendas en el proceso de mediación compulsoria no contemplan las necesidades de esta población y esto las expone, por ejemplo, a tener que sentarse con la persona agresora a negociar con el banco . . .”.²⁵ Esto es así, debido a que la ley establece que si un deudor solidario no está de acuerdo con que el otro codeudor lo represente en la reunión de mediación, “quedará obligado a comparecer personalmente al acto de mediación y negociación, so pena de desacato . . .”.²⁶ En este sentido, antes de la enmienda, el agresor no asistía a la reunión de mediación porque sabía que si no lo hacía, el banco le denegaba la posibilidad a su pareja de refinanciar su hipoteca. Luego de la enmienda, la mujer puede asistir a la mediación sin contar con la comparecencia de su pareja, pero ahora éste se niega a que ella lo represente y, por ende, tiene que asistir a la reunión so pena de desacato. Así, pues, la mujer tiene ante sí a su agresor que, claramente, se niega a negociar y que al mismo tiempo representa el trauma psicológico por el que ha pasado. Por otro lado, se encuentra la institución financiera cuyo fin no es lograr un refinanciamiento, sino un tranque en el proceso para proceder con la ejecución.

CONCLUSIÓN

Atravesar por un proceso donde existe la alta posibilidad de perder tu hogar y al mismo tiempo lidiar con las cicatrices de una relación sentimental que en vez de cultivar amor causó dolor, es una situación difícil, traumatizante y angustiosa para las mujeres. En ese sentido, es nuestra opinión que las víctimas de violencia doméstica tienen que enfrentar las copiosas vicisitudes que le impone un sistema corporativo cuyo propósito es aumentar sus ganancias capitales mediante el atropello indigno de la población. Ejemplo de ello, fue cuando cerca de 200 ejecutivos de diversas corporaciones multinacionales de Estado Unidos suscribieron una declaración uniforme donde reconocen que “[c]ompanies should no longer advance only the interests of shareholders”.²⁷ En ese sentido, reconocieron que la actual ideología corporativa “[h]as contributed to the economic inequality we see today in America . . .”.²⁸ Ahora bien,

²³ Ley para enmendar el Artículo 3 de la Ley Núm. 184 de 2012, Ley para la Mediación Compulsoria y Preservación de tu Hogar en los Procesos de Ejecuciones de Hipotecas de una Vivienda Principal, Ley Núm. 38-2019, 32 LPRA §2882 (2017 & Supl. 2019).

²⁴ *Id.*

²⁵ Sepúlveda, *supra* nota 12.

²⁶ 32 LPRA § 2882.

²⁷ David Gelles & David Yaffe-Bellany, *Shareholder Value Is No Longer Everything, Top C.E.O.s Say*, The New York Times (Aug 21, 2019), <https://www.nytimes.com/2019/08/19/business/business-roundtable-ceos-corporations.html>.

²⁸ *Id.*

aunque ha habido legislación para frenar la crisis hipotecaria, la misma no contempló un problema que se venía engendrando desde hace tiempo. Se debe tomar acción en todos los frentes para que el doble sufrimiento; la violencia doméstica mezclado con la ejecución de hipoteca, no siga afectando a una de las poblaciones más vulnerables de nuestro país.

ESTADO DE EMERGENCIA V. ESTADO DE ALERTA NACIONAL

ARTÍCULO

Alberto López Merlán*

INTRODUCCIÓN

ESTE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2019, LA GOBERNADORA WANDA VÁZQUEZ Garced, (en adelante, “Gobernadora”) emitió un comunicado en donde declaró un estado de alerta nacional por primera vez en la historia de Puerto Rico.²⁹ Esto se debió a los reclamos de distintas organizaciones feministas del país, que llevaban más de un año solicitando que se declarara un estado de emergencia por la crisis de violencia de género que atraviesa nuestra sociedad.³⁰ Este escrito desea comparar desde un marco legal las similitudes y diferencias que presentan la declaración de un estado de emergencia y un estado de alerta nacional. Antes de entrar en ese análisis, es necesario discutir cuáles fueron los eventos que impulsaron el estado de alerta nacional, empezando por reconocer que en Puerto Rico hay una crisis de violencia de género que debe ser atendida con la mayor premura.³¹

I. Crisis de violencia de género en la sociedad

La violencia de género es la violencia que se propina de un sexo a otro, sin embargo, este fenómeno social suele identificarse más con las mujeres que con los hombres, pues en los estudios estadísticos sobre el tema –los cuales serán discutidos más adelante- se ha encontrado que la mayoría de las víctimas de violencia de género son mujeres o mujeres transexuales. Existen distintas maneras, ya sea físicamente, psicológicamente y/o emocionalmente en donde se manifiesta la violencia de género.³²

Luego de del paso del huracán María en Puerto Rico los casos de violencia de género han aumentado.³³

A. Estadísticas

Las siguientes estadísticas son recopiladas por la Policía de Puerto Rico. Estos datos evidencian el aumento de este fenómeno en su transcurso luego del paso del huracán María

* El autor es estudiante de tercer año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico y redactor digital de *In Rev*.

²⁹Ricardo Cortés Chico, *Wanda Vázquez emite estado de alerta ante violencia contra la mujer*, EL NUEVO DÍA (4 de septiembre 2019), <https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/wandavazquezemiteestadodealertaanteviolenciacontralamujer-2515925/>.

³⁰Frances Rosario, *Feministas se reúnen mañana con Wanda Vázquez*, PRIMERA HORA (21 de agosto de 2019), <https://www.fortaleza.pr.gov/content/gobernadora-wanda-v-zquez-garced-se-re-ne-con-l-deres-de-organizaciones-feministas>.

³¹Marcia Rivera, *La violencia de género: ¡Estado de emergencia ya!*, EL NUEVO DÍA (27 de agosto de 2019), <https://www.elnuevodia.com/opinion/columnas/laviolenciadegeneroestadoeemergenciaya-columna-2514154/>.

³²Vease, <https://psicologiaymente.com/forense/tipos-violencia-de-genero> (para ver ejemplos de cómo se concreta la violencia de género en sus distintos ámbitos).

³³Vease, Claire Tighe y Lauren Gurley, *Después del huracán María aumentan los casos de violencia contra la mujer en Puerto Rico*, EL NUEVO HERALD (07 de mayo de 2018), <https://www.elnuevoherald.com/opinion-es/trasfondo/article210618279.html> (última visita 13 de mayo de 2018).

y en la actualidad. También exponen las distintas agresiones que sufren las víctimas de violencia de género.

i. Violencia doméstica

La violencia doméstica es la violencia que se desarrolla en el hogar, y ésta no se limita a la violencia física, sino también a todo tipo de violencia psicológica o emocional.³⁴ En el año 2017, se reportaron oficialmente 8,217 incidentes de violencia doméstica de las cuales catorce mujeres resultaron muertas, mientras que en el 2018 se reportaron oficialmente 8,227 incidentes de violencia doméstica de los cuales resultaron muertas veintiséis mujeres.³⁵ En lo que va de año, se han reportado oficialmente 3,880 casos de violencia doméstica,³⁶ donde han resultado nueve mujeres muertas. Cabe destacar, además, que de las veintidós muertes de mujeres registradas este año —relacionadas a distintas causas—, ocho de estas han sido producto de violencia doméstica, por lo que la violencia doméstica figura como la primera causa de muerte en las mujeres en Puerto Rico.³⁷

Tabla 1: Estadísticas de incidentes de violencia domestica

| Año | Incidentes | Muertes |
|-----------------------------------|------------|---------|
| 2017 | 8,217 | 14 |
| 2018 | 8,227 | 23 |
| Estadísticas al momento (2019) | 3,880 | 9 |

ii. Delitos sexuales

Las estadísticas de sodomía y violación técnica deberían incluirse en el renglón de agresión sexual, pues dichas estadísticas no son delitos independientes bajo el código penal actual,³⁸ sino que dichas conductas están tipificadas bajo el delito de agresión sexual. En códigos penales anteriores como el del 1974 o 2004 si había tal distinción. No obstante, se mostrarán las estadísticas como son recopiladas por la Policía de Puerto Rico.

³⁴ Vease, Ley de prevención y intervención con la violencia doméstica, Ley Núm.. 54 de 15 de agosto de 1989, 8 LPRA § 602(p) (para una definición más abarcadora)

³⁵ *Incidentes y muertes reportadas por violencia doméstica desde el 2010 al 2018*, OFICINA DE LA PROCURADORA DE LAS MUJERES,

<http://www.mujer.pr.gov/Estadísticas/ViolenciaDomestica/Incidentes%20vs%20Muertes%20VD%202010-2018.pdf>; *Incidentes de Violencia Doméstica año 2019*,

<http://www.mujer.pr.gov/Estadísticas/ViolenciaDomestica/Incidentes%20de%20VD%202019.pdf>.

³⁶ Cabe recalcar que estas estadísticas no están actualizadas en el presente, por lo que cuando sean actualizadas se espera que los numero hayan aumentado.

³⁷ *Informe Preliminar de Asesinatos 2019*, GOBIERNO DE PUERTO RICO POLICIA, <https://policia.pr.gov/informe-preliminar-de-asesinatos/> (última visita 3 de octubre de 2019). (En contraste con la de los hombres, cuya primordial causa de muerte es asuntos relacionados al tráfico de drogas).

³⁸ Cod. Pen. PR

En el año 2017, 681 mujeres sufrieron de delitos sexuales.³⁹ De estas mujeres, 127 fueron agredidas sexualmente —violadas—,⁴⁰ 12 fueron sodomizadas,⁴¹ 418 fueron víctimas de actos lascivos,⁴² 15 fueron objeto de incesto y 109 fueron víctimas de violación técnica.⁴³ En el año 2018, se observó un aumento significativo de 145 mujeres víctimas de delitos sexuales, pues el número oficial de casos reportados de víctimas de delitos ese año fue de 826.⁴⁴ Para este año, —estadísticas actualizadas hasta mayo— se han reportado 387 casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres.⁴⁵

Tabla 2: Delitos sexuales

| Año | Violación | Sodomía | Violación técnica | Actos lascivos | Incesto | Víctimas en total |
|-------------------------|-----------|---------|-------------------|----------------|---------|-------------------|
| 2017 | 127 | 12 | 109 | 418 | 15 | 681 |
| 2018 | 132 | 18 | 115 | 543 | 20 | 826 |
| En la actualidad (2019) | 194 | 7 | 20 | 33 | 133 | 387 |

iii. Órdenes de protección

Bajo la *Ley de prevención e intervención con la violencia doméstica* (en adelante, “ley 54”), una orden de protección es “todo mandato expedido por escrito bajo el sello de un tribunal, en la cual se dictan las medidas a un agresor para que se abstenga de incurrir o llevar a cabo determinados actos o conducta constitutivos de violencia doméstica”.⁴⁶ Para el año fiscal que comprende del 2017 al 2018, se solicitaron 11,331 órdenes de protección, de las cuales 1,784 tenían menores involucrados.⁴⁷ De las 11,331 órdenes solicitadas, 3,615 fueron denegadas —indicando el gran número de órdenes de protección que no llegan a surtir un efecto—. ⁴⁸

³⁹ Estadísticas de Maltrato a Menores y Delitos Sexuales 2016 – 2017, OFICINA DE LA PROCURADORA DE LAS MUJERES, <http://www.mujer.pr.gov/Estadísticas/AgresionSexual/Delitos%20Sexuales%20PR%202016-2017.pdf> (última visita 5 de octubre de 2019) (Dentro de esta categoría se encuentran los delitos de sodomía, incesto, violación técnica, actos lascivos y agresión sexual.)

⁴⁰ Vease, COD. PEN. PR art. 130, 33 LPRÁ §5191 (para ver la definición del delito según el Código Penal).

⁴¹ No es un delito separado de agresión sexual. Está tipificado dentro del delito de agresión sexual y es se concretiza cuando la víctima sufre una penetración en sus cavidades anales.

⁴² Vease, *Id.*, §5194 (para la definición del delito según el Código Penal)

⁴³ Vease, *id.* §5192 (para la definición del delito de incesto según el código penal) (violación técnica no es un delito independiente, dicha conducta está tipificada en el delito de agresión sexual y se concretiza cuando el violador consensualmente sostiene relaciones sexuales con una menor de 16 años y/o cuando el violador sostiene relaciones sexuales con una persona que por su enfermedad mental no podía comprender la naturaleza del acto.

⁴⁴ *Casos de Delito Sexual*, OFICINA DE LA PROCURADORA DE LAS MUJERES, <http://www.mujer.pr.gov/Estadísticas/AgresionSexual/Delitos%20sexuales%202018.pdf> (última visita 5 de octubre de 2019). *Id.*

⁴⁵ *Casos de Delito Sexuales Año 2019*, OFICINA DE LA PROCURADORA DE LAS MUJERES, <http://www.mujer.pr.gov/Estadísticas/AgresionSexual/Delitos%20Sexuales%20%202019.pdf> (última visita 5 de octubre de 2019).

⁴⁶ Ley de prevención e intervención con la violencia doméstica, Ley Núm. 54 de 15 de agosto de 1989, 8 LPRÁ §§ 602 (2014 & Supl.2018). *Id.*

⁴⁷ *Estadísticas sobre solicitudes de órdenes de protección y órdenes de protección emitidas por región para Año Fiscal 2017-201*, OFICINA DE LA PROCURADORA DE LAS MUJERES, <http://www.mujer.pr.gov/Estadísticas/OrdenesDeProteccion/Estadísticas%20Orden%20de%20Protección%20%202017-18.pdf> (última visita 5 de octubre de 2019).

⁴⁸ *Id.* (Las estadísticas del año fiscal que comprende del 2018 al 2019 aún no están disponibles porque aún no ha transcurrido este año fiscal, por lo que no podré abundar sobre dichas cifras)

Tabla 3: Ordenes de protección

| Año fiscal | Órdenes solicitadas | Órdenes denegadas | Ordenes en las que había un menor o menores envueltos |
|------------|---------------------|-------------------|---|
| 2017-2018 | 11,331 | 3,615 | 1,784 |

B. Reconociendo la crisis

En la esfera pública hay funcionarias como la representante Milagros Charbonier, que plantean un discurso desacreditando los reclamos de varias colectivas feministas, describiendo que los “reclamo[s] va[n] más allá de la cuestión de trabajar realmente con las necesidades de la mujer puertorriqueña y es un reclamo político. . .” y que la violencia de género en Puerto Rico “[n]o se ha salido de las manos. . .”. Las recientes noticias que se observan en la prensa de Puerto Rico denotan la realidad de la existencia de un problema serio de violencia de género en el país.⁴⁹ Las estadísticas evidencian esta aseveración, las mismas reflejan un alto volumen de casos, y dada la proliferación y la cantidad de estos se ha creado una crisis. Por tal razón, esta crisis debe ser atendida inmediatamente.

II. Rumbo al estado de alerta nacional

A. El rol protagónico de las organizaciones feministas

Es la primera vez que hay un movimiento político en que el eje es el tema del género, ese es un aspecto importante, y no pasó por casualidad. Llevamos décadas haciendo el trabajo desde múltiples espacios: las mujeres protestando en las calles, a veces solas, a veces pocas, a veces más, pero toda esa experiencia de trabajo de décadas se vio manifestada en el proceso del verano de 2019. . . .⁵⁰

El reclamo de un estado de emergencia por parte de las organizaciones feministas no surge de la nada, al contrario, dicho reclamo ha sido uno constante a raíz del aumento significativo de la violencia de género que se ha estado manifestando en Puerto Rico desde el año 2017 hasta el presente. Aunque la violencia de género se manifiesta de distintas maneras, el reclamo por un estado de emergencia estaba mayormente dirigido a detener las muertes que han estado ocurriendo recientemente en el país.⁵¹

⁴⁹ Miguel Rivera Puig, *Mecánico mata a su esposa y se suicida*, EL VOCERO (16 de abril de 2019), https://www.elvocero.com/ley-y-orden/mec-nico-mata-a-su-esposa-y-se-suicida/article_15a11c58-5ff3-11e9-80f3-27e2c4852f50.html.

⁵⁰ Aixa Sepúlveda, *Vanguardia Femenina abrió paso al verano del 2019*, NOTICEL (9 de septiembre 2019), <https://www.noticel.com/ahora/vanguardia-femenina-abrio-paso-al-verano-de-2019/117579406> (citando a Esther Vicente).

⁵¹ Véase, Miguel Rivera Puig, *Acusarán a joven sospechoso de quemar a adolescente en Cabo Rojo*, EL VOCERO (24 de marzo de 2019), https://www.elvocero.com/ley-y-orden/acusar-n-a-joven-sospechoso-de-quemar-a-adolescente-en/article_309bf32a-4e41-11e9-833f-c31246196615.html; Miguel Rivera Puig, *Policía balea a su pareja y luego se dispara*, METRO PUERTO RICO (08 de septiembre de 2018), https://www.elvocero.com/ley-y-orden/polic-a-balea-a-su-pareja-y-luego-se-dispara/article_f10e43bc-b38f-11e8-acab-27f8daada8a9.html#comments; Metro PR, *Policía*

i. La administración del exgobernador Ricardo Rosselló Nevares

Luego del huracán María las muertes de mujeres a manos de sus parejas o exparejas comenzaron a aumentar dramáticamente, por consiguiente, las distintas organizaciones feministas decidieron denunciar este tipo de violencia.⁵² Durante este periodo se percataron que el gobierno no estaba realizando los esfuerzos suficientes para atender este aumento. Su frustración con las distintas agencias administrativas al observar que no tomaban las medidas que estimaban necesarias la transformaron en acción. Primeramente, comenzaron con distintos tipos de comunicaciones dirigidas a concientizar a la ciudadanía sobre la situación. Segundo, intentaron establecer un canal de comunicación con el exgobernador Rosselló Nevares, para que este declarara un estado de emergencia. Luego de varios esfuerzos solicitando una reunión para atender las solicitudes de las organizaciones feministas, finalmente el gobernador decidió reunirse con dichas organizaciones a principios del 2019,⁵³ pero posterior a la reunión, no declaró ningún estado de emergencia y tampoco cambió nada en cuestión a su política pública.⁵⁴ Esto generó frustración y malestar entre las distintas organizaciones que esperaban desesperadamente algún tipo de medida —como el estado de emergencia, específicamente— pero que aún no era proveída por el gobierno.⁵⁵ Esta frustración, compartida por estas organizaciones feministas, logró su máxima expresión cuando surge el escándalo del “Telegramgate”, destapado por el Centro Investigativo de Periodismo. En el mismo se publicaron una serie de imágenes de un “chat” donde se descubrió que el exgobernador Ricardo Rosselló Nevares, realizaba, con regularidad, expresiones misóginas como, por ejemplo: “caerle encima a esta puta”.⁵⁶ Este tipo de expresiones iban dirigidas a las mujeres que opinaban distinto a él o que eran de posturas políticas distintas a las suyas. Cabe destacar que no solo habían expresiones misóginas sino también a través del “chat” se encontraban expresiones homofóbicas.⁵⁷ Este escándalo estremeció al país y provocó las protestas masivas, protagonizadas por miles de ciudadanos

dispara a expareja en cuartel de Cataño, METRO PUERTO RICO (28 de octubre de 2018), <https://www.metro.pr/pr/noticias/2018/10/28/policia-dispara-pareja-catano.html>.

⁵² Véase, Osman Perez Méndez, *Manifestantes exigen plan para frenar feminicidios*, Primera Hora (25 de noviembre de 2018), <https://www.elnuevoherald.com/opinion-es/trasfondo/article210618279.html>; Frances Rosario, *Feministas logran acuerdos con la Procuradora de las Mujeres*, Primera Hora (27 de noviembre de 2018), <https://www.primerahora.com/noticias/gobierno-politica/nota/feministaslogranacuerdosconlaprocuradadelasmujeres-1314062/>; Primera Hora, *Reclamo contra violencia de género en Isleta de San Juan*, Primera Hora (07 de diciembre de 2018), <https://www.primerahora.com/noticias/policia-tribunales/nota/reclamocontralaviolenciadegeneroenisletadesanjuan-1315652/>;

Femmy Irizarry Álvarez, *Manifestación de feministas frente al Cuartel General por alta violencia de género*, Primera Hora (21 de diciembre 2018), <https://www.primerahora.com/noticias/puerto-rico/nota/manifestaciondefeministasfrentealcuartelgeneralporaltaviolenciadegenero-1317893/> (para ver una trayectoria de los distintos esfuerzos realizados por las organizaciones feministas).

⁵³ Redacción, *Gobernador Rosselló Nevares se reúne con el Concilio de Mujeres y líderes del movimiento feminista*, JORNADAPRESS (14 de enero de 2019), <https://www.jornadapress.com/2019/01/14/gobernador-rossello-nevares-se-reune-con-el-concilio-de-mujeres-y-lideres-del-movimiento-feminista>. (última visita 15 de octubre de 2019).

⁵⁴ Manuel Guillama Capella, *Sin resultados concretos reunión del gobernador con grupos feministas*, Primera Hora (14 de enero de 2019), <https://www.primerahora.com/noticias/gobierno-politica/nota/sinresultadosconcretosreuniondelgobernadorcongruposfeministas-1321280/>.

⁵⁵ Véase, El Nuevo Día, *La Colectiva Feminista: “Acaso el Gobernador solo se reúne con hombres?”*, EL NUEVO DÍA (11 de enero de 2019), <https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/lacolectivafeministaacasoelgobernadorsolosereuneconhombre-2470282/>.

⁵⁶ Cristina del Mar Quiles, *Putas y Gatitas*, NOTICEL (12 de julio de 2019), <https://www.noticel.com/opiniones/putas-y-gatitas/1094565249>.

⁵⁷ *Id.*

y ciudadanas puertorriqueñas, que se reunieron en el Viejo San Juan para exigir la renuncia del aquel entonces gobernador, Ricardo Rosselló Nevares.⁵⁸ No obstante, aunque fue una protesta donde participaron distintas organizaciones se debe reconocer el papel protagónico que alcanzaron las organizaciones feministas en las protestas.⁵⁹ Los esfuerzos de estas organizaciones lograron una mayor movilización ciudadana. Esto lo lograron a través de protestas pacíficas y la concientización de la ciudadanía a través de distintos medios de comunicación.

ii. La administración de la actual gobernadora Wanda Vázquez Garced

Luego de varias semanas de intensas protestas,⁶⁰ el gobernador Ricardo Rosselló Nevárez terminó presentando su renuncia.⁶¹ Este evento desató una crisis constitucional fundada en la interrogante de quién iba a ser la próxima persona en asumir el cargo a la gobernación.⁶² Luego de estos eventos, la secretaria del Departamento de Justicia bajo la administración de Ricardo Rosselló Nevárez, Wanda Vázquez Garced, terminó ocupando el puesto de Gobernadora.⁶³ Aunque, la renuncia por parte del ex gobernador fue una gran victoria para las organizaciones feministas, estas no han dejado de luchar por los derechos de las mujeres. Por tal razón continuaron, frente a la nueva Gobernadora, con el reclamo de declarar un estado de emergencia.⁶⁴ Para atender estos reclamos la Gobernadora, posteriormente, se reunió con las distintas organizaciones.⁶⁵ De esa reunión, se obtuvieron varios puntos y medidas que, en consenso se habían elaborado previamente por las distintas organizaciones. Entre los puntos más importantes fue la solicitud para declarar un estado de emergencia que atendiera: (1) la prevención; (2) la educación; (3) el techo seguro; (4) la seguridad, y (5) cero impunidad.⁶⁶ Posterior a la reunión celebrada con las distintas organizaciones la gobernadora, finalmente, no declaró un estado de emergencia, en cambio, sí declaró un estado de alerta nacional.⁶⁷ Dado a estos acontecimientos es que entonces surge el debate sobre ¿qué es un estado de emergencia y qué es un estado alerta nacional? para determinar

⁵⁸ Michael Deibert, *Thousands Protest Against Puerto Rico Governor After Profane Chats Leaked*, BLOOMBERG (15 de julio de 2019), <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-07-16/thousands-protest-in-san-juan-as-puerto-rico-s-governor-digs-in> (última visita 5 de octubre de 2019)

⁵⁹ Véase, Gloria Ruiz Kulian, *Colectiva Feminista en Construcción exige la renuncia a todo el gabinete de Rosselló*, EL NUEVO DÍA (13 de julio 2019), <https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/colectivafeministaenconstruccionexigelaenunciataodoeigabinetederosello-2505285/>. ; Voces del Sur, *Mujeres piden renuncia de Rosselló por discurso machista* (17 de julio de 2019), <https://vocesdelsurpr.com/2019/07/mujeres-piden-renuncia-de-rossello-por-discurso-machista/>; *El Nuevo día, Exigen la renuncia del Gobernador a su llegada al aeropuerto* (11 de julio de 2019), <https://www.elnuevodia.com/videos/exigenlarenuanciadelgobernador-video-256363/>.

⁶⁰ *Id.* (Michael Deibert) footnote 21.

⁶¹ Michelle Estrada Torres, *Ricardo Rosselló renuncia como gobernador de Puerto Rico*, EL VOCERO (24 de julio de 2019), <https://vocesdelsurpr.com/2019/07/ricardo-rossello-renuncia-como-gobernador-de-puerto-rico/>.

⁶² Senado de PR v. ELA, 2019 TSPR 138.

⁶³ El Vocero, *Wanda Vázquez juramenta como gobernadora de Puerto Rico*, El Vocero (07 de agosto 2019), https://www.elvocero.com/gobierno/wanda-v-zquez-juramenta-como-gobernadora-de-puerto-rico/article_7ab87580-b93c-11e9-bfeb-4f8376bcbb9.html.

⁶⁴ Maria de los Milagros Colón y Lyanne Meléndez García, *Dan 7 días para estado de emergencia*, METRO (23 de agosto 2019), <https://www.metro.pr/pr/noticias/2019/08/23/dan-7-dias-estado-emergencia.html>.

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Gobernadora decreta alerta nacional por violencia machista*, EL VOCERO (4 de septiembre de 2019), https://www.elvocero.com/gobierno/gobernadora-decreta-estado-de-alerta-nacional-por-violencia-machista/article_8bf2db78-cf6d-11e9-a9f6-b3c63ccf3708.html.

si alguno de ellos ¿son la medida adecuada para atender la crisis de violencia de género en Puerto Rico?

III. Definiendo una Orden Ejecutiva

La comparación de un estado de emergencia con un estado de alerta nacional involucra la definición de una orden ejecutiva,⁶⁸ pues es el vehículo procesal de activación de un estado de emergencia por parte del ejecutivo. Sin embargo, desarrollando la teoría legal, se puede considerar como una orden ejecutiva el estado de alerta, que emitió la gobernadora, aunque en este caso en particular, sin efecto de ley.

Una orden ejecutiva puede definirse como “...un mandato que el primer ejecutivo da a los componentes de la Rama Ejecutiva”.⁶⁹ Dicho mandato es utilizado generalmente para promover políticas públicas y para fomentar las funciones de manera más íntegra de la persona que ocupa el cargo de la gobernación.⁷⁰ En la jurisdicción de Puerto Rico “...no existe referencia constitucional o estatutaria alguna que justifique, explique o regule el poder del Gobernador para emitir órdenes ejecutivas. Esto es sin menoscabo del hecho de que existen leyes que sujetan determinadas actuaciones a su autorización mediante orden ejecutiva”.⁷¹ Esto implica que una ausencia de referencia no significa que las órdenes ejecutivas son ilegales o inconstitucionales. Como muy bien explica el profesor José Julián Álvarez González, “[s]e estima que estas órdenes son válidas en los mismos contextos que se aceptan en la jurisdicción federal”.⁷² Además, el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha reconocido la facultad *inherente* que tiene la persona ocupando el puesto de la gobernación para emitir este tipo de mandato, siempre y cuando esté apoyado por la constitución o una ley especial.⁷³

A. Base legal o “fuerza de ley”

El tema de mayor relevancia en el análisis de las órdenes ejecutivas estriba en determinar cuándo las órdenes tienen eficacia de ley, pues no toda orden ejecutiva posee esa facultad. Para que una orden ejecutiva tenga fuerza de ley, ésta debe descansar en una autoridad conferida por la Constitución o por alguna ley que así la autorice.⁷⁴ Sin embargo, como destaca el profesor William Vázquez Irizarry: “el que una orden ejecutiva no tenga efecto de ley, no significa que incumplir con ella no genere consecuencias”.⁷⁵ Estas consecuencias se limitan a las repercusiones en el ámbito disciplinario.⁷⁶ Por lo tanto, —hipotéticamente— si un funcionario o empleado público de la Rama Ejecutiva decide incumplir con una orden ejecutiva que no está apoyada por la Constitución o alguna ley, se le puede remover o

⁶⁸ Vease, Anibal Acevedo Vilá, SEPARACION DE PODERES EN PUERTO RICO: ENTRE LA TEORIA Y LA PRACTICA, pags. 94-100 (2018) (para ver un análisis más detallado sobre las ordenes ejecutivas)

⁶⁹ William Vázquez Irizarry, *Los poderes del Gobernador de Puerto Rico y el uso de órdenes*, 76 REV. JUR. UPR 951, 953 (2007).

⁷⁰ Vease, Orden Ejecutiva OE-2008-57 (2008) (como ejemplo de lo que es una orden ejecutiva).

⁷¹ *Id.*, en la pág. 1020.

⁷² JOSÉ JULIÁN ÁLVAREZ GONZÁLEZ, DERECHO CONSTITUCIONAL DE PUERTO RICO Y RELACIONES CONSTITUCIONALES CON LOS ESTADOS UNIDOS: CASOS Y MATERIALES 257 (2009).

⁷³ Las facultades inherentes son aquellas que no derivan su autoridad de ley alguna o la Constitución, pero se entiende que son facultades que posee el funcionario, meramente por ocupar su puesto, y son necesarias para que pueda realizar sus funciones de manera íntegra.

⁷⁴ Vázquez Irizarry, en la pág. 1029.

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *Id.*

destituir de su puesto por no seguir la política pública o mandato que plasma la orden ejecutiva en cuestión.

En cambio, la orden ejecutiva que sí está apoyada por una ley o por la Constitución puede obligar a los funcionarios y empleados públicos a seguir la orden. En este caso, recae sobre la encargada de la gobernación el deber hacer cumplir las leyes y para esto cuenta con el remedio de poder destituir a los funcionarios de la Rama Ejecutiva que no sigan la orden — más si son puestos de confianza—. También pudiese plantearse el caso en el que un ciudadano —con legitimación activa— inste un recurso de *mandamus* ante el Tribunal Supremo de Puerto Rico para que los funcionarios de la Rama Ejecutiva cumplan con lo establecido en la orden ejecutiva, apoyada en ley o en la Constitución. Este escenario planteado es muy difícil que ocurra, de ordinario los funcionarios de la Rama Ejecutiva siguen las órdenes ejecutivas y de no hacerlo se corren el peligro de ser destituidos.⁷⁷

B. Comentario final

En conclusión, una orden ejecutiva es un mandato que va dirigido a los funcionarios de la Rama Ejecutiva. La persona que gobierna tiene por su cargo una facultad *inherente* de emitir órdenes ejecutivas, pero estas no pueden contravenir la Constitución o las leyes que la autorizan. Para que estas órdenes ejecutivas tengan eficacia legal, su autoridad debe descansar en la Constitución o en una ley. No obstante, una orden ejecutiva que no tenga efecto de ley no significa que sea inválida porque sigue siendo un mandato por parte del ejecutivo con mayor rango, en este caso son distintos los efectos y las consecuencias legales en base a su cumplimiento o incumplimiento.

De ordinario los funcionarios de la Rama Ejecutiva cumplen con las órdenes ejecutivas de la persona que ocupa el cargo de gobernador porque son prácticamente mandatos o instrucciones de su superior. Sin embargo, las órdenes ejecutivas como norma general no pueden ordenar a que los funcionarios del ejecutivo actúen en contravención de la Constitución y las leyes de Puerto Rico, salvo que se trate de un estado de emergencia como se explicará más adelante.

IV. ¿Qué es un Estado de Emergencia?

Un estado de emergencia por lo general es una orden ejecutiva que tiene eficacia de ley,⁷⁸ pues hay leyes que le otorgan la facultad a la persona que está gobernando para declararlos. Estas leyes enumeran las facultades que la Asamblea Legislativa le otorga al gobernador o la gobernadora para establecer el alcance, los límites y los procedimientos que se deben considerar.

Estas disposiciones les aplican a todas las personas que componen la Rama Ejecutiva, por consiguiente, cualquier actuación que se lleve a cabo en detrimento o extralimitándose de lo establecido por ley será considerada como una actuación ilegal, inconstitucional y/o nula.

La teoría de que la Gobernadora, a través de los poderes inherentes que su cargo le otorga, pueda declarar estados de emergencia, no se puede descartar. Sin embargo, estos estados de

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ Véase, Orden Ejecutiva OE-2017-047 (2017) (como ejemplo de un estado de emergencia).

emergencia serían simbólicos, pues no le permitirían a la ejecutiva de más alto rango poder salirse del marco legal. La realidad es que no produciría ningún efecto legal, solamente serviría como cualquier otra orden ejecutiva, es decir, sería un mandato, o instrucción dirigido al funcionamiento de la Rama Ejecutiva.

A. ¿Cuándo aplicaría?

Nuestro sistema parte “de un orden constitucional cimentado en un esquema de separación de poderes y una lista de derechos individuales oponibles contra el Estado”.⁷⁹ Cuando surge cualquier acción por el estado en contra de estos principios, la misma no debe ser tolerada y es el mismo sistema quien lo prohíbe. Sin embargo, cuando la sociedad se encuentra amenazada por algún evento extraordinario, como una catástrofe atmosférica, existen leyes que le permiten a la Gobernadora ordenarles a los componentes de la Rama Ejecutiva a que lleven a cabo acciones que de ordinario serían ilegales por violar la Constitución, las leyes o reglamentos.⁸⁰ Precisamente, ese es el principio del estado de *excepción* o emergencia, permitir que la Rama Ejecutiva pueda tomar las medidas necesarias sin dilaciones o impedimentos, por la seriedad y estado de crisis que crea el evento extraordinario en cuestión.⁸¹ De tal modo, si se aplicaran todas las disposiciones legales vigentes se convertirían en un obstáculo para atender la emergencia. También se debe recalcar que el ejecutivo debe tener cautela al ponderar esta opción y solo debe declarar un estado de emergencia cuando entienda que bajo el estado de derecho vigente no se podría atender la emergencia. En la jurisdicción de Puerto Rico los estados de emergencia solo pueden ser declarados por la Gobernadora.⁸² Y debe cumplirse con dos requisitos: 1) que sea a través de una orden ejecutiva, y 2) que dicha orden ejecutiva se base en una disposición de ley o la Constitución.

B. Análisis y otros posibles escenarios donde se puede dar un estado de emergencia

Como muy bien explica el profesor William Vázquez Irizarry:

[P]robablemente la facultad del Gobernador más conocida por la ciudadanía y conferida por una ley especial es la de declarar estados de emergencia o desastre producto de daños ocasionados por fenómenos atmosféricos propios de nuestra localización geográfica. Se trata de una prerrogativa dispuesta en el Artículo 15 de la Ley núm. 211 de 2 de agosto de 1999, según enmendada, Ley de la Agencia Estatal para el Manejo de Emergencias y Administración de Desastres de Puerto Rico. Mediante tal declaración se permite que el Gobernador pueda, entre otras medidas: solicitar ayuda federal; dictar, enmendar y revocar reglamentos; y dar

⁷⁹ Luis E. Rodríguez Rivera, *La incineración de basura en Puerto Rico: La máquina sigue patinando*, 85 REV. JUR. UPR 1, 27 (2016). (citando a William Vázquez Irizarry, *Excepción y necesidad: La posibilidad de una teoría general de la emergencia, INSEGURIDAD, DEMOCRACIA Y DERECHO: SEMINARIO EN LATINOAMÉRICA DE TEORÍA CONSTITUCIONAL Y POLÍTICA* 274, 276 (Antonio Barreto Rozco, ed., 2011).

⁸⁰ Vease, Ley de la Defensa Civil de Puerto Rico, Ley Núm. 20 de 23 de junio de 1976, 25 LPRR §3650 (2016 & Supl. 2018).

⁸¹ Véase, Luis E. Rodríguez Rivera, *La incineración de basura en Puerto Rico: La máquina sigue patinando*, 85 REV. JUR. UPR 1 (2016) (donde analiza situaciones en las que gobernadores declaraban estados de emergencia para adelantar sus agendas políticas y otros intereses turbios).

⁸² Ley del Departamento de Seguridad Pública de Puerto Rico, Ley Núm. 20 del 10 de abril de 2017, 25 LPRR § 3504 (2017 & Supl. 2018).

vigencia a planes estatales de emergencia. Esta facultad debe ser vista en conjunto con la Ley núm. 76 de 5 de mayo de 2000, [Ley de emergencia de 2000] la cual dispone que determinadas agencias con responsabilidad en el ámbito de los permisos puedan utilizar procedimientos especiales ante casos de emergencias [y] puedan obviar los procedimientos ordinarios ante la ocurrencia de un desastre natural que requiera la rápida activación de programas de restauración.⁸³

Para que la Gobernadora pueda declarar un estado de emergencia bajo esta ley,⁸⁴ la emergencia o situación que la motivan debe cumplir con la definición de emergencia estipulada en la ley, la cual dispone que una emergencia es:

[C]ualquier grave anormalidad como huracán. . . terremoto. . . sequía, incendio, explosión o cualquier otra clase de catástrofe o cualquier grave perturbación del orden público o un ataque por fuerzas enemigas. . . en cualquier parte del territorio del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, que amerite se movilicen y se utilicen recursos humanos y económicos extraordinarios para remediar, evitar, prevenir o disminuir la severidad o magnitud de los daños causados o que puedan causarse. De igual manera, el término ‘emergencia’ comprende cualquier evento o graves problemas de deterioro en la infraestructura física de prestación de servicios esenciales al pueblo o, que ponga en riesgo la vida, la salud pública o seguridad de la población o de un ecosistema sensitivo.⁸⁵

Ya en el pasado se han declarado varios estados de emergencia que han ido dirigidos a atender este tipo de situaciones -en específico, huracanes-.⁸⁶

Por tal razón, la Gobernadora puede declarar un estado de emergencia solo cuando el hecho o la situación de emergencia se encuentre dentro de la definición de emergencia que la ley estipula. Aunque, en Puerto Rico hay una crisis de violencia de género que cada día cobra más vidas, la realidad —observada desde una perspectiva legal— es que este mal social no encaja bajo la definición de emergencia que establece el estatuto. De tal forma, si la Gobernadora declara un estado de emergencia en base a esta ley se expone a realizar actuaciones ilegales. Por otro lado, declarar un estado de emergencia mediante los poderes inherentes de la Gobernadora, sin estar apoyado por alguna ley o la Constitución, no tendría un efecto sustancial porque este estado de emergencia sería nada más que una orden ejecutiva con ese nombre. El único efecto práctico de la misma sería mandarles el mensaje a los funcionarios de la Rama Ejecutiva de su deber de cumplir con los protocolos, leyes y políticas públicas de la administración que proscriben la violencia de género.

⁸³ William Vázquez Irizarry, *Los poderes del gobernador de Puerto Rico y el uso de órdenes ejecutivas*, 76 REV. JUR. UPR 951, 1039-40 (2007); Ley de procedimientos para situaciones o eventos de emergencia, Ley Núm. 76 de 5 de mayo de 2000, 3 LPRA § 1931(a) (2011).

⁸⁴ Ley de procedimientos para situaciones o eventos de emergencia, Ley Núm. 76-2000, 3 LPRA §§ 1931-1945 (2011 & Supl. 2014).

⁸⁵ Ley de procedimientos para situaciones o eventos de emergencia, Ley Núm. 76 de 5 de mayo de 2000, 3 LPRA § 1931(a) (2011).

⁸⁶ Vease, Orden Ejecutiva OE-1998-30 (1998) (para ver estado de emergencia declarado por el paso del huracán Georges); Orden Ejecutiva OE-2017-047 (2017) (para ver el estado de emergencia declarado por el paso del huracán María).

V. Primera Alerta Nacional

Después de que la Gobernadora declarase la primera alerta nacional en Puerto el 4 de septiembre de 2019, surgió la duda de poder determinar qué es una alerta nacional, y cuáles son sus efectos. Luego del análisis anterior sobre los componentes de un estado de emergencia y una orden ejecutiva se puede considerar que este estado de alerta es una orden ejecutiva, sin embargo, entrar en el debate de definir si la alerta nacional es una orden ejecutiva o no es inconsecuente porque los resultados serían los mismos. Sea una orden ejecutiva o no, la alerta se caracteriza por ser un mandato o mensaje que va dirigido a expresar la política pública de cero tolerancia a la violencia de género por parte de la administración, con la cual los funcionarios de la Rama Ejecutiva deben acatar. Por otra parte, si la Gobernadora puede emitir estados de alerta nacionales no está dispuesto ni en la Constitución de Puerto Rico ni en las leyes especiales. Esto no significa que la Gobernadora no pueda emitir este tipo de *estado de alerta nacional*, solo se destaca que dicho *estado* solo tiene la fuerza de un simple mensaje. De tal manera, al igual que una orden ejecutiva que no está apoyada en la Constitución o alguna ley, los *estados de alerta* que sean declarados por la Gobernadora no tendrán efecto de ley como lo tendrían los estados de emergencia autorizados por las leyes antes discutidas. A la misma conclusión aparenta llegar la Secretaria de Estado Zoé Laboy, quien comentó durante una conferencia de prensa en la fortaleza que “[l]a gobernadora entiende que una emergencia pudiera parecer que no se ha hecho nada. La alerta es, tenemos las leyes, tenemos los protocolos, tenemos los reglamentos. Jefe de agencia o jefa de agencia, tienes que darles cumplimiento estricto a esas obligaciones”.⁸⁷

Según esta administración el estado de alerta nacional es un mensaje dirigido a las personas que componen la Rama Ejecutiva, para que éstas sigan la política pública de cero tolerancia contra la violencia de género, y además, sigan los protocolos, reglamentos y las leyes; en conclusión, que cumplan efectivamente con sus trabajos.

CONCLUSIÓN

Debido a la crisis de violencia de género que está atravesando el país viviendo han surgido varios reclamos por parte de las distintas organizaciones feministas y distintas mujeres. Algunos de estos reclamos como el de la licenciada y profesora, Iris Rosario quien recalca que:

[L]as mujeres puertorriqueñas sufrimos cotidianamente las graves consecuencias que genera un machismo fuertemente cimentado y sostenido desde las estructuras de una sociedad en extremo desigual y violenta. Como consecuencia, las preocupaciones de los distintos grupos feministas que militan en pro de la equiparación de nuestros Derechos son muy legítimas, sobre todo, porque una de las manifestaciones más extremas de la violencia que nos afecta son los femicidios.⁸⁸

⁸⁷ Damaris Suárez, *Justifica Laboy alerta nacional en lugar de emergencia nacional*, NOTICEL (5 de septiembre de 2019), <https://www.noticel.com/ahora/justifica-laboy-alerta-nacional-en-lugar-de-emergencia-nacional/111752111> (énfasis suplido).

⁸⁸ Iris Rosario, *Breve comentario al “estado de emergencia” según reclamado en Puerto Rico*, MICROJURIS (6 de septiembre 2019), <https://aldia.microjuris.com/2019/09/06/breve-comentario-al-estado-de-emergencia-segun-reclamado-en-puerto-rico/>.

Sin embargo, declarar un estado de emergencia, no es tal vez la medida más adecuada pues su declaración atravesaría muchos obstáculos legales. En el presente no existe ley alguna que permita declarar un estado de emergencia por la crisis de violencia de género. Las leyes que tal vez pueden darle camino son la ley de procedimientos de emergencia,⁸⁹ y la ley de agencia estatal para el manejo de emergencias y desastres,⁹⁰ pero se entiende que estas leyes van dirigidas a atender catástrofes atmosféricas o eventos extraordinarios de otra índole. Tampoco era esencial declarar la alerta nacional, pues ni si quiera tenía que ser pública debido a que la Gobernadora podía comunicarse internamente con sus funcionarios de gabinete e implementar las medidas pertinentes.

Aunque el estado de alerta nacional -por sí solo- no es la medida adecuada para atender esta crisis, no se debe menospreciar, pues así se hizo contar la postura de esta Gobernadora en términos de otorgarle reconocimiento y visibilidad a la crisis. No obstante, esta alerta nacional debe ser un paso que impulse otras medidas que puedan tener algún efecto más práctico; porque por sí sola no es suficiente.

⁸⁹ Ley de procedimientos para situaciones o eventos de emergencia, Ley Núm. 76-2000, 3 LPRÁ §§ 1931-1945 (2011 & Supl. 2014).

⁹⁰ Ley de agencia estatal para el manejo de emergencias y desastres de Puerto Rico, Ley núm. 211-1999, 25 LPRÁ §§ 172-172s (2017 & Supl. 2018) (Derogada 2017).

¿LLEGAN A LA CORTE SUPREMA LAS PRIMERAS SEÑALES DE LA DESAPARICIÓN DEL DERECHO AL ABORTO?

COMENTARIO

Orlandy Cabrera Valentín*

INTRODUCCIÓN

EL ABORTO HA SIDO UNA CONTROVERSIA BASTANTE LITIGADA TANTO EN LOS tribunales estatales como federales, debido a las vorágines e intensas batallas que se suscitan cada año en los tribunales tanto estatales como federales, la existencia del aborto como un derecho de la mujer, atado a su derecho constitucional de intimidad, cada día ha ganado espacio y reconocimiento. En ese sentido, a través de los múltiples reclamos por la autonomía, como también de las distintas formas de cristalizar este tipo de lucha, la legalidad y la moralidad de sobre la libertad de abortar es indiscutible.

Así pues, el primer reconocimiento a que las mujeres contaban con el derecho de poder realizarse abortos provino del caso *Roe v. Wade*.⁹¹ Posteriormente, en *Planned Parenthood v. Casey*,⁹² la Corte Suprema de Estados Unidos (en adelante “la Corte”) determinó que, una ley de Pennsylvania,⁹³ violaba la Decimocuarta Enmienda porque creaba una carga indebida para las mujeres casadas que deseaban realizarse un aborto en la medida en que requería el consentimiento del cónyuge antes de obtener dicho aborto. Por otro lado, se concluyó que era válido el requisito del consentimiento de los padres para que una menor de edad se pudiese realizar un aborto.⁹⁴ En ese sentido, carga indebida se ha definido como el efecto u obstáculo sustancial que una ley o reglamentación representa para una mujer que desea realizarse un aborto. Del mismo modo, se determinó válido que un médico pueda proporcionarle información a una mujer relacionada a cómo el aborto podría ser perjudicial para su salud. Dicha información puede ser provista al menos veinticuatro horas antes de que se lleve a cabo el procedimiento.⁹⁵

Ahora bien, tan recientemente como en 2016, la Corte en el caso *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*,⁹⁶ declaró inconstitucional una ley de Texas que requería que los doctores que practicasen el procedimiento de aborto debían tener privilegios de admisión en un hospital dentro de un radio de treinta millas de las clínicas en donde se llevaba a cabo el procedimiento.⁹⁷ Así pues, una vez entró en vigor esa ley, de las cuarenta y dos facilidades que proveían el proceso de aborto, diecinueve de ellas continuaban operando debido a que no estaban dentro del radio de treinta millas. Claramente, esta disminución de clínicas de aborto redundaba en una carga indebida por restringir la accesibilidad a las mujeres.

Con la llegada del actual presidente Donald J. Trump, éste en su discurso de campaña prometió que, si era elegido, nombraría jueces *pro-vida* a la Corte, lo que resultaría en la revocación de *Roe v. Wade*. Lo anterior se puede ver en las expresiones realizadas durante su

* El autor es estudiante de segundo año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico y redactor digital de *In Rev*.

⁹¹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁹² *Planned Parenthood of S.E. Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

⁹³ *Pennsylvania Abortion Control Act of 1982*, 18 Pa. Cons. Stat. §§ 3203, 3205-09, 3214.

⁹⁴ *Planned Parenthood of S.E. Pennsylvania*, 505 U.S. en la pág. 899.

⁹⁵ *Id.* en la pág. 887.

⁹⁶ *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 136 S. Ct. 2292 (2016).

⁹⁷ H.B. 2, 2013 Leg., 83(2)th Sess. (Tex. 2013).

campana, “[a]ddressing the March for Life in January, President Donald Trump said, ‘Unborn children have never had a stronger defender in the White House’.”⁹⁸ En ese sentido, “[h]is appeals-court nominees have mostly been well-credentialed conservatives, and more uniformly conservative than his Republican predecessors’ nominees.”⁹⁹ Así pues, “[t]he Court may even be willing to overturn *Roe*, perhaps in stages.”¹⁰⁰ Consecuentemente, en los tres años transcurridos desde que asumió el cargo, Trump ha nombrado a dos nuevos jueces al más alto foro federal: el juez Neil Gorsuch, quien ocupó la vacante creada después de la muerte del juez Antonin Scalia, y el juez Brett Kavanaugh, quien fue confirmado en octubre de 2018 después del retiro del juez Anthony Kennedy. Es importante destacar que esta práctica, de nominación conservadora, también se ha estado presente en las cortes federales inferiores.¹⁰¹

Haciendo caso omiso a lo decidido en *Whole Woman’s Health*,¹⁰² el estado de Luisiana promulgó una ley casi idéntica a la declarada inconstitucional en dicho caso. Esta ley es conocida como *Louisiana Unsafe Abortion Protection Act* (en adelante “LUAPA”).¹⁰³ LUAPA requiere que los doctores que realicen abortos en Luisiana deban tener privilegios de admisión en un hospital que esté dentro de las treinta millas del lugar en donde se realizará el aborto.¹⁰⁴ Así las cosas, el 4 de marzo del 2020 tuvo lugar la argumentación oral en el caso de *June Med. Services L.L.C. v. Gee* en la Corte.¹⁰⁵ La controversia gira en torno a la constitucionalidad de LUAPA. En ese sentido, la Corte de Distrito, a la luz de lo resuelto en *Whole Woman’s Health*,¹⁰⁶ declaró la LUAPA inválida por entender que dicho requisito constituía una carga indebida para las mujeres embarazadas.¹⁰⁷ La Corte de Distrito enfatizó que, si permitían que la ley entrase en vigor, solamente un solo doctor en todo el estado estaría hábil para realizar los abortos.¹⁰⁸

A pesar de lo anterior, en septiembre de 2018 la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito revocó dicha decisión de la Corte de distrito concluyendo que, a diferencia de la Ley de Texas,¹⁰⁹ LUAPA no imponía una carga sustancial en la gran mayoría de las mujeres.¹¹⁰ En una votación de nueve-seis la Corte de Apelaciones denegó, sin explicación, la reconsideración de *June Medical*.¹¹¹

En virtud de lo anterior, el derecho a libertad de abortar parece estar nuevamente en el centro de la lupa conservadora. Las posibilidades de que ante la Corte lleguen cuestionamientos sobre la legalidad del aborto se asoman por el reflejo de la ventana. Con cada día que pasa, se hace más patente la posible cristalización del desmoronamiento de lo que por años fue alcanzado con sacrificio. Es por ello por lo que este escrito tiene el objetivo de analizar el caso de *June Med. Services L.L.C. v. Gee*, de forma crítica para así poder develar las nuevas inclinaciones de la Corte en cuanto al derecho al aborto. En ese sentido, estaré analizando las peticiones de *certioraris* del estado de Luisiana y de *June Medical Center* para

⁹⁸ Ramesh Ponnuru, *Donald Trump’s Pro-Life Presidency*, NATIONAL REVIEW, (6 de febrero de 2020), <https://www.nationalreview.com/magazine/2020/02/24/donald-trumps-pro-life-presidency/>.

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ Véase Rebecca R. Ruiz et al, *A Conservative Agenda Unleashed on the Federal Courts*, THE NEW YORK TIMES, (16 de marzo de 2020), <https://www.nytimes.com/2020/03/14/us/trump-appeals-court-judges.html>.

¹⁰² *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt*, 136 S. Ct. 2292 (2016).

¹⁰³ LA. STAT. ANN. § 40:1061.10 (2016).

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ *June Medical Services L.L.C. v. Gee*, 905 F.3d 787 (5th Cir. 2018).

¹⁰⁶ *Whole Woman’s Health*, 136 S. Ct. 2292.

¹⁰⁷ *June Medical Services LLC v. Kliebert*, 250 F. Supp. 3d 27, 87 (M.D. La. 2017).

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ H.B. 2, 2013 Leg., 83(2)th Sess. (Tex. 2013).

¹¹⁰ *June Medical Services L.L.C. v. Gee*, 905 F.3d 787 (5th Cir. 2018).

¹¹¹ *June Medical Services, L.L.C. v. Gee*, 913 F.3d 573 (5th Cir. 2019).

evaluar de forma actualizada los planteamientos históricamente esbozados. Del mismo modo, estaré analizando los argumentos orales presentados el pasado 4 de marzo de 2020 para así poder confeccionar una idea del posible futuro del aborto en los próximos años.

I. Análisis y discusión de las posiciones de las partes en sus *certioraris*

A. *Contra petición de certiorari del estado de Luisiana*

Tras haber ganado la batalla en el Circuito de Apelaciones, el estado de Luisiana decidió presentar una contra petición de *certiorari* en la Corte a los únicos efectos de retar la legitimación activa de *June Medical*. El estado de Luisiana argumenta que el Circuito de Apelaciones erró cuando determinó que *June Medical* tenía legitimación de terceros para impugnar LUAPA en nombre de sus pacientes y que, por lo tanto, el caso debería ser desestimado. Aunque el Artículo III de la Constitución federal no establece formalmente los requisitos para probar legitimación de terceros, este tipo de legitimación aún debe considerarse como una cuestión jurisdiccional. Según Luisiana, la legitimación de terceros se ajusta al Artículo III porque involucra el mismo objetivo de la legitimación tradicional, es decir, limitar el poder judicial de las cortes federales.¹¹² Por otro lado, Luisiana argumenta que, aunque el Estado no retó la legitimación en los tribunales inferiores, el Circuito de Apelaciones, a *motu proprio*, abordó y resolvió dicha controversia, por lo que la Corte puede y debería considerar resolver finalmente la falta de legitimación activa para litigar el caso. Finalmente, Luisiana argumenta que, independientemente de si la legitimación de terceros es jurisdiccional, *June Medical* no cumple con los requisitos. El Estado afirma que los proveedores de servicios de aborto no deberían recibir la legitimación de terceros automáticamente, sino que deben establecerlo en la demanda, como cualquier otro tipo de litigante.¹¹³ En el *certiorari* de Luisiana se indica que para lograr la legitimación de terceros, se debe demostrar la existencia de una *relación cercana* con la parte cuyos intereses intenta representar y que al mismo tiempo que existe un obstáculo que impide que la otra parte haga valer los derechos.¹¹⁴ Según Luisiana, las clínicas de aborto son entidades comerciales que no pueden tener relaciones personales con los pacientes, y además, los doctores se reúnen con los pacientes sólo una vez para realizar el procedimiento con poco seguimiento luego de efectuado el aborto.¹¹⁵

B. *Oposición a Petición de Certiorari de June Medical*

Antes de proceder con la exposición de los argumentos de *June Medical*, debemos destacar que una vez presentada la petición de *certiorari* de *June Medical*, Luisiana presentó la contra petición de *certiorari*. En ese sentido, *June Medical* tuvo que presentar una oposición al escrito de *certiorari*, que es la que analizaremos a continuación. Así pues, en su petición de *certiorari*, *June Medical* argumenta que no se debería considerar la contención de Luisiana de que *June Medical* carece de legitimación activa para retar la constitucionalidad de la Ley de Luisiana en nombre de sus pacientes; mujeres embarazadas que habían solicitado abortos. En apoyo de este argumento, *June Medical* sostiene que el estado de Luisiana renunció a cualquier objeción permanente de cuestionamiento de la legitimación desde el comienzo del caso al instar, tanto a la Corte de Distrito como al Circuito de Apelaciones, a que se resolviera

¹¹² Conditional Cross-petition, *June Medical Services, L.L.C. v. Gee*, 913 F.3d 573 (5th Cir. 2019) (No.18-) https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-1460/100385/20190520152745385_June%201%20CCP.pdf.

¹¹³ *Id.* en la pág. 14.

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ *Id.* en la pág. 15.

la controversia en sus méritos.¹¹⁶ No fue hasta que *June Medical* solicitó el *certiorari* en la Corte que el estado de Luisiana levantó, por primera vez, la falta de legitimación.¹¹⁷ En apoyo a lo anterior, *June Medical* sostiene que la casuística establece claramente que cualquiera de las partes puede renunciar a retar la legitimación de terceros cuando dicho planteamiento no ha sido levantado oportunamente.¹¹⁸ En sustento de su argumento, *June Medical* distingue entre los reclamos jurisdiccionales que, limitan el poder de las cortes federales para dilucidar un caso y, por lo tanto, no pueden ser renunciados, y los reclamos no jurisdiccionales que, no limitan el poder judicial de las cortes, y por lo tanto pueden ser renunciados por las partes. *June Medical* afirma que el reclamo de falta de legitimación de tercero es uno no jurisdiccional.¹¹⁹

Finalmente, *June Medical* argumenta que, incluso si la Corte, decide resolver la controversia de legitimación, *June Medical* está legitimado para valer los derechos de sus pacientes.¹²⁰ *June Medical* sostiene que los demandantes pueden vindicar los derechos de terceras personas en las siguientes circunstancias:

- (1) un impedimento legal que imposibilita al tercero entablar una relación con el demandante al que el tercero tiene derecho de relacionarse, o
- (2) el demandante tiene una relación cercana con el tercero cuyo derecho se está infringiendo y algún obstáculo imposibilita que el tercero presente el reclamo.¹²¹

June Medical afirma que puede cuestionar la validez de la Ley de Luisiana en cualquiera de estos marcos ya que, con la aprobación de la Ley, solamente un doctor podría realizar los abortos en todo el estado de Luisiana afectando así a miles de mujeres alrededor de todo el estado que no podría llegar a la clínica debido a las kilométricas distancias.

II. Análisis y discusión de los argumentos orales de las partes

En representación de los demandantes, los doctores de las clínicas de aborto, se encontraba la abogada Julie Rikelman quien inició su argumentación oral dejando claro que el presente caso es idéntico a *Whole Woman's Health*.¹²² Por lo cual, el resultado final debía ser respetar el precedente establecido por dicho caso hace cuatro años atrás de que requerirle a los doctores que realizan abortos, contar con privilegios médicos en hospitales dentro de un radio de treinta millas a su clínica de aborto es inconstitucional por constituir una carga indebida a las mujeres embarazadas y por no aportar en nada a la salud ni bienestar de estas.¹²³

Desde el inicio, el juez asociado Samuel Alito demostró cuál era su posición con respecto al desenlace que debía tener este caso. En vez de centrarse en la controversia principal, sobre

¹¹⁶ Opposition to Conditional Cross-Petition for a writ of Certiorari, *June Medical Services L.L.C.*, (No. 18-1460) https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-1460/113451/20190823150745557_181460%20Plaintiffs%20Opposition%20to%20Conditional%20Cross%20Pet.pdf.

¹¹⁷ *Id.* en la pág. 6.

¹¹⁸ *Id.* en la pág. 8.

¹¹⁹ *Id.* en la pág. 11.

¹²⁰ *Id.* en la pág. 17.

¹²¹ *Id.* en las págs. 18-19.

¹²² *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 136 S. Ct. 2292 (2016).

¹²³ Transcript of Oral Argument at 4-5, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* 136 S.Ct. 2292 (2016) (No. 18-1323).

si la Ley de Luisiana era o no constitucional, el juez Alito recurrió a la controversia colateral del caso presentada por el estado de Luisiana que giraba en torno a la falta de legitimación activa de los demandantes para proseguir con el caso.¹²⁴ Así pues, una de las preguntas realizadas por el Juez Alito a la Lcda. Rikelman fue de si existía un conflicto de interés entre los doctores de una clínica de aborto y sus pacientes, las mujeres embarazadas, cuando los doctores retaban una ley que les requería tomar cursos especializados dirigidos al procedimiento del aborto, porque según ellos, dichos cursos no se justificaban.¹²⁵ En ese sentido, el Juez pregunta si existe un conflicto de interés entre las mujeres embarazadas, que ciertamente se beneficiarían de que los doctores tomaran esos cursos, y el interés de los doctores de no cumplir con dicha ley por constituir un gasto adicional. Rikelman evade la pregunta, contestando en su lugar que si el demandante es la persona la cual está sujeta directamente a la regulación de la Ley, ello resultaría en que los doctores serían los demandantes adecuados. La jueza Ginsburg al percatarse de que Rikelman no había contestado la pregunta, y para evitar que Alito anotara un punto a su favor debido a la negativa de Rikelman, indica que lo planteado por Rikelman suena más bien a legitimación directa y no de terceros, pero dejando eso a un lado, le solicita a Rikelman que conteste la pregunta de Alito.¹²⁶ Parece ser que Rikelman entendió el mensaje de Ginsburg y procedió a argumentar que en este caso no existe la posibilidad de un conflicto de interés debido a que el requisito de privilegios clínicos impuesto por la Ley no beneficia en nada a las mujeres embarazadas y que esta afirmación había sido avalada por la corte de distrito. En ese sentido, Rikelman nuevamente no contestó la pregunta dirigida a la hipotética situación de hechos presentada por Alito, sino que reafirma que en el presente caso no existía conflicto de interés porque así lo determinó la corte de distrito, pero sin demostrar hechos concretos. Consecuentemente, Alito logró una pequeña victoria en esta puja de preguntas.

La jueza Ginsburg, quien, por sus ideales liberales, claramente votará a favor de una decisión a favor de June Medical, salta el puente en rescate de Rikelman. Esta vez, le pregunta a Rikelman si es o no cierto que el planteamiento principal levantado por el estado de Luisiana no se había planteado ni en la Corte de Distrito como tampoco en la Corte de Apelaciones.¹²⁷ La respuesta de Rikelman fue en la afirmativa. Por consiguiente, Ginsburg le pregunta a Rikelman que si de haberse planteado dicha defensa en las cortes de instancia o apelaciones, *June Medical* hubiera incluido como demandantes a al menos una paciente para evitar este conflicto. Rikelman, aprovechando esta oportunidad le asegura al panel de jueces que eso es correcto y que, por lo tanto, sería injusto permitir que el estado de Luisiana presente la defensa de falta de legitimación activa, por primera vez, cinco años después de iniciado este litigio. Se sostiene, como en efecto sucedió, que el planteamiento de falta de legitimación se da cuando Luisiana presenta su petición de *certiorari* ante la Corte.

A pesar de que la mayoría del argumento de Rikelman no se basaba en la controversia de legitimación, Alito insistía ferozmente en tocar y discutir este punto. Dado lo anterior, el juez Breyer, cansado en cierta medida en que la argumentación se centrara en esta controversia, decide suspicazmente, realizar una pregunta retórica a Rikelman la cual tenía, claramente, toda la intención de apaciguar los ánimos argumentativos de Alito. La pregunta dirigida a Rikelman cuestionaba ¿en cuántos casos de abortos la corte, expresa o silenciosamente, ha permitido a las clínicas de aborto demandar en nombre y beneficio de las mujeres embarazadas? Él indicó que ha contado como ocho, pero no está seguro (sin duda

¹²⁴ *Id.* en las págs. 6-7.

¹²⁵ *Id.* en la pág. 8.

¹²⁶ *Id.* en la pág. 9.

¹²⁷ *Id.* en la pág. 14.

alguna está seguro de que son ocho).¹²⁸ Rikelman, aunque no sonó muy convencida, pero consciente de la génesis de la pregunta, indicó que, en efecto, eran ocho casos. Sin embargo, Alito captó la indirecta y sutilmente le respondió a Breyer al realizar la siguiente pregunta ¿en cuánto de esos casos se ha discutido un conflicto de interés? Rikelman reconoce que ninguno. Nuevamente, Alito se anotó otro punto.

Por otra parte, más adelante en la discusión, la jueza Sotomayor indica que, aunque los doctores en este caso no estaban cualificados para obtener privilegios en un hospital dentro de las treinta millas de su clínica de aborto, resalta que estos sí estaban admitidos en hospitales más allá de las treinta millas, por lo cual, estaban reconocidos en la comunidad médica. Por lo tanto, si el reconocimiento fuera el verdadero objetivo de la Ley de Luisiana, el límite de treinta millas no tendría sentido.

CONCLUSIÓN

Ciertamente, la Ley de Luisiana es idéntica a la Ley de Texas declarada inconstitucional hace cuatro años. Se ha demostrado, por parte de los demandantes, el inmenso riesgo que conlleva mantener vigente esta Ley, y es que, si ello sucede, solo un doctor en todo el estado de Luisiana estaría hábil para realizar abortos, constituyendo una carga indebida a las mujeres embarazadas que se encuentran a centenares kilómetros de distancia dentro del mismo estado. Por otra parte, el estado de Luisiana no logró, ni en sus escritos ni en la argumentación oral, demostrar cuáles eran los beneficios que proveía esta Ley. Al inicio de la argumentación oral de Elizabeth Murrill, Procuradora General de Luisiana, sostuvo que el objetivo principal de la Ley era proveer seguridad sanitaria a las mujeres embarazadas ya que la mayoría de las clínicas de aborto no cumplen con los estándares de seguridad salubrista del estado. Sin embargo, la jueza Sotomayor sostuvo que todas las clínicas de abortos cuentan con los permisos requeridos por la Ley del estado de Luisiana para operar legalmente, dejándonos sin fundamento el argumento de Murrill.

Finalmente, aunque el juez Clarence Thomas -quien en su disidente del caso de Texas argumentó que los proveedores de aborto no tenían derecho a demandar- y el juez Neil Gorsuch no hicieron ninguna pregunta, y el juez Roberts y Kavanaugh no expresaron interés alguno en la controversia de legitimación, esto me hace entender que la desestimación por falta de legitimación activa no procederá. En virtud de todo lo anterior, en mi opinión, podría adelantar que la corte estaría resolviendo a favor de *June Medical Services*.

¹²⁸ *Id.* en la pág. 15.

LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE DELITO EN PUERTO RICO Y EN ESTADOS UNIDOS MEXICANOS EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

ARTÍCULO

Orlandy Cabrera Valentín*

INTRODUCCIÓN

NO CABE DUDA DE QUE EN PUERTO RICO EXISTE UN PROBLEMA SERIO EN CUANTO a la aplicación de la justicia. Las víctimas del delito son revictimizadas cuando acuden al Sistema de Justicia, conllevando así una violación de sus derechos humanos.¹²⁹ Más aun, como expresa Myra Torres Rivera, presidenta de la Alianza Laura Aponte para la Paz Social, “el grado de vulnerabilidad, temor y desconfianza en el que se encuentran muchas víctimas de delitos impide que, en momentos en que se violenten sus derechos, opten por presentar una querrela. . .”.¹³⁰ Es por ello que debemos destacar que la víctima necesita el reconocimiento de derechos frente al Sistema de Justicia Penal y no solo frente a su agresor. Sin embargo, ante este último, se requiere de una compensación para lograr los equilibrios que la justicia penal necesita. Por ello, ante la ascendente oleada de criminalidad que se ha desatado en la isla en los últimos años, es necesario estudiar las diversas instancias que dan lugar a estos actos tan antisociales que perjudican gravemente tanto al Estado como a los ciudadanos y ciudadanas de un país. Es meritorio analizar el origen que da paso a la criminalidad, los diversos componentes donde se manifiesta esta conducta, y sus resultados. En este escrito, estaremos circunscribiendo nuestro análisis a discutir los derechos que poseen las víctimas de delito en Puerto Rico y cómo estos se comparan y contrastan con los derechos de las víctimas de delito a nivel federal en los Estados Unidos Mexicanos.

I. La víctima como figura pasiva en el proceso penal

En primer lugar, es perentorio destacar que en el Derecho existen diversas ramas de estudio, entre ellas el Derecho procesal penal. Así, pues, el objetivo de esta rama del Derecho es velar por el cumplimiento estricto, justo y adecuado de una persona que ha sido acusada de la comisión de un delito.

Es por ello por lo que:

* El autor es estudiante de segundo año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico y redactor digital de *In Rev*.

¹²⁹ Se define revictimización como:

[E]l proceso mediante el cual se produce un sufrimiento añadido por parte de instituciones y profesionales encargados de prestar atención a la víctima. . . a la hora de investigar el delito o instruir las diligencias oportunas en el esclarecimiento de lo ocurrido: jueces, policías o abogados entre muchos otros.

Maite Nieto Parejo, *No revictimizar a la víctima. ¿Qué es la doble victimización en los procesos judiciales?*, CENIT PSICÓLOGOS (18 de febrero de 2018), <https://cenitpsicologos.com/no-revictimitar-a-la-victima-que-es-la-doble-victimizacion-en-los-procesos-judiciales/>.

¹³⁰ Rebecca Banuchi, *Funcionarios desconocen derechos de víctimas y testigos*, PRIMERA HORA (22 de abril de 2015), <https://www.primerahora.com/noticias/policia-tribunales/nota/funcionariosdesconocenderechosdevictimasytestigos-1078853/>.

Una de las finalidades de todo proceso penal en general, con independencia de las características que los identifican, así como los ritos que están presentes y los roles de los participantes, es que cuando se comete un delito en contra de una persona determinada, ésta y su núcleo cercano busquen que se castigue al delincuente por el daño causado.¹³¹

Por otro lado, según la Constitución mexicana “[e]l proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen”.¹³²

Así, pues:

Con motivo de la comisión de hechos tipificados como delitos, surge un encuentro entre los sujetos protagonistas: el activo, cuya conducta sea adecuada a la descripción legal del delito, y como consecuencia se hace acreedor a sanciones de diversa índole; el pasivo, quien sufre la pérdida o menoscabo de un bien que el Estado está obligado a proteger y, en su caso, a procurar su restablecimiento o indemnización.¹³³

En ese sentido, una vez inicia la acción penal con la determinación de causa probable para arresto, se activan un sinnúmero de garantías tanto constitucionales como estatutarias a favor del imputado de delito. Así, pues, la persona imputada de haber transgredido una norma social se convierte en el centro del procedimiento judicial. Sin embargo, la víctima pasa a un segundo plano siendo esta una figura expectante en todas las etapas. Por ello se ha dicho que “[v]íctima es ‘la persona que padece la violencia a través del comportamiento del individuo-delincuente. Que transgrede las leyes de sociedad y cultura’”.¹³⁴ Del mismo modo, “[s]e entenderá por ‘víctimas’ las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente. . . ”.¹³⁵ Continuando en esa línea de pensamiento “por víctima se designa la persona que padece un daño, sea que estemos ante una víctima totalmente inocente o que ha haya participado directa o indirectamente en la producción de ese perjuicio, movida por sus inclinaciones subconscientes o inconscientes”.¹³⁶ Por consiguiente, “el impacto del delito llega a tener consecuencias de tal gravedad, que pueden propiciar arbitrarias modificaciones en la vida de la víctima y la de sus familiares, en numerosos casos estas alteraciones llegan a ser irreversibles”.¹³⁷

¹³¹ COM. NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, CONOCE TUS DERECHOS HUMANOS EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO 8 (2016), <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/09-Conoce-DH.pdf>

¹³² *Id.* en la pág. 9. (citando el artículo 20(A), fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

¹³³ José Colón Morán, *Los derechos humanos de las víctimas del delito*, UNAM, en la pág. 339, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/28262/25529> (última visita: 27 de octubre de 2019).

¹³⁴ *Id.* en la pág. 341.

¹³⁵ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx> (29 de noviembre de 1985) (citando a G.A. Res. 40/34 Nov. 29, 1985).

¹³⁶ Alvarado E. Márquez Cárdenas, *La victimología como estudio*, 14 PROLEGÓMENOS. DERECHOS Y VALORES 27, 31 (2011), <https://www.redalyc.org/pdf/876/87619038003.pdf>.

¹³⁷ Saida Mantilla, *La revictimización como causal de silencio de la víctima*, 1 N° 2 REV. CIENC. FORENCES HONDURAS 4, 5 (2015), <http://www.bvs.hn/RCFH/pdf/2015/pdf/RCFH1-2-2015-4.pdf>.

Dado lo anterior, “[l]a víctima que interesa al derecho penal. . . es la que sufre el perjuicio. . . [y] ésta se circunscribe a la persona humana. . .”.¹³⁸ En resumen, la víctima de delito es aquel individuo que recibe las consecuencias directas o indirectas de la acción, que constituye un acto ilegal y antisocial, que se realiza contra ella o contra su patrimonio. Así, pues, la persona que sufre una agresión física es víctima directa del delito de agresión tipificado en nuestro Código Penal, mientras que la persona a quien se le escala su casa para apropiarse de dinero, joyas o muebles, es víctima indirecta del delito de escalamiento y apropiación ilegal agravada por sufrir las consecuencias de la pérdida de parte de su patrimonio.

Ahora bien, desde el desarrollo del Derecho Penal moderno, “los derechos de las víctimas en el proceso penal se encuentran todavía en etapa de desarrollo y consolidación, tanto en las legislaciones nacionales como en el ámbito internacional”.¹³⁹ Es por ello por lo que “la víctima ha sido un actor marginal sin derechos explícitos en el proceso”.¹⁴⁰ Esta característica pasiva de la víctima en el proceso penal se debe, en gran medida, a que el andamiaje jurídico creado y perfeccionado en los últimos años se ha concebido como una controversia entre el Estado contra el individuo, donde el primero, a nombre y con el aval del Pueblo, sanciona penalmente al segundo por la transgresión de una norma estatutaria o jurisprudencial. Así, pues, se ha dicho que “[f]rente a la comisión de un delito, surge el derecho del Estado de sancionar la violación al deber de todos los ciudadanos de respetar las normas penales”.¹⁴¹ En consecuencia, “la víctima se convierte durante varios siglos en la ‘gran olvidada’ del sistema penal moderno, ocupando un lugar marginal en su desarrollo y regulación”.¹⁴²

Por todo lo anterior, a finales del siglo XX surge la necesidad de vindicar el dolor y sufrimiento de las víctimas de delito por medio del surgimiento de diversas perspectivas teóricas que abogan por un reconocimiento expreso y amplio de derechos fundamentales para las víctimas en el Sistema de Justicia Penal. Desde inicios de la década de los años setenta, el tema de los derechos de las víctimas se empezó a manifestar patentemente en la esfera pública, abogando por un cambio social de carácter urgente. Siendo así, “[e]ste movimiento ha generado importantes reformas legislativas tendientes a la introducción de derechos a favor de las víctimas en legislaciones nacionales”.¹⁴³ Como consecuencia de la presión ejercida por los diversos organismos, tanto nacionales como internacionales, varios países han acogido, a nivel constitucional, medidas protectoras a favor de las víctimas. Se ha dicho que “la protección de los derechos e intereses de las víctimas se transformó en una de las plataformas que ha permitido justificar públicamente la necesidad de emprender. . . reforma[s] en nuestros países y que contribuyó a generar los consensos políticos para esta”.¹⁴⁴ A modo de ejemplo, en la Constitución Política de Colombia, en su artículo 250 se establece que “el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima. . .”.¹⁴⁵ En ese sentido, el Estado no desaparece del plano procesal, sino que “la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente”.¹⁴⁶ Por otro lado, la Constitución de Chile dispone que “[e]l ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer

¹³⁸ Márquez Cárdenas, *supra* nota 8.

¹³⁹ CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMERICAS, LAS VÍCTIMAS Y EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL 1, <http://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/p15.pdf> (última visita 14 de octubre de 2019).

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ *Id.*

¹⁴² *Id.* en la pág. 3.

¹⁴³ *Id.*

¹⁴⁴ *Id.* en la pág. 4.

¹⁴⁵ Renato Vargas Lozano, *El ejercicio de la acción penal en Colombia. Reflexiones en torno a la reforma al artículo 250 de la Constitución Nacional*, 7 Cuadernos de Derecho Penal 59, 60 (2012).

¹⁴⁶ *Id.*

igualmente la acción penal”.¹⁴⁷ Igualmente, en los Estados Unidos Mexicanos el pueblo soberano entendió que, dentro de los derechos de las víctimas o del ofendido, la víctima debería recibir asesoría jurídica, ayudar al Ministerio Público, tanto en la etapa investigativa como en la adjudicativa, y a “[i]mpugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño”.¹⁴⁸

Como se desprende, el desarrollo de la justicia en Materia Penal ha causado que varios países de Latinoamérica adopten la noción de que la víctima es acreedora de mecanismos jurídicos para ejercer la acción penal contra el imputado o acusado de delito quien directa o indirectamente le ha causado algún tipo de daño ya sea físico, psicológico o patrimonial. Por consiguiente, estas sociedades han decidido codificar, a nivel constitucional, los derechos de las víctimas de delito, de manera que se equiparen a los del acusado.

Como anticipamos en el inicio de este escrito, el presente trabajo estará enfocado en comparar y contrastar los derechos de las víctimas tanto en Puerto Rico como en los Estados Unidos Mexicanos. Con esto en mente, procedemos a presentar, analizar, y discutir los derechos de las víctimas en Puerto Rico.

II. Derechos de las víctimas de delito en Puerto Rico

A pesar de que la víctima de un delito es quien sufre las consecuencias directas e indirectas de la comisión del delito, la Constitución de Puerto Rico no le reconoce derecho alguno durante ni después de la acción penal contra el acusado. Como es de conocimiento general, la Carta de Derechos de nuestra Constitución esta alojada en el artículo II en donde, además de reconocerse diversos derechos humanos, se reconocen los derechos de los acusados de delito, sin embargo, nos preguntamos ¿se reconocen los derechos de las víctimas de delito? Veamos.

A. Carta de Derechos de la Constitución de Puerto Rico

La sección siete dispone lo siguiente:

Se reconoce como derecho fundamental del ser humano el derecho a la vida, a la libertad y al disfrute de la propiedad. No existirá la pena de muerte. Ninguna persona será privada de su libertad o propiedad sin debido proceso de ley, ni se negará a persona alguna en Puerto Rico la igual protección de las leyes.¹⁴⁹

En primer lugar, encontramos que el ser humano tiene un derecho fundamental a la vida, libertad y propiedad. Este apartado, aunque no hace distinción sobre el acusado o las víctimas, nos permite confeccionar un argumento plausible de que, si a una persona X se le trata de arrebatar su vida, libertad o propiedad, es acreedora tanto de una causa de acción contra la persona que intentó realizar dicha acción como también de ciertos derechos durante ese proceso. Sin embargo, aunque esto sucede en el ámbito civil, no es así en lo penal. Es decir, la acción civil es entablada por la persona agraviada mientras que la acción penal es iniciada por el Ministerio Público en nombre del Estado.

¹⁴⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE CHILE [C.P.], 11 de septiembre de 1980, Capítulo VII, art. 83.;

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 31 de enero de 1917, art. 20(c) VII.

¹⁴⁹ CONST. PR art. II, § 7.

Por otro lado, la sección 8 indica que “[t]oda persona tiene derecho a protección de ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada o familiar”.¹⁵⁰ La aludida sección tiene una vertiente tanto civil como penal, es decir, si una persona X empieza a mentir descaradamente contra otra persona Z haciendo creer que ésta ha cometido algún tipo de delito, Z tiene una causa de acción contra X por calumnia bajo las leyes de Puerto Rico, debido a que fue víctima de un ataque abusivo contra su honra, reputación o vida privada o familiar.¹⁵¹ De otra parte, una persona que es agredida físicamente, hasta el punto de que tiene que ser hospitalizada, tiene una causa de acción penal contra su agresor porque ha sido víctima de un ataque abusivo contra su honra y reputación.¹⁵² Sin embargo, aunque en la acción civil la persona afectada por la acción antijurídica promueve, inicia y lleva a cabo la acción judicial contra la otra parte, en la esfera penal, el Estado asume dicho rol contra el acusado. Se entiende que una agresión contra un ciudadano es una agresión contra el Pueblo de Puerto Rico, por transgredir las normas jurídicas socialmente aceptadas.

Las secciones de la Carta de Derecho anteriormente discutidas no giraban en torno al proceso penal, sino que eran derechos generales del ciudadano, sin distinción de si es víctima o acusado, por lo tanto, pueden entenderse aplicables tanto en la esfera civil como en la criminal. Es por ello que ahora entraremos de lleno en la sección once de la Carta de Derechos donde se hace referencia a los derechos de los acusados en el proceso penal, más no a los derechos de las víctimas. La referida sección lee como sigue:

[1] En todos los procesos criminales, el acusado disfrutará del derecho a un juicio rápido y público, [2] a ser notificado de la naturaleza y causa de la acusación recibiendo copia de la misma, [3] a carearse con los testigos de cargo, [4] a obtener la comparecencia compulsoria de testigos a su favor, [5] a tener asistencia de abogado, y [6] a gozar de la presunción de inocencia.[7] En los procesos por delito grave el acusado tendrá derecho a que su juicio se ventile ante un jurado imparcial compuesto por doce vecinos del distrito, quienes podrán rendir veredicto por mayoría de votos en el cual deberán concurrir no menos de nueve.

[8] Nadie será obligado a incriminarse mediante su propio testimonio y el silencio del acusado no podrá tenerse en cuenta ni comentarse en su contra.

[9] Nadie será puesto en riesgo de ser castigado dos veces por el mismo delito.

[10] Todo acusado tendrá derecho a quedar en libertad bajo fianza antes de mediar un fallo condenatorio.

[11] La detención preventiva antes del juicio no excederá de seis meses. [12] Las fianzas y las multas no serán excesivas. . . .¹⁵³

En virtud de lo anterior, podemos apreciar que todos los derechos expuestos son para el beneficio del acusado, los cuales le cobijan antes, durante y después del proceso penal. En ese sentido, la víctima es un sujeto de derecho ignorado y relegado en el procesamiento penal bajo nuestro ordenamiento jurídico constitucional. Es por ello que, ante la carencia de protección del Estado, las víctimas en muchas ocasiones se rehúsan a comparecer a los procedimientos penales contra el acusado, el artificio de su dolor, retrasando o complicando así la acción penal instada en contra del ofensor. Sin duda alguna, el testimonio de la víctima

¹⁵⁰ *Id.* § 8.

¹⁵¹ Ley de libelo y calumnia, Ley de 19 de febrero de 1902, 32 LPRA §§ 3141-3149 (2017).

¹⁵² CÓD. PEN. PR art. 109, 33 LPRA § 5162 (2010 & Supl. 2019).

¹⁵³ CONST. PR art. II, § 11 (se han añadido una serie de números entre corchetes a manera de división).

en corte abierta es un componente indispensable de prueba directa para encontrar culpable a la persona que delinquirió.

En ese sentido, es irrazonable que el acusado que, en nuestra opinión, en la mayoría de los casos cuenta con amplios recursos económicos provenientes del bajo mundo, esté blindado de un sinnúmero de derechos constitucionales. Por otro lado, la víctima del delito se ve desprotegida y frustrada durante la superación emocional y física de las heridas psicológicas sufridas como consecuencia de un acto ilegal que lo cicatrizará por el resto de su vida. Para remediar esta situación, la Asamblea Legislativa se dio a la tarea de formular varias piezas legislativas con el objetivo de asegurarle a la víctima de delito diversos mecanismos jurídicos dirigidos a su protección y que, a su vez, generen cierto grado de confianza en el Sistema de Justicia Penal.

B. Ley para la protección de víctimas y testigos

Ante la burda y cruda realidad que enfrenta la víctima, en conjunto con sus familiares, el legislador puertorriqueño entendió que era necesario e indispensable adoptar una medida legislativa enfocada en garantizar la seguridad de las víctimas, como potenciales testigos de cargo. Por consiguiente, en el año 1986 se aprobó la Ley Núm. 77 de 9 de Julio de 1986, según enmendada, Ley para la Protección de Víctimas y Testigos.¹⁵⁴ Mediante esta Ley se plasma el “interés para que, a la mayor brevedad, se adopten medidas que permitan garantizar la seguridad y la eventual comparecencia ante los tribunales de todo ciudadano con conocimiento para aportar al encausamiento de aquéllos que han incurrido en delito público”.¹⁵⁵

Para alcanzar los objetivos trazados, esta Ley crea la División para la Protección y Asistencia de Víctimas y Delitos, compuesta por agentes de la Policía y cuyas funciones se ciñen a “denunciar, arrestar, diligenciar órdenes de los tribunales y para tener, poseer, portar, transportar y conducir armas de fuego”.¹⁵⁶ Por otro lado, se dispone que el Departamento de Justicia deberá establecer y mantener una línea de llamadas con operación las veinticuatro horas del día para atender emergencias de víctimas de delitos, testigos potenciales y familiares que se sientan amenazados por los acusados contra quienes han testificado.¹⁵⁷ Del mismo modo, las víctimas o testigos que sientan que su vida corre peligro, pueden ser reubicados en una residencia por el tiempo que amerite, la cual tendrá vigilancia directa por el Departamento de Justicia. Igualmente, se le puede proveer transportación y protección en el lugar de empleo. Podrán recibir cierto tipo de asistencia económica y la subvención de servicios esenciales en casos meritorios. Otro de los beneficios que pueden recibir las víctimas, testigos, y sus familiares, es el cambio de identidad por medio del Registro Demográfico.

En resumen:

La Carta de Derechos de las Víctimas y Testigos del Crimen establece el derecho a ambos grupos a recibir un trato digno y compasivo por parte de los componentes del sistema de justicia criminal, tener acceso a servicio

¹⁵⁴ Véase Ley de protección y asistencia a víctimas y testigos, Ley Núm. 77 de 9 de julio de 1986, 25 LPR §§ 973-973(c) (donde se declaró que es política pública del Estado Libre Asociado de Puerto Rico proveer protección y asistencia a las víctimas y testigos en los procesos judiciales que se ventilen en los tribunales, así como durante las investigaciones que se realicen para promover su cooperación y participación plena y libre de intimidación en esos procesos).

¹⁵⁵ Exposición de motivos, Ley para la protección de víctimas y testigos, Ley Núm. 77 de 9 de julio de 1986, 1986 LPR 257, 259.

¹⁵⁶ *Id.* en el art. 3.

¹⁵⁷ *Id.* en el art. 4.

telefónico para comunicarse gratis con familiares o allegados, reclamar que se mantenga en estricta confidencialidad su información personal, recibir todos los servicios que sean necesarios para garantizar su seguridad, ser orientados sobre los programas de asistencia médica, psicológica, social y económica que tienen a [su] disposición, entre otros.¹⁵⁸

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en México, que discutiremos más adelante, bajo esta Ley el simple hecho de que una persona sea víctima no la hace automáticamente acreedora de los beneficios que mencionamos anteriormente. Es decir que, para recibir la protección que ofrece el Departamento de Justicia, es necesario pasar por un proceso de elegibilidad mediante el cual se determina si la persona es apta o no para ser acreedora de estas protecciones. Así, pues, el artículo 8 de la Ley dispone que:

Los beneficios de protección provistos por esta [L]ey se extenderán a toda persona víctima de delito, testigo, testigo potencial, familiar o allegado de éstos, independientemente de la naturaleza o gradación del delito, si se determina que cualquiera de las personas mencionadas está en riesgo de sufrir amenazas, agresiones o intimidación directa o indirecta a fin de disuadirle de participar en el procedimiento oficial a seguirse o cuando se trate de influenciar su testimonio o cuando esté expuesta a cualquier aspecto de la conducta¹⁵⁹

Como vemos, si la persona no está en riesgo de sufrir una amenaza, agresión o intimidación directa o indirecta, ni se ha tratado de influenciar su testimonio, esta no cualifica para los beneficios disponibles. Ciertamente, aunque la intención de los y las legisladoras fue brindar ciertos mecanismos a favor de la seguridad de las víctimas y testigos de delitos, la misma de su faz ofrece una protección escueta y débil que no se atempera a la realidad de la sociedad puertorriqueña en la que vivimos.

C. Ley para establecer la carta de derechos de las víctimas y testigos de delito

Con la promulgación de esta Ley, las víctimas y testigos tienen derecho a lo siguiente:

Derecho a “[r]ecibir un trato digno y compasivo por parte de [todas las personas] funcionari[a]s y emplead[as] públic[as] que representen las agencias que integran el sistema de justicia criminal durante las etapas de investigación, procesamiento, sentencia y disposición posterior del caso criminal que se inste contra el responsable del delito”.¹⁶⁰ Del mismo modo, tendrán derecho a “[t]ener acceso a servicio telefónico, libre de costo, para comunicarse con su familia o [persona] allegad[a] más cercan[a] o con su abogado, tan pronto entre en contacto con el sistema de justicia criminal”.¹⁶¹ Por otro lado, puede “[e]xigir que se mantenga la confidencialidad de la información sobre su dirección y números telefónicos. . .”.¹⁶² Igualmente, son acreedores de “[r]ecibir todos los servicios de protección que [garantiza la Ley Núm. 77 de 9 de julio de 1986, según enmendada,] para sí y para sus familiares contra las posibles amenazas y daño que puedan sufrir. . .”.¹⁶³ Así mismo, tiene derecho a “[s]er orientado sobre todos aquellos programas de asistencia médica, psicológica,

¹⁵⁸ Banuchi, *supra* nota 2.

¹⁵⁹ Ley para la protección de víctimas y testigos, Ley. Núm. 77 de 9 de julio de 1986, 1986 LPR 262, 262-63.

¹⁶⁰ Ley para establecer la carta de derechos de las víctimas y testigos de delito, Ley Núm. 22 del 22 de abril de 1988, 25 LPRA § 973a (2016).

¹⁶¹ *Id.* en la § 973a (b).

¹⁶² *Id.* en la § 973a (c).

¹⁶³ *Id.* en la § 973a (d).

social y económica que estén disponibles en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico. . .”¹⁶⁴
A continuación, enumeraremos los demás derechos:

1. Recibir para sí y para sus familiares todos aquellos servicios y beneficios que provean los programas de asistencia médica, psicológica, social y económica que estén disponibles en el Estado Libre Asociado y a los cuales sea elegible.
2. Ser notificada por escrito del desarrollo de todas las etapas del proceso de investigación, procesamiento y sentencia de la persona responsable del delito. Esto incluye:
 - a. ser consultado antes de que se transe una denuncia o acusación contra la persona autora del delito;
 - b. ser informado de los procedimientos posteriores a la sentencia cuando así se le solicite a la Policía de Puerto Rico, al Negociado de Investigaciones Especiales o al Ministerio Fiscal;
 - c. ser informado por el Departamento de Corrección y Rehabilitación, según corresponda, en los casos en que la persona responsable del delito:

| |
|--|
| Sea liberada por haber extinguido su sentencia |
| Sea puesta en libertad a prueba (probatoria) |
| Sea puesta en libertad bajo palabra |
| Sea puesta en libertad bajo supervisión electrónica |
| Sea puesta en libertad por una condición de salud |
| Si es transferida a una nueva institución correccional |
| Si se encuentra en un hogar de adaptación social |

La notificación se ha de realizar en un término no menor de treinta (30) días antes de la excarcelación.

- d. Ser informado por el Departamento de Corrección y Rehabilitación si la persona responsable se fuga de una institución carcelaria, hospitalaria o de un hogar de adaptación social, en o antes de las veinticuatro horas contadas a partir del momento en que la Administración de Corrección lo conozca.
- e. Ser informado por el Departamento de Corrección de la captura de la persona evadida, en o antes de las veinticuatro horas contadas desde el momento en que ocurra la aprehensión; y
- f. Ser informado por el Departamento de Corrección o la Junta de Libertad Bajo Palabra, según corresponda, del fallecimiento de la persona convicta, dentro de un término no mayor de quince días a partir del deceso.

¹⁶⁴ *Id.* en la § 973a (e).

3. Lograr que el Ministerio Fiscal promueva la rápida ventilación de los casos criminales contra la persona responsable del delito y en especial, los casos de delitos sexuales, maltrato y violencia doméstica.
4. Estar presente en todas las etapas del procesamiento contra la persona responsable del delito cuando lo permitan las leyes y reglas procesales, excepto en aquellos casos en que lo prohíba el Tribunal por razón de que la víctima sea testigo en el proceso criminal o por otras circunstancias y a que la Policía de Puerto Rico, el Negociado de Investigaciones Especiales o el Ministerio Fiscal le informen prontamente cuando su presencia no sea necesaria en el tribunal.
5. Recibir en todo momento en que esté prestando testimonio en un tribunal o en un organismo cuasi-judicial un trato respetuoso y decoroso por parte de abogados, abogadas, fiscales, jueces, juezas y demás funcionarias y empleadas concernidas y la protección del Juez, Jueza o de la funcionaria que preside la vista administrativa en casos de hostigamiento, insultos, ataques y abusos a la dignidad y a la honra del testigo o de sus familiares y allegados.
6. Cuando se trate de una víctima de violación, a no ser preguntada sobre su historial sexual sujeto a lo dispuesto en la ley.
7. Cuando sea menor de edad o incapacitada, a no ser preguntado sobre el alcance del deber de decir la verdad, a que no se le tome juramento o afirmación en este sentido, y a instar las acciones por delitos sexuales y maltrato dentro del término prescriptivo extendido que provea la ley.
8. Tener a su disposición un área en el Tribunal donde se esté ventilando el proceso judicial contra la persona responsable del delito que esté separada de la persona acusada; sus secuaces y amistades y familiares y, cuando no esté disponible esta área separada, recibir otras medidas protectoras.
9. Lograr que se le releve de la comparecencia personal en la vista de determinación de causa probable para el arresto, cuando su testimonio conlleve un riesgo a su seguridad personal o de su familia o cuando se vea física o emocionalmente imposibilitada.
10. Someter al tribunal sentenciador un informe sobre el efecto económico y emocional que le ha ocasionado la comisión del delito según lo garantiza la ley.
11. Recibir la compensación económica que le corresponde por razón de su comparecencia en el proceso judicial, así como la concesión de licencia judicial y reinstalación en el empleo que provee la ley.
12. Recibir el beneficio de la restitución por parte de la persona responsable del delito en todos aquellos casos en que el Código Penal del Estado Libre Asociado de Puerto Rico o las leyes especiales así lo provean. Esto significa que la persona autora del delito le devuelva lo que le quitó o un valor igual.

13. Recibir devueltos todos aquellos bienes de su propiedad que se hayan retenido por las autoridades concernidas con el propósito de ser utilizados como evidencia tan pronto como sea posible.
14. Ser informada del nombre, edad y municipio en que reside la persona ofensora que haya cometido el delito en su contra, o falta, aun cuando ésta sea menor de edad, según sea el caso. En todos los casos de agresión sexual la víctima tendrá acceso a toda información, incluyendo nombre, edad y dirección de la persona ofensora.¹⁶⁵

Por otro lado, de ser la víctima o testigo menor de edad podrá, a su vez, ofrecer su testimonio mediante un sistema televisivo de circuito cerrado o por deposición grabada en cinta video cualquier sistema de grabación confiable; estar acompañado en sala por personal de apoyo mientras presta su testimonio, quien podrá ser un familiar o conocido, un consejero o personal técnico del programa o profesional competente y a no ser expuesto a experiencias que puedan tener consecuencias serias para su salud mental y emocional.¹⁶⁶

A pesar de todo lo anterior, nos encontramos con la misma pared que impide un completo y adecuado reconocimiento a las víctimas. Nos referimos a que, para ser acreedor de los derechos antes discutidos, la víctima tiene que haber cualificado inicialmente bajo los parámetros de la Ley Núm. 77 de 9 de julio de 1986.¹⁶⁷ Así, pues, una persona que fue víctima de apropiación ilegal, y que no ha sido intimidada por el acusado, no tendrá derecho a exigir que se mantenga la confidencialidad de la información, ser notificada por escrito del desarrollo de todas las etapas del proceso de investigación, procesamiento y sentencia, entre los demás beneficios que hemos expuesto.

Ahora bien, el problema no acaba con que la víctima cualifique para los derechos contenidos en la Ley. A palabras de Mayra Rivera Torres, presidenta y fundadora de Alapás,¹⁶⁸ reconoce que, “[h]emos confrontado muchas situaciones en que funcionarios del sistema de justicia criminal expresan saber que las víctimas tienen derechos, pero no parecen poder citar derechos específicos, como sucede con los derechos de los acusados . . .”¹⁶⁹

D. *Ley núm. 183 de 29 de julio de 1998, según enmendada, ley de compensación y servicios a las víctimas y testigos de delito, 25 L.P.R.A. §§ 981*

Según la información provista por la Oficina de Compensación y Servicios a las Víctimas y Testigos de Delito del Departamento de Justicia del Estado Libre Asociado de Puerto Rico:

Mediante el Plan de Reorganización del Departamento de Justicia, aprobado el 27 de diciembre de 2011 se enmendó la Ley Núm. 183-1998, ahora conocida como la Ley de Compensación y Servicios a las Víctimas y Testigos de Delito . . . Ello, al reconocerse como prioridad la compensación

¹⁶⁵ *Id.* en la § 973a (f)-(s).

¹⁶⁶ 25 LPRA § 973 (a-2).

¹⁶⁷ 25 LPRA § 973 (a).

¹⁶⁸ Alapás se constituye en memoria de la poeta Laura Isabel Aponte Rivera, joven universitaria de 19 años, quien falleció el 22 de junio de 1997, al recibir una bala mientras se encontraba en la discoteca Hollywood en el viejo San Juan. Sus amigos y familiares se han dado a la tarea de establecer esta Alianza para lidiar con el grave problema de la criminalidad, que arrebató a tantos jóvenes de nuestra sociedad, y con las consecuencias que sufren las familias afectadas. Alapás, Conócenos, <https://alapas.org/conocenos/> (última visita: 25 de octubre de 2019).

¹⁶⁹ Rebecca Banuchi, *Funcionarios desconocen derechos de víctimas y testigos*, PRIMERA HORA (22 de abril de 2015), <https://www.primerahora.com/noticias/policia-tribunales/nota/funcionariosdesconocenderechosdevictimasytestigos-1078853/>.

y prestación de servicios a las víctimas y testigos de delito en Puerto Rico. A tales efectos, la Oficina fue creada con el objetivo de proveerle ayuda y apoyo a este sector de la población para evitar que su entrada en el sistema de justicia se convierta en un trauma adicional y, además, para asegurarles un trato justo y compasivo durante el proceso que involuntariamente les ha tocado vivir.¹⁷⁰

Entre sus funciones se encuentran los siguientes: “servicios de intervención en crisis, servicios de orientación y familiarización con el sistema de justicia criminal, orientación sobre la Carta de Derechos de las Víctimas y coordinación y referidos para recibir servicios de las diversas agencias gubernamentales”.¹⁷¹

Por otro lado, mediante el artículo 6 de la ley mencionada anteriormente, se pueden “conceder compensaciones económicas a las víctimas de delitos por daños ocurridos a causa de la comisión de uno o más de los siguientes delitos o sus tentativas”.¹⁷²

| | | | |
|---------------------|--|---|--|
| Asesinato | Asesinato Atenuado | Homicidio Negligente | Agresión Sexual |
| Secuestro | Secuestro Agravado | Secuestro de Menores | Violencia Doméstica |
| Maltrato de Menores | Agresión Agravada | Actos Lascivos | Robo Agravado cuando se le infringe daño físico a la víctima |
| Incendio Agravado | Apropiación Ilegal cuando la víctima posea 65 años o más | Las disposiciones de este Artículo también aplicarán a los procedimientos de menores por la comisión de faltas en que se configuren las condiciones equivalentes a las enumeradas en este Artículo. | |

Ahora bien, los beneficios que puede ofrecer la Oficina se dividen dependiendo de si la víctima sobrevivió o falleció a consecuencia del delito o falta que da base a la reclamación sometida a la oficina. Así, pues, las compensaciones son las siguientes:¹⁷³

| Partidas Compensables | Monto |
|--|---|
| Gastos médicos | Hasta un máximo de \$25,000 si los daños son catastróficos |
| Gastos para recibir servicios psicológicos o psiquiátricos | Hasta un máximo de \$1,000 |
| Pérdida de ingreso o sustento | Sujeto a los siguientes gastos |
| Gastos de relocalización | Hasta un máximo de \$3,500 o \$5,500 si es víctima de violencia doméstica |
| Pago del examen médico forense | Hasta un máximo de \$700 |
| Gastos fúnebres | Hasta un máximo de \$3,000 |

¹⁷⁰ DEPARTAMENTO DE JUSTICIA, CONOCE TUS DERECHOS. SI EL CRIMEN TE HA TOCADO DE CERCA, PERMÍTENOS AYUDARTE, <http://www.justicia.pr.gov/wp-content/uploads/2016/01/OP%C3%9ASCULO-OFFICINA-DE-COMPENSACI%C3%93N-Y-SERVICIOS-A-LAS-V%C3%8DCTIMAS-Y-TESTIGOS-DE-DELITO.pdf> (última visita 17 de noviembre de 2019).

¹⁷¹ Ley de compensación y servicios a las víctimas y testigos de delito, Ley Núm. 183-1998, 25 LPRA § 981a.

¹⁷² *Id.* en la § 981d.

¹⁷³ *Id.* en la § 981h; DEPARTAMENTO DE JUSTICIA, *supra* nota 44.

| | |
|--|----------------------------|
| Gastos legales | Hasta un máximo de \$1,500 |
| Gastos de limpieza de escena en residencia | Hasta un máximo de \$1,000 |
| Gastos de transportación | Hasta un máximo de \$1,000 |

A pesar de la existencia de esta Oficina gubernamental, la realidad es que, los servicios que la misma ofrece, son mínimos ante el cuadro económico que vivimos en pleno siglo 21.¹⁷⁴ A parte, la insolvencia del Gobierno Central para proveer recursos económicos a servicios como estos impide el cabal cumplimiento de lo que la Ley ofrece. Por otro lado, “[a]unque existe un fondo de compensación a víctimas, el proceso para solicitarl[o] es sumamente burocrático y exige una serie de documentos que, tomando en consideración el estado emocional de la víctima, obstaculiza su accesibilidad y, en muchas ocasiones, las víctimas desisten . . .”¹⁷⁵ En fin, aún nos encontramos en pañales cuando a derechos de las víctimas de delito se refiere.

Así, pues, “mientras los derechos de las víctimas están establecidos por ley, los de los acusados están contenidos en la Constitución del Estado Libre Asociado, lo que les confiere un mayor grado de protección”.¹⁷⁶ Sin embargo, la situación en México es distinta. En dicho país, la víctima de delito está en igualdad de condiciones que el acusado cuando de derechos constitucionales se habla. Veamos.

III. Derecho de las víctimas en Estados Unidos Mexicanos.

La transición de un sistema inquisitorial hacia uno adversarial conlleva un proceso minucioso de estudio, análisis, críticas, formulación de propuestas e implementación de política pública de manera efectiva. Esta labor jurídica no se da de la noche a la mañana, sino que conlleva varios años de errores y aprendizaje, de manera que el resultado final sea uno uniforme, concreto y eficiente. Así, pues, en el año 2008 los Estados Unidos Mexicanos lograron finalmente la materialización constitucional de un sinnúmero de luchas sociales que abogaban por el reconocimiento expreso de derechos tanto sustantivos como procesales a las víctimas u ofendidos de delito en el proceso penal.¹⁷⁷ En ese sentido, “[c]on la reforma penal de 2008 y el tránsito hacia un modelo de justicia penal de corte acusatorio se incorporó al artículo 20 de la Ley Fundamental un catálogo amplio de derechos humanos y garantías a los mismos, cuya titularidad se reconoce a todas las víctimas del delito”.¹⁷⁸ En virtud de esta pieza legislativa mexicana:

[L]as víctimas dejan de ser meros datos y se convierten en protagonistas del proceso que están viviendo, ocupando una posición activa al participar y proponer las actuaciones y diligencias para la investigación de los hechos delictivos y/o violatorios de sus derechos, al tiempo de ser escuchadas y

¹⁷⁴ Excluyendo la partida de gastos médicos en caso de si los daños son catastróficos.

¹⁷⁵ Rebecca Banuchi, *Funcionarios desconocen derechos de víctimas y testigos*, PRIMERA HORA (22 de abril de 2015), <https://www.primerahora.com/noticias/policia-tribunales/nota/funcionariosdesconocenderechosdevictimasytestigos-1078853/>.

¹⁷⁶ *Id.*

¹⁷⁷ Véase Código Nacional de Procedimientos Penales, art. 108 (“se considerará ofendido a la persona física o moral titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley penal como delito”). *Id.*

¹⁷⁸ Arely Gómez González, *Derechos humanos y garantías de las víctimas de delito*, INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES 415, <http://www.inacipe.gob.mx/stories/publicaciones/novedades/ReformaPenal2008-2016.pdf> (última visita 27 de octubre de 2019).

tomadas en cuenta en todo momento por las autoridades, a fin de crear en conjunto las estrategias que deberán seguirse.¹⁷⁹

Es por ello por lo que, “[l]a reforma constitucional al Sistema de Justicia Penal representa uno de los más grandes cambios legislativos e institucionales en toda la historia de México”.¹⁸⁰ Conforme a lo anterior, la reforma constitucional del 2008 en el Sistema De Justicia Penal mexicano trajo consigo un sinnúmero de reglas y principios humanos, plasmados en el código de procedimientos penales, que transformaron así el papel pasivo de la víctima a uno protagónico.¹⁸¹

Ahora bien, “[h]asta el año 2008, todo aquel que padeciera un hecho que pudiera ser constitutivo de delito estaba obligado a acudir al proceso en busca de justicia; la opción era simple: si deseaba que el Estado interviniera debía someterse al proceso penal, de lo contrario, mejor ni denunciar”.¹⁸² Es por ello que, al igual que en Puerto Rico, toda persona que sufriese las consecuencias de un hecho constitutivo de delito “[e]staba obligad[a] a acudir al proceso en busca de justicia; la opción era simple: si deseaba que el Estado interviniera debía someterse al proceso penal, de lo contrario, mejor ni denunciar”.¹⁸³ Así, pues, la intervención del Estado, por medio del Ministerio Público, se hacía patente desde la etapa investigativa, adjudicativa y hasta el proceso de ejecución de sentencia. Es decir, se “[d]eposito en el Ministerio Público la exclusividad del conocer y obrar en todos los pormenores del delito”.¹⁸⁴ Dada la injerencia y, a la exclusiva y excluyente, participación del Estado, en el proceso penal se:

Negó la posibilidad de que la víctima accediera a la administración de justicia; ésta debía comunicar al Ministerio Público sus pretensiones y aquél, una vez que se imponía del caso, desplazaba al gobernado y asumía la titularidad de la acción, no en nombre directo de éste . . . sino en representación de la sociedad agraviada por la afectación a uno de sus integrantes.¹⁸⁵

En ese sentido, “el Ministerio Público decidía si investigaba (él definía sus tiempos de investigación) y, en su caso, si ejercía acción penal (él disponía de libertad de decisión, incluso el momento para hacerlo, mientras no estuviera prescrito). Si decidía no hacerlo, la víctima materialmente no disponía de derecho alguno para oponerse . . .”.¹⁸⁶ Dado lo anterior, ante la carencia de autoridad o derecho alguno de la víctima u ofendido en el proceso penal, la justicia que se lograba era una a medias. El esclarecimiento de los hechos y el conocimiento de la verdad estaba en cierto sentido incompleto. Así, pues, el derecho a la verdad, en un sistema jurídico, significa el que tanto la víctima como el imputado de delito puedan conocer jurídicamente quién es el perpetrador del delito y cómo se llevó a cabo. Dado esto, los demás

¹⁷⁹ Ana Pamela Romero Guerra & Daniela García González, *Las deudas del sistema penal con las víctimas*, (5 de septiembre de 2018), <https://www.letraslibres.com/mexico/politica/mexico-evalua-derechos-victimas-sistema-penal>.

¹⁸⁰ Luis María Aguilar Morales, *Reforma constitucional en materia penal de 2008. Antecedentes, objetivos y ejes rectores*, INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES 27, <http://www.inacipe.gob.mx/stories/publicaciones/novedades/ReformaPenal2008-2016.pdf>. (última visita: 27 de octubre de 2019).

¹⁸¹ Gómez González, *supra* nota 52, en la pág. 415.

¹⁸² Aguilar Morales, *supra* nota 54, en la pág. 29.

¹⁸³ *Id.*

¹⁸⁴ *Id.*

¹⁸⁵ *Id.*

¹⁸⁶ *Id.*

derechos reconocidos tanto por la Constitución Mexicana, son secundarios o accesorios. A su vez, dichos derechos son desarrollados e implementados por la Ley General de Víctimas.

A. *Derechos de las víctimas en la Constitución Mexicana*

El apartado C del artículo 20, de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, es uno de los avances más significativos en cuanto a materia penal en Latinoamérica. En dicho inciso se plasman un sinnúmero de derechos que cobijan a la víctima u ofendido de delito. Estos, pueden hacerse valer en el proceso penal. *Veamos*:

- i. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

Mediante este apartado, se habilita la aparición de la figura del asesor jurídico, la cual es definida expresamente en la Ley General de Víctimas. Mediante el derecho de asesoría jurídica, el asesor es un abogado con título y cédula en Derecho que representa, orienta y asesora a la víctima u ofendido del delito, dentro del proceso penal. Es decir, el asesor jurídico representa los intereses de la víctima; no es más que el abogado de la víctima. Dentro de las funciones del asesor jurídico en la etapa penal, puede presentar la denuncia, ofrecer evidencia; solicitarle al Ministerio Público que inicie la acción penal; pedir medidas cautelares y hasta participar en el juicio.¹⁸⁷ En este punto debemos destacar que todo lo anterior no significa que el asesor jurídico supla las funciones del Ministerio Público ya que constitucionalmente, el único ente facultado para iniciar, dirigir y coordinar la acción penal lo es el Ministerio Público. El asesor jurídico lo único que hace es representar a la víctima y fortalecer todas las consideraciones vertidas por el Estado. Así, pues, “[s]e trata entonces de una asistencia legal limitada: consejo, orientación, opinión, pero no necesariamente representación en el juicio, constitución formal en éste, como se constituye, en cambio, el defensor particular de oficio. En tal virtud, la ‘defensa’ del ofendido es más reducida que la provista para el infractor”.¹⁸⁸

- ii. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.
 - Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

Mediante este derecho, la víctima u ofendido tiene la facultad de participar junto con el Estado en la investigación de los hechos con el objetivo de llegar al descubrimiento de la verdad.

- iii. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

¹⁸⁷ Ley General de Víctimas [LGV], Cap. VIII, Art. 125, Diario Oficial de la Federación [DOF], 09-01-2013, últimas reformas DOF 03-01-2017 (Mex.).

¹⁸⁸ José Colón Morán, *Los Derechos Humanos de las Víctimas (CNDH)*, REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/28262/25529> (última visita 27 de noviembre de 2019).

- iv. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.
- v. La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;
- vi. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa. Párrafo reformado DOF 14-07-2011.
 - El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todos los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;
- vii. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y
- viii. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

¹⁸⁹

B. Sistema nacional de atención a víctimas

El Sistema Nacional de Atención a Víctimas (en adelante “SNAV”) es una institución gubernamental creada en 2013 y está adscrita a la rama ejecutiva. Su objetivo es la creación, formulación e implementación de política pública dirigida a “[e]stablecer y supervisar las directrices, servicios, planes, programas, proyectos, acciones institucionales e interinstitucionales, y demás políticas públicas que se implementen para la protección, ayuda, asistencia, atención, acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación integral a las víctimas en los ámbitos local, federal y municipal”.¹⁹⁰ La existencia de esta institución se debe a que:

Antes de la creación del SNAV, las víctimas se encontraron con instituciones que no respondían suficientemente a sus necesidades, ésta fue una de las razones que desencadenaron la necesidad de crear todo un sistema con instituciones realmente especializadas en la atención a víctimas y en ser plenamente responsables de garantizar sus derechos.¹⁹¹

¹⁸⁹ *Id.* en la pág. 141.

¹⁹⁰ COMISIÓN EJECUTIVA DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS, ESTRUCTURAS Y FUNCIONES DEL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS (SNAV) Y LA COMISIÓN EJECUTIVA DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS (CEAV) 4 (2019). <http://www.ceav.gob.mx/transparencia/uploads/2019/05/Cuadernillo%201-%20SNAV.pdf> (última visita 1 de noviembre de 2019).

¹⁹¹ *Id.*

Así, pues, la SNAV se encarga de hacer valer los derechos de las víctimas. Más aun, “[l]as diversas instituciones que conforman el Sistema Nacional de Atención a Víctimas deben proporcionar, de manera conjunta, los servicios que les permitan resarcir los efectos causados por el delito o la violación a los derechos humanos”.¹⁹² En ese sentido, “[l]a ayuda y atención deben ser inmediatas, ya que se pretende que las personas víctimas puedan superar las consecuencias del hecho victimizaste lo más pronto posible y con ello, recuperar las condiciones de vida que tenían antes del delito o la violación a sus derechos”.¹⁹³

CONCLUSIÓN

Sin embargo, el propósito principal de las leyes de Puerto Rico anteriormente discutidas es dar a “[c]onocer y proteger estos derechos [que son esenciales] para garantizar que las personas se sientan seguras y confiadas de colaborar para esclarecer delitos y situaciones que violan la convivencia social”.¹⁹⁴ Como vemos, el propósito principal no es preservar la honra, la dignidad ni la integridad de las víctimas de delito como lo es en México. Es por ello, que es preciso llevar este reclamo a los comicios legislativos pertinentes de manera que de una vez y por todas, las víctimas de delito sean empoderadas de aquellos derechos constitucionales que les ayuden a recobrar y preservar lo que en su día les fue arrebatado por un delincuente cuyos derechos relegan al afectado a un plano secundario en el proceso penal. En ese sentido, se ha recomendado que “[s]e presente una medida que ordene la celebración de un referéndum para que los electores decidan si desean o no elevar a rango constitucional los derechos de las víctimas”.¹⁹⁵ Mientras ello no suceda, las víctimas de delito continuarán siendo meros espectadores en el proceso judicial penal.¹⁹⁶

¹⁹² Romero Guerra, *supra* nota 53.

¹⁹³ *Id.*

¹⁹⁴ *Derechos de las víctimas y testigos de delito*, AYUDA LEGAL PUERTO RICO, (23 de mayo de 2019), <https://ayudalegalpr.org/resource/derechos-de-las-vctimas-y-testigos-de-delito>.

¹⁹⁵ Banuchi, *supra* nota 2.

¹⁹⁶ Véase *Pueblo v. Dávila Delgado*, 143 DPR 157 (1997) (“[L]as víctimas o testigos de un delito . . . no son parte para efectos del proceso criminal; careciendo éstas, en consecuencia, de los derechos que, de ordinario, tienen las partes en un procedimiento judicial”).

MATRIMONIOS DE SEGUNDA CLASE: EL INTENTO POR DESMANTELAR EL MATRIMONIO IGUALITARIO

ARTÍCULO

Anagabriela Esquerdo Pérez

INTRODUCCIÓN

PARA MUCHAS PERSONAS, LA POSIBILIDAD DE CONTRAER MATRIMONIO ES ALGO QUE toman en vano y para otros, es el pilar que sella el amor incondicional que se tienen dos personas; amor es amor independientemente de la raza y la orientación sexual. En años recientes, se han utilizado las siglas LGBTQ+ para denominar de forma inclusiva a todos los individuos y a las comunidades que se identifican como lesbianas, gay, bisexuales o transgéneros, o aquellos que tienen dudas acerca de su sexualidad y/o identidad de género. El símbolo + se utiliza para hacer referencia a que existen más letras que se incluyen dentro de estas siglas para identificar a la comunidad. La comunidad LGBTQ+ es una que se enfrenta a constantes ataques por parte de las mayorías, sin embargo, en la pasada década, los derechos de la comunidad han ido evolucionando. Desde abolir las leyes anti-sodomía hasta la más reciente victoria en cuanto al matrimonio para personas del mismo sexo. Este último derecho surgió en forma definitiva en el 2015, luego de que el Tribunal Supremo de Estados Unidos decidiera el caso de *Obergefell v. Hodges*. Con este caso, la corte decidió que las personas de mismo sexo tenían derecho a contraer matrimonio y gozar de los beneficios que las parejas heterosexuales obtienen al estar casados.¹⁹⁷ Muchos pensaron, en aquel entonces, que la lucha en cuanto a este aspecto había llegado a su fin y su derecho al matrimonio era definitivo. Pero, si el amor es amor, ¿por qué algunos tipos de amor se les continúa intentando tratar distinto a otros? ¿Por qué los estados insisten en obstaculizar el derecho fundamental que es el matrimonio y decidir quiénes si y quienes no pueden contraerlo? A partir del 2015, dicho derecho se ha enfrentado a múltiples ataques, algunos de los cuales han llegado a la Corte Suprema para ser decididos y el tribunal ha recalcado la inconstitucionalidad de los estatutos o de las distintas problemáticas que se han presentado. Distintos estados conservadores continúan intentando establecer un matrimonio de segunda clase para las parejas del mismo sexo, reconociendo su derecho a contraer matrimonio, pero limitando el espectro de beneficios que se le otorgan a las parejas al casarse. En este escrito, se analizarán las distintas políticas y leyes que varios estados han intentado aprobar para disminuir el derecho al matrimonio de la misma forma como ha ocurrido con el derecho al aborto. Se comenzará con una mirada a como se ha definido el matrimonio en distintas esferas. Y se hará un recuento de los múltiples intentos que se han realizado para destruir lo decidido en *Obergefell*.

I. Matrimonio

El matrimonio se conoce comúnmente como la unión legal de dos personas luego de obtener una licencia de matrimonio de su estado y formar parte de una ceremonia. Según el United

¹⁹⁷ *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).

States Code, “marriage’ means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word “spouse” refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife”.¹⁹⁸ Sin embargo, esta definición fue declarada inconstitucional a partir de *U.S. v. Windsor* en el 2013.¹⁹⁹ Por esta razón, actualmente existe legislación presentada en enero de 2017 para reemplazar las palabras *wives* y *husbands* de las leyes federales y reemplazarlas por *spouses* para servir un propósito más inclusivo.²⁰⁰ Dentro de esta misma legislación, se pretende enmendar todas las secciones de leyes federales en donde se hace referencia a parejas heterosexuales, en forma de esposo y esposa y reemplazarlas por términos como *spouse* y *married couple*.²⁰¹ El nombre oficial que se le dio a dicha ley es el *Amend the Code for Marriage Equality Act of 2017*, dicha legislación no ha sido convertida en ley todavía, pero de lograrlo sería un paso sumamente importante en la ruta hacia la equidad.²⁰²

El contraer matrimonio trae consigo una serie de beneficios y derechos. Estos varían desde exenciones contributivas y beneficios de herencia, hasta pensión alimenticia en caso de un divorcio, entre otros. Los derechos y beneficios que se otorgan al contraer matrimonio caen dentro de unas categorías específicas que son: impuestos al llenar planillas juntos; derechos de herencia; beneficios del gobierno como seguro social, *Medicare* y discapacidad; el derecho a tomar una licencia médica para cuidar a tu pareja en caso de enfermedad; te otorga el derecho para tomar decisiones médicas en caso de que esta quede incapacitada; división equitativa de bienes en casos de divorcio y beneficios en cuanto a seguros médicos, de auto y del hogar, entre otros.²⁰³

Antes de *Obergefell*, parejas del mismo sexo podían entrar en uniones civiles, las cuales eran ofrecidas a nivel estatal, por lo tanto, los derechos que se les brindaba a estas parejas eran limitados a aquellos que les otorgaba el estado.²⁰⁴ Esto se diferencia del matrimonio, ya que este está reconocido a nivel federal, por lo tanto, bajo el mismo, se debe reconocer en todos los estados por igual. En muchos estados, las uniones civiles fueron reconocidas para personas del mismo sexo antes de la legalización federal del matrimonio.²⁰⁵ Previo al 2013, cuando se decidió *U.S. v. Windsor*, el matrimonio estaba definido bajo el estatuto federal para la Defensa del Matrimonio (DOMA, por sus siglas en inglés), como aquella unión entre un hombre y una mujer como esposo y esposa.²⁰⁶ La política pública favorece la institución del matrimonio y reconoce la importancia de este como una institución social.²⁰⁷ Esta política existe en cuanto al interés de protegerlo y hacerlo permanente, para evitar una posible separación. Se busca mantener matrimonios que no sean incestuosos, poliamorosos, o en contra de la buena moral.²⁰⁸ La *buena moral* podría resultar relativa, considerando que muchos de los argumentos morales se basan en religión. Esto significa que están en contra

¹⁹⁸ 1 U.S.C. § 7 (1996) (en esta sección del *United States Code*, se da definición a distintos conceptos entre ellos *marriage* y *spouse*).

¹⁹⁹ *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013).

²⁰⁰ *Amend the Code for Marriage Equality Act of 2017*, H.R. 98, 115th Cong. (2017).

²⁰¹ *Id.*

²⁰² *Id.*

²⁰³ *Marriage Rights and Benefits*, NOLO (última visita 5 de octubre de 2019), <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/marriage-rights-benefits-30190.html>

²⁰⁴ *What are the differences between civil unions and marriages?*, THE LAW DICTIONARY (última visita 5 de octubre de 2019), <https://thelawdictionary.org/article/differences-civil-unions-marriages/>.

²⁰⁵ *Marriage*, Black's Law Dictionary (10th ed. 2014).

²⁰⁶ *Defense of Marriage Act*, Pub. L. No. 104-199, § 7, 110 Stat. 2419 (1996).

²⁰⁷ 52 Am. Jur. 2d, *Marriage* § 3 (2019) (definiendo la política pública en cuanto a los matrimonios).

²⁰⁸ *Id.* (citas omitidas).

de los matrimonios de personas del mismo sexo, pudiéndose entonces argumentar que los matrimonios entre personas del mismo sexo son en contra de la buena moral y por lo tanto deberían ser invalidados. Para los que defienden los anteriores argumentos, el matrimonio salvaguarda el bienestar de los hijos y de las familias.²⁰⁹ Por otro lado, la cláusula de igual protección de las leyes puede ayudar a identificar y corregir todas las desigualdades que se presentan dentro de la definición de matrimonio.²¹⁰

El derecho al matrimonio se ha reconocido como un derecho fundamental tanto por la Constitución federal como por las de los estados.²¹¹ Es un derecho básico para la existencia humana y su supervivencia, así también, forma parte del derecho a la privacidad.²¹² La ley reconoce el matrimonio como un contrato, reconocido entre tres personas, los cónyuges y el Estado, al cual entraron dos personas libre y voluntariamente, jurando cumplir con sus deberes.²¹³ El Código Civil de Puerto Rico define el matrimonio como “una institución civil que procede de un contrato civil en virtud del cual un hombre y una mujer se obligan mutuamente a ser esposo y esposa, y a cumplir el uno para con el otro los deberes que la ley les impone.”²¹⁴ Sin embargo, aun cuando en el Código Civil esta descrito como la unión entre hombre y mujer, a partir de lo decidido en *Obergefell*, esta descripción quedó ignorada, pues ya se permiten matrimonios entre personas del mismo sexo.

Como hemos podido ver, la definición de matrimonio sufrió su mayor evolución luego de la decisión de *Obergefell* en el 2015, de ser definido como una unión entre hombre y mujer, pasó a ser reconocido como una unión entre dos personas, independientemente de su sexo.

II. El intento por destruir *Obergefell*

Han transcurrido cuatro años desde la decisión de *Obergefell* y aún hay estados que continúan intentando retar el precedente. Desde legislaciones minimizando los beneficios que se les ofrece a las parejas homosexuales, hasta ciudadanos retando decisiones que extienden dichos beneficios a las parejas del mismo sexo. A pesar de que los tribunales se han encargado de recalcar la inconstitucionalidad de dichos estatutos, la lucha por parte de la oposición continúa y al parecer se ha estado intentando crear un matrimonio de segunda clase para las parejas de la comunidad LGBTQ+. Dicha segunda clase significa que los estados reconocen su derecho a contraer matrimonio, sin embargo, no le extienden los beneficios que con ello trae el casamiento, fomentando nuevamente una desigualdad entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales. Básicamente les conceden la licencia de matrimonio, pero esta no significa lo mismo que para una pareja heterosexual. Actualmente, la base de algunos de los argumentos para deshacer dicho derecho se encuentra en la libertad religiosa, lo que crea un choque entre dos derechos fundamentales. Poco después de decidirse *Obergefell* en el estado de Alabama, el juez presidente le ordenó a los oficiales locales negarle las licencias de matrimonio a parejas homosexuales.²¹⁵ En su carta, le

²⁰⁹ *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).

²¹⁰ *Id.*

²¹¹ 52 Am. Jur. 2d, Marriage § 4 (*citando a Lewis v Harris*, 908 A.2d 196, 207 (2006) (traducción suplida).

²¹² *Id.* (traducción suplida).

²¹³ *Id.* § 6.

²¹⁴ CÓD. CIV. PR art. 68, 31 LPRA § 221 (1930 & Supl. 1999).

²¹⁵ Sandhya Somashekhar & Robert Barnes, *Alabama chief justice asks officials to defy gay marriage ruling*, THE WASHINGTON POST (9 de febrero de 2015), <https://www.washingtonpost.com/news/post->

ordenaba a los jueces a seguir las leyes estatales en lugar de seguir el precedente de un juez federal; decía que aquellos que violaran su orden serían sancionados por el alcalde de la ciudad y dijo: “Effective immediately, no probate judge of the state of Alabama nor any agent or employee of any Alabama Probate Judge shall issue or recognize a marriage license that is inconsistent”.²¹⁶ A continuación, se describirán una serie de intentos que han surgido por parte de distintos estados para limitar el derecho al matrimonio de parejas homosexuales.

A. *Jurisprudencia retando Obergefell*

En primer lugar, tenemos el caso *Pavan v. Smith*, el cual decide que una ley que excluye a parejas homosexuales de registrar sus nombres en el certificado de nacimiento de su hijo viola el debido proceso de ley y la igual protección que concedió *Obergefell*.²¹⁷ Leigh y Jana Jacobs, contrajeron matrimonio en Iowa en 2010, por otro lado, Terrah y Marisa Pavan, contrajeron matrimonio en New Hampshire en 2011.²¹⁸ Leigh y Terra dieron a luz en Arkansas en 2015 y cada pareja completó los requisitos para los certificados de nacimiento de sus recién nacidos, donde nombraban a sus respectivas esposas (Jana y Marisa), como madres.²¹⁹ El Departamento de Salud de Arkansas expidió un certificado en el que se indicaba solamente el nombre de la madre que dio a luz, no el de la segunda madre.²²⁰ Las Jacobs y las Pavans presentaron una demanda contra el estado de Arkansas y contra el director del Departamento de Salud con la intención de que se declarara la ley de los certificados de nacimiento como inconstitucional.²²¹ La Corte de Distrito dio ha lugar, argumentando que era inconsistente con *Obergefell*, mientras que la Corte Suprema de Arkansas revocó.²²² Una vez en el Tribunal Supremo de Estados Unidos, se decide bajo *per curiam* que una regla estatal que requiere que el certificado de nacimiento se inscriba al padre no biológico estando este casado con la madre biológica, pero no permite a parejas de mismo sexo a estar inscritos como padres, constituye una discriminación inconstitucional que por lo tanto viola *Obergefell*.²²³ El Tribunal Supremo argumentó que el estatuto de Arkansas violaba los derechos de las parejas homosexuales y los coartaba de su derecho a ser inscritos como padres de sus hijos, lo cual creaba un sinnúmero de consecuencias que podrían afectar significativamente la capacidad de ser padres y de poder participar en transacciones que involucraran demostrar el parentesco.²²⁴ A pesar de que dicha decisión fue en junio del 2017, le tomó unos seis meses a Arkansas cumplir con la orden.²²⁵

Por otro lado, tenemos el caso de *Pidgeon v. Turner*, en este el procurador de la ciudad de Houston aconsejó a la alcaldesa de la ciudad a que extendiera los beneficios de empleados a las parejas de aquellos empleados homosexuales que estaban casados legalmente en otros

nation/wp/2015/02/09/alabama-chief-justice-asks-officials-to-defy-gay-marriage-ruling/?utm_term=.be6aecb14e82.

²¹⁶ *Alabama Chief Justice Roy Moore's Order to Ala. Probate Judges*, State of Alabama Judicial System, 5 <https://www.scribd.com/document/255138696/Moore-Order-to-Ala-Probate-Judges> (última visita 5 de octubre de 2019)(acceso mediante suscripción).

²¹⁷ *Pavan v. Smith*, 137 S. Ct. 2075 (2017).

²¹⁸ *Id.*

²¹⁹ *Id.*

²²⁰ *Id.*

²²¹ *Id.*

²²² *Id.*

²²³ *Id.*

²²⁴ *Id.*

²²⁵ Movement Advancement Project & Family Equality Council, *Putting Children at Risk: How Efforts to Undermine Marriage Equality Harm Children*, (junio de 2018) www.lgbtmap.org/undermining-marriage-harms-kids-report.

estados, de la misma forma que se extendían a parejas heterosexuales.²²⁶ El procurador entendía que rechazar estos beneficios sería inconstitucional. Un mes luego de que se extendieran los beneficios a las parejas del mismo sexo, Jack Pidgeon y Larry Hicks presentaron una demanda en contra de la ciudad y de la alcaldesa en la que retaban su determinación.²²⁷ Alegaban que eran contribuyentes y que la ciudad estaba gastando fondos públicos en actividades ilegales y que la directriz de la alcaldesa violaba DOMA.²²⁸ La Corte de Distrito le prohibió a la alcaldesa desembolsar los fondos. Mientras el caso estaba en espera en la Corte de Apelaciones, la Corte Suprema de Estados Unidos decidió *Obergefell*. Con esto la Corte de Apelaciones revocó y devolvió a la Corte de Distrito para que continuara con los procedimientos a partir de lo resuelto en *Obergefell*.²²⁹

Algunos estados han intentado negar el reconocimiento del parentesco a parejas homosexuales luego de un divorcio, cuando el niño(a) fue concebido mediante inseminación artificial. En estos casos, el estado argumenta que el padre no biológico no es el padre.²³⁰ La Corte Suprema de Mississippi en abril de 2018 consideró el caso de un niño de siete años que fue concebido usando un donante de esperma anónimo y nació en una familia de dos mujeres que estaban casadas y luego se habían divorciado.²³¹ La Corte de Distrito se rehusó a extenderle derechos de parentesco a la madre no biológica, argumentando que los derechos de filiación por parte del donador anónimo debían ser terminados para poder extenderse a la madre no biológica, aun cuando la corte reconoció que el donador “would never be known.”²³² Luego la Corte Suprema de Mississippi rechazó este argumento y afirmó que la madre no biológica sí tenía derechos de filiación.²³³

B. Acciones legislativas por parte de distintos estados

En octubre del 2017, se divulgaron unas guías federales que extendían a los empleados, basándose en el argumento de libertad religiosa, la oportunidad de, si así lo quisieran, rechazar el procesar el Seguro Social para un bebé nacido de una pareja homosexual.²³⁴ A pesar de las leyes y políticas claras recalando la equidad, bajo estas nuevas guías, los empleados podrían simplemente rehusarse a actuar, dejando entonces a las parejas y a la comunidad LGBTQ+ sin esta protección, dependiendo de aquellos empleados que sí quieran proveerles los servicios que necesitan. De igual forma, se presentó en el Congreso un proyecto de ley que permitiría a personas y a entidades sin fines de lucro discriminar en contra de sus empleados y clientes, pero solo si esa discriminación era basada en una creencia endosada federalmente acerca el matrimonio y las relaciones sexuales, incluyendo aquellas que consideran las relaciones entre un hombre y una mujer fuera del matrimonio como algo inmoral.²³⁵

²²⁶ Pidgeon v. Turner, 549 S.W.3d 130 (Tex. 2016).

²²⁷ *Id.*

²²⁸ *Id.*

²²⁹ *Id.*

²³⁰ Movement Advancement Project & Family Equality Council, *supra* nota 29, en la pág. 2.

²³¹ Strickland v. Day, 239 So.3d 486 (Miss. 2018).

²³² *Id.* en la pág. 492.

²³³ *Id.*

²³⁴ Office of the Attorney General, *Memorandum for All Executive Departments and Agencies re: Federal Law Protections for Religious Liberty* (6 de octubre de 2017), <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1001891/download>

²³⁵ First Amendment Defense Act, S. 2525, 115th Congress (2018).

Otra forma en que intentan dismantelar el derecho al matrimonio es coartándoles el derecho a formar una familia. Al día de hoy, ocho estados han pasado legislación para permitir que agencias de adopción de niños, financiadas por el dinero de contribuyentes, puedan discriminar en contra de parejas homosexuales al momento de estas llegar en busca de la oportunidad de adoptar.²³⁶ En el 2017, Dakota del Sur aprobó una ley que le permitía a las agencias que reciben fondos del estado a rehusarse a servir o ubicar a un niño con alguna pareja si al hacerlo está en conflicto con sus creencias religiosas.²³⁷ De igual forma, Texas, Oklahoma, Kansas, Colorado y Carolina del Sur aprobaron legislaciones similares que permiten el discrimen y que faculta que se rehúsen a ubicar niños en hogares de familias que no cumplen con sus creencias religiosas y morales.²³⁸ Similarmente, se presentó un proyecto en la Cámara de Representantes de Estados Unidos, que permitiría que:

[A] child welfare provider [may] deny services to families or youth in its care on the basis of a moral or religious belief. This bill also states that if a state took action against such an agency to enforce the state's own nondiscrimination laws or policies, the state would have its federal funding cut.²³⁹

En el estado de Alabama, se aprobó el *Alabama Child Placing Agency Inclusion Act*, el cual le prohíbe al estado tomar acciones en contra de agencias de adopción privadas bajo el pretexto de que el proveedor de dicho servicio se rehúsa a ubicar a un menor en hogares que según ellos están en conflicto con sus religiones.²⁴⁰ Dicha Ley no aplica a agencias de adopción que recibe fondos federales y/o estatales. Esta Ley fue aprobada el 3 de mayo de 2017, y similar a esta hemos observado que se han presentado y aprobado muchas otras más en el país.

Más aún, varios estados le han permitido a su personal de gobierno restringir los derechos de las parejas homosexuales al rehusarse a expedirles licencias de matrimonio²⁴¹ Carolina del Norte aprobó una ley permitiéndole al magistrado declinar casar parejas con quien no estuviera de acuerdo, siempre y cuando se desvincularan de realizar matrimonios; Mississippi tiene una ley similar.²⁴² En 2018 el Departamento de Salud y Servicios Humanos propuso una regla en la que le permitiría a los proveedores de servicios de salud la oportunidad de escoger cuáles procedimientos realizarían y a cuál pacientes servirían, basado en sus creencias religiosas, lo cual podría hacer posible que médicos se rehusaran a tratar a pacientes por su orientación sexual o incluso a sus hijos por tener una pareja homosexual o de la comunidad LGBTQ+ como padres.²⁴³

Aunque todavía el derecho al matrimonio para parejas homosexuales sigue vigente, puede pronto verse en aprietos. Dismantelar este derecho podría lograrse en dos pasos. El primer

²³⁶ Movement Advancement Project & Family Equality Council, *supra* nota 29, en la pág. 4 (*citando a* S.B. 284 (Kan. 2018); Mich. Comp. Laws Ann. § 710.23g (West 2015); H.B. 1523 (Miss. 2016); N.D. Cent. Code §50-12-07.1 (2003); S.B. 1140 (Okla. 2018); S.B. 149 (S.D. 2017); H.B. 3859 (Tex. 2017); Va. Code Ann § 63.2-1709.3 (2012).

²³⁷ *Id.*

²³⁸ *Id.*

²³⁹ Movement Advancement Project & Family Equality Council, *supra* nota 29, en la pág. 5 (*citando a* Child Welfare Provider Inclusion Act of 2017, H.R. 1881, 115th Congress (2017)).

²⁴⁰ Alabama Child Placing Agency Inclusion Act, HB 24, (Ala. 2017).

²⁴¹ Movement Advancement Project & Family Equality Council, *supra* nota 29, en la pág. 5 (*citando a* Child Welfare Provider Inclusion Act of 2017, H.R. 1881, 115th Congress (2017)).

²⁴² *Id.* (traducción suplida).

²⁴³ Protecting Statutory Conscience Rights in Health Care; Delegations of Authority, 83 FR § 3880 (propuesta 26 de enero de 2018, a ser codificada como 45 CFR § 88).

paso sería debilitar las protecciones al matrimonio. Como ya se ha mencionado, Arkansas y Texas han sido de los primeros estados en llevar casos ante el Tribunal Supremo para retar estatutos y disminuir los derechos concedidos a las parejas homosexuales. En el caso de Arkansas, la Corte había dicho que las parejas heterosexuales podrían ser automáticamente registradas como padres de un hijo, aún sin estar biológicamente relacionado uno de ellos con el niño o niña y que las parejas homosexuales no podrían hacerlo. Esto ya no encara un pretexto de *separate but equal*, es un argumento explícito de separados y desiguales para las parejas homosexuales.²⁴⁴ El segundo caso, el de Texas, el grupo reclamante pretendía tratar a las parejas homosexuales como si no estuvieran casadas. En dicho estado también se presentó un proyecto en el Senado, el proyecto de ley S.B. 89, el cual expresaba que la Constitución de Texas, la cual prohíbe el matrimonio homosexual, va por encima de la Constitución de Estados Unidos, por lo tanto, el estado no debe dar licencias de matrimonio a parejas homosexuales.²⁴⁵ Dicho proyecto, ha quedado referido a la oficina de asuntos estatales desde enero de 2017.

El segundo paso sería que los que se oponen a la igualdad matrimonial presenten distintas controversias constitucionales en distintos estados. No debe ser sorpresa que distintas posiciones de poder están a cargo de personas que están en completa oposición al matrimonio igualitario. Por lo tanto, este último paso significa que, se crearían distintos pleitos retando las legislaciones inconstitucionales, se llevarían hasta el Tribunal Supremo y, considerando el cambio en la composición del Tribunal luego del retiro del juez Kennedy, se revoque el derecho que se había concedido. Claro, esto sería más bien un paso largo, que conllevaría años de distintos pleitos en el Tribunal Supremo. Un derecho que se concedió hace poco no será revocado tan rápido, simplemente desgastarían su esencia hasta que ya no quede nada y no haya más remedio que revocarlo.

Otro esfuerzo para degradar el derecho al matrimonio lo es el *First Amendment Defense Act* (en adelante “FADA”), dicha legislación abriría la puerta a la discriminación por parte de los estados.²⁴⁶ En su faz, le prohibiría al gobierno federal discriminar en contra de alguien basado en sus creencias acerca del matrimonio, incluyendo, como mencioné anteriormente, las relaciones sexuales fuera del matrimonio.²⁴⁷ Pero, en realidad, más que esto, debilitaría la habilidad del gobierno para imponer las protecciones que existen para las familias.²⁴⁸ Basándose en el FADA, individuos, comercios, organizaciones sin fines de lucro, incluso aquellas usando dinero de los contribuyentes y contratos federales, podrían abiertamente discriminar, violar políticas de no discriminación e incluso rehusarse a servir a parejas homosexuales, siempre y cuando sea justificado con sus creencias religiosas.²⁴⁹ FADA significaría un retroceso a las protecciones que con tanto esfuerzo ha conseguido la comunidad LGBTQ+ y sus familias.

El *Violence Against Women Act* (en adelante, “VAWA”) provee protecciones explícitas en contra de la discriminación hacia los beneficiarios LGBTQ+, sin embargo, bajo FADA, un refugio de emergencia recibiendo fondos de VAWA podría rechazar a alguien que se

²⁴⁴ Pavan v. Smith, 137 S. Ct. 2075 (2017).

²⁴⁵ S.B. 89 (Tex. 2016).

²⁴⁶ First Amendment Defense Act, S. 2525, 115th Congress (2018).

²⁴⁷ *Id.*

²⁴⁸ *Id.*

²⁴⁹ *Id.*

encuentra en un matrimonio homosexual, basándose en sus creencias religiosas.²⁵⁰ La orden ejecutiva 13,672, que prohíbe a negocios que reciben contratos federales discriminar en contra de sus empleados LGBTQ+ podría bajo FADA limitar las protecciones a dichos empleados si justifican su discriminación en creencias religiosas.²⁵¹ Lo mismo ocurriría con el *Department of Housing and Urban Development* (HUD). Este cuenta con unas guías para refugios que contienen la directriz de no discriminar en contra de parejas homosexuales casadas. Utilizando sus creencias religiosas y citando FADA, estas agencias podrían negarles refugio o hogares a parejas homosexuales y dejarlas en la calle cuando más lo necesiten.²⁵² Esto es una navaja de doble filo, porque no hay forma de verdaderamente confirmar dichas creencias y averiguar si sus convicciones religiosas son ciertas o un mero capricho para discriminar contra toda una comunidad por sus propios prejuicios. FADA fue presentado en el Senado federal por el senador Mike Lee por primera vez en junio de 2015, quedó en nada y nuevamente fue presentado el 8 de marzo de 2018. Esto significa que es una medida sumamente reciente y aunque no ha surgido ningún movimiento por parte del Senado, nos hace recordar que hay quienes siguen introduciendo medidas que buscan discriminar en contra de toda una comunidad.

Poco después de la decisión de *Obergefell*, ante la Cámara de Representantes, el representante de Iowa, Mr. King se dirigió ante el Congreso y declaró que:

There is no right in the Constitution for a same-sex marriage. There is no reference in there at all. There is not one single Founding Father who would have ever accepted an idea that they had founded a nation that embodied within our Declaration or our ratified Constitution or the subsequent amendments that there was some right, let alone a command, to a same-sex marriage. That is a completely manufactured—not just a right but a command—by the Supreme Court of the United States.²⁵³

Esto nos da una mirada hacia el pensamiento de quienes rigen y toman decisiones sobre el país. De igual forma, luego de la decisión de *Obergefell*, la Cámara de Representantes presentó una resolución en la cual se declaraban en contra de la opinión mayoritaria.²⁵⁴ En dicha resolución expresaban que estaban de acuerdo con las opiniones disidentes, que mantenían que el matrimonio es uno entre una mujer y un hombre y que se debía mantener el significado original de la enmienda decimocuarta. A su vez, declararon que la opinión mayoritaria de *Obergefell* distorsionaba la definición de matrimonio.²⁵⁵ Añadieron que los estados pueden rehusarse a ser obligados por *Obergefell*. Es decir, que no están obligados a extender licencias de matrimonio a parejas homosexuales ni a reconocer matrimonios homosexuales realizados en otros estados y por último expresaron que individuos, negocios, iglesias, grupos religiosos y otras organizaciones basadas en la fe, están protegidos para ejercitar su fe sin miedo a interferencia legal por parte del gobierno.²⁵⁶

²⁵⁰ Violence Against Women Act, 34 U.S.C.A. §§ 12291-12512 (2017).

²⁵¹ Exec. Ord. No. 13672, 79 Fed. Reg. § 42971 (2014).

²⁵² First Amendment Act, *supra* nota 50.

²⁵³ 162 Cong. Rec. 61, H1888-H1891 (20 de abril de 2016).

²⁵⁴ H. R. Res. 359, 114th Cong. (2015) (“*Providing that the House of Representatives disagrees with the majority opinion in Obergefell et al. v. Hodges, and for other purposes*”).

²⁵⁵ *Id.*

²⁵⁶ *Id.*

Distintos estados han propuesto legislación para minimizar el derecho al matrimonio y la mayoría de estos basan su legislación en el ejercicio de la libertad religiosa.²⁵⁷ Dentro de algunos de estos ejemplos tenemos legislación presentada en Iowa, bajo el proyecto de ley S.F. 2154, el pasado febrero de 2018. El proyecto se legislaría para que los ciudadanos de Iowa tengan libertad religiosa y que las cortes apliquen escrutinio estricto en los casos que se cuestione y se atente en contra de la libertad religiosa de una persona.²⁵⁸ Un proyecto de ley parecido, titulado *Freedom of Conscience Protection Act*, fue introducido en Virginia, en enero de 2018, bajo el llamado S.B. 93. El propósito de este proyecto era asegurar que se aplicara el escrutinio estricto en los casos donde se reclama el ejercicio de libertad religiosa, aquí se expresa que “[s]tate action may not burden a person's right to exercise of religion, even if the burden results from a rule of general applicability. . . .”²⁵⁹ Dichas legislaciones podrían significar una amenaza para los matrimonios homosexuales y la comunidad en general, ya que, usando como justificación la libertad religiosa, se podría discriminar y rehusar a expedir licencias de matrimonio, entre muchas otras cosas, aun cuando el precedente lo exige.

En el estado de Kentucky, similarmente, se presentó legislación para proteger organizaciones religiosas, restringir al gobierno de tomar acciones discriminatorias y permitir a personas levantar reclamos en contra del gobierno por alguna acción discriminatoria.²⁶⁰ En la sección 3 de dicho proyecto de ley se aclara la definición de creencias religiosas como:

The sincerely held religious beliefs or moral convictions protected by Sections 1 to 6 of this Act are the belief or convictions:

- (1) Regarding the sex of the two (2) individuals who may enter into a marriage; and
- (2) That male and man or female and woman refer to an individual's immutable biological sex as objectively determined by anatomy and genetics by or at the time of birth.²⁶¹

En cuanto a matrimonios en específico, expresa que el gobierno estatal:

[S]hall not take any discriminatory action against a religious organization wholly or partially on the basis that the organization: Solemnizes or declines to solemnize any marriage, or provides or declines to provide services, accommodations, facilities, goods, or privileges for a purpose related to the solemnization, formation, celebration, or recognition of any marriage, based upon or in a manner consistent with a sincerely held religious belief or moral conviction described in Section 3 of this Act. . . .²⁶²

Este proyecto de ley fue presentado en febrero de 2018 y al momento se encuentra en el senado de Kentucky. En el estado de Oklahoma, también se presentó un proyecto titulado

²⁵⁷ Hago la aclaración que la mayoría de los proyectos de ley que serán citados no pasaron de *drafts* presentados ante las Asambleas Legislativas de los estados, por lo tanto, incluirlos en este escrito tiene como propósito hacer mención de su existencia y no necesariamente para ser citados de manera concreta.

²⁵⁸ S.F. 2154, 87th Gen. Assemb., Reg. Sess. (Iowa 2018).

²⁵⁹ S.B. 93, 83th Gen. Assemb., Reg. Sess. §5-11C-4. (W. Va. 2018).

²⁶⁰ H.B. 372 (Ky. 2018).

²⁶¹ *Id.* en la pág. 4.

²⁶² *Id.* en las págs. 4-7.

Freedom of Conscience, que al igual que los anteriores, se expresa en contra de la discriminación basada en creencias religiosas.²⁶³ Este proyecto de ley fue presentado en el Senado en febrero de 2018 y solo pasó a segunda lectura. En la sección 2 se declara que se pretende proteger las convicciones religiosas acerca del matrimonio, específicamente el que este debe ser entre un hombre y una mujer.²⁶⁴ Al igual que el proyecto de ley de Kentucky, se dice que el gobierno no puede tomar acciones discriminatorias en contra de organizaciones religiosas basando su negativa en reconocer o realizar matrimonios con los que no están de acuerdo. En los estados de Missouri y New Jersey, se presentaron proyectos de ley los cuales permitirían a personas autorizadas para formalizar matrimonios, rehusarse a formalizar aquellos que fueran contrarios a sus creencias religiosas o convicciones morales.²⁶⁵ Por otro lado, en el estado de Wisconsin, se presentó un proyecto de ley para reconocer el matrimonio homosexual y enmendar los estatutos para incluir un lenguaje neutral, siguiendo lo resuelto en *Obergefell*.²⁶⁶ También se buscaba reconocer el parentesco de las parejas homosexuales bajo ciertas circunstancias²⁶⁷. Sin embargo, el Senado votó en contra de éste. En Colorado, también se intentó pasar un proyecto de ley llamado el *Live and Let Live Act*, el cual buscaba proteger instituciones religiosas y era muy parecido a los que se han presentado en los otros estados.²⁶⁸ En Tennessee, se presentó un proyecto similar en el Senado. El proyecto buscaba defender el matrimonio tradicional y declarar que fuera entre un hombre y una mujer, sin importar lo establecido por el Tribunal Supremo. Este proyecto fue presentado en febrero de 2017 y hoy en día no ha surgido más movimiento al respecto.²⁶⁹ En Ohio, similar a lo ocurrido en Missouri y New Jersey, se presentó un proyecto que pretende permitir a un ministro o sociedad religiosa rehusarse a formalizar matrimonios homosexuales. El proyecto añade que estos pueden negarse a prestar sus edificios y propiedades para oficializar matrimonios de personas homosexuales.²⁷⁰ Este proyecto fue presentado en la Cámara en febrero 2017 y en julio 2018 pasó al Senado y se espera que continúe su curso.

En Wyoming se intentó presentar un proyecto llamado *The Marriage and Constitution Restoration Act*, el cual describía los matrimonios homosexuales como *parody marriages*. Este proyecto recalca que el matrimonio debía ser entre un hombre y una mujer y que dichos *parody marriages* nunca han sido parte de la tradición americana.²⁷¹ Expresa que el estado de Wyoming: “[S]hall no longer respect, endorse or recognize any parody marriage policies because such policies constitute nonsecular state action. . . .”²⁷² Dicho proyecto ni siquiera fue considerado para ser presentado en la Cámara, pero, nos muestra hasta que punto son capaces de llegar los legisladores. Casi idéntico a este proyecto, en los estados de Carolina del Sur y Missouri, se presentaron proyectos de ley y una resolución, respectivamente, en los cuales se describe de igual forma a los matrimonios de parejas del mismo sexo como *parody marriages*.²⁷³ En Washington, al igual que muchos otros estados se

²⁶³ S.B. 1250, 56th Gen. Assemb., Reg. Sess. (Okla. 2018).

²⁶⁴ *Id.* en la pág. 2.

²⁶⁵ H.B. 1763, 99th Gen. Assemb., Reg. Sess. (Mo. 2017); A.B. 2686, 218 Gen. Assemb., Reg. Sess. (N.J. 2018).

²⁶⁶ S.B. 327, 103th Gen. Assemb., Reg. Sess. (Wis. 2017).

²⁶⁷ *Id.*

²⁶⁸ H.B. 1206, 71th Gen. Assem., Reg. Sess. (Co. 2018).

²⁶⁹ S.B. 0752, 110th Gen. Assem., Reg. Sess. (Tenn. 2017).

²⁷⁰ H.B. 36, 132th Gen. Assem., Reg. Sess. (Ohio 2018).

²⁷¹ H.B. 0167, 64th Gen. Assem., Reg. Sess. (Wyo. 2018).

²⁷² *Id.* en la pág. 6.

²⁷³ H.B. 4949, 122th Gen. Assem., Reg. Sess. (S.C. 2018); S.C.R. 54 (Mo. 2018).

presentó un proyecto para proteger la libertad religiosa y buscaba defender las creencias sobre el matrimonio tradicional, basándose en no discriminación por parte del gobierno.²⁷⁴ En Illinois, se presentó un proyecto llamado el *Freedom Defense Act* que igualmente le prohíbe al gobierno tomar acciones discriminatorias por sus creencias religiosas y al igual que los proyectos presentados en otros estados, se especifica que bajo creencias religiosas se encuentra la oposición a los matrimonios de personas del mismo sexo.²⁷⁵ Además de todos estos proyectos de ley que se han descrito, existen un sinnúmero de otros proyectos, muchos de ellos presentados a la misma vez en múltiples estados. Año tras año, utilizando como fundamento la libertad religiosa, se ha intentado legislar para dismantelar el derecho al matrimonio concedido por el Tribunal Supremo a las parejas del mismo sexo. Los distintos proyectos anteriormente mencionados son meramente el macro del problema, pues continúan presentándose proyectos que atentan contra los derechos fundamentales reconocidos en el país. Agradidamente, muchos de estos proyectos que continúan año tras año presentándose ante la Cámara y el Senado de los estados quedan en la nada. Sin embargo, esto no quita la preocupación de que muchas personas de la comunidad LGBTQ+ no conocen sobre ellos y simplemente dan por sentado su derecho.

C. Puerto Rico

En el caso de Puerto Rico, el matrimonio de personas del mismo sexo está reconocido. No han surgido medidas tan drásticas como ha ocurrido en los Estados Unidos. Aunque recientemente se presentó un proyecto de libertad religiosa, este se enfrentó a un veto expreso por parte del exgobernador Ricardo Rosselló Nevares.²⁷⁶ Luego de decidido *Obergefell*, se intentó cuestionar la aplicabilidad del caso a Puerto Rico, basándose en que no se incluyó la cláusula de igual protección de las leyes para justificar la decisión, sin embargo, la Corte de Apelaciones del Primer Circuito entendió que sí aplicaba a Puerto Rico y ese fue el fin del asunto. Lo último que ha surgido en cuanto a la definición del matrimonio fue cuando surgió el rumor de que el nuevo Código Civil no incluiría a parejas del mismo sexo bajo la definición de matrimonio. Sin embargo, el proyecto radicado expresa que el matrimonio “es una institución civil que procede de un contrato civil en virtud del cual dos personas se obligan mutuamente a ser cónyuges, y a cumplir el uno para con el otro los deberes que la ley les impone”.²⁷⁷ Con la aprobación de este nuevo Código, quedaría atrás la noción arcaica de que el matrimonio es aquel exclusivo entre un hombre y una mujer y quedaría establecido por ley el matrimonio igualitario.

CONCLUSIÓN

Desde que surgió el primer caso retando las leyes anti-sodomía y las prohibiciones del matrimonio entre personas del mismo sexo, hasta el último y más importante caso, han transcurrido unos cuarenta años. En los tres años desde que el matrimonio entre personas del mismo sexo fue aprobado, surgieron medidas para dismantelarlo, pero el Tribunal Supremo se ha mantenido firme en dos aspectos: proteger este derecho que se le extendió a la comunidad y declarar la inconstitucionalidad de prohibir dicho matrimonio. A pesar de

²⁷⁴ H.B. 1178, 65th Gen. Assem. Reg. Sess. (Wash. 2017).

²⁷⁵ S.B. 0064, 100th Gen. Assem. Reg. Sess. (Ill. 2017).

²⁷⁶ P. de la C. 1018 de 8 de mayo de 2017, 1ra Ses. Ord., 18ma Asam. Leg.

²⁷⁷ P. de la C. 1654 de 30 de enero de 2019, 5ra Ses. Ord., 18ma Asam. Leg.

que distintos estados continúan intentando volver a prohibir el matrimonio igualitario, no se ha logrado ir más allá de simples proyectos de ley. Ver que se continúa intentando minimizar tan importante logro debe servir como una alerta para no bajar la guardia. Sí, puede que por ahora el derecho al matrimonio entre las parejas del mismo sexo este a salvo, pero a juzgar por los distintos intentos y proyectos de ley que se continúan presentando, no debe parecer sorprendente si dentro de unos años más, se aprueben medidas para hacer que dicho derecho se desvanezca. El primer paso, el cual se trata sobre extender el discrimen usando como argumento la libertad religiosa, ya está tomando auge en distintos estados. El choque entre dos derechos fundamentales, la libertad de religión y la libertad de asociación se ve en conflicto cuando las legislaturas de distintos estados intentan aprobar medidas permitiendo el discrimen. Aún hay un largo camino por recorrer, hasta que el derecho no quede protegido bajo la ley federal y se declare campo ocupado, continuará estando en la cuerda floja, más aún si se toma en consideración el cambio en el Tribunal Supremo, con la pérdida del Juez Anthony Kennedy, quien fue el declarante de tal derecho. Como pudimos ver, el beneficio que se ha visto más afectado por las distintas legislaciones aprobadas y presentadas es el de formalizar una familia. Distintas agencias y centros de adopción, apoyados por fondos públicos y privados tienen ahora la oportunidad de hacer la adopción más difícil de lo que en un principio era. Esto no solo afecta a las parejas que intentan lograr disfrutar de los beneficios de su matrimonio e intentan formar una familia, sino que también se ven afectados los niños, ya que, citando su libertad religiosa y moral, a estos centros se les ha permitido la oportunidad de discriminar sin ningún reparo contra familias tanto no tradicionales, familias que no están casadas legalmente, y a parejas del mismo sexo. Podemos ver, cómo se intenta crear una segunda clase de matrimonio, en mayor o menor grado, aún siendo un derecho reconocido como fundamental. Muchos estados no lo están respetando y los legisladores no lo toman en serio, tanto así, que no queda nada más que preguntarnos y especular sobre lo que ocurrirá en los próximos años. Algunas de esas preguntas son: ¿surgirá lo mismo que ha ocurrido con el derecho al aborto o la legislatura se asegurará de que se vuelva inviolable el derecho al matrimonio igualitario?, ¿se volverá nuevamente a dejar en manos de los estados o el gobierno federal se encargará de legislar para que se vuelva campo ocupado? Asimismo, seguirán surgiendo preguntas como estas, a medida que continúe la proliferación del desmantelamiento del matrimonio igualitario.

MI ALMA MATER ES PATRIMONIO CULTURAL: UNA NOTA REFLEXIVA

COMENTARIO

Emanuel Ramos Martínez*

INTRODUCCIÓN

LA CULTURA PUERTORRIQUEÑA ES RADIANTE. DESDE SU MÚSICA, SEA FOLCLÓRICA O contemporánea; su arte; festividades, ritos y costumbres hasta su gastronomía. Todos estos elementos forman parte de la identidad boricua. Es cierto que el término *cultura* es uno conflictivo, repleto de debates académicos con distintas perspectivas, pero todo puertorriqueño, al final del día, coincide con unos comportamientos que lo identifican y los hace únicos ante el mundo. Aun así, lo cultural también va más allá de lo subjetivo o de lo humano para trascender a lo físico y lo tangible. Estos elementos físicos permanecen con los puertorriqueños por generaciones y se convierten en algo nuestro: en patrimonio, cuyo único poseedor es el pueblo de Puerto Rico.

Una de las grandes luchas por los puertorriqueños, a lo largo de la historia, fue tener una propia universidad. Este deseo nunca se materializó bajo el dominio español, pero a principios del siglo XX nació una institución que poco después se conocería como la Universidad de Puerto Rico (en adelante, “Universidad”).²⁷⁸ Desde su nacimiento en el 1903, esta institución se encuentra ubicada en el hoy extinto municipio de Río Piedras, lugar que ciertamente ha sido testigo de muchos hechos históricos en estos últimos 115 años. Tanto es así, que la Universidad puede ser apreciada desde una óptica distinta: una mirada cultural. Sin embargo, la Universidad ha sido víctima de la austeridad y de un continuo desplazamiento en las prioridades de la política pública puertorriqueña desde hace varios años. La reflexión en torno al *alma mater* de decenas de miles de puertorriqueños nunca debe ser subestimada. Es por ello que se propone pensar sobre la Universidad desde otro ángulo: desde lo cultural.

I. La universidad y la crisis

Luego de la imposición de la Junta de Supervisión y Administración Fiscal (en adelante, “Junta”), la Universidad ha sido la mayor víctima gubernamental. A pesar de la naturaleza jurídica de la Universidad denominada como una corporación pública, la realidad es que la mayoría de sus ingresos, históricamente, han provenido del fondo general del Gobierno de Puerto Rico.²⁷⁹ La *Ley de Asignación de Fondos a la Universidad de Puerto Rico*, impulsó una fórmula que establecía que el 9.60% del fondo general iría destinado al Sistema Universitario.²⁸⁰ Este trato especial responde a la necesidad de “ampliar la autonomía universitaria en su aspecto fiscal y aumentar sus recursos . . .”.²⁸¹ Sin embargo, los poderes plenarios de la Junta, otorgados por la *Puerto Rico Oversight, Management, and Economic Stability Act* (en

* El autor es estudiante de tercer año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico y redactor digital de *In Rev*.

²⁷⁸ FERNANDO PICÓ, *HISTORIAL GENERAL DE PUERTO RICO* 279 (4ta ed. 2008).

²⁷⁹ Ley de la Universidad de Puerto Rico, Ley Núm. 1 de 20 de enero de 1966, 18 LPR § 601 (2002 & Supl. 2018).

²⁸⁰ Ley de Asignación de Fondos a la Universidad de Puerto Rico, Ley Núm. 2 de 20 de enero de 1966, 18 LPR § 621-1 (2002 & Supl. 2018).

²⁸¹ Exposición de motivos, Ley de Asignación de Fondos a la Universidad de Puerto Rico, Ley Núm. 2 de 20 enero de 1966, 1966 LPR 107.

adelante, “PROMESA”) han permitido desplazar esta legislación estatal y dejarla sin efecto.²⁸² Es así como a través de los distintos planes fiscales, el presupuesto de la Universidad ha sufrido una transformación histórica en los últimos años. La tabla número 1 demuestra el presupuesto asignado a la Universidad de Puerto Rico en los años 2016-2020:

TABLA 1. PRESUPUESTO ASIGNADO A LA UNIVERSIDAD DE PUERTO RICO EN LOS AÑOS 2016-2020 (REDONDEADO AL MILLAR)

| 2016(gastado) ²⁸³ | 2017(gastado) ²⁸⁴ | 2018(gastado) ²⁸⁵ | 2019(asignado) ²⁸⁶ | 2020(recomendado) ²⁸⁷ |
|------------------------------|------------------------------|------------------------------|-------------------------------|----------------------------------|
| 869,696 | 872,432 | 668,321 | 645,909 | 559,874 |

Según la Oficina de Gerencia y Presupuesto de Puerto Rico, se proyecta que para el año 2020, la Universidad recibirá un recorte de más de 309 millones de dólares en tan solo cuatro años. Esto estaría convirtiendo la Universidad en la única entidad gubernamental con semejante impacto en sus arcas. Es importante recalcar que la Junta ha recomendado distintas medidas presupuestarias, lo cual de primera instancia, recae en el Ejecutivo y en la Legislatura implementar dichas recomendaciones.²⁸⁸ Hemos visto anteriormente cómo nuestros legisladores se han opuesto a propuestas de la Junta, por ejemplo, cuando se recomendó la eliminación de la *Ley 80*.²⁸⁹ Cabe mencionar, la existencia de una batalla constante entre la Junta y el Gobierno de Puerto Rico sobre el tema de las pensiones.²⁹⁰ Sin embargo, con respecto a la Universidad, no ha habido un indicio de proponer otras alternativas distintas al recorte del presupuesto universitario. Si no es suficiente que la Universidad sea el principal centro docente de la isla y el principal centro de desarrollo económico,²⁹¹ ¿qué tal si se impulsa su preservación al mirarla como un *patrimonio cultural*? Para ello, primero se debe responder, ¿es la Universidad verdaderamente un *patrimonio cultural*?

²⁸² Puerto Rico Oversight, Management, and Economic Stability Act, 48 U.S.C. §§ 2101-2241 (2012 & Supp.2018).

²⁸³ OFICINA DE GERENCIA Y PRESUPUESTO, PRESUPUESTO CONSOLIDADO DEL FONDO GENERAL POR AGENCIA AÑOS FISCALES 2016 AL 2019, 5 (2019).

²⁸⁴ OFICINA DE GERENCIA Y PRESUPUESTO, PRESUPUESTO DEL FONDO GENERAL POR CONCEPTO DE GASTO Y ORIGEN DE RECURSO AÑOS FISCALES 2017 AL 2019, 1 (2019).

²⁸⁵ *Id.*

²⁸⁶ *Id.*

²⁸⁷ *Id.*

²⁸⁸ Puerto Rico Oversight, Management, and Economic Stability Act, 48 U.S.C. §§ 2141-2142 (2012 & Supp.2018).

²⁸⁹ *Senado derrota nueva propuesta del Ejecutivo para derogar Ley 80*, MICROJURIS.COM (3 de julio de 2018), <https://aldia.microjuris.com/2018/07/03/senado-derrota-nueva-propuesta-del-ejecutivo-para-derogar-ley-80/>. Véase, *Ley Sobre Despidos Injustificados*, Ley Núm. 80 de 30 de mayo de 1976, 29 LPRÁ §§ 185 (2009).

²⁹⁰ Miladys Soto, *Junta de Control certifica su propio plan y mantiene recorte en las pensiones*, METRO (9 de mayo de 2019), <https://www.metro.pr/pr/noticias/2019/05/09/junta-de-control-certifica-su-propio-plan-y-mantiene-recorte-en-las-pensiones.html>.

²⁹¹ José Alameda-Lozada, *El Impacto Socioeconómico del Sistema de la Universidad de Puerto Rico*, ESTUDIOSTECNICOS.COM, (abril de 2017) <http://www.estudiotecnicos.com/pdf/occasionalpapers/2017/OP-No-7-2017.pdf>.

II. El concepto de patrimonio cultural

El concepto de patrimonio cultural ha cambiado de significado según pasa el tiempo, en parte debido a los distintos debates y transformaciones que sufren las ciencias y organismos que la estudian.²⁹² Aun así, si fuésemos a definir este término, podemos utilizar lo que ha expresado la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (en adelante, “UNESCO” por sus siglas en inglés) con referente al término *patrimonio*, la cual se concibe como “todas aquellas expresiones materiales e inmateriales que: [c]aracterizan la cultura de un territorio[,] muestran su identidad y han sido transmitidas por generaciones”.²⁹³ A su vez, existen dos tipos de patrimonio, el natural del cual se puede derivar paisajes y monumentos naturales con gran valor científico y medioambiental y el cultural, entendiéndose este último como monumentos, conjuntos y lugares “que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia”.²⁹⁴ Además, el patrimonio se divide en cuatro niveles de protección: familiar cuando pertenece a una familia específica, local cuando pertenece a comunidades o una región particular, nacional cuando pertenece a un país y mundial cuando pertenece a toda la humanidad.²⁹⁵ Por lo tanto, el patrimonio cultural es lo que se hereda de los antepasados y, al mismo tiempo, surge el derecho a conservarlo para futuras generaciones.²⁹⁶ Actualmente, este término trasciende de lo tangible a lo intangible considerando también las “tradiciones o expresiones vivas heredadas de nuestros antepasados y transmitidas a nuestros descendientes, como tradiciones orales, artes del espectáculo, usos sociales, rituales, actos festivos, conocimientos y practicas relativos a la naturaleza y el universo, y saberes y técnicas vinculados a la artesanía tradicional”.²⁹⁷

No obstante, en el contexto de Puerto Rico, no existe ningún tipo de registro de sus patrimonios culturales.²⁹⁸ Sin un registro, y con el panorama de PROMESA, se crea una incertidumbre respecto a las transacciones con este patrimonio para poder mitigar la histórica deuda de 73,000 millones de dólares que tiene Puerto Rico.²⁹⁹ Estas posibles especulaciones sobre transacciones con el patrimonio tienen un precedente con la quiebra de la ciudad de Detroit.³⁰⁰ Esta ciudad pasó por una amenaza similar cuando se planteaba la posibilidad de vender el Instituto de Arte de Detroit con todo incluyendo sus 66,000 piezas de artes; dicha transacción no prosperó.³⁰¹ En el año 2017, el Representante Dennis Márquez Lebrón, sometió un proyecto de ley para proteger a los patrimonios culturales de este tipo

²⁹² MÓDULO 6 PATRIMONIO CULTURAL, 9 (2011).

²⁹³ *Id.*

²⁹⁴ *Id.* en la pág. 10.

²⁹⁵ *Id.*

²⁹⁶ INDICADORES UNESCO DE CULTURA PARA EL DESARROLLO, UNESCO 132 (2014), <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000229609>.

²⁹⁷ ¿Qué es el patrimonio cultural inmaterial?, UNESCO <https://ich.unesco.org/es/que-es-el-patrimonio-inmaterial-00003> (última visita 24 de septiembre de 2019).

²⁹⁸ Héctor Feliciano, *En riesgo el patrimonio puertorriqueño*, EL NUEVO DÍA, 9 de febrero de 2019, <https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/enriesgoelpatrimoniopuertorriqueno-2475755/>.

²⁹⁹ *Id.*

³⁰⁰ Monica Davey & Mary Williams, *Walsh Billions in Debt, Detroit Tumbles into Insolvency*, NEW YORK TIMES, 18 julio de 2013, <https://www.nytimes.com/2013/07/19/us/detroit-files-for-bankruptcy.html>.

³⁰¹ Mike Boehm, *Detroit's creditors want entire art museum collection to be fair game*, LOS ANGELES TIMES, 30 de mayo de 2014, <https://www.latimes.com/entertainment/arts/culture/la-et-cm-detroit-institute-of-arts-city-bankruptcy-20140530-story.html>.

de transacciones, la Universidad estaba incluida.³⁰² Sin embargo, el proyecto no progresó en la Asamblea Legislativa.

III. La Universidad de Puerto Rico como patrimonio cultural

Si bien es cierto que en Puerto Rico no existe una política pública definida con el tema del patrimonio cultural, nunca es tarde para comenzar. El puertorriqueño conoce su patrimonio porque es suyo, se ha apropiado orgánicamente de él. La Universidad de Puerto Rico debe ser parte de esa conversación, particularmente el recinto de Río Piedras. Una de las razones para que sea considerada patrimonio cultural es la emblemática Torre, construida hace más de 80 años, símbolo de toda una comunidad compuesta por decenas de miles de egresados de la institución. Otro elemento atractivo es el teatro que se encuentra en el mismo cuadrángulo, también octogenario, dentro de la Universidad. Incluso, se debe añadir las aportaciones arquitectónicas de Henry Klumb, quien en vida fuera un prominente arquitecto alemán responsable de decenas de edificaciones elaboradas durante varias décadas en Puerto Rico.³⁰³ Algunas de estas obras que aún persisten en el recinto de Río Piedras son la Biblioteca José M. Lázaro, el Centro de Estudiantes y la Facultad de Derecho.³⁰⁴ Además, el recinto ríopedrense cuenta con: varias esculturas en todo el campus; un museo que tiene obras emblemáticas como *El Velorio* de Francisco Oller; varios murales y pinturas. Esto incluye solo lo tangible, ejemplos intangibles como el himno de la universidad, el gallito y la jerezana los cuales son símbolos de identidad del recinto y otras tantas costumbres universitarias viene por añadidura.

Esta idea de tener a una universidad como patrimonio cultural no es nada novel. El campus central de la ciudad universitaria de la Universidad Nacional Autónoma de México fue declarada patrimonio de la humanidad en el año 2007.³⁰⁵ Cabe destacar que el término patrimonio de la humanidad es de mayor envergadura que *patrimonio cultural*, por consiguiente, para ser considerado como tal, se tiene que satisfacer con unos requisitos específicos como representar una obra maestra del genio creativo humano o ser la manifestación de un intercambio considerable de valores humanos durante un determinado período.³⁰⁶ Esta universidad mexicana cuya infraestructura fue elaborada en su mayoría durante el siglo XX logró obtener tal distinción. En Puerto Rico se debe comenzar este proceso de brindarle el valor cultural que la Universidad se merece. Esto se puede hacer mediante legislación que preserve al recinto de Río Piedras tomando en consideración los siguientes tres componentes que la UNESCO propone para fomentar la sustentabilidad de

³⁰² P. de la C. 1182 del 11 de agosto de 2017, 2da Ses. Ord., 18va Asam. Leg., en la pág. 2.

³⁰³ Enrique Vivoni Farange, *Hacia una modernidad tropical: la obra de Henry Klumb, 1928-1984*, 16-22 (2012), <http://www.arquitecturatropical.org/EDITORIAL/documents/HENRY%20KLUMB%20Y%20TORO%20Y%20FERRER.pdf> (última visita 8 de octubre de 2019).

³⁰⁴ *Id.*

³⁰⁵ JUAN BENITO ARTIGAS, LA CIUDAD UNIVERSITARIA DE MÉXICO Y SU INCLUSIÓN EN LA LISTA DEL PATRIMONIO MUNDIAL DE LA UNESCO, 104-115 (2009), <http://www.scielo.org.co/pdf/apun/v22n2/v22n2a02.pdf>.

³⁰⁶ PILAR GARCÍA CUETOS, EL PATRIMONIO CULTURAL: CONCEPTOS BÁSICOS, 43 (2012), <https://cpalsocial.org/documentos/526.pdf>.

los patrimonios: (1) *inscripción* del patrimonio; (2) su *protección, salvaguarda y gestión*, y (3) su *transmisión y movilización* de apoyo para conservar su valor.³⁰⁷

CONCLUSIÓN

Es necesario que la política pública dirigida hacia la Universidad deba cambiar. La importancia de esta institución es medular para distintos tipos de desarrollos en Puerto Rico. No solo referirse al desarrollo económico e intelectual que elaboraran las mentes de los profesores y estudiantes a través de las distintas disciplinas del saber, sino que también la Universidad tiene una pertinencia cultural significativa. Además de ser observada como gestor de nuestro patrimonio cultural, se debe comenzar a destacar lo que es: un patrimonio en sí mismo. De tal forma, se debe reformular una política pública dirigida a preservar y exponencial el valor arquitectónico, artístico y creativo que sea paralela con la política de impulsar la Universidad como nuestra institución del saber, convirtiéndola en una herramienta para superar la crisis que atraviesa Puerto Rico. Para ello, los recortes al presupuesto de esta institución deben cesar, la Universidad debe verse genuinamente como una inversión de País. Además, si bien es cierto que en el 2018 la Universidad logró hacer un acuerdo con Oficina de Administración y Transformación de los Recursos Humanos del Gobierno de Puerto Rico para el adiestramiento de empleados públicos,³⁰⁸ el Gobierno Central debe ser más proactivo en la integración de la Universidad en distintas agencias como método alterno para allegar más fondos al Sistema. Este último aspecto económico es indispensable para la preservación del patrimonio cultural universitario. Otra integración importante debe ser con el Instituto de Cultura Puertorriqueña para el diseño estrategias de preservación de todos los elementos culturales tangible del Recinto de Río Piedras. Estas son solo unas pocas propuestas de cómo se puede capitalizar el valor de la Universidad y preservarla efectivamente.

³⁰⁷ INDICADORES UNESCO DE CULTURA PARA EL DESARROLLO, UNESCO 133 (2014), <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000229609>.

³⁰⁸ Perla Rodríguez, *Lista la UPR para capacitar a empleados*, EL VOCERO, 17 de marzo de 2018, https://www.elvocero.com/educacion/lista-la-upr-para-capacitar-a-empleados-p-blicos/article_878odd98-297d-11e8-a17a-4b136443a7b3.html.

PROMESA ANTE EL SUPREMO: UNA NARRACIÓN CRÍTICA DE UNA ARGUMENTACIÓN ORAL

NOTA

Emanuel Ramos Martínez*

INTRODUCCIÓN

SE DICE QUE LA HISTORIA SE ESCRIBE DIARIAMENTE, PERO MUY POCAS VECES SE ESTÁ consiente de ello. Una de las escasas excepciones a esta norma se está viviendo ahora en Puerto Rico. En el año 2016 se marcaría el inicio de un período particular para la Isla: la era de PROMESA. La *Puerto Rico Oversight, Management, and Economic Stability Act* (en adelante, “PROMESA”) ha cambiado el juego, no solo en las relaciones federales que tiene Puerto Rico con el gobierno estadounidense, sino también en el día tras día de los puertorriqueños. Sin embargo, este experimento territorial no se había sometido al crisol del más alto foro judicial de los Estados Unidos hasta ahora. El pasado 20 de junio de 2019,³⁰⁹ la Corte Suprema de los Estados Unidos acogió varios recursos de *certiorari* y los consolidó en un caso, el cual tuvo su vista oral el 15 de octubre de 2019.³¹⁰ El caso lleva por nombre *Financial Oversight and Management Board v. Aurelius Investment* y es posiblemente uno de los casos más importantes que se ha visto ante el Supremo, en los últimos años, para Puerto Rico. La razón de la importancia de este evento se debe a que PROMESA es la primera legislación desde la creación del Estado Libre Asociado, en el que se usa directamente los poderes plenarios territoriales del Congreso.³¹¹ Ya en el año 2016, semanas antes de la aprobación de PROMESA, la Corte Suprema Federal le había recordado a los puertorriqueños que la Isla estaba bajo el yugo de la frase: “*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.*”³¹² En el caso de *Puerto Rico v. Sánchez Valle*, la jueza Kagan se encargó de recalcar la situación territorial expresando: “*because when we trace that authority all the way back, we arrive at the doorstep of the U.S. Capitol—the Commonwealth and the United States are not separate sovereigns.*”³¹³

Con esto sobre la mesa, PROMESA llega a Puerto Rico en una encarnación compuesta por una Junta de Supervisión y Administración Fiscal (en adelante, “Junta”) que entró en

* El autor es estudiante de segundo año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico y redactor digital de *In Rev.*

³⁰⁹ Eva Lloréns Vélez, *U.S. Supreme Court to fast-track Puerto Rico fiscal board appointments case*, CARIBBEANBUSINESS, 20 de junio de 2019, <https://caribbeanbusiness.com/u-s-supreme-court-to-fast-track-puerto-rico-fiscal-board-appointments-case/>.

³¹⁰ Christian Ramos Segarra, *Cercana la vista de Puerto Rico ante el Supremo*, EL VOCERO, 24 de noviembre de 2019, https://www.elvocero.com/economia/cercana-la-vista-de-puerto-rico-ante-el-supremo/article_ed83daaa-deb7-11e9-8621-7b4ab6b810cc.html.

³¹¹ Véase Carlos E. Díaz Olivo & Edwin J. Vélez Borrero, *PROMESA incumplida, Sánchez Valle, Franklin Trust: El rol de la Rama Judicial federal en la relación entre Puerto Rico y los Estados Unidos*, 86 Rev. Jur. UPR 1, 46 (2017).

³¹² CONST. EE. UU. Art. IV, §3 cl.2.

³¹³ *Puerto Rico v. Sánchez Valle*, 136 S.Ct. 179, 199 (2016).

funciones el 1 de septiembre de 2016.³¹⁴ A partir de esta fecha, comenzó una actividad intensa en los tribunales y en la reestructuración de la deuda, donde el gobierno de Puerto Rico ha gastado casi 1,000 millones de dólares.³¹⁵ Parte de estos litigios se intensificaron cuando el 3 de mayo de 2017 entró en vigor la aplicación del título IX de quiebras contemplado en PROMESA.³¹⁶ Por lo tanto, al fin se ha llegado a la consecuencia de todos estos litigios: la Corte Suprema federal interpretando esta legislación del Congreso. En este caso, son cuatro las partes que están argumentando: la Junta; el fondo de inversión Aurelius Investment, LLC. (en adelante, “Aurelius”); el gobierno de los Estados Unidos y la Unión de Trabajadores de la Industria Eléctrica y Riego, Inc. (en adelante, “UTIER”). Así las cosas, la Corte Suprema debe responder dos cuestionamientos que se han planteado en los distintos alegatos: 1) ¿La cláusula de nombramientos rige los nombramientos de los miembros de la Junta para Puerto Rico?³¹⁷ 2) ¿La doctrina de los *oficiales de facto* permite a los tribunales negar un remedio significativo a los que invocan una violación de separación de poderes y que sufren daños continuos a manos de oficiales principales designados inconstitucionalmente?³¹⁸ A continuación se tratará de analizar qué fue lo que se dijo en esa argumentación oral y qué podría ocurrir a raíz de este caso.

I. Primer turno: La Junta de Supervisión Fiscal

A. El argumento de la cláusula territorial

El primer turno lo llevó a cabo la Junta con la representación del ex procurador general Donald Verrilli. La Junta en su argumento dejó claro que lo que distingue el caso de Puerto Rico y la particularidad de PROMESA es el artículo IV, sección 3 de la Constitución de los Estados Unidos, la llamada cláusula territorial. En el turno, la jueza Sotomayor le preguntó al abogado de la Junta: ¿cuál sería la diferencia entre un secretario de justicia federal, quien es un oficial de los Estados Unidos, y los miembros de la Junta? La respuesta a esta interrogante se resume en la cláusula territorial que establece que este ente es específicamente territorial, contrario al secretario de Justicia quien tienen que aplicar leyes de manera nacional. La Junta además expuso el hecho de que PROMESA creaba a esta entidad con poderes territoriales.³¹⁹ Esto quiere decir que, la Junta es un organismo territorial como bien lo es cualquier agencia de la Rama Ejecutiva o cualquier tribunal bajo la Rama

³¹⁴ UNIVISIÓN, Estos son los siete integrantes de la Junta de Control Fiscal para Puerto Rico, UNIVISIÓN, 31 de agosto de 2016, <https://www.univision.com/local/puerto-rico-wlii/estos-son-los-siete-integrantes-de-la-junta-de-control-fiscal-para-puerto-rico>.

³¹⁵ Joanisabel González, *En ascenso los costos de la quiebra de la isla*, EL NUEVO DIA, 12 de octubre de 2019, <https://lite.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/enascensoeloscostosdelaquebradelaisla-2523027/>.

³¹⁶ BBC Mundo, *Puerto Rico se declara en quiebra para reestructurar su multimillonaria deuda*, BBC, 3 de mayo de 2017, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-39798417>.

³¹⁷ Véase Opening Brief for Petitioner the Financial Oversight and Management Board, Financial Oversight and Management Board v. Aurelius Investment (2019) (No. 18-1334) https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-1334/109308/20190725144735181_18-1334%20ots%20FOMB.pdf.

³¹⁸ Véase Consolidated Opening Brief for Petitioner Unión de Trabajadores de La Industria Eléctrica y Riego, Inc., Financial Oversight and Management Board v. Aurelius Investment (2019) (No. 18-1334) https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-1334/113290/20190822162130501_38351%20pdf%20Emmanuelli%20Jimenez.pdf.

³¹⁹ Transcripción de los argumentos orales en la pág. 6, Financial Oversight and Management Board v. Aurelius Investment (2019) (No. 18-1334) https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2019/18-1334_dc8f.pdf.

Judicial de Puerto Rico. PROMESA le da instrucciones específicas a esta Junta para reestructurar la deuda del territorio y además le otorga la potestad de crear mecanismos para una estabilidad fiscal en interés de la isla.³²⁰ El detalle de que este organismo está para trabajar en el interés de Puerto Rico es la punta de lanza en el argumento para justificarse como oficiales territoriales. Sin embargo, nuevamente la jueza Sotomayor cuestionó a la Junta cuando le interpelló: ¿cómo una entidad no electa y que no recibe ninguna directriz de manera alguna por parte de los habitantes de Puerto Rico, puede ser considerado como oficial del territorio?³²¹ La respuesta de la Junta se dividió en dos contestaciones: nuevamente la cláusula territorial con todos sus precedentes, incluyendo a *Sánchez Valle*, y el argumento de la práctica histórica. En este último aspecto, la Junta relató, por ejemplo, cómo desde 1802 a Washington D.C. se le creó un puesto de alcalde por legislación federal para administrar ese territorio.³²² Ese alcalde siempre se le consideró un oficial territorial a pesar de ser una criatura del Congreso. Otro ejemplo utilizado fue el caso de los jueces territoriales y que son nombrados por el Presidente de los Estados Unidos. Se ha resuelto que a pesar de que ellos tienen la capacidad de ver casos similares a la de los jueces federales, bajo el artículo III de la Constitución, no son oficiales de los Estados Unidos.³²³

A preguntas de la jueza Ginsburg, quien quiso saber si la Junta estaba por encima del gobierno de Puerto Rico o era parte del mismo, se le respondió que ese argumento es una caracterización incorrecta debido a que PROMESA establece que la Junta representa a Puerto Rico en los procesos de reestructuración y su actuación debe ser en el interés de la isla.³²⁴ También salió a relucir el argumento que establece que el Congreso creó unas protecciones a esta entidad para garantizar su independencia política tanto de influencias territoriales como federales. Esto se puede apreciar al saber que, según los integrantes de la Junta, éstos no son de libre remoción, para ello se debe mostrar causa.³²⁵ Esto significa que en teoría los miembros son independientes de cualquier tipo de presión política.³²⁶ Finalmente, la jueza Sotomayor culminó el turno preguntando si los miembros de la Junta reciben directrices de entidades federales. La Junta negó esa alegación.³²⁷

B. *El test de Palmore*

La Junta igualmente citó un precedente del caso de *Palmore v. U.S.*³²⁸ Aquí se esbozaron las tres instancias en las que el Congreso ha creado una entidad dentro del gobierno territorial con autoridad para actuar en nombre del territorio.³²⁹ Estas características son: 1) si el Congreso está actuando de conformidad con su poder del artículo IV, en lugar de sus poderes del artículo I; 2) si el Congreso caracterizó la entidad que se crea como federal o territorial, y 3) si los poderes de la oficina y la ley que aplica son de interés predominantemente local o en su lugar involucran principalmente leyes de aplicabilidad y preocupación a nivel nacional.³³⁰ Este último aspecto es el más importante para la Junta y así se lo dejó saber a la

³²⁰ *Id.*

³²¹ *Id.* en las págs. 16-17.

³²² *Id.* en las págs. 18-19.

³²³ *Id.* en las págs. 20-21.

³²⁴ *Id.* en las págs. 12-13.

³²⁵ *Id.* en la pág. 7.

³²⁶ *Id.* en la pág. 23.

³²⁷ *Id.* en las págs. 23-24.

³²⁸ *Palmore v. United States*, 411 U.S. 389 (1973).

³²⁹ Opening Brief for Petitioner the Financial Oversight and Management Board, *supra* nota 9, en las págs. 47-48.

³³⁰ *Id.*

jueza Sotomayor. Hay que recordar que en *Palmore* se cuestionó la autoridad de las cortes de Washington, D.C. en un caso penal. Sin embargo, las partes que están invocando esta doctrina entienden que es de igual aplicación a entidades ejecutivas territoriales.³³¹

II. Segundo turno: El gobierno de los Estados Unidos

A. *La constitucionalidad de la Junta y la doctrina de oficiales de facto*

El gobierno de los Estados Unidos, mediante el representante de la Procuraduría General, Jeffrey Wall (en adelante, “Procuradoría”), planteó que la pregunta meritoria en este caso es si la Junta es constitucional bajo el artículo IV, a lo que contestó en la afirmativa.³³² Según el representante, la Junta es, como mínimo, primordialmente local, dado a todas las competencias que le confiere PROMESA.³³³ Además salieron a relucir los efectos de la doctrina de oficial *de facto*. El Tribunal del Primer Circuito había declarado la inconstitucionalidad de los nombramientos de la Junta por no satisfacer los criterios de la cláusula de nombramiento. Sin embargo, en su lugar aplicó la doctrina conocida como oficiales *de facto*.³³⁴ Esto validó las acciones y decisiones que la Junta tomó por los pasados tres años, a pesar de que los miembros ocupaban el cargo de manera inconstitucional.³³⁵ La jueza Sotomayor preguntó si, de aplicarse la doctrina de oficial *de facto*, no habría un remedio para las partes adversativas en el pleito, ya que las acciones tomadas por la Junta prevalecerían.³³⁶ Wall argumentó que esa presunción era incorrecta; el remedio se vería de manera prospectiva.³³⁷ Igualmente, en esta coyuntura sentenció que invalidar las acciones de una Junta que lleva tres años sería algo crítico, por la cantidad de pleitos y dinero invertido en esta reestructuración.³³⁸ Este argumento fue repetido constantemente por el Representante del Gobierno Federal.

B. *Las consecuencias de considerar a la Junta como una entidad federal*

La Procuraduría alegó que una de las repercusiones que habría si se consideran oficiales federales a los miembros de la Junta, es el plantearse cuál sería el futuro de otras entidades territoriales que existen actualmente.³³⁹ Todos los entes territoriales se originaron de leyes federales, igual que los miembros de la Junta, entonces, ¿federalizar a la Junta tendría como consecuencia federalizar a oficiales territoriales como el gobernador de Puerto Rico? La Procuraduría expuso que esto es una de las posibles consecuencias del razonamiento que busca identificar a los miembros de la Junta como oficiales de los Estados Unidos. Esto, sin duda, tiene repercusiones directas respecto a las limitaciones del *home-rule* de los

³³¹ Brief for The United States pág. 38, *Financial Oversight and Management Board v. Aurelius Investment* (2019) (No. 18-1334) https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-1334/109352/2019072518241814_18-1334tsUnitedStates.pdf.

³³² Transcripción de los argumentos orales, *supra* nota 11, en la pág. 25.

³³³ *Id.*

³³⁴ *Aurelius Investment, LLC v. Puerto Rico*, 915 F.3d 838, 862 (1st Cir. 2019).

³³⁵ *Id.*

³³⁶ Transcripción de los argumentos orales, *supra* en la nota 11, en la pág. 31.

³³⁷ *Id.*

³³⁸ *Id.* en la pág. 32.

³³⁹ *Id.* en las págs. 33-34.

territorios.³⁴⁰ El Procurador también hizo referencia a *Palmore*, y presentó cuál es la importancia de saber de dónde se invoca el poder, si del artículo I o del artículo IV y si los poderes que se delegan de estas disposiciones constitucionales son válidas, es decir, que no se exceden de los límites establecidos. Este último punto es el análisis más importante según la Procuraduría.³⁴¹

III. Tercer turno: Aurelius Investment

A. *El argumento de la cláusula de nombramientos*

El tercer turno lo tuvo Aurelius que fue representado por el exprocurador general Ted Olson. En su argumento, Olson se enfocó en la violación de la cláusula de nombramientos en la constitución de la Junta. Para ello, Olson explicó cómo PROMESA es una respuesta a una crisis financiera que afecta a millones de ciudadanos americanos, incluyendo a los tres millones que viven en Puerto Rico, siendo así una legislación de impacto nacional.³⁴² No solo se está afectando a la Isla y sus habitantes, sino que hay miles y miles de pleitos de ciudadanos americanos alrededor de los Estados Unidos, que llevan litigios sobre este problema. Esto derrota el planteamiento de que PROMESA es una legislación puramente territorial.³⁴³ De igual forma, Aurelius argumentó que la Junta les responde a entidades federales, las mismas que la nombraron. Por tal razón, se deben considerar como oficiales principales de los Estados Unidos, sujetos a la cláusula de nombramientos, la cual requiere que todo oficial principal sea nominado por el Presidente y confirmado por el Senado estadounidense.³⁴⁴

B. *Distinción de los miembros de la Junta con los funcionarios puertorriqueños*

La Corte entró en el debate de cómo se distinguía a los miembros de la Junta de los funcionarios de Puerto Rico como, por ejemplo, el gobernador. Ante ello, Aurelius respondió con el fundamento de que estos últimos son primordialmente locales, en comparación con la Junta y su progenitor, PROMESA, que tienen un alcance nacional.³⁴⁵ A todo esto, la jueza Ginsburg le recordó a Aurelius que la Junta fue creada con el propósito de que formase parte del Gobierno de Puerto Rico; a lo que Aurelius le respondió enumerando las funciones particulares de la Junta como: poder vetar mandatos del gobernador o prescindir de los

³⁴⁰ El concepto de *Home Rule* está definido según el *Oxford Dictionary* como: la gobernanza de una colonia, dependencia, condado o región por sus propios ciudadanos (traducción suplida). *Oxford Dictionary*, https://www.lexico.com/en/definition/home_rule. Por otro lado, también se han referido a este término como: “*the autonomy that state law supposedly now confers on cities and suburbs*”. Véase también David J. Barron, *Reclaiming Home Rule*, 116 HARV. L. REV. 2255, 2257 (2003). A pesar de esta definición, la jurisprudencia norteamericana ha expresado que el *Home Rule* se puede extender a los territorios:

It would seem then that on the analogy of the delegation of powers of self-government and home rule both to municipalities and to territories there is no constitutional barrier to the delegation by Congress to the District of Columbia of full legislative power subject of course to constitutional limitations to which all lawmaking is subservient and subject also to the power of Congress at any time to revise, alter, or revoke the authority granted.

D.C. v. John R. Thompson Co., 346 U.S. 100, 109 (1953).

³⁴¹ Transcripción de los argumentos orales, *supra* en la nota 11, pág. 38.

³⁴² *Id.* en la pág. 49.

³⁴³ *Id.* en la pág. 72.

³⁴⁴ *Id.* en la pág. 62.

³⁴⁵ *Id.* en la pág. 50.

presupuestos aprobados por el gobierno local.³⁴⁶ Aurelius va más allá y planteó que la cuestión de la Junta y PROMESA es un asunto nacional y citó un caso llamado *Limtiaco*,³⁴⁷ en el que la Corte expresó que la insolvencia de Guam, que es un territorio, es considerada como un problema nacional.³⁴⁸

Aurelius también argumentó que la Junta existe porque a Puerto Rico no se le puede otorgar los poderes que le confirieron a este organismo, ni puede crear una ley de rescate fiscal de la naturaleza de PROMESA.³⁴⁹ El juez Kavanaugh hizo la pregunta de cómo repercutiría el *home-rule* si ellos, Aurelius, prevalecieran en este litigio; a lo que respondieron que no se afectaría más de lo que ya está por la mera creación de PROMESA.³⁵⁰

IV. Cuarto turno: UTIER

A. La importancia de la revocación de los Casos Insulares

El último turno le correspondió a la UTIER, con la licenciada Jessica E. Méndez Colberg como su representante. En su turno, la UTIER fue directo a exponer lo injusto de tener a los casos insulares como derecho vigente. Se argumentó que la creación de la clasificación de *territorio no incorporado* hace que se exceptúe a los ciudadanos americanos que viven en Puerto Rico de algunos derechos constitucionales.³⁵¹ Rápidamente, la UTIER fue interrumpida por varios jueces. El primero fue el juez Breyer quien coincidió con la UTIER en que los casos insulares eran *una nube negra*, pero que no tenían mucha importancia en este caso.³⁵² En su lugar invitó a una reflexión referente a la *Ley de relaciones federales con Puerto Rico* y a la enmienda que se hizo en la Constitución de Puerto Rico en el año 1961 que dispone que en caso de deuda gubernamental, el pago a los acreedores será prioritario.³⁵³ El segundo juez que interrumpió y que categóricamente cuestionó la pertinencia de los casos insulares fue el juez presidente Roberts.³⁵⁴ La UTIER le respondió que los casos insulares fueron citados en cortes inferiores por las partes adversas, sin embargo, en este pleito particular ante la Corte Suprema se abstuvieron de mencionarlos.³⁵⁵ También, respondió que a pesar de que este caso se podría resolver sin revocar los casos insulares, invitó a que se hiciera,³⁵⁶ como se realizó en el caso de *Trump v. Hawaii* donde se revocó el caso de *Korematsu*.³⁵⁷

³⁴⁶ *Id.* en la pág. 51.

³⁴⁷ *Limtiaco v. Camacho*, 549 U.S. 483 (2007).

³⁴⁸ Transcripción de los argumentos orales, *supra* en la nota 11, pág. 73.

³⁴⁹ *Id.* en las págs. 56-57.

³⁵⁰ *Id.* en la pág. 64.

³⁵¹ *Id.* en la pág. 81.

³⁵² *Id.* en la pág. 82.

³⁵³ *Id.* en las págs. 82-83.

³⁵⁴ *Id.* en la pág. 85.

³⁵⁵ *Id.* en las págs. 85-86.

³⁵⁶ *Id.* en la pág. 87.

³⁵⁷ *Trump v. Hawaii*, 138 S.Ct. 2392, 2423 (2018).

V. Algunas reflexiones finales

En definitiva, son varios los aspectos que hay que analizar en este caso. No solo se deben ver los méritos y argumentos jurídicos, sino también hay que tener presente a las partes, quienes juegan un rol importante. En este pleito hay un enfrentamiento de grupos, donde por una parte está la Junta, protegiendo su integridad jurídica, junto con el Gobierno de Estados Unidos que protege, a su vez, su creación. Es muy significativo recalcar que, ambos argumentaron no solo que la Junta es un ente territorial en beneficio de Puerto Rico, sino que también es indispensable para la Isla. Solo hay que examinar las declaraciones con las que el representante Wall concluyó su argumento:

If the Board is shut down in Puerto Rico, I do think it imperils a process on which we have made really substantial gains in the last three years in trying to stabilize the island's finances. And I can't stress to the Court how important it is that the Board be allowed to continue to do that work.³⁵⁸

Las otras dos partes son más interesantes todavía, empezando por Aurelius. Si se examinan los argumentos de esta entidad, se podría concluir, en primera instancia, que este fondo de inversión está en contra del régimen excesivamente territorial de PROMESA, por lo indigno que es para el pueblo puertorriqueño. Sin embargo, Aurelius no es un extraño en el mundo de las noticias financieras, ya que fue protagonista en un pleito multimillonario de la deuda argentina.³⁵⁹ Tan significativa fue su actuación en la controversia argentina, que la única intervención que hizo el juez Alito fue para cuestionarle si su comparecencia a la Corte era para defender la integridad de la Constitución o si había motivaciones financieras detrás de ello.³⁶⁰ Aurelius terminó confesando que en efecto era una cuestión financiera después de todo.³⁶¹ Esta participación del juez Alito es importante porque demuestra que la identidad de las partes en el pleito al parecer tendrá algo de pertinencia.

Por otro lado, la única representación puertorriqueña estuvo a cargo de la UTIER. Esta parte quiso traer la doctrina de los casos insulares y pedir su revocación. Como se reseñó, tal parece que la Corte no tomó en consideración esa solicitud. De todas maneras, esto da un pie forzado para cuestionarse si ahora con este caso se está presenciando una secuela de los casos insulares. En los últimos tres años, se han dado tres casos distintos que de alguna manera tocan el tema de las relaciones federales. Hay que plantearse si estos pudieran representar un reemplazo a las viejas doctrinas territoriales de principios del siglo veinte. Un aspecto muy importante es que ni *Sánchez Valle* ni *Puerto Rico v. Franklin California Tax-Free Trust*,³⁶² citan los casos insulares, sino que crean su propia doctrina al interpretar la cláusula territorial. Si este caso hiciera lo mismo, en un futuro hipotético podrían revocarse los casos insulares; pero aún la Corte Suprema seguiría reafirmando la territorialidad de Puerto Rico. Otro aspecto importante es saber cuál doctrina de los casos insulares se quiere erradicar. No es lo mismo el precedente establecido en *Downes*,³⁶³ caso creador del término territorio

³⁵⁸ Transcripción de los argumentos orales, *supra* en la nota 11, pág. 48.

³⁵⁹ Bob Van Voris, *Suing Argentina Over Debt (Again)*, *Aurelius Claims \$84 Million*, BLOOMBERG, 14 de enero de 2019, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-01-14/aurelius-capital-sues-argentina-over-gdp-linked-securities>.

³⁶⁰ Transcripción de los argumentos orales, *supra* en la nota 11, pág. 58.

³⁶¹ *Id.* en las págs. 59-60.

³⁶² *Puerto Rico v. Franklin California Tax-Free Trust*, 136 S. Ct. 1938 (2016).

³⁶³ *Downes v. Bidwell*, 182 U.S. 244, 341-42 (1901).

incorporado; a la doctrina de *Balzac* que explica cómo la concesión de la ciudadanía americana no es suficiente para la incorporación.³⁶⁴

Evaluando las diversas doctrinas e imaginando la posibilidad de argumentar nuevamente, ante la Corte Suprema, la necesidad para Puerto Rico de revocar los casos insulares; me atrevo a sugerir como estrategia establecer cuál es el caso en concreto que se quiere abrogar. Por último, es pertinente reflexionar sobre la intervención del juez Breyer en el turno de la UTIER. En Puerto Rico, se habla mucho del precedente de los casos insulares. Sin embargo, se ha ignorado lo que verdaderamente tiene anclada la situación territorial de Puerto Rico: la *Ley de relaciones federales*. Si se revocarán los casos insulares, ¿la *Ley de relaciones federales* perdería su efecto? La respuesta posiblemente sea en la negativa y eso debe trazar, quizás, una reorganización en algunas prioridades.

Referente a las preguntas que debe atender la Corte Suprema en este caso, se debe hacer hincapié en la gran importancia que tendrán sus respuestas. La primera interrogante —sobre si se deben considerar oficiales territoriales u oficiales de los Estados Unidos a los miembros de la Junta— tiene repercusiones importantes. Por un lado, si se le considerase oficiales territoriales, la cláusula de nombramientos no aplicaría a estos miembros, por lo cual la Junta prevalecería en este pleito. Sin embargo, esto tendría un mensaje entre líneas muy significativo. La naturaleza de la Junta es el equivalente a una cuarta rama de Gobierno, la cual ha alterado el esquema de separación de poderes local.³⁶⁵ Esta sería la primera ocasión donde se legitima el poder de la cláusula territorial, destruyendo el esquema de separación de poderes creado por la Constitución del Estado Libre Asociado, aunque por supuesto, eso sería un tema para otro escrito.

Por otro lado, si los miembros de la Junta fuesen declarados oficiales de los Estados Unidos habría varias consecuencias. Una de ellas podría abrir la puerta a la teoría que la Procuraduría General del gobierno de Estados Unidos advirtió en su alegato. Dicha teoría se refiere a si los entes creados bajo la cláusula territorial son considerados como oficiales de los Estados Unidos, entonces esto podría aplicarse a los funcionarios locales. Ante esto, vale la pena preguntarse, ¿esa doctrina sería extensiva a la figura electa del Comisionado Residente cuya creación proviene de la sección 36 de la *Ley de relaciones federales*?³⁶⁶ Al final del día, la moneda está echada en este pleito. Habiéndose sometido el caso, resta esperar la determinación en Washington y ver cómo la historia escribe una nueva página en este libro.

³⁶⁴ *Balzac v. Puerto Rico*, 258 U.S. 298, 311 (1922).

³⁶⁵ Esta teoría ha sido traída por el profesor Aníbal Acevedo Vilá, quien ha expresado lo siguiente: Sin embargo, no hay dudas que los poderes de la JSAF [refiriéndose a la Junta] y la forma que la ley PROMESA ha sido interpretada por los tribunales hasta el momento de terminar la redacción de este libro, trastocan y en algunas instancias, anulan el esquema de separación de poderes establecido por la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.

ANÍBAL ACEVEDO VILÁ, *SEPARACIÓN DE PODERES EN PUERTO RICO: ENTRE LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA* 4 (2018).

³⁶⁶ Puerto Rico Federal Relations Act of 1917 § 36, 48 U.S.C. § 891 (2017).

¿QUÉ SIGNIFICA SEXO?

ARTÍCULO

Emanuel Ramos Martínez*

INTRODUCCIÓN

DURANTE EL ÚLTIMO SIGLO, LA CONTIENDA POR PARTE DE CIUDADANOS DE A PIE contra el Estado por una civilización más justa ha sido continua. Los movimientos a favor de los derechos civiles alrededor del mundo fueron la orden del día en todo el siglo XX y Puerto Rico no estuvo exento de esa norma. Por la condición territorial de la isla, no ha de extrañar que algunas de las luchas llevadas en la metrópoli tuvieran reflejo en la colonia. Sin embargo, la incorporación de los derechos productos de esas luchas llegaba con posterioridad al País. Un ejemplo claro es el reconocimiento al sufragio femenino en los Estados Unidos en 1920 a través de la enmienda XIX, pero que llegó a Puerto Rico quince años más tarde con la aprobación de la *Ley de Sufragio Universal* en 1935.³⁶⁷ En la actualidad, esta tendencia se puede apreciar en el contexto de los derechos de la comunidad de *lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgéneros, intersexuales, queer*, entre otros (en adelante, “LGBTTIQ+”).³⁶⁸ Aquí, eventos como la inconstitucionalidad del delito de sodomía,³⁶⁹ el cual estuvo contemplado en el Código Penal de Puerto Rico hasta el 2004,³⁷⁰ y el reconocimiento a nivel constitucional del llamado matrimonio igualitario llegaron a la isla por mandato federal.³⁷¹ Si bien es cierto, en el 2015, el gobernador Alejandro García Padilla firmó la Orden Ejecutiva OE 2015-021 que ordenaba a las agencias de la rama ejecutiva a que se tomaran las medidas necesarias para

* Autor.

³⁶⁷ Si bien es cierto que la enmienda XIX disponía que no se le podía negar el derecho al voto a nadie por razón de sexo, en Puerto Rico dicha norma no se hizo extensiva *ex proprio vigore*. En 1924, el Tribunal Supremo de Puerto Rico se encontró con esta situación y sentenció lo siguiente:

A nuestro juicio, cualquiera que haya sido o pueda seguir siendo la opinión personal de algunos de los jueces de esta Corte, ese es el criterio que debe adoptarse para resolver la cuestión envuelta en estos recursos de *mandamus*. Y aplicándolo nos vemos obligados a resolver que el derecho al sufragio no es un derecho personal fundamental y por tanto que la enmienda en la forma en que aparece redactada no rige en Puerto Rico.

Morales y Benet v. Junta Local de Inscripciones, 33 DPR 79, 93 (1924);

Véase Yamaly Rodríguez Ventura, *Participación Electoral Femenina v. Participación Política Femenina: ¿Cuáles medidas están implantando los gobiernos para que las mujeres alcancen una mayor participación activa en la política y en la toma de decisiones?*, 50 REV. D.P. 7 (2010) (las mujeres puertorriqueñas no se quedaron de brazos cruzados y comenzó toda una lucha por el derecho al sufragio femenino puertorriqueño. Eventualmente en 1929 se aprueba una ley que le concede el derecho al voto a toda mujer que sepa leer y escribir y en el 1935 finalmente se aprueba el llamado sufragio universal).

³⁶⁸ Hay distintas maneras de hacer referencia a esta comunidad como por ejemplo el tradicional LGBT (*Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender*) la cual es la adoptada por la *American Psychology Association*, disponible en <https://www.apa.org/topics/LGBT/> (el autor ha decidido utilizar el acrónimo LGBTTIQ+ para una mayor visibilidad a la pluralidad sexual humana).

³⁶⁹ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

³⁷⁰ El artículo 103 del Código Penal de Puerto Rico de 1974 leía: “[t]oda persona que sostuviere relaciones sexuales con una persona de su mismo sexo o cometiere el crimen contra natura con un ser humano será sancionada con pena de reclusión por un término fijo de diez (10) años” CÓD. PEN. PR, art. 103, 33 LPRA § 4065 (1974) (eventualmente, el Código Penal de 2004 eliminó esta tipificación).

³⁷¹ *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).

que se garantice que los matrimonios entre parejas del mismo sexo reciban un trato igualitario, la misma fue en respuesta a la jurisprudencia federal.³⁷² Existe el hecho de que la mayoría de las normas de esta naturaleza no salen de los propios puertorriqueños. Mucha de esta normativa protectora proviene de la jurisdicción federal y se hacen extensivas al territorio, lo cual suplanta la política pública local que no contemplaba dichos derechos. No obstante, existe un escenario donde el Derecho puertorriqueño se adelantó al Derecho federal. En materia de derechos civiles, particularmente en derechos de la comunidad LGBTQ+, en Puerto Rico se extendió la protección laboral contra el discrimen por orientación sexual e identidad de género reflejada, tras la aprobación de la Ley Núm. 22-2013 (en adelante, "Ley 22").³⁷³

El 29 de mayo del año 2013, se firmó, bajo una ráfaga de críticas, la Ley 22.³⁷⁴ La misma buscaba como fin original crear una legislación en contra del discrimen por orientación sexual en lugares públicos, negocios, medios de transporte, vivienda y en empleos tanto públicos como privados.³⁷⁵ No obstante, sectores religiosos del país cabildaron para enmendar el proyecto original lo que logró disminuir las protecciones propuestas originalmente.³⁷⁶ Pese a este suceso, el remanente del proyecto de ley aun contenía la protección en el empleo, la cual finalmente terminó siendo el producto legislativo. Hoy, a casi siete años de su aprobación, en los Estados Unidos de América se está contemplando la expansión de esta protección antidiscriminatoria en sus tres ramas constitucionales. Por un lado, en la rama legislativa con el controvertido *Equality Act* que va a su tercer turno para ser evaluado en el Congreso norteamericano.³⁷⁷ Por el otro, la rama judicial, quien tiene ante sí varios pleitos por discrimen en el empleo, por razón de orientación sexual e identidad de género.³⁷⁸ Finalmente la rama ejecutiva, la cual ha mantenido políticas internas que hacen extensivas las protecciones anti-discrimen como se ve en la *United States Equal Employment Opportunity Commission* (en adelante, "EEOC").³⁷⁹ Ciertamente hay movimiento en torno a esta materia, pero como en todos los aspectos de la cotidianeidad puertorriqueña, hay que

³⁷² Orden Ejecutiva Núm. 2015-21, *Para ordenar a todas las instrumentalidades, agencias, departamentos y corporaciones públicas de la Rama Ejecutiva que tomen inmediatamente todas las medidas necesarias para garantizar que los matrimonios entre parejas del mismo sexo reciban un trato igualitario ante la Ley y no sean discriminados por su orientación sexual, de conformidad con lo resuelto por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en Obergefell V. Hodges No. 14-556 (26 de junio de 2015)*, <https://www.estado.pr.gov/es/ordenes-ejecutivas/>.

³⁷³ Ley que prohíbe el discrimen por orientación sexual e identidad de género en el empleo, Ley Núm. 22-2013, 29 LPRA §§ 156-156f (2013).

³⁷⁴ Manuel Ernesto Rivera, *Gobernador convierte en Ley medidas proderecho gay*, NOTICEL (29 de mayo de 2013), <https://www.noticel.com/ahora/gobernador-convierte-en-ley-medidas-pro-derechos-gay-vdeo/608936951>.

³⁷⁵ Laura M. Quintero, *Gran cantidad de enmiendas al proyecto 238 "no consiguieron todas las protecciones"*, NOTICEL (24 de mayo de 2013), <https://www.noticel.com/ahora/gran-cantidad-de-enmiendas-al-proyecto-238-no-consiguieron-todas-las-protecciones/608916363>.

³⁷⁶ Jonathan Lebrón Ayala, *Llegó el momento de la verdad para el Proyecto 238*, METRO, <https://www.metro.pr/pr/noticias/2013/05/15/llego-momento-proyecto-238.html>.

³⁷⁷ German López, *The House just passed a sweeping LGBTQ rights bill*, VOX (17 de mayo de 2019), <https://www.vox.com/policy-and-politics/2019/5/17/18627771/equality-act-house-congress-lgbtq-rights-discrimination>.

³⁷⁸ Adam Liptak, *As the Supreme Court Gets Back to Work, Five Big Cases to Watch*, N.Y. TIMES (6 de octubre de 2019), <https://www.nytimes.com/2019/10/06/us/as-the-supreme-court-gets-back-to-work-five-big-cases-to-watch.html>.

³⁷⁹ Lauren Frias, *The Justice Department wants the Supreme Court to be told it's ok for businesses to discriminate against transgender employees*, BUSINESS INSIDER (13 de agosto de 2019), <https://www.businessinsider.com/justice-department-persuading-eoc-reverse-stance-on-lgbtq-rights-report-2019-8>.

estar atento a lo que acontece en el Norte ya que lo que sucede en esas latitudes repercute en el trópico.

I. Algunos conceptos básicos

Para poder entender mejor las controversias que están suscitándose en el gobierno federal relacionadas con los conceptos *género* y *sexo*, se debe primero dar un vistazo a lo que se entiende por estos términos. El concepto género es dinámico, no está amarrado a un significado fijo,³⁸⁰ lo que lo hace complejo y lo ha convertido en una disciplina de estudio en sí misma. Género no debe confundirse con sexo, siendo el primero apreciado desde un marco cultural, psicológico y social construido y entendido como lo masculino y lo femenino.³⁸¹ En cambio, el sexo está relacionado tradicionalmente por lo natural o biológico del ser humano.³⁸² Sin embargo, algunas estudiosas del tema como la filósofa Judith Butler han expresado que “el género no es el resultado causal del sexo ni tampoco es tan aparentemente rígido como el sexo. Por tanto, la unidad del sujeto ya está potencialmente refutada por la diferenciación que posibilita que el género sea una interpretación múltiple del sexo”.³⁸³ Esto, sumado a la célebre frase de Simone de Beauvoir “[n]o se nace mujer: se llega a serlo”,³⁸⁴ dieron el pie forzado para profundizar sobre esta materia. El desarrollo posterior de estos pensamientos hizo que se elaboraran términos como *orientación sexual e identidad de género*. La orientación sexual es entendida como “una disposición duradera de experimentar atracciones sexuales, afectivas o románticas para hombres, mujeres o ambos”.³⁸⁵ Por otro lado la identidad de género se entiende como el “sentido básico de una persona de ser hombre, mujer o de sexo indeterminado”.³⁸⁶ Tanto la identidad de género como la orientación sexual son términos *continuos* que se entienden en ciertas categorías, como por ejemplo las personas transgéneros cuya identidad de género no está alineada con el sexo que tuvieron al nacer. Sin embargo, es importante reseñar que una cosa es lo teórico y otra cosa es lo jurídico, pero pese este dato, es adecuado tener presente saber de qué se está hablando.

II. Las batallas federales

A. *El Equality Act y las legislaciones protectoras estatales*

“*To prohibit discrimination on the basis of sex, gender identity, and sexual orientation, and for other purposes.*”³⁸⁷ Así reza el epígrafe del Proyecto de la Cámara Federal bautizado como el *Equality Act*. El *Equality Act* es una legislación que busca extender protecciones antidiscriminatorias a la comunidad LGTTIQ+ en varios renglones, incluyendo el laboral,

³⁸⁰ Martha Miranda-Novoa, *Diferencia entre la perspectiva de género y la ideología de género*, 21 DÍKAION 343 (2012). <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v21n2/v21n2a02.pdf>.

³⁸¹ ESTHER VICENTE, MÁS ALLÁ DE LA LEY. SEXO, GÉNERO Y VIOLENCIA EN LAS RELACIONES DE PAREJAS 3 (2017).

³⁸² MIRANDA-NOVOA, *supra* nota 13, en la pág. 344.

³⁸³ JUDITH BUTLER, EL GÉNERO EN DISPUTA EL FEMINISMO Y LA SUBVERSIÓN DE LA IDENTIDAD 54 (1999).

³⁸⁴ SIMONE DE BEAUVOIR, EL SEGUNDO SEXO 87 (2005).

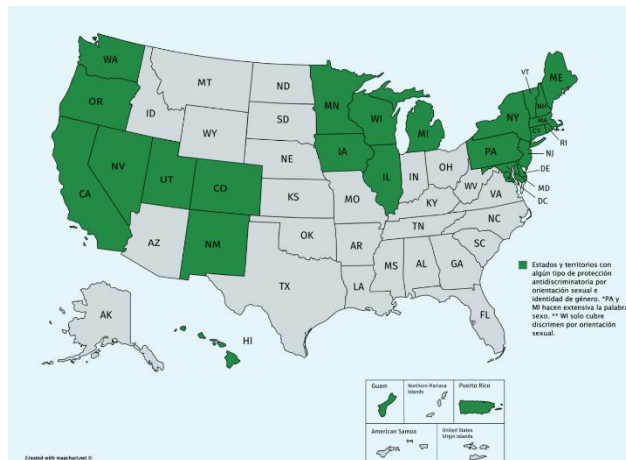
³⁸⁵ Brief for The American Psychological Association, et al. as Amici Curiae in Support of Plaintiff-Appellees, en la pág. 5, *Perry v. Schwarzenegger*, 591 F.3d 9th Cir. (2010) (No. 10-16696) (traducción suplida).

³⁸⁶ *Id.* en las pág. 6 (traducción suplida).

³⁸⁷ H.R.5, 116th Cong. (2019).

enmendando así el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 (en adelante, “Título VII”).³⁸⁸ Se trata de la tercera ocasión en la que la delegación del Partido Demócrata intenta pasar este estatuto, habiendo fracasado tanto en el 2015 como en el 2017.³⁸⁹ Sin embargo, a diferencia de las ocasiones anteriores, en el 2019 el *Equality Act* logró ser aprobada por la Cámara de Representantes quedando así en la consideración del Senado.³⁹⁰ A pesar del intento nacional por hacer más completas estas protecciones antidiscriminatorias, existen veintiséis estados que guardan silencio absoluto y no tienen ningún tipo de legislación que cubija a la comunidad LGBTTIQ+.³⁹¹ Por otro lado, veintiún estados y los territorios de Guam, Puerto Rico y Washington DC tienen legislación protectora por razón de orientación sexual e identidad de género; dos estados tienen una interpretación extensiva de la palabra sexo, aplicándose a orientación sexual e identidad de género y un solo estado tiene legislación protectora por razón de orientación sexual solamente.³⁹² Actualmente el 44 % de la población adulta LGBTTIQ+ está desprotegida.³⁹³

MAPA I. MAPA DE LAS JURISDICCIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS QUE POSEEN LEYES QUE PROTEGEN A LA COMUNIDAD LGBTTIQ+ POR DISCRIMEN LABORAL³⁹⁴



³⁸⁸ Eric Bachman, *What Is The Equality Act And What Will Happen If It Becomes A Law?* FORBES (30 de mayo de 2019), <https://www.forbes.com/sites/ericbachman/2019/05/30/what-is-the-equality-act-and-what-will-happen-if-it-becomes-a-law/#3cab48d15fe4>.

³⁸⁹ Noah Higgins-Dunn, *The LGBTQ Equality Act heads back to Capitol Hill, this time with massive corporate support*, CNBC (8 de marzo de 2019), <https://www.cnbc.com/2019/03/08/lgbt-equality-act-back-to-congress-with-massive-company-support.html>.

³⁹⁰ Catie Edmondson, *House Equality Act Extends Civil Rights Protections to Gay and Transgender People*, N.Y. TIMES (17 de mayo de 2019), <https://www.nytimes.com/2019/05/17/us/politics/equality-act.html>.

³⁹¹ Movement Advancement Project, *Equality Maps: State Non-Discrimination Laws*, http://www.lgbtmap.org/equality-maps/non_discrimination_laws (última visita 22 de noviembre de 2019).

³⁹² *Id.*

³⁹³ *Id.*

³⁹⁴ *Id.*

B. *La definición de la palabra sexo*

Unas de las protecciones que quiere añadir el *Equality Act* es incluir los términos *identidad de género* y *orientación sexual* al texto del Título VII. La Sección 703 (a) (1), (2) actualmente dice lo siguiente:

It shall be an unlawful employment practice for an employer -

(1) to fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin; or

(2) to limit, segregate, or classify his employees or applicants for employment in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin.³⁹⁵

Ya en este escrito se ha tratado de ofrecer una idea de lo que el concepto *sexo* quiere decir, sin embargo, su definición jurídica es la que ha estado en juego y han sido las distintas ramas constitucionales federales las que han tratado de proveerle algún tipo de significado. También se debe mencionar que se han reportado distintas tendencias de este fenómeno en los estados. En el año 2018 la *Michigan Civil Rights Commission* incluyó como parte de la expresión *discriminación sexual*, la discriminación por orientación sexual y el discrimen por identidad de género.³⁹⁶ Igualmente ese mismo año la *Pennsylvania Human Relations Commission* amplió el alcance de la palabra *sexo* a “[s]ex assigned at birth, sexual orientation, transgender identity, gender transition, gender identity, and/or gender expression,”³⁹⁷ esto con el propósito de ampliar las protecciones que esta entidad provee.³⁹⁸ No obstante, estas instituciones estatales no han sido las únicas en ampliar el significado de la palabra *sexo*, ya que en el gobierno federal se han dado varios casos con este particular.

En el año 2012, la EEOC vio un pleito llamado *Macy v. Holder* en donde se le negó un empleo a una persona cuando el empleador advino en conocimiento que quien solicitaba era una persona transgénero. Aquí la EEOC declaró que: “[t]hat Title VII's prohibition and sex discrimination proscribes gender discrimination, and not just discrimination on the basis of biological sex.”³⁹⁹ Posteriormente en el 2015, la EEOC resolvió otro pleito llamado *Baldwin v. Foxx* en donde se le negó un puesto de supervisor a una persona por ser homosexual. La

³⁹⁵ Civil Rights Act, 42 U.S.C.A. § 2000e-2 (1964) (énfasis suplido).

³⁹⁶ *MI Civil Rights Commission Says Sex Discrimination Includes Sexual Orientation and Gender Identity*, HUMAN RIGHTS CAMPAIGN (21 de mayo de 2018), <https://www.hrc.org/press/mi-civil-rights-commission-says-sex-discrimination-includes-sexual-orientat>.

³⁹⁷ *Pennsylvania Human Relations Commission Guidance on Discrimination on the Basis of Sex Under the Pennsylvania Human Relations Act*, PENNSYLVANIA HUMAN RELATIONS COMMISSION, en la pág. 3, <https://www.phrc.pa.gov/About-Us/Publications/Documents/General%20Publications/APPROVED%20Sex%20Discrimination%20Guidance%20P HRA.pdf>.

³⁹⁸ Michael Boren, *Pa. expands protections for LGBT people, but hate-crime law still doesn't include them*, THE PHILADELPHIA INQUIRER (17 de agosto de 2018), <https://www.inquirer.com/philly/news/pennsylvania/lgbt-hate-crimes-pennsylvania-human-relations-commission-20180817.html>.

³⁹⁹ *Macy v. Holder*, 2012 WL 1435995 (E.E.O.C. Apr. 20, 2012) en la pág 6.

EEOC llegó a la conclusión que “[c]omplainant's allegations of discrimination on the basis of his sexual orientation state a claim of discrimination on the basis of sex within the meaning of Title VII. Furthermore.”⁴⁰⁰ Estas decisiones no son el único indicio por parte de la EEOC de extender las protecciones del Título VII, sino que en su propio portal web también se ve como esta agencia extiende el alcance del estatuto federal.⁴⁰¹

Por otro lado, la Corte Suprema de los Estados Unidos (en adelante “la Corte”) se ha tenido que expresar anteriormente acerca del alcance del Título VII. En *Price Waterhouse v. Hopkins*, la Corte entendió que se violó el Título VII cuando un patrono le negó un ascenso a una empleada que cuyas actitudes y atuendos no eran suficientemente femeninas.⁴⁰² En esa ocasión se terminó acuñado el término *sex-stereotyping* o estereotipo sexuales como una modalidad de discrimen por razón de sexo en el empleo bajo el ordenamiento federal.⁴⁰³ El estereotipo sexual se entiende como la situación donde se crea expectativas sobre una persona antes de que se encuentre con esa persona en particular y conducir a juicios distorsionados sobre su comportamiento.⁴⁰⁴ Por lo tanto, los estereotipos se convierten en la base de un razonamiento defectuoso que conduce a sentimientos y acciones sesgadas, que perjudican a otros no por quiénes son sino por el grupo al que pertenecen.⁴⁰⁵ Unos años más tarde en *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, bajo la pluma del juez Scalia, se determinó que el hostigamiento de un hombre hacia otro hombre tiene cabida en el Título VII.⁴⁰⁶

Dicho todo esto, en el 2019 el más alto foro judicial federal tuvo ante sí, el decidir una terna de casos relacionados a los derechos LGBTTIQ+ la cual tienen un problema en común: el significado de la palabra sexo. El primer caso en la lista es *R.G. & G.R. Harris Funeral Homes Inc. v. Equal Employment Opportunity Commission*, un pleito donde se despidió a una persona transgénero por alegadamente no utilizar los atuendos apropiados en su lugar de trabajo.⁴⁰⁷ En este caso se está invocando el Título VII bajo dos interpretaciones, la interpretación extensiva de la EEOC la cual cobija a las personas transgéneros y la interpretación de estereotipo de sexo según el caso de *Price Waterhouse v. Hopkins*.⁴⁰⁸ Los otros dos casos que atendió la Corte vienen consolidados y tratan de dos decisiones en las cuales los tribunales de circuitos decidieron de manera diferente. Por un lado, en *Zarda v. Altitude Express*, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito encontró que un empleador discriminó contra una persona por su sexo y procedía una causa de acción bajo el Título VII por su orientación sexual.⁴⁰⁹ No obstante, en *Bostock v. Clayton County Board of*

⁴⁰⁰ Baldwin v. Foxx, 2015 WL 4397641 (EEOC, Jul 15, 2015) en la pág. 15.

⁴⁰¹ Bachman, *supra* nota 21; Véase *What You Should Know About EEOC and the Enforcement Protections for LGBT Workers*, U.S. EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION, https://www.eeoc.gov/eeoc/newsroom/wysk/enforcement_protections_lgbt_workers.cfm.

⁴⁰² Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228,250-52 (1989).

⁴⁰³ *Id.*

⁴⁰⁴ Brief for The American Psychological Association, et al., as *Amici Curiae* Supporting Employees, en la pág. 12, *Bostock v. Clayton County, Georgia* (2019) (Nos. 17-1618, 17-1623, 18-107) citando a Brief for *Amici Curiae* American Psychological Association Supporting Respondents en la pág. 12, *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989) (No. 87-1167).

⁴⁰⁵ *Id.*

⁴⁰⁶ Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc., 523 U.S. 75, 80 (1998).

⁴⁰⁷ Equal Employment Opportunity Commission v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc., 884 F.3d 560 (6th Cir. 2018).

⁴⁰⁸ *Id.*

⁴⁰⁹ Robert Barnes, *Supreme Court Term to Begin with Blockbuster Question: Is it Legal to Fire Someone for Being Gay or Transgender?* THE WASHINGTON POST (3 de octubre de 2019), https://www.washingtonpost.com/politics/courts_law/supreme-court-term-to-begin-with-blockbuster-question-

Commissioners, el Tribunal de Apelaciones del Undécimo Circuito entendió que no procedía una causa de acción bajo el Título VII por razón de discrimen sobre orientación sexual.⁴¹⁰ Ciertamente la coyuntura es histórica y las decisiones de estos casos deberán arrojar luz en el estado de derecho actual, es decir la situación del término sexo y su alcance a nivel federal. Hasta la fecha de la redacción de este escrito la Corte Suprema no ha emitido la opinión de estos casos.

C. Una enmienda constitucional en el tintero

Un tercer acontecimiento que no se puede perder de vista es el *Equal Right Amendment* (en adelante, “ERA”). En el 1923, luego de la aprobación de la enmienda XIX, muchos sectores promovieron la introducción de una enmienda que tenía como fin garantizar un trato equitativo entre hombres y mujeres.⁴¹¹ El Congreso no le brindó mucha importancia a la propuesta por casi cincuenta años. Finalmente, en el 1972, el Congreso aprobó el proyecto de la enmienda.⁴¹² Según el artículo V de la Constitución de los Estados Unidos para que esta enmienda fuera incluida en la Constitución tenía que ser ratificada por treintaiocho estados.⁴¹³

Sin embargo, el Congreso estableció, que el ERA solo tendría diez años para que los estados la ratificasen.⁴¹⁴ Cuando se cumplió el plazo en 1982, treintaicinco estados ratificaron la enmienda y faltaron solo tres para que quedara debidamente incorporada en la Constitución.⁴¹⁵ Luego de esto, parecería que el tema había caducado, pero esto no fue así, ya que en el año 2017, el estado de Nevada ratificó la enmienda.⁴¹⁶ Posteriormente en el 2018, el estado de Illinois hizo lo mismo.⁴¹⁷ Finalmente en enero del 2020 el estado de Virginia se convirtió en el estado treintaiocho en ratificar la enmienda constitucional.⁴¹⁸

A pesar de que el Congreso estableció una fecha límite para ratificar el ERA, existen argumentos para que esta se convierta en la enmienda número veintiocho de la Constitución

is-it-legal-to-fire-someone-for-being-gay-or-transgender/2019/10/03/b3b08a46-e15d-11e9-b199-f638bf2c34of_story.html.

⁴¹⁰ *Id.*

⁴¹¹ Melissa Murray, *The Equal Rights Amendment: A Century in the Making Symposium Foreword*, 43 HARBINGER 91, 93 (2019).

⁴¹² *Id.* en la pág. 95.

⁴¹³ El texto constitucional dice:

The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as Part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States. . . .

CONST. EE. UU. art. V.

⁴¹⁴ Murray, *supra* nota 44, en la pág. 97.

⁴¹⁵ Bridget L. Murphy, *The Equal Rights Amendment Revisited*, 94 NOTRE DAME L. REV. 937, 942 (2018).

⁴¹⁶ David Montero, *Thirty-five Years Past a Deadline Set by Congress, Nevada Ratifies the Equal Rights Amendment*, LOS ANGELES TIMES (20 de marzo de 2017), <https://www.latimes.com/nation/la-na-nevada-era-2017-story.html>.

⁴¹⁷ Monique García, *Illinois Senate approves federal Equal Rights Amendment, more than 35 years after the deadline*, CHICAGO TRIBUNE (12 de abril de 2018), <https://www.chicagotribune.com/politics/ct-met-illinois-equal-rights-amendment-20180411-story.html>.

⁴¹⁸ Veronica Stracqualursi, *Virginia's long path to ratifying the ERA*, CNN (1 de febrero 2020), <https://edition.cnn.com/2020/02/01/politics/equal-rights-amendment-virginia-history-trnd/index.html>.

de Estados Unidos.⁴¹⁹ Siendo este un posible escenario, hay algunas controversias que vendrían acompañadas con esta enmienda. El texto de ERA dice: “[e]quality of rights under the law shall not be denied or abridged by the United States or by any state on account of sex”.⁴²⁰ La palabra sexo nuevamente se hace presente y es necesario plantearse varias preguntas. En primer lugar, ¿para propósitos de esta enmienda, la palabra sexo también cobijaría a personas por su orientación sexual o identidad de género? En segundo lugar, ¿los transexuales estarían protegidos por esta enmienda?⁴²¹ Ciertamente estas controversias son sumamente prematuras, pero nunca está de más tenerlas presentes, ya que es posible que estos temas sean debatidos en el futuro.

CONCLUSIÓN

El impacto que pueden tener todos estos acontecimientos sobre los Estados Unidos es claro. Veintiséis estados no tienen leyes protectoras contra el discrimen por orientación sexual o por identidad de género. De aprobarse el *Equality Act* o de extenderse el significado de la palabra sexo, la consecuencia sería, que en los estados que no existe ley protectora alguna, se tendrá que conceder un remedio a los afectados por el discrimen a nivel federal. Por otro lado, pese a la relación constitucional que tiene Puerto Rico con los Estados Unidos, los acontecimientos que están sucediendo en la esfera federal son de suma importancia para la isla. A pesar de que la Constitución de Puerto Rico es de factura más ancha, no existe una protección constitucional contra el discrimen por razón de orientación sexual o identidad de género, pero sí se tiene la protección por razón de sexo.⁴²² Los resultados de todos estos pleitos federales con respecto al significado de la palabra sexo pueden tener un efecto persuasivo a la hora de interpretar la cláusula de igual protección de las leyes puertorriqueñas. Estos resultados pueden encaminar a que la protección antidiscrimen de la comunidad LGTTIQ+ sea elevada a rango constitucional.

Una segunda repercusión que hay que mencionar es que si se aprueba el *Equality Act* o se decide que la palabra sexo es extensiva a orientación sexual e identidad de género, los miembros de la comunidad LGTTIQ+ tendrían más remedios disponibles en caso de un despido por discrimen. Esto le permitiría a los agraviados, el acceso a la Corte Federal de Distrito, lo cual ampliaría el acervo de remedios que podrían tener en caso de situaciones de discrimen laboral en Puerto Rico. Asimismo, hay que estar pendiente a lo que suceda con el ERA. Si bien es cierto que los derechos que cobijan a los puertorriqueños son los que el gobierno federal determine, se ha resuelto que los derechos fundamentales son aplicables a los puertorriqueños.⁴²³ Aun así, la interpretación judicial es necesaria para determinar cuáles

⁴¹⁹ Maggie Astor, *The Equal Rights Amendment May Pass Now. It's Only Been 96 Years.*, THE NEW YORK TIMES (6 de noviembre de 2019), <https://www.nytimes.com/2019/11/06/us/politics/virginia-ratify-equal-rights-amendment.html>.

⁴²⁰ H.R.J. Res. 208, 92d Cong. (1972).

⁴²¹ Kate Kelly, *The ERA Is Queer and We're Here For It!*, ADVOCATE (23 de febrero de 2019), <https://www.advocate.com/commentary/2019/2/23/era-queer-and-were-here-it>.

⁴²² CONST. PR. art. II, § 1.

⁴²³ Se ha decidido históricamente que dado a la condición de *territorio no incorporado* la constitución de los Estados Unidos no es completamente aplicable a Puerto Rico salvo aquellos que el gobierno federal, a través de su legislatura o sus tribunales así reconozca. Sobre esto el profesor José Julián Álvarez ha expresado lo siguiente:

Si bien es cierto que Puerto Rico no es un Estado y, por ende, técnicamente no le aplica la doctrina de incorporación selectiva que el Tribunal Supremo federal ha creado para justificar

derechos son aplicables en la isla. Es importante tener en mente la evolución jurídica que tenga la enmienda, ya que podría impactar directamente a miembros de la comunidad LGBTTIQ+ o como mínimo a la comunidad de transexuales y transgéneros.

La lucha por los derechos civiles de la comunidad LGBTTIQ+ está en pleno apogeo. Una comunidad que históricamente ha sido marginada e invisibilizada está reclamando su espacio en la sociedad. La Constitución puertorriqueña dispone que la dignidad del ser humano es inviolable y la Constitución norteamericana menciona, que todas las personas tendrán igual protección de las leyes. Este lenguaje establecido en ambas Constituciones tiene como fin que todos y todas debemos vernos y tratarnos como iguales. Sin embargo, las distintas dinámicas sociales, culturales, religiosas y políticas han entorpecido estas premisas tan básicas. Resta a las nuevas generaciones enaltecer una sociedad justa y equitativa, que en un principio los fundadores de ambas constituciones propusieron.

la aplicación de determinadas garantías constitucionales a los Estados, puede advertirse de la discusión precedente que las doctrinas de incorporación selectiva, aplicable a los Estados, e incorporación territorial, aplicable a Puerto Rico, comparten el mismo criterio básico: si el derecho reclamado es uno "fundamental"... A mi juicio, todo derecho que sea hallado aplicable a los Estados a través de la doctrina de incorporación selectiva será igualmente aplicable a Puerto Rico, a través de la doctrina de incorporación territorial.

TO IMPEACH A PRESIDENT

NOTE

Alberto López Merlán*

“Impeachment is a rare event; presidential impeachment is even rarer.” -Scott S. Barker⁴²⁴

INTRODUCTION

IMPEACHING THE PRESIDENT IS NOT AN EASY TASK, CONVICTING HIM IN THE impeachment trial and making him leave office is almost impossible.⁴²⁵ “In the 229 years of the American republic only two presidents, Andrew Johnson and William Jefferson (Bill) Clinton, have been impeached by the House of Representatives. Neither was convicted by the Senate.”⁴²⁶ The founding fathers made this process challenging for a reason. It would not serve well to democracy a constitution that allows so easily the removal of a president who was elected—through electoral college votes—by the people of the nation.

Recently, the president of the United States, Donald Trump (onward, “Trump”), has been involved in a saga of events that have him on the brink of becoming the third president in U.S. history to be impeached by the House of Representatives (onward, “the House”).⁴²⁷ The House apparently have the votes to impeach Trump and have already initiated the impeachment inquiry.⁴²⁸

This article will discuss the presidential impeachment, its procedure, and its effect. In addition, the events that have amounted to having Trump under an impeachment inquiry will be examined to find out whether if he is likely to be impeached. If this happens in the House, the next step will be to address the possibility that the Senate will convict him in the impeachment trial.

I. Trump’s chaotic presidency

Trump’s presidency can be defined as a ceaselessly turmoil. Even before becoming president, Trump was surrounded with controversy, whether it was his refusal to release his tax returns,⁴²⁹ promising to build a wall on the southern border of the United States, that would be paid by Mexico—which has not happened yet—or calling Mexican immigrants rapist and

* The author is a writer at *In Rev* and a third-year student at the University of Puerto Rico School of Law.

⁴²⁴ Scott S. Barker, *An overview on presidential impeachment*, 47 COLO. LAW. 30, 31 (2018).

⁴²⁵ *Id.* (for a better understanding of the impeachment process and its history).

⁴²⁶ *Id.*

⁴²⁷ Barker, *supra* note 1, at 30-31.

⁴²⁸ Madeleine Carlisle & Mahita Gajanan, *225 Members of the House of Representatives Support an Impeachment Inquiry into Trump*, TIME (Oct. 3, 2019, 10:43 AM), <https://time.com/5687380/house-support-trump-impeachment-inquiry/>.

⁴²⁹ Dan Merica, *Clinton questions why Donald Trump isn’t releasing his tax returns*, CNN (May 12, 2016), <https://www.cnn.com/2016/05/11/politics/hillary-clinton-donald-trump-tax-return/index.html>.

gang members.⁴³⁰ Later in his term as president, he has being hunted by the convictions of Michael Cohen, Paul Manafort and other scandals.⁴³¹

Now Trump is on the brink of impeachment.⁴³² The impeachment inquiry have already started and various people close to him have been subpoenaed.⁴³³ Albeit, it is not the first time that impeachment has been considered, it is the first time that steps have being taken to start it.⁴³⁴ It all began with the Mueller Report, the first scandal that threatened Trump to be liable for impeachment. Even though the Mueller Report concluded that there was Russian meddling in the 2016 presidential election, it also stated that there was no collusion between Trump and Russia.⁴³⁵ In this meddling, Russian hackers stole tons of emails from Hilary Clinton and her close circle and handed it to Wikileaks so it could be leaked, causing Hillary's campaign grave damage.⁴³⁶ This was maybe the determinative factor in her not being elected president in 2016 elections.⁴³⁷ Notwithstanding the report's conclusion, Mueller did not cleared Trump from obstruction of justice,⁴³⁸ and stated that U.S. prosecutors where the ones who had to decide whether they were going to indict Trump.⁴³⁹ Despite this, nothing happened, there was no indictment and no impeachment inquiry, until the recent scandal involving foreign leaders. This controversy arose after a whistleblower from within the U.S. intelligence community brought a complaint relating to Trump's conversation with the president of Ukraine, Volodymyr Zelenskiy.⁴⁴⁰ The main concern of the whistleblower was that Trump was pressuring a foreign leader to investigate his political rival, the democrat Joe Biden and his son -Hunter Biden- with aims of helping him win the 2020 presidential elections.⁴⁴¹ Later on July 25, 2019, the transcript of the call was published by the Trump administration and revealed that Trump spoke with president Zelenskiy,⁴⁴²

⁴³⁰ 'Drug dealers, criminals, rapists': What Trump thinks of Mexicans, BBC NEWS (Aug. 31 2016), <https://www.bbc.com/news/av/world-us-canada-37230916/drug-dealers-criminals-rapists-what-trump-thinks-of-mexicans>.

⁴³¹ See, Matt Zapotosky & Devlin Barret, *Michael Cohen sentence to three years in prison for crimes committed while working for Trump*, WASH. POST (Dec. 12, 2018, 8:09 PM), https://www.washingtonpost.com/world/national-security/michael-cohen-scheduled-to-be-sentenced-for-crimes-committed-while-working-for-trump/2018/12/11/57226ff2-fcbf-11e8-83c0-b06139e540e5_story.html; see also, Spencer S. Hsu., Rachel Weine, Ann E. Marimow, *Paul Manafort sentenced to a total of 7.5 years in prison for conspiracy and fraud, and charged with mortgage fraud in N.Y.*, WASH. POST (Mar. 13, 2019, 4:27 PM), https://www.washingtonpost.com/local/legal-issues/paul-manafort-faces-sentencing-in-washington-in-mueller-special-counsel-case/2019/03/12/d4d55dd4-44do-11e9-aaf8-4512a6fe3439_story.html.

⁴³² Amber Phillips, *What you need to know about the impeachment inquiry into Trump*, WASH. POST (Nov. 8, 2019, 5:49 PM), <https://www.washingtonpost.com/politics/2019/09/25/what-you-need-know-about-impeachment-inquiry-into-trump/>.

⁴³³ *Id.*

⁴³⁴ Grace Segers, *Pelosi stops short of calling for impeachment after Muller's Testimony before Congress*, CBS NEWS (Jul. 24 2019, 9:29 PM), <https://www.cbsnews.com/news/nancy-pelosi-reacts-to-robert-mueller-testimony-congress-today-2019-07-24-live-stream/>.

⁴³⁵ Mark Mazzetti & Katie Benner, *Mueller Finds No Trump-Russia Conspiracy, but Stops Short of Exonerating President on Obstruction*, N. Y. TIMES (Mar. 24, 2019), <https://www.nytimes.com/2019/03/24/us/politics/mueller-report-summary.html>.

⁴³⁶ *Id.*

⁴³⁷ *Id.*

⁴³⁸ Mark Mazzetti & Katie Benner, *Mueller Finds No Trump-Russia Conspiracy, but Stops Short of Exonerating President on Obstruction*, N. Y. TIMES (Mar. 24, 2019), <https://www.nytimes.com/2019/03/24/us/politics/mueller-report-summary.html>. (Trump fired James Comey for investigating the Russian collusion).

⁴³⁹ *Id.*

⁴⁴⁰ Andy Sullivan & Patricia Zengerle, *Seeking favors, Trump asked Ukraine president to investigate Biden*, REUTERS (Sept. 25, 2019, 2:05 AM), <https://www.reuters.com/article/us-usa-trump-whistleblower/seeking-favors-trump-asked-ukraine-president-to-investigate-biden-idUSKBN1WAoHC>.

⁴⁴¹ *Id.*

⁴⁴² *Id.*

this call came after Trump had withheld almost \$400 million dollars in aid to Ukraine.⁴⁴³ The military aid “seemed” to be contingent to the cooperation of the Ukraine president in the investigation of the Biden’s.⁴⁴⁴ The aid was meant to help Ukraine’s military effort in the war over the annexation of Crimea to Russia by force, which they are fighting against Russia, since 2016.⁴⁴⁵ In the call, Trump appeared to ask president Zelenskiy to reopen an investigation into a Ukrainian gas company for which Biden’s son had served as director.⁴⁴⁶ Trump also told Zelenskiy that Rudy Giuliani—Trump’s lawyer—and William Barr—the U.S. Attorney General—would contact him to help him with the investigation.⁴⁴⁷ Also, Trump told Zelenskiy that Biden was bragging that he stopped the Ukrainian investigation and that Biden, himself, needed to be investigated.⁴⁴⁸ In this conversation, Zelenskiy appeared to be cooperative and agreed to collaborate with the *investigation*.⁴⁴⁹

Albeit the conversation between the two leaders *may* not had revealed any *quid pro quo*, the circumstances under it was made are at least, shady.⁴⁵⁰ All this amounted to Nancy Pelosi—the speaker of the House of Representatives—announcing that the Intelligence Committee of the House was going to enter in an impeachment inquiry to decide if they impeach Trump.⁴⁵¹ This scenario turns even worse for Trump, when two associates of Rudolph Giuliani—Trump’s personal lawyer—were indicted for violating campaign finance laws.⁴⁵² The two men, Lev Parnas and Igor Fruman, are being indicted for apparently funneling \$325,000 to a political action committee (PAC) supporting Trump, through a scheme that consisted in the creation of a limited liability corporation, called Global Energy Product, which they said the money came from.⁴⁵³ They are also being indicted for apparently donating money—violating campaign finance laws—to a congressman—who is believed to be Representative Pete Sessions—for his campaign in 2018 to oust the former Ukraine Ambassador for the U.S., Marie L. Yovanovitch.⁴⁵⁴ Ms. Yovanovitch was recently fired by Trump for apparently not cooperating in the efforts of Giuliani in digging up dirt on Biden.⁴⁵⁵ In addition, some of the money they are being indicted for, came from a foreign individual, who is believed to have Russian roots.⁴⁵⁶

⁴⁴³ *Id.*

⁴⁴⁴ *Id.*

⁴⁴⁵ *Id.*

⁴⁴⁶ *Id.*

⁴⁴⁷ *Id.*

⁴⁴⁸ *Id.*

⁴⁴⁹ *Id.*

⁴⁵⁰ *Id.*

⁴⁵¹ *Id.*

⁴⁵² Mark Mazzetti, Eileen Sullivan, et al., 2 *Giuliani Associates Arrested with One-Way Tickets at U.S. Airport*, N. Y. TIMES (Oct. 10, 2019), <https://www.nytimes.com/2019/10/10/us/politics/lev-parnas-igor-fruman-arrested-giuliani.html>.

⁴⁵³ Aram Roston, Karen Freifeld, et al., *Indicted Giuliani associate worked on behalf of Ukrainian oligarch Firtash*, REUTERS (Oct. 11, 2019, 2:48 PM), <https://www.reuters.com/article/us-usa-trump-whistleblower-firtash/indicted-giuliani-associate-worked-on-behalf-of-ukrainian-oligarch-firtash-idUSKBN1WQ2H5>; Mazzetti, Sullivan, et al., *supra* note 29.

⁴⁵⁴ Mazzetti, Sullivan, et al., *supra* note 29.

⁴⁵⁵ Sonam Sheth, *Ex-Ukraine envoy says she was fired on 'unfounded' and 'false' grounds after standing up to Trump and Giuliani*, BUS. INSIDER (Oct. 11, 2019, 2:11 PM), <https://www.businessinsider.com/trump-ukraine-ambassador-yovanovitch-congress-removed-on-false-claims-2019-10>.

⁴⁵⁶ Mazzetti, Sullivan, et al., *supra* note 29.

Amid the Ukraine scandal, Trump has also asked China—who are in a trade war with the U.S.—to investigate Biden.⁴⁵⁷ And now, after Trump asked China for information, they—the U.S. and China—have reached a *phase 1 deal*.⁴⁵⁸ Also, Trump asked the Prime Minister of Australia to help him find evidence to discredit the Russia probe.⁴⁵⁹ Things kept getting worse for the president. Just recently, a judge ordered the president to release eight years of his tax returns.⁴⁶⁰

Although all these facts seem devastating, for Trump, is very unlikely that he would be made to leave office, albeit impeachment seems to be an eminent fact. Nevertheless, the majority of the Senate is composed by republicans and they are expected to be loyal to Trump all the way of the process, which means they are probably voting against the impeachment.

II. Presidential impeachment and procedure

In regards to the president, the Constitution establishes who has the power to impeach him;⁴⁶¹ who has to carry out the impeachment trial, and what procedure must be followed.⁴⁶² In addition, it describes what are impeachable offenses,⁴⁶³ and the consequences of a conviction in the Senate Trial.⁴⁶⁴

The Constitution establishes that “[t]he President, Vice President and all civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment for, and Conviction of, Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors.”⁴⁶⁵ Under this clause, there is plenty discussion on who may be considered a *civil officer*, some argue that the standard to be applied is the one adopted by the Supreme Court (onward, “the Court”) in the appointment clause cases.⁴⁶⁶

Congress is the only branch of the federal government with the power vested to impeach and remove the president from office. The process can be established as a two staged mechanism, starting in the House and culminating in the Senate.⁴⁶⁷ The only difference between the impeachment process of civil officers, such as federal judges, and the President rest on who will preside the impeachment trial. In the case of the President is the Chief Justice of the Supreme Court.⁴⁶⁸

⁴⁵⁷ John Haltiwanger, *Trump asked Ukraine and China to investigate Biden while standing on the White House lawn*, BUS. INSIDER (Oct. 3, 2019, 11:41 AM), <https://www.businessinsider.com/trump-asked-ukraine-and-china-to-investigate-biden-2019-10>.

⁴⁵⁸ Ana Swanson *Trump Reaches ‘Phase 1’ Deal with China and Delays Planned Tariffs*, N. Y. TIMES (Oct. 11, 2019), <https://www.nytimes.com/2019/10/11/business/economy/us-china-trade-deal.html>.

⁴⁵⁹ *Trump asked Australian PM to help investigate Russia inquiry*, BBC NEWS (Oct. 1, 2019), <https://www.bbc.com/news/world-australia-49887733>.

⁴⁶⁰ *Judge orders Trump to hand over eight years of tax returns*, BBC NEWS (Oct. 7, 2019), <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-49963910>.

⁴⁶¹ See, U.S. CONST. art. I, § 2, cl. 5.

⁴⁶² See, *Id.* art. I, § 3, cl. 6.

⁴⁶³ See, *Id.* art II, § 4.

⁴⁶⁴ See, *Id.* art I § 3, cl. 7.

⁴⁶⁵ *Id.* art. II, § 4.

⁴⁶⁶ See, *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 126 (1976); *Edmond v. United States*, 520 U.S. 651 (1997).

⁴⁶⁷ See, U.S. CONST. art. I, § 2, 3.

⁴⁶⁸ *Id.* art. I, § 3, cl. 6.

A. Stage 1: The House

The first stage of the impeachment process begins in the House who “shall have the sole power to impeach.”⁴⁶⁹ This means that the House is the only governmental body that can impeach the president and, also, has utter discretion on what articles of impeachment will be presented to the Senate.⁴⁷⁰ This stage of the process is similar to a Grand Jury criminal case, but the evidentiary and procedural rules that govern those trials do not apply neither in this process nor in the impeachment trial -carried out by the Senate-, unless the House establishes that it does by adopting their own rules and procedures. Also, the articles of impeachment are analogous to criminal charges raised by the prosecutor in a criminal case, they establish the reasons why the House understands that the president should be tried and made leave his or her office. If the articles are approved by a simple majority of the House then the President is impeached, and the articles are referred to the Senate so it can carry the Impeachment Trial to decide if the president is convicted or absolved .⁴⁷¹

This previous process has been demonstrated by the events surrounding Trump’s impeachment. On September 24, 2019 the Speaker of the House—Nancy Pelosi—announced that a formal impeachment inquiry —investigation—was to be carried out by various House Committees.⁴⁷² The leaders of the following committees—House Intelligence, Oversight and Reform, and Foreign—“have been issuing subpoenas, taking depositions and conducting closed-door meetings.”⁴⁷³ Later, on this October the House voted—232 yes and 196 nays— “to approved a resolution that laid out the rules of the impeachment inquiry into Mr. Trump.”⁴⁷⁴ Then, on November “the open hearings were conducted by the Intelligence Committee Representative Adam B. Schiff of California, the Democrat who leads the committee, and Representative Devin Nunes, the panel’s top Republican, each had forty-five minutes to question the witnesses.”⁴⁷⁵ Other “members of the panel got five minutes each to ask questions.”⁴⁷⁶ On December 3 “the Intelligence Committee approved sending a report with its findings to the Judiciary Committee.”⁴⁷⁷ This committee then held two more hearings. The first one was conducted with legal scholars “to discuss whether the Mr. Trump’s conduct amounted to an impeachable offense.” In the second hearing “the staff lawyers from the Intelligence Committee presented their dueling reports on the investigation.”⁴⁷⁸ In this process the Committee extends the invitation to the president and his counsel, but they declined.⁴⁷⁹ On December 10, “the House Judiciary Committee’s Democratic majority released two proposed articles of impeachment against Mr. Trump,

⁴⁶⁹ *Id.* art. I, § 1, cl. 5.

⁴⁷⁰ CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, IMPEACHMENT AND REMOVAL 17-19 (2015), https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc795443/m1/1/high_res_d/R44260_2015Oct29.pdf (See the detailed procedures of the house when is deciding whether to impeach).

⁴⁷¹ Barker, *supra* note 1, at 32.

⁴⁷² Weiyi Cai, *What is the Impeachment Process? A Step-by-Step Guide*, N. Y. TIMES (Dec. 13 2019), <https://www.nytimes.com/interactive/2019/us/politics/what-is-impeachment-process.html>.

⁴⁷³ *Id.*

⁴⁷⁴ *Id.*

⁴⁷⁵ *Id.*

⁴⁷⁶ *Id.*

⁴⁷⁷ *Id.*

⁴⁷⁸ *Id.*

⁴⁷⁹ *Id.*

charging him of abuse of power and obstruction of Congress.”⁴⁸⁰ These articles were approved by the Judiciary Committee members who voted 23 yes, 17 nays and 1 not voting.⁴⁸¹

The next step is the consideration of these articles on the House floor, “the length of [this] debate would be controlled by the Democrats.”⁴⁸² Then the House will proceed to vote in order to pass the articles of impeachment, with a simple majority being enough. This process can come to an end if the majority votes *no*, on the other hand, if it votes *yes* Trump is officially impeached. If Trump is impeached, “the House would appoint a team of lawmakers, from the chamber known as managers, to play the role of prosecutors in the Senate trial. The managers would then present the articles of impeachment to the Senate”⁴⁸³

B. Stage 2: The Senate

“The Senate shall have the sole Power to try all Impeachments. When sitting for that Purpose, they shall be on Oath or Affirmation.”⁴⁸⁴ As explained earlier, if the president is being impeach only the Chief Justice will preside that trial.⁴⁸⁵ The Senate has to issue a summons to the president, asking him to respond to the articles of impeachment.⁴⁸⁶ If the president declines to respond about his action it would be regarded as a plea of not guilty. Depending on the rules set by the Senate, any senator may propose a motion to dismiss the charges and the Senate would deliberate on the matter, with a simple majority being enough to dismiss. After an opening statement, the senators will begin with the questions and if is necessary they could issue subpoenas to request evidence; then the closing arguments will be presented concluding the trial, and the Senate will carry their deliberation.⁴⁸⁷ If a simple majority votes *no*, the process ends; whereas, for the president to be convicted the Senate needs to “vote on each article of impeachment separately. A conviction would require a two-thirds vote on one or more articles.”⁴⁸⁸ Only with this conviction the president is removed from office.⁴⁸⁹ Then the Senate has the option to take further steps “in disqualifying the president from future office” requiring only a simple majority vote to disqualify him.⁴⁹⁰

An Impeachment trial is not jury trial as defined by the Constitution.⁴⁹¹ The Senate—as the House—have utter discretion on how the trial proceedings are carried out—they have adopted their rules of procedure when trying impeachments—.⁴⁹² Also, the constitutionality of the Senate impeachment trial proceedings is a non-justiciable political question incapable of judicial adjudication by the federal courts, or in fact, any court.⁴⁹³

⁴⁸⁰ *Id.*

⁴⁸¹ *Id.*

⁴⁸² *Id.*

⁴⁸³ *Id.*

⁴⁸⁴ U.S. CONST. art. I, § 3, cl. 6.

⁴⁸⁵ *Id.*

⁴⁸⁶ Cai, *supra* note 49.

⁴⁸⁷ *Id.*

⁴⁸⁸ *Id.*

⁴⁸⁹ *Id.*

⁴⁹⁰ *Id.*

⁴⁹¹ *Id.* art. III, § 3, cl. 3; *see also*, Barker, *supra* note 1.

⁴⁹² *See*, S. Res. 479, 99th Cong. § 180 (1986) (enacted).

⁴⁹³ *See*, Nixon v. United States, 506 U.S. 224, 234-35 (1993) (Allowing participation of the judicial branch in legislative proceedings would upset the necessary system of check and balances).

C. *What is an impeachable offense?*

An impeachable offense can be “[t]reason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors.”⁴⁹⁴ Treason is defined in the Constitution as “levying War against them [United States], or in adhering to their Enemies, giving them Aid and Comfort.”⁴⁹⁵ Nevertheless, Congress can pass bills signaling other types of conduct that can be defined as treason and the penalties it will afford.⁴⁹⁶ For example, bribery has been established as a federal crime.⁴⁹⁷ Now, does high Crimes and Misdemeanors include non-criminal conduct? Can the president be impeached for actions that don’t amount to a crime? Those types of questions are still open for debate. A great number of scholars believe that Congress’s actions favor the impeachable offenses that are not limited to crimes, and that non-criminal conduct can be sufficient to impeach the president.⁴⁹⁸ Alexander Hamilton supported this view, and stated that impeachment proceeds from “the misconduct of public men [sic] and women, or, in other words, from the abuse or violation of some public trust. They are of a nature which may with peculiar propriety be denominated POLITICAL, as they relate chiefly to injuries done immediately to the society itself.”⁴⁹⁹ Hence an impeachable offense could include other acts and/or crimes that fall under the constitutional definition of high Crimes and Misdemeanors, whether those offenses are limited to crimes is unknown, but the majority tends to indicate that non-criminal conduct is sufficient.⁵⁰⁰

D. *The scope of the impeachment, trial, and conviction*

Conviction in the impeachment trial means, that the two thirds of Senate members that were present, have voted to make the president leave office. The conviction itself does not mean that the president is going to be indicted in a criminal trial. The Constitution limits the conviction by stating that it “shall not extend further than to removal from Office, and disqualification to hold and enjoy any Office of honor, Trust or Profit under the United States”⁵⁰¹ However, the President can be indicted and convicted of a crime since the constitution establishes that “the Party convicted shall nevertheless be liable and subject to Indictment, Trial, Judgment and Punishment, according to Law.”⁵⁰² In addition, the conviction of a federal crime or other crimes, can be the reason for impeachment.⁵⁰³ Also the Senate, by simple majority vote, can restrain the President ability to accept any federal office of honor, trust or profit.⁵⁰⁴

⁴⁹⁴ U.S. CONST. art. II, § 2.

⁴⁹⁵ *Id.* art. III, § 3

⁴⁹⁶ *See*, Crimes and Criminal Procedure, 18 U.S.C. § 2381 (2012).

⁴⁹⁷ *See, Id.* § 201(B).

⁴⁹⁸ Barker, *supra* note 1, at 35. *See*, CONGRESSIONAL SERVICE RESEARCH, IMPEACHMENT AND REMOVAL 7-9 (2015).

⁴⁹⁹ THE FEDERALIST No. 65 (Alexander Hamilton).

⁵⁰⁰ *See*, Neal Katyal, *Trump’s defenders need to stop pretending impeachment is a criminal trial*, WASH. POST (Nov. 2, 2019, 2:50 PM), <https://www.washingtonpost.com/outlook/2019/11/02/trumps-defenders-need-stop-pretending-impeachment-is-criminal-trial/>.

⁵⁰¹ U.S. CONST. art. I, § 3, cl. 6, 7.

⁵⁰² *Id.*

⁵⁰³ *See*, Nixon v. United States, 506 U.S. 224 (1993) (a judge was sentenced for accepting bribes, nevertheless, he still received payments for his judiciary role in prison. Afterwards congress moved to impeach him and removed him from receiving those benefits).

⁵⁰⁴ *See* CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, IMPEACHMENT AND REMOVAL 17-19 (2015), https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc795443/m1/1/high_res_d/R44260_2015Oct29.pdf (describing the detailed procedures of the house when is deciding whether to impeach).

CONCLUSION

It is very unlikely that Trump will get impeached because of the majority in the Senate which has to vote and decide the conviction. Even though, there is enough evidence to suggest that Trump has partaken in foreign intervention in the U.S. politics, and there may be enough evidence that traces him in committing criminal activity or at least his acknowledgment that his close political circle where involved only for his benefit. On the contrary, if there is no evidence that Trump committed a crime it doesn't change the practice in Congress that criminal conduct is not necessary to impeach a president or any other civil officer. The political arena in the Senate makes it very difficult to obtain Trump's conviction, since the Senate is completely dominated by the Republicans; for this to happen it would require sixte seven votes -of hundred- to fulfill the 2/3 constitutional requirement.⁵⁰⁵ The Democrats and the Independents hold only forty-seven seats in the Senate;⁵⁰⁶ therefore, they would need all their votes and twenties votes from the Republican block, which is almost impossible. Hence, the increase on the probability of Trump still remaining president after all this political mayhem.

Author's note: After the writing and editing of this editorial, President Donald J. Trump has been impeached by the U.S. House of Representatives, therefore becoming the third president in U.S. history to be impeached.⁵⁰⁷

⁵⁰⁵ Hans A. von Spakovsky, *How the Impeachment Process Works*, THE HERITAGE FOUND (Sept. 26, 2019), <https://www.heritage.org/political-process/commentary/how-the-impeachment-process-works>.

⁵⁰⁶ *Id.*

⁵⁰⁷ Susan Cornwell, Richard Cowan, David Morgan, US House impeaches Donald Trump for abuse of power, obstruction, REUTERS (Dec. 18, 2019), <https://www.reuters.com/article/us-usa-trump-impeachment/u-s-house-impeaches-donald-trump-for-abuse-of-power-obstruction-idUSKBN1YM173>.

WHAT'S THE GAME PLAN? DEVELOPING CRIMINAL DEFENSES IN SPORTS VIOLENCE

ARTICLE

Gretchen M. Colón Fuentes

INTRODUCTION

SPORTS PLAY A MAJOR ROLE IN WHICH MILLIONS, WORLDWIDE, PARTICIPATE. SPORTS violence is a growing painful concern for participants engaging in sports activities. It is not a new trend that there is violence in sports, either on a professional, collegiate, youth level, or even as amateurs. During those hectic games, competition increases and athletes' resort to any measures in order to win, even if it means recurring to violence. It has been a long tradition in sports to internally resolve disputes, thus discouraging outside court action. Different leagues have internal disciplinary committees, whose purpose is to deal with criminal law violations with hopes of not going into litigation. In short, violence in sports has become a *safe space* for unpunished crimes.

Part of the legal society finds that only when violence is committed “outside the scope of the game” it is suitable to charge criminal penalties.⁵⁰⁸ The fact is that players consent to play the game, but they do not consent to excessive force during a sporting event. However, if criminal sanctions were to be imposed for excessive force or aggressiveness it “would destroy [the] fundamental aspect[s] of” a sport.⁵⁰⁹ These aspects consist in success and competitiveness, and athletes realize that aggressiveness and intimidation helps in accomplishing the team's success. Living in a world where everything is recorded, posted on the Internet, and shown on T.V., sports violence “pose a significant threat to our society” as amateur athletes and children try to replicate what professional athletes portray.⁵¹⁰

In Puerto Rico we rarely see excessive violence in sports that could end an athlete's career. However, with rise of criminality on the island,⁵¹¹ it is proper to analyze different views and criminal defenses in order to prepare ourselves for when it happens. The following will explain how each case—and sport—is different and how the levels of foreseeable violence will also vary. According to these levels, this article will discuss possible defenses in case an athlete gets prosecuted or punished by someone other than the league.

I. Sports Violence

Sports violence is not a new trend. Although it has always been present in sports—mainly hockey and American football—it is becoming more common and severe. There are several

⁵⁰⁸ Mathew P. Barry *et al.*, *Judicial Opinion on the Criminality of Sports Violence in the United States*, 15 SETON HALL J. SPORTS & ENT. L. 1, 3 (2005).

⁵⁰⁹ *Id.*

⁵¹⁰ *Id.* at 4.

⁵¹¹ See Estadísticas de Incidencia Criminal, POLICÍA DE PUERTO RICO, <https://policia.pr.gov/herramientas-estadisticas-incidencia-criminal/>, for statistics of increased criminal activity in the last couple of years.

debates regarding sports violence and common knowledge violence.⁵¹² The views on these debates are: (1) it is not criminal nature because athletes give consent to violence on the field,⁵¹³ (2) “violence in sports may encourage in other areas.”⁵¹⁴ Living in a media era, society—fans—who follow sports see these professional athletes—who act unprofessionally and aggressive—as *heroes*.⁵¹⁵ Kids and adults, learning to play the game, or simply playing the game they love, tend to mimic the player they look up to the most, even if that player’s move is illegal. Competition, from a very early age, is taught worldwide, and this produces an idea of greatness in people’s minds. This idea of greatness is eventually developed into the idea of doing whatever it takes to win—e.g. use excessive force—. This, in turn, might lead to “[e]ventually sports violence transform[ing] into societal violence, which may be because children fail to recognize that aggressiveness acceptable on the field is not tolerated off the field.”⁵¹⁶

A. Sports

There are sports where being aggressive is necessary. For example, football, hockey, boxing, ultimate fighting and rugby are among the sports where *aggression is a key component* to achieving a goal, making excessive use of force a part of the game.⁵¹⁷ Hockey and rugby have the reputation of being the most violent team sports. In these sports, the coaches often encourage violence and excessive hits, and some players are even on the active roster because of their ability to hit others.⁵¹⁸ However, not all sports require face-to-face action and aggressive play. Baseball is one of the sports where athletes do not need to feast on aggressiveness in order to do their job. With basketball, although punishable by the league, aggressive actions are often seen in the court.

B. Moments of Sports Violence in History

Sports enthusiasts can recall in 1977, one of the biggest acts of sports violence in the basketball world. During an NBA game between the Houston Rockets and Los Angeles Lakers, a player from the Rockets—Rudy Tomjanovich—was trying to break up a fight between Lakers player Kermit Washington and Rockets player Kevin Kunnert. Tomjanovich, in this peacemaking attempt, was punched in the face by Washington.⁵¹⁹ The punch caused “a fractured jaw, broken nose, skull fracture, facial lacerations, brain concussion and spinal fluid leakage from the brain cavity.”⁵²⁰ This attempt to prevent a fight resulted in the end of Tomjanovich’s career as a professional basketball player.⁵²¹ Was this blow preventable? Was

⁵¹² ROBERT C. BERRY & GLENN M. WONG, *LAW AND BUSINESS OF THE SPORTS INDUSTRIES* 680-81 (2d ed. 1993). Common knowledge violence can be described as any physical action that causes injury to another; some examples are punching and shoving.

⁵¹³ *Id.* at 681.

⁵¹⁴ Barry, *supra* note 1, at 7.

⁵¹⁵ Kevin Fritz, *Going to the Bullpen: Using Uncle Sam to Strike Out Professional Sports Violence*, 20 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 189, 195-96 (2002).

⁵¹⁶ Barry, *supra* note 1, at 8.

⁵¹⁷ *Id.* at 5.

⁵¹⁸ *Id.* at 7.

⁵¹⁹ For the civil trial and holding, see *Tomjanovich v. California Sports, Inc.*, 1979 U.S. Dist. LEXIS 9282, 3 (S.D. Tex. 1979).

⁵²⁰ Jeff Yates & William Gillespie, *The Problem of Sports Violence and the Criminal Prosecution Solution*, 12 *CORNELL J.L. & PUB. POL’Y* 145, 149 (2002).

⁵²¹ Charles Harary, *Aggressive Play or Criminal Assault? An in Depth Look at Sports Violence and Criminal Liability*, 25 *COLUM. J.L. & ARTS* 197, 198-99 (2002).

this part of the game? If it was part of the game, did Tomjanovich consent to this violent action? Or did Washington feel provoked by Tomjanovich?

What about on court violence that turns into off-court—real life—violence? It was 2004 and the Indiana Pacers were visiting the Detroit Pistons. In the fourth quarter, when there was 46 seconds left to play in the game, one of the most infamous moment in sports history happened, “Ron Artest and Ben Wallace began a fight that turned into a full-blown brawl.”⁵²² The NBA world calls it: the Malice at the Palace. The Indiana Pacers were leading the Detroit Pistons by fifteen points with 46 seconds left in the game, then, Ron Artest (Pacers) fouls Ben Wallace (Pistons). The game was basically decided, but after the foul Wallace hit Artest back, reaching his face. Both team benches cleared, teammates were trying to get between Artest and Wallace, as it turned out, these two had a previous problem between them. After the fight settling down, Artest was by the scorer’s table near the broadcasters trying to relax and cool off, and “a cup came flying in from the stands.”⁵²³ This made him run into the stands, trampling one of the broadcasters, which resulted in serious injuries. This cup ignited the off-court violence. Fans and players where fighting, and people described the scuffle like it seemed it went on forever.⁵²⁴ After the incidents, Artest “claimed he wasn’t trying to hurt anyone”, he also said that he didn’t intend to punch the fan that threw the cup, nor choke him, he just wanted to grab the person around the shoulder area.⁵²⁵ Artest was named the key player in the incident (since it all began with the foul and a threat he made to Wallace before the game), and for this, the NBA suspended him without pay for 86 games.⁵²⁶

Another example of sports violence happens in baseball, after all, the pitcher has “the most dangerous weapon in sports,” the baseball.⁵²⁷ During baseball games, every so often benches from both teams clear and get into the field, and a fight breaks out. Sometimes a pitcher might feel obligated to hit a batter for various reasons, such as: (1) in the previous at bat the batter flaunted a homerun, or ran the bases in a sketchy way; or (2) a pitcher’s teammate had been hit before during the game. In 1920, a player died from a pitch by the opposing team (only known fatality in baseball).⁵²⁸ In recent years, Major League Baseball (“MLB”) and the Major League Players Association (“MLPA”) have implemented new rules to avoid and/or punish intentional or unintentional sport violence. There are now instances where violence is punished by the MLB that used to be part of the game, such as taking down catchers⁵²⁹

⁵²² Basketball, *This Is What Really Happened At The Malice At The Palace*, GAMEDAY NEWS (April 9, 2019), <http://www.gamedaynews.com/basketball/everything-you-need-to-know-about-the-malice-at-the-palace/?chrome=1>; see KlassicThrowbackTV, *Throwback: Pacers vs Piston Brawl – Full*, YOUTUBE (April 14, 2014), <https://www.youtube.com/watch?v=gQIIOWPNYMo>, to view the historic brawl.

⁵²³ *Id.*

⁵²⁴ *Id.*

⁵²⁵ *Id.*

⁵²⁶ *Id.*

⁵²⁷ Yates, *supra* note 13, at 149. (Citing Don Eugene-Nolan Gibson, *Violence in Professional Sports: A Proposal for Self-Regulation*, 3 HASTINGS COMM. & ENT L.J. 425, 432 (1980).)

⁵²⁸ *Id.*; for examples of old school violence in baseball, see DMHighlights, *MLB Intentionally Hit Batters*, YOUTUBE (January 2, 2018), <https://www.youtube.com/watch?v=dX5k5fgDBqk>; also see Highlight Reel, *MLB Brutal Collision*, YOUTUBE (June 16, 2017), <https://www.youtube.com/watch?v=SyDiuOxoy5Q>.

⁵²⁹ Official Baseball Rule 7.13 (also known as: the Buster Posey Rule), regarding collisions at home plate, states that:

A runner attempting to score may not deviate from his direct pathway to the plate in order to initiate contact with the catcher (or other player covering home plate). If, in the judgment of the umpire, a runner attempting to score initiates contact with the catcher (or other player covering home plate) in such a manner, the umpire shall declare the runner out (even if the player covering home plate loses possession of the ball). In such circumstances,

and breaking up double plays by sliding into infielders⁵³⁰. Why are these rules good for baseball? The no-collision at home plate rule does not eliminate collision type *contact* plays at the plate. It does however meet its purpose: it reduces the risk of serious injury. On the other hand, the purpose of the new sliding rule is to “enhance player safety, reduce incidents of injury”.⁵³¹

The most common examples of sports violence—or excessive aggressiveness—are the ones related to football or hockey. While there are many examples worth mentioning, I will only focus on one from each sport. During a NHL game, a Canada criminal court prosecuted a Boston Bruins’s player for “assault with a weapon after hitting another player in the head with his [hockey] stick.”⁵³² This hit left the other player unconscious.⁵³³ Meanwhile, in the NFL, Charles Clark, a player from the Cincinnati Bengals, —out of frustration— hit a player from the opposing team from the back after play had stopped. The opposing team’s player sustained severe injuries that led to the end of his football career.⁵³⁴

In many situations these violent actions finish athletes’ careers. Should the league continue to discipline the actions? Should courts get more involved? If so, do the athletes that commit the actions have any defenses in their favor?

the umpire shall call the ball dead, and all other base runners shall return to the last base touched at the time of the collision.

Rule 7.13 comment: The failure by the runner to make an effort to touch the plate, the runner’s lowering of the shoulder, or the runner’s pushing through with his hands, elbows or arms, would support a determination that the runner deviated from the pathway in order to initiate contact with the catcher in violation of Rule 7.13. If the runner slides into the plate in an appropriate manner, he shall not be adjudged to have violated Rule 7.13. A slide shall be deemed appropriate, in the case of a feet first slide if the runner’s buttocks and legs should hit the ground before contact with the catcher. In the case of a headfirst slide, a runner shall be deemed to have slid appropriately if his body should hit the ground before contact with the catcher.

Unless the catcher is in possession of the ball, the catcher cannot block the pathway of the runner as he is attempting to score. If, in the judgment of the umpire, the catcher without possession of the ball blocks the pathway of the runner, the umpire shall call or signal the runner safe. Notwithstanding the above, it shall not be considered a violation of this Rule 7.13 if the catcher blocks the pathway of the runner in order to field a throw, and the umpire determines that the catcher could not have fielded the ball without blocking the pathway of the runner and that contact with the runner was unavoidable.

OFFICIAL BASEBALL RULES R. 7.13 (2014),
http://mlb.mlb.com/documents/o/4/o/224919040/2017_Official_Baseball_Rules_dbt69t59.pdf.

⁵³⁰ The *new* sliding rule, also known as, the Ruben Tejada-Chase Utley Rule. MLB and the MLPA adopted a rule that punishes rolling block slides to break up potential double plays, with hopes to prevent a repeat of the takeout by the base runner Chase Utley that broke the leg of shortstop Ruben Tejada. Under the rules, a base runner must attempt a *bona fide slide*, this happens by “making contact with the ground ahead of the base, being in position to reach the base with a hand or foot and to remain on it, and sliding within reach of the base without changing his path to initiate contact with a fielder.” According to this rule, base runners cannot “elevate or kick a leg above the fielder’s knee or throw his arm or upper body.” There are exceptions, a base runner that makes contact with a fielder, will not be charged with interference, as long as the runner makes a “permissible slide”. Associated Press, *Just call it the Ruben Tejada Rule! MLB changes sliding rule at second base*, SILIVE (January 3, 2019), https://www.silive.com/mets/2016/02/just_call_it_the_ruben_tejada.html.

⁵³¹ *Id.*

⁵³² Barry, *supra* note 1, at 6 (also see Tom Spousta, *HOCKEY; McSorley Found Guilty; No Jail Time*, THE NEW YORK TIMES (October 7, 2000.) for details on Marty McSorley’s criminal conviction and his 18-month probation sentence).

⁵³³ *Id.*

⁵³⁴ Harary, *supra* note 14, at 199.

III. Potential Defenses in Criminal Actions

It is very rare for an athlete to be prosecuted for aggressive plays during a sporting event, and specific situations may limit the prosecutor's ability to prosecute the offending player.⁵³⁵ Every excessive sports violence event is different, and the prosecutor must prove that the accused player assaulted another player "purposely, knowingly or recklessly."⁵³⁶ Even if there were cause for prosecution against a player, prevailing in criminal court would be very difficult due to the numerous affirmative defenses that the defendant could raise. The Puerto Rico Penal Code states that in order for an action to become a criminal activity, it must be proven beyond reasonable doubt that there was an objective and subjective action. In other words, a behavior contrary to law, is necessary but not sufficient, as there must be a culpable conduct present in the criminal action.⁵³⁷ Therefore, "a conduct is only punishable when it is both unlawful and guilty."⁵³⁸ Criminal defenses can either excuse or justify a person's behavior which resulted in the commission of a crime. An excuse exempts the person because the action was not done on purpose; while the justification of a behavior either exempts or reduces the punishment due to the circumstances surrounding the offense.⁵³⁹

A. Consent in Sports

Many people see athletes (young and professional) as people who participate in these sporting events for the love of game, not with the desire to cause harm. The consent defense is not supported in the Puerto Rico Penal Code because local law favors applying this defense in tort cases rather than criminal cases. However, it can be applied to criminal cases — according to article 6— if the victim's consent negates one of the elements of punishable crimes.⁵⁴⁰ The *Model Penal Code*, in general, sees this defense the same as the *Puerto Rican Penal Code*. But, it can be used as a criminal defense when "(a) the bodily injury consented to or threatened by the conduct consented to is not serious; or (b) the conduct and the injury are reasonably foreseeable hazards of joint participation in a lawful athletic contest or competitive sport or other concerted activity not forbidden by law".⁵⁴¹

The consent defense it is very similar to the consent doctrine in Torts; in both criminal and civil cases "the fact-finder must look at all the evidence to determine whether the victim in fact consented."⁵⁴² Although the substantive issue of proving if "consent existed is the same, the effect of that consent" is different because criminal cases rely on a state interest which is absent in civil cases.⁵⁴³ Still, not every jurisdiction allows this defense.⁵⁴⁴

An exception to the application of this defense is criminal cases can be related to injuries suffered in sports. According to the court in *Pueblo v. Ruiz*, in order to apply the consent defense "(1) the person affected is capable of giving valid consent, (2) he does so voluntarily

⁵³⁵ Barry, *supra* note 1, at 10.

⁵³⁶ MODEL PENAL CODE § 211.1(a) (2017).

⁵³⁷ See COD. PEN. PR art. 15, 33 LPRA § 5021 (2017) (comentario de Dora Nevares); also see LUIS ERNESTO CHIESA APONTE. DERECHO PENAL SUSTANTIVO 218, 250 (2013).

⁵³⁸ LUIS ERNESTO CHIESA APONTE, DERECHO PENAL SUSTANTIVO 251 (2013) (translation provided).

⁵³⁹ *Id.* at 218, 250.

⁵⁴⁰ COD. PEN PR art. 6, 33 LPRA § 5006 (2010 & Supl. 2018).

⁵⁴¹ MODEL PENAL CODE § 2.11(b) (2017) (emphasis added).

⁵⁴² RICHARD B. HORROW, SPORTS VIOLENCE: THE INTERACTION BETWEEN PRIVATE LAWMAKING AND THE CRIMINAL LAW 167 FN 661 (1980).

⁵⁴³ *Id.*

⁵⁴⁴ *Id.* at 168.

and intelligently, (3) it is a lawful activity, and (4) the sport's rules are followed.”⁵⁴⁵ Certain types of aggressive plays, in competitive sporting events, receive “automatic consent”, even if such contact leaves a serious injury.⁵⁴⁶ When applied to athletic contests, consent — according to the courts— should follow three principles:

First, sports serve a social utility, and this utility should play into the doctrine of consent. It is this component of consent's application to sports that courts often cite in not allowing defendants to invoke the defense of consent in non-sports-related assaults. Second . . . consent is implied generally rather than explicitly granted and typically turns on objective criteria surrounding the incident rather than on a determination of the subjective willingness of the victim. Third, courts are typically much more willing to allow the defense of consent in situations in which the battery occurred during official play rather than at the end of play or during a timeout.⁵⁴⁷

The main purpose of applying this defense is to prove “that when the victim consents to participating in a particular sport, he or she then consents by the very nature of the sport to certain acts of aggressive contact.”⁵⁴⁸ Consequently, Chief Justice Benjamin N. Cardozo in *Murphy v. Steeplechase Amusement Co.* stated:

One who takes part in . . . a sport[ing event] accepts the dangers that inhere in it so far as they are obvious and necessary, just as a fencer accepts the risk of a thrust by his antagonist or a spectator at a ball game the chance of contact with the ball.⁵⁴⁹

Richard B. Horrow discusses how, even though some jurisdictions use the “case-by-case approach”, there are approaches that may be used to test the application of this defense in sports violence cases, such as (i) scope of consent, (ii) rules of the game, (iii) foreseeability, and (iv) effectiveness of the consent.⁵⁵⁰

i. Scope of Consent

When a player accepts to play in a sporting event, this participation “is seen as implying consent.”⁵⁵¹ However, the person being prosecuted has a “privilege [that] is limited to the conduct to which the plaintiff consent[ed].”⁵⁵² This means —under this test— if there is no intentional act of violence, different to the one consented, the defendant will not be liable for assault. It is the defendant who has the burden to show “that the supposedly wrongful act took place during the normal flow of the game.”⁵⁵³ The hardest part of this test is determining where, when, or how, the violent conduct was not a consented one. Therefore, this test is one with “limited utility”.⁵⁵⁴ Meanwhile, since the “athlete’s mental state is limited,” whoever is the fact-finder will probably understand that there was willingness to

⁵⁴⁵ Pueblo v. Ruiz, 125 DPR 365, 396 (1990) (translation provided).

⁵⁴⁶ Harary, *supra* note 14, at 205.

⁵⁴⁷ Yates & Gillespie, *supra* note 13, at 161.

⁵⁴⁸ Harary, *supra* note 14, at 205.

⁵⁴⁹ *Id.* (citing *Murphy v. Steeplechase Amusement Co.*, 250 N.Y. 479, 482 (N.Y. 1929)).

⁵⁵⁰ HORROW, *supra* note 35, at 168-85.

⁵⁵¹ *Id.* at 168-69.

⁵⁵² *Id.* at 169. (citing W. Prosser, Torts §18, at 103 (1971).)

⁵⁵³ *Id.*

⁵⁵⁴ *Id.* at 169-70 (citing Note, *Consent in Criminal Law: Violence in Sports*, 75 MICHIGAN LAW REVIEW 148 (1976)).

engage in the sporting event, thus, the fact-finder will likely conclude that “the athlete consented to all acts associated with the game,” and this may be erroneous.⁵⁵⁵

ii. Rules of the Game Test

A prosecutor can avoid the consent defense by “basing his[/her] cause of action on the defendant’s violation of a safety rule.”⁵⁵⁶ This test consists of analyzing the *setting* —as in the rules and manner in which the game is usually played— to determine if the victim’s participation in the sporting event constitutes a consent to *bodily contact*.⁵⁵⁷ What limits the consent defense in this test is that participating in a game does not mean that a person is consenting to acts which are prohibited by the rules and customs of the game.⁵⁵⁸ Every sport has a rulebook, the *Official Rules of Professional Football* clearly state —among other things— that “[t]here shall be no unsportsmanlike conduct. This applies to any act which is contrary to the generally understood principles of sportsmanship.”⁵⁵⁹

There has been a great debate as to whether the rules of the game grant consent only to what is established, nothing more. It has been said —by courts and commentators— that these rules of the game should be the absolute “standard of conduct to which . . . player[s] consent.”⁵⁶⁰ Moreover, Horrow cites an article from as far back as the 19th century that broaches the topic where “each player consents in advance to such injuries as he may suffer so long as they are inflicted by one acting within the rules of the game; but an injury caused by an unfair play is not consented to.”⁵⁶¹ Nowadays this statement can be applied in numerous sports violence cases, where a defendant brings the consent defense. Canadian courts have stated that lawful games, such as soccer and football, are already rough and players should be able to restrain themselves as to not harm another player.⁵⁶² On the other hand, there have been situations where it has been suggested that even if there is a violation of a safety rule, such conduct might have been consented to.⁵⁶³ For example, commentators have stated that during contact games (i.e. football) there is a clear consent to “moderate force”, additionally, players are encouraged to engage on that force even if it surpasses the level of acceptability stated in the rules, thus, players expect more than moderate force.⁵⁶⁴ It is up to the jury to determine if a conduct was careless and in *disregard to the safety of others*, by considering not only the rules of the game, but the skills and risks a player takes playing the game as well.⁵⁶⁵

iii. Foreseeability Test

This approach analyses the *reasonableness* and *seriousness* of a violent action. This test suggests that the injured player only consented to acts or harms that could be foreseeable

⁵⁵⁵ *Id.* at 170.

⁵⁵⁶ WALTER T. CHAMPION, JR., *SPORTS LAW IN A NUTSHELL* 202 (5th ed.2017).

⁵⁵⁷ HORROW, *supra* note 35, at 171.

⁵⁵⁸ *Id.*

⁵⁵⁹ Official Rules of Professional Football, Rule 12 § 3 art. 1 (2017), <https://operations.nfl.com/the-rules/2017-nfl-rulebook/#pdf-download>.

⁵⁶⁰ HORROW, *supra* note 35, at 172.

⁵⁶¹ *Id.* (citing Beale, *Consent in the Criminal Law*, 8 HARV. L. REV. 317, 323 (1895))

⁵⁶² *Id.* at 174. *See, e.g.*, Regina v. Moore, [1898] 14 T.R.L. 229; Regina v. Bradshaw [1878] 14 Cox Crim Cas 83.

⁵⁶³ HORROW, *supra* note 35, at 175.

⁵⁶⁴ *Id.*

⁵⁶⁵ *Id.* at 176.

before the game.⁵⁶⁶ Nonetheless, this approach has its flaws. A player could enter a game, and not foresee excessive violence, therefore it would be unfair to believe that he/she consented to this unsportsmanlike conduct. Horrow mentions an example provided by the Michigan Law Review that is very relevant to foreseeability combined with the element of malicious intent. The example takes you to a baseball game, while it may be foreseeable to get hit by a pitch, it is not foreseeable to know if a pitcher's real intent is to cause harm, and by intentionally hitting a batter the pitcher could be criminally liable.⁵⁶⁷

iv. Effectiveness of the Consent

As previously stated, consent as a defense has a bigger impact in civil actions. The reason for this is that even if a victim does consent to bodily harm, this consent is ineffective. The victim in criminal cases “is powerless to waive the interest” of the given consent, however, the state—who brings the criminal action to the courts— may have an interest of safe and healthy citizens. This means that while the victim can waive their interest, they cannot waive the state's.⁵⁶⁸ Therefore, “[t]he victim can consent and thereby satisfy the state's interest in protecting individuals from unwanted intrusions. [Their] consent, however, cannot satisfy any other interests of the state.”⁵⁶⁹ Thus, in a sporting event, where an excessive use of force is applied, this defense *may not* be effective. The consent defense *will be* effective when it destroys the punishable action of the person accused, therefore, satisfying the state's interest.⁵⁷⁰

B. Self-Defense

i. Legal Basis

Self-defense is used in cases relevant to crimes against the person.⁵⁷¹ In order to prevent immediate unlawful harm, a person may do any reasonable violent act.⁵⁷² *Puerto Rico Penal Code* states that a person may not be prosecuted if the illegal act was to defend his/her “person, home, property, or the rights of others” only when it was “reasonably believed that there was an imminent threat.”⁵⁷³ This penal code also emphasizes that “no more damage than necessary can be inflicted to repel or prevent the damage.”⁵⁷⁴ In Puerto Rico the requirements to invoke this defense are the following: “reasonable belief that imminent harm is to be suffered; rational necessity of the means used to prevent or repel damage; absence of provocation from who invokes the defense.”⁵⁷⁵ Dora Nevares explains that *imminent threat* in this defense means “[a] person has to reasonably believe that the attack, be it personal or against their property or those of a third party, will occur in the immediate

⁵⁶⁶ *Id.* at 180-81.

⁵⁶⁷ *Id.* at 183. (citing Michigan Law Review, *Consent in Criminal Law: Violence in Sports*, 75 MICH. L. REV. 148, 175 (1976)).

⁵⁶⁸ *Id.*

⁵⁶⁹ *Id.* at 184, FN 723.

⁵⁷⁰ *Id.*

⁵⁷¹ ARNOLD H. LOEWY, CRIMINAL LAW IN A NUTSHELL 75 (2009).

⁵⁷² *Id.*

⁵⁷³ COD. PEN. PR. art. 25, 33 LPRA § 5038 (2010 & Supl. 2018) (translation provided).

⁵⁷⁴ *Id.* (translation by the author).

⁵⁷⁵ Reyes Salcedo v. Policía de P.R., 143 DPR. 85, (1997) (translation provided).

future.”⁵⁷⁶ This usually requires that someone that has been assaulted by another does what is necessary to defend from physical harm when there is no time to “resort to the law.”⁵⁷⁷

LaFave mentions that the amount of force, which a person may use to defend him/herself, must be proportional to the threat he/she wants to avoid.⁵⁷⁸ The key factor in self-defense is that the person must reasonably believe in “the necessity of using force to prevent [physical] harm.”⁵⁷⁹ LaFave adds that it must not be an “honest belief”, but that the defendant actually believed that the only way to prevent the harm was to use force.⁵⁸⁰ The *Model Penal Code* supports this by stating “the use of force upon or toward another person is justifiable when the actor believes that such force is immediately necessary for the purpose of protecting himself against [an attack from another person] on the present occasion.”⁵⁸¹ Like in the *Puerto Rico Penal Code*, LaFave acknowledges case law and legislations supporting—and explicitly stating—that self-defense requires the defendant to believe that the harm is imminent.⁵⁸²

ii. Applied to Sports

Self-defense is a common defense used in sports. It has specially been used in Canadian cases. An athlete who uses force to protect himself from bodily harm caused by another, definitely has a defense against battery.⁵⁸³ For this defense to be successful, “the defendant must show that he was not the aggressor.”⁵⁸⁴ This will make it difficult to use in sports violence cases since “the athlete will often fail to qualify as a non-aggressor.”⁵⁸⁵ Due to its limitations, Horrow states that this defense “cannot be relied upon by the defendant.”⁵⁸⁶ Some of these limitations have to do with the proportion of the force used by the athlete. If the force was beyond the necessary force to self-protect, as in “vindictive rather than preventive,” then self-defense is not applicable.⁵⁸⁷ Also, since this defense requires *zero* provocation from the defendant, then the burden of proof falls on the defense attorney, for they have to prove that the defendant “was about to be placed in immediate. . . bodily harm,” therefore, their action was reasonable enough to prevent harm.⁵⁸⁸ Finally, if an athlete *at any moment* was able to walk away from a fight, thus avoiding the danger, then self-defense will not work as an excuse because he/she *stood up* to the opponent rather than faced another direction.⁵⁸⁹

Although this is a defense with many limitations, Canadian courts were able to employ it in *Regina v. Maki* and *Regina v. Green*. Horrow points towards the trial court’s ruling in *Green* where “the blow struck by Mr. Green was struck almost immediately after the blow . . . which

⁵⁷⁶ DORA NEVARES-MUÑIZ, COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL DE PUERTO RICO 53 (2015) (translation provided).

⁵⁷⁷ WAYNE R. LAFAVE, CRIMINAL LAW 710 (2017).

⁵⁷⁸ *Id.* at 713.

⁵⁷⁹ *Id.* at 715.

⁵⁸⁰ *Id.* at 715-17.

⁵⁸¹ MODEL PENALCODE § 3.04(1) (2017).

⁵⁸² LAFAVE *supra* note 70, at 718.

⁵⁸³ Yates, *supra* note 13, at 166.

⁵⁸⁴ CHAMPION, JR., *supra* note 49, at 361

⁵⁸⁵ *Id.*

⁵⁸⁶ HORROW, *supra* note 35, at 204.

⁵⁸⁷ *Id.* at 204-05.

⁵⁸⁸ *Id.* at 205.

⁵⁸⁹ *Id.* at 204-05. *Also see* Yates, *supra* note 13, at 166.

had been struck at him by Mr. Maki. I do not think that Mr. Green was doing anything more in the circumstances than protecting himself.”⁵⁹⁰

C. Involuntary Reflex

i. Legal Basis

The Puerto Rico Penal Code does not recognize this as a defense. However, it does follow the Model Penal Code, where it states that “[a] person is not guilty of an offense unless his[/her] liability is based on conduct that includes a voluntary act or the omission to perform an act of which he[/she] is physically capable.”⁵⁹¹ In the Puerto Rico Penal Code, article 18(2)(a) states that voluntary act will not apply to a body movement caused by reflex or convulsion.⁵⁹² Basically, an involuntary act excuses the athlete for an offense when “the conduct [of the athlete] is not a product of the [athlete’s] effort or determination.”⁵⁹³

ii. Applied to Sports

In the past, this has been a successful defense for athletes prosecuted for violent acts. The reason for this is: (1) “intent is a difficult element to prove in sports violence cases even without the ‘reflex’ argument as a complicating factor”; (2) athletes are trained from a very early age that intimidation and aggressiveness against opponents is necessary in contact sports; and (3) the high adrenaline and emotion during a sporting event is “conducive to a player ‘losing control’.”⁵⁹⁴ In *State v. Forbes*, it was argued that violence in sports is present in an athlete’s life since the beginning of his/her sport career.⁵⁹⁵ Courts are calling these assaults as *instinctive*, proving that there was no intent to commit an assault.⁵⁹⁶ Many of these cases result from instinctive actions that athletes do not intentionally think about doing, they do it unconsciously.

In a Canadian case, *Regina v. Leyte*, the court held that in order to declare an instinctive action as an assault, the burden of proof must show that the assaulting player’s reaction was irrational under specific circumstances, and not during playing time.⁵⁹⁷ However, sports attorney Bob Woolf criticized this defense, stating that the “heat of the game has always been a kind of moral defense in sports to excuse bad manners and irrational acts”.⁵⁹⁸ This, in turn, may lead people to believe that athletes will use this excuse to get away from basically anything during the course of the game.

D. Provocation

i. Legal Basis

The defendant must have been provoked sufficiently enough that it “would cause a normal person to lose self-control.”⁵⁹⁹ For this to be used as a defense, the defendant must have acted

⁵⁹⁰ HORROW, *supra* note 35, at 204.

⁵⁹¹ MODEL PENAL CODE § 2.01(a) (2017).

⁵⁹² COD. PEN. PR. art. 18, 33 LPRA § 5031 (2010 & Supl. 2018).

⁵⁹³ PAUL H. ROBINSON, CRIMINAL LAW DEFENSES 260 (1984).

⁵⁹⁴ HORROW, *supra* note 35, at 201-02.

⁵⁹⁵ *Id.* at 201.

⁵⁹⁶ Yates, *supra* note 13, at 166.

⁵⁹⁷ HORROW, *supra* note 35, at 203 (citing *Regina v. Leyte*, [1973] 13 C.C.C.2d 458 (Ont.Prov.Cr.Crim.Div.)).

⁵⁹⁸ *Id.* at 203-04 (citing BOB WOOLF, BEHINDCLOSED DOORS 141 (1976)).

⁵⁹⁹ ROBINSON, *supra* note 86, at 484.

“in the heat of the passion”, meaning, “the provocative act [was] sufficient to engender such passion in the heart of a reasonable person, and . . . there must not have been a sufficient passage of time to create a ‘cooling off period’ for the reasonable person.”⁶⁰⁰ Some states have categories under this defense known as “legally sufficient”, which include: “adultery, fear, battery, assault . . .” However, these categories do not guarantee that a jury will rule in favor of the defendant.⁶⁰¹ Most states hold that “mere words”, no matter how *harsh*, are not adequate for a provocation defense.⁶⁰²

ii. Applied to Sports

This defense is rarely used in sports, mainly because “many jurisdictions do not recognize the defense.”⁶⁰³ Moreover, it requires “that the defendant [be] ‘provoked into retaliation.’”⁶⁰⁴ In a traditional Canadian case, *Agar v. Canning*, the Canadian court held that a “retaliatory blow struck by the defendant in anger during the course of a hockey game, even though provoked by the plaintiff, went beyond the immunity conferred on players. . . .”⁶⁰⁵

E. CTE

i. What is CTE?

According to the Concussion Legacy Foundation, “Chronic Traumatic Encephalopathy (CTE) is a degenerative brain disease found in [people] with a history of repetitive brain trauma.”⁶⁰⁶ These constant hits to the head, or repetitive brain trauma, are not merely a few concussions since “most people diagnosed with CTE suffered hundreds or thousands of head impacts over the course of many years.”⁶⁰⁷ These impacts, do not necessarily have to be powerful concussions; simple repetitive hits to the head could factor in developing this disease.⁶⁰⁸ This is true, because repeated hits to the head “trigger[] progressive degeneration of the brain tissue.”⁶⁰⁹ CTE has been seen in teenagers, although, symptoms—in mood and behavior—from the head collisions start showing up much later.⁶¹⁰ Symptoms range from “problems with judgment, reasoning, problem solving, impulse control, [depression, paranoia], and aggression.”⁶¹¹ As time passes, the disease worsens, and new symptoms appear attacking the memory and judgment, which could eventually lead to dementia.⁶¹² Even with all the research that has been done, “CTE can only be diagnosed after death through brain tissue analysis.”⁶¹³

⁶⁰⁰ LOEWY, *supra* note 64, at 36 (2009).

⁶⁰¹ *Id.*

⁶⁰² *Id.* at 36-37.

⁶⁰³ HORROW, *supra* note 35, at 200.

⁶⁰⁴ *Id.*

⁶⁰⁵ *Id.* (citing *Agar v. Canning*, [1965] 54 W.W.R. 302 (Man. Q.B.)).

⁶⁰⁶ *What is CTE?*, CONCUSSION LEGACY FOUNDATION, <https://concussionfoundation.org/CTE-resources/what-is-CTE> (last visit May 16, 2018).

⁶⁰⁷ *Id.*

⁶⁰⁸ *Id.*

⁶⁰⁹ *Frequently Asked Questions About CTE*, BOSTON UNIVERSITY RESEARCH CTE CENTER, <https://www.bu.edu/cte/about/frequently-asked-questions/> (last visit May 16, 2018).

⁶¹⁰ CONCUSSION LEGACY FOUNDATION, *supra* note 99.

⁶¹¹ BOSTON UNIVERSITY RESEARCH CTE CENTER, *supra* note 102.

⁶¹² CONCUSSION LEGACY FOUNDATION, *supra* note 99.

⁶¹³ *Id.*

ii. Impact in Sports

CTE is usually found in contact sport athletes because of the commitment to constant—and purposeful—hits to the head.⁶¹⁴ The Concussion Legacy Foundation points out the cases (by sport) where CTE has been found: tackle football (200+ cases) because of hits to the helmet, hockey (20+ cases) on account of fighting, boxing (50+ globally) due to punches to the head, rugby (5+ cases), soccer (10+ globally), and fewer than three cases in baseball and basketball (each).⁶¹⁵ Athletes who have a long tenure playing in contact sports have a higher tendency of developing CTE than those with shorter careers. Doctor Bennet Omalu, a neuropathologist, stated that “[a] football player is more likely to be violent than someone who didn’t play, because of the brain damage. It doesn’t mean every football player will be violent, but there’s an increased risk.”⁶¹⁶

iii. Developing a Criminal Defense

Even though there probably won’t be aggressive or excessive plays caused directly by CTE—because the symptoms appear many years after the repetitive hits to the head—many athletes due eventually get charged for criminal acts, most of them football players. Since this disease is still being researched in order to develop a way to detect it, it will be difficult to use as a defense. However, as medical technology advances, it is possible that this could be a relevant justification defense when representing professional athletes. It is time that our criminal justice system looks at the significant impact this disease has on behavior and the role it plays as a criminal defense.

It would be irresponsible to believe that CTE is not a possible—if not the primary—reason some athletes have committed heinous crimes. It all comes down to realizing that this is a degenerative disease that worsens with time. Much like other mental illnesses, people end up depending on others to do daily things and/or end up in nursing homes or psychiatric wards. Defense attorneys representing athletes who suffer from CTE at the moment they committed a crime, should be able to present CTE as a defense for the following reasons: to show jurors why defendants who suffer from CTE do not have the required control to have a rational judgment and control their impulses; to show that, according to the symptoms—impulse control, unintended aggression, and confusion—there was no specific intent; and to try to prove that, depending on the defendant’s mental condition, he may be deemed incompetent to stand trial. These reasons should be strong enough—along with proof that the athlete does in fact suffer from CTE—to present gaps in the reasonable doubt standard required for a conviction.

Although a better diagnosis is being developed, in the end, it will come down to answering if CTE led to the crime or if there was actual intent. There is no doubt that this defense is far from being useful in court at the moment. However, it is worth noting that “CTE is a specific disease with credible diagnostic tools that will only get better with time.”⁶¹⁷ People may argue that using this disease would be as inconvenient and unsuccessful as the insanity defense.

⁶¹⁴ *Id.*

⁶¹⁵ *Id.*

⁶¹⁶ John McDermott, *The Connection Between Concussions, CTE and Acts of Violence*, MEL MAGAZINE (July 12, 2017) <https://melmagazine.com/the-connection-between-concussions-cte-and-acts-of-violence-65330058f80>.

⁶¹⁷ Doree Lewak, *Athletes charged with heinous crimes may try the ‘CTE defense’*, NEW YORK POST (July 18, 2016), <https://nypost.com/2016/07/18/athletes-charged-with-heinous-crimes-may-try-the-cte-defense/>.

Nonetheless, “[w]hen people claim they’re insane, it’s hard to establish. This, [CTE defense] is going to boil down to science, which is developing.”⁶¹⁸

The interest in building a case defense on CTE is just starting. There is still a long road ahead before experts can reach definitive conclusions to help juries consider complex and difficult issues like criminal responsibility on account of mental illness.

iv. Notable Cases

The following cases bear relevance to CTE and its use as a defense. Particularly, how taking CTE into account might have affected the jury’s verdict.

I.I Aaron Hernandez

The most recent, and very tragic case of CTE, came from Aaron Hernandez, a former well-known professional football player from the New England Patriots who was convicted of first-degree murder. Hernandez played tight end, and received thousands of hits on the football field which eventually led to “mood swings, violent tendencies and memory loss.”⁶¹⁹ After his death, his brain was donated to Boston University’s CTE Research Center, where, according to his lawyers, they found that the disease was the “worst case doctors had seen in someone so young.”⁶²⁰ CTE’s statistics and behavioral manifestations could have been a game changer during the jury’s analysis. Using CTE as a defense, Dillard and Tucker analyzed a possible scenario if Hernandez would have been tried today. By using the insanity defense:

Hernandez might successfully assert that, when he killed Mr. Lloyd, he suffered a mental defect that rendered him substantially unable to conform his conduct to the requirements of the law, utterly unable to make himself behave as the law requires. Could the evidence of C.T.E. now create a reasonable doubt about his criminal responsibility? Almost certainly.⁶²¹

With this in mind, Dillard and Tucker suggest that, although Hernandez’s CTE diagnosis confirmation was postmortem, there is enough “substantial evidence” to prove that the conviction of first-degree murder was wrong concluding that: “it is likely that a lifetime of playing football —not Mr. Hernandez’s will— was to blame.”⁶²²

I.II O.J. Simpson

It has been said that O.J. Simpson, another notable professional football player, who was charged with a double murder —one of them his ex-wife— but found not guilty, was also influenced by this disease. This comes from a belief Dr. Omalu has regarding the reason for “Simpson’s behavior and run-ins with the law.”⁶²³ Though Simpson was acquitted from his murder charges, he “lost a wrongful death civil suit” brought by the victims’ families, and

⁶¹⁸ *Id.*

⁶¹⁹ J. Amy Dillard and Lisa A. Tucker, *Is C.T.E. a Defense for Murder?*, NEW YORK TIMES (September 22, 2017), <https://www.nytimes.com/2017/09/22/opinion/aaron-hernandez-cte.html>.

⁶²⁰ *Id.*

⁶²¹ *Id.*

⁶²² *Id.*

⁶²³ Bruce Y. Lee, *Could Concussions Become A Legal Defense?*, FORBES (February 5, 2016), <https://www.forbes.com/sites/brucelee/2016/02/05/concussions-as-a-legal-defense/#71c2cdc53984>.

was ordered to pay nearly thirty-four million dollars in damages.⁶²⁴ A decade later, Simpson was charged and “found guilty of [armed] robbery and kidnapping and was sentenced to up to thirty-three years in prison.”⁶²⁵ After this conviction, Simpson tried to use his past concussions for the purpose of requesting a new trial, but the Court denied his petition and reasoning.⁶²⁶

Throughout Simpson’s career, he absorbed many hits to the head, from playing in high school, college, and later in the NFL. Dr. Omalu has explained that, throughout his career, Simpson, must have “sustained thousands of blows to the head”⁶²⁷, which in future years may be strong evidence of CTE.⁶²⁸ As he explains it, in the course of just one American football game—even with head protection (helmets)—“many players suffer [from numerous] cranial impacts,” and the effects of those impacts “accumulate over time”.⁶²⁹ There is an interesting observation in which Dr. Omalu pointed out the fact that “Simpson’s head is rather large and [this might suggest] that larger heads could suffer greater impact”⁶³⁰ mainly because “the *momentum* of [the] impact would be bigger.”⁶³¹

Although Dr. Omalu cannot confirm that OJ Simpson does suffer from CTE, he has stated that, based on the previously discussed regarding the head traumas and the size of his head, it is “‘more likely than not’ that Simpson is affected by CTE.”⁶³² In fact, after his release from prison (a couple of years ago), Simpson confessed in an interview to ESPN, that he fears he might have CTE. In that interview, he expressed that some days, specially when he feels tired, that his mind goes blank and forgets the words he wants to use (even simple words) or “‘the name of someone [he] knows.’”⁶³³

I.III The movie “Concussion”⁶³⁴

This film portrays Dr. Bennet Omalu, the real-life doctor who, while working as a forensic pathologist in Pittsburgh, discovered a new and terrifying brain disorder that he named

⁶²⁴ ESPN.com news services, *Dr. Bennet Omalu ‘would bet my medical license’ that O.J. Simpson has CTE*, ESPN (January 30, 2016), https://www.espn.com/nfl/story/_/id/14677428/dr-bennet-omalu-bet-my-medical-license-oj-simpson-cte.

⁶²⁵ This time, OJ Simpson was arrested and charged in Las Vegas for armed robbery after attempting to steal sports memorabilia that he said belonged to him. *Id.*; also see Jessica Rousey, *Can We Blame CTE For O.J. Simpson’s Criminal Past?*, THE ODYSSEY ONLINE (February 8, 2016), <https://www.theodysseyonline.com/oj-simpson-cte>.

⁶²⁶ Simpson and his attorney filed a sworn statement outlining his concussion history. He stated that while playing through his college and professional career “he sustained ‘numerous blows to [his] head and/or landed on [his] head violently’”. He also added that, during many of the games he played he was “knocked out of games” (taken out of the game) because of the constant blows to the head, and that in some occasions he “‘continued playing despite hard blows to [his] head’”. Johnny Dodd, *Does O.J. Simpson Have CTE? Famed Concussion Forensic Pathologist Dr. Bennet Omalu: ‘I Would Bet My Medical License On It’*, PEOPLE (January 27, 2016), <https://people.com/crime/dr-bennet-omalu-thinks-o-j-simpson-suffers-from-cte/>; ESPN.com news services, *supra* note 117; Rousey, *supra* note 118.

⁶²⁷ Rousey, *supra* note 118.

⁶²⁸ ESPN.com news services, *supra* note 117.

⁶²⁹ Rousey, *supra* note 118.

⁶³⁰ Lee, *supra* note 116.

⁶³¹ Dr. Omalu described this momentum as “basic physics.” ESPN.com news services, *supra* note 117 (*quoting* Dr. Omalu in an interview for People’s Magazine) (emphasis provided); see Dodd, *supra* note 119, to read the article where People Magazine interviewed Dr. Omalu.

⁶³² Rousey, *supra* note 118 (*quoting* Dr. Omalu).

⁶³³ Mike Rodak, *O.J. Simpson: ‘I have days I can’t find words’*, ESPN (March 16, 2018), https://www.espn.com/nfl/story/_/id/22795470/oj-simpson-says-worried-cte.

⁶³⁴ *Concussion* (2015).

Chronic Traumatic Encephalopathy, or CTE. He discovered it by performing an autopsy on a retired Pittsburgh Steeler named Mike Webster, this is also portrayed in the movie. What happened was that, Webster left the game as a hero and began losing his mind well before his death at fifty; before his death he is seen living in his pickup truck, huffing turpentine. A fellow player, himself to suffer a similar fate, tries to help him out. Neither is able to understand what's happening to them. Throughout the movie, Dr. Omalu figures it out: the persistent head injuries sustained in football play shake up the brain, he explains that unlike other mammals, humans don't have built-in shock absorbers for their grey matter and release a protein that builds up and causes hallucinations, memory loss, and much more trauma. However, as Omalu's boss and mentor, puts it, Omalu was going up against an organization that "owns a day of the week." Omalu thought the NFL would have been glad of his findings and use some American ingenuity to do something about the problem. But the NFL did not appreciate such findings.

This movie shows how CTE was discovered; it presents scenes where the symptoms are very identifiable, and it portrays how a big company, like the National Football League, used to focus on more on selling games than player safety. Now days, the NFL has implemented various rules regarding the blows to the head, in hopes of providing long-term safety in American football.

CONCLUSION

There is no doubt that contact sports —and some non-contact— have a degree of violence.⁶³⁵ Even though sports leagues have taken steps into reducing hard contact plays, there is still a significant amount of violence in professional sports, which transmits to young athletes and amateurs.⁶³⁶ Although one of the ways to exercise a bigger control on violence is through civil actions, most professional leagues have some rules and disciplinary actions to penalize and control unnecessary violence. These rules and disciplinary actions attend to the leagues' desire to prevent players from constantly suing each other. However, players still routinely use excessive force during plays or after a play. Criminal sanctions might be useful; yet, criminal liability is rarely taken to court because "[t]he trial of a professional athlete would be a highly publicized media event".⁶³⁷ At the same time, a trial like this one could alter or end an athlete's career. Violence on a regular day is viewed differently than violence in a sporting event. That is, because during a sporting event the participants know what they are getting into, they know there will be violence and possible bodily contact, but still assume the risk. The key question is whether this aggressive act is accidental and within the rules, or if it is criminal conduct. Criminal courts should handle cases where there is no consent for excessive and unforeseeable aggressive plays because sports leagues are biased (meaning, they are more inclined to believe that aggressive plays bring higher ratings) and thus, do not properly handle these situations.

While it is rare for a sport's violence case to reach the criminal court —either in the United States or in Puerto Rico—, it is necessary to be prepared either on the prosecuting side or the defense. It is important to be able to distinguish between a foreseeable conduct and one

⁶³⁵ CHAMPION, JR., *supra* note 49, at 351.

⁶³⁶ *Id.*

⁶³⁷ *Id.* at 352.

that is not. An athlete that consents to play a sport can foresee acts that are reasonably common to that sport. On the other hand, if there is excessive bodily contact that has the qualities of an unsportsmanlike conduct, and a reasonable person could not foresee it as a normal action in the sport, it should be remediable through criminal sanctions. In the case that an athlete does play by the rules and uses moderate force but still gets prosecuted for assault, the defenses that could help include: consent, self-defense, involuntary reflex, and CTE—even though this is still far from being useful—.

This article explained the pros and cons from each defense, mainly focusing on football and hockey, and in some instance's basketball and baseball. The consent defense should be allowed in certain circumstances when it was a foreseeable act. On the other hand, unforeseeable aggressions are just common assaults. Another important factor on why the consent defense might not work, is that sometimes the state might have a bigger interest in protecting social interest of preventing unwanted intrusions, than the consented interest of the victim. If an athlete wishes to invoke self-defense in order to back up the excessive force, it must be if the aggressive contact was not during an ongoing play, therefore making it unforeseeable.

It all comes down to the future of the sports violence defense of CTE; although it may principally apply to football players and boxers. While there is not sufficient evidence to prove that CTE deprives players of the ability to handle conflict in a reasonable way, studies (such as the ones done by Dr. Omalu) have showed that there is a correlation between people affected by CTE and the choices they make as it progresses. Although there is still not a way to diagnose people with these symptoms while they are alive, medical technology is advancing and, in a few years, there will probably be a way to properly use this in court. This defense could be used, along with the insanity defense, to persuade the jury by presenting the symptoms, expert testimony to confirm the symptoms, and their connection to repetitive hits to the head. This should constitute a valid defense for violent actions of athletes who suffer from repetitive hits to the head throughout their careers. While this defense will not affect the athlete's culpability (diminished capacity does not negate responsibility), it might affect their punishment. Thus, it might be used as an argument in mitigating the terms of a sentence.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE MARCAS EN PUERTO RICO

ARTÍCULO

Alexiomar D. Rodríguez López *

INTRODUCCIÓN

CUANDO HABLAMOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, HABLAMOS DEL DERECHO QUE protege las creaciones de la mente, es decir, la protección de lo intangible.⁶³⁸ En este escrito, exploraremos particularmente el Derecho de Marcas (en inglés, *trademarks*) con el propósito de trazar un marco de referencia general respecto al estado actual del derecho marcario en Puerto Rico. Específicamente, en la primera parte daremos un breve trasfondo a los sistemas marcarios federal y local; y en la segunda parte presentaremos de forma general el estado actual del derecho marcario local.

I. Trasfondo

La raíz teórica que subyace al Derecho de Marcas es el derecho sobre competencia desleal. En particular, el Derecho de Marca procura un balance entre dos justificaciones utilitarias: (1) evitar la confusión en el mercado en cuanto al origen del producto o servicio que identifica la marca, y (2) proteger la calidad, individualidad, reputación y *plusvalía* (en inglés, *goodwill*) de la marca de una empresa ante una competencia desleal o injusta.⁶³⁹

Una de las peculiaridades del derecho marcario es la relación entre los sistemas federal y local.⁶⁴⁰ En la esfera federal, el estatuto vigente es la *Ley Lanham*, creada por el Congreso federal bajo los poderes de la cláusula de comercio interestatal.⁶⁴¹

A nivel local, Puerto Rico ha tenido tres estatutos de marcas: la *Ley de marcas de fábrica de Puerto Rico*,⁶⁴² la *Ley de marcas del Estado Libre Asociado de Puerto Rico*,⁶⁴³ y la actual *Ley de*

* El Lcdo. Alexiomar D. Rodríguez López es egresado de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico y fundador de Seed Law, LLC.

⁶³⁸ Coral M. Rodríguez Vera, *Las ideas son nuestras y de nadie: alternativas a la propiedad intelectual y su acceso*, 86 REV. JUR. UPR 945 (2017).

⁶³⁹ Véase *Park 'N Fly v. Dollar*, 469 U.S. 189, 198 (1985); *Arribas v. American Home*, 165 DPR 598, 606 (2005); *Posadas de PR v. Sands Hotel*, 131 DPR 21, 33-37 (1992); *Colgate-Palmolive v. Mistolín*, 117 DPR 313, 321 (1986); *Garriga Trad. Co., Inc. v. Century Pack Corp.*, 107 DPR 519, 524-26 (1978); *Beléndez Solá, Inc., v. Rivera*, 102 DPR 276, 278 (1974); *Auto Show Corp. v. Auto Show de San Juan*, KLAN201501645, 2016 WL 8453023, en la pág. *8 (TA PR 15 de noviembre de 2016); *Solasia de PR, Inc. v. Universal Solar Products, Inc.*, KLAN201000584, 2012 WL 3115597, en la pág. *7 (TA PR 21 de junio de 2012); JAMES BOYLE & JENNIFER JENKINS, *INTELLECTUAL PROPERTY: LAW & THE INFORMATION SOCIETY* 112 (3rd ed. 2016).

⁶⁴⁰ Para un análisis profundo sobre la relación entre el derecho marcario norteamericano y el puertorriqueño véase Ramiro Luis Colón Jr., *Las marcas de fábrica en los derechos norteamericanos y puertorriqueño*, 8 REV. D.P. 39 (1968).

⁶⁴¹ *Lanham Act of 1946*, 15 U.S.C. §§ 1051 -1141n (2018).

⁶⁴² *Ley de marcas de fábrica de Puerto Rico*, Ley Núm. 66 de 28 de julio de 1923, 10 LPR §§ 191-207 (derogada). Véase también Ramón Luis Nieves, *Hacia una reforma del derecho de marcas de fábrica en Puerto Rico*, 30 REV. D.P. 81, 82 (1990) (exponiendo el trasfondo de la *Ley de marcas de fábricas* y vinculándole tanto al antiguo Código Político de Puerto Rico de 1902, arts. 213-222, como al *Trademark Act of 1905*); *Trademark Act of 1905*, Pub. L. No. 58-84, 33 Stat. 724 (1905).

⁶⁴³ *Ley de marcas del Estado Libre Asociado de Puerto Rico*, Ley Núm. 63 de 14 de agosto de 1991, 10 LPR 171-171y (derogada).

marcas del Gobierno de Puerto Rico (en adelante, “*Ley de marcas*”).⁶⁴⁴ Desde principios del siglo pasado, el Tribunal Supremo de Puerto Rico (en adelante, “TSPR”), reconoció la influencia persuasiva del *common law* al utilizar el derecho marcario federal a la hora de interpretar la legislación marcaria local.⁶⁴⁵ Aunque la jurisprudencia local intentó incorporar a nuestro derecho marcario consideraciones del derecho civilista, lo cierto es que las interpretaciones del TSPR subrayan el valor persuasivo del sistema federal.⁶⁴⁶

En uno de los casos más recientes, el TSPR expresó que ambas legislaciones coexisten y que de surgir un conflicto entre las disposiciones estatales y las federales, la *Ley Lanham* ocupa parcialmente el campo del derecho de marca por lo que la disposición estatal carecería de validez.⁶⁴⁷ Como resultado, haremos alusión a las figuras y doctrinas del Derecho de Marcas indistintamente de si estamos ante la legislación federal o local. De surgir alguna diferencia entre ambas, lo haremos constar expresamente.

Bajo el derecho marcario hay dos quehaceres principales: el administrativo-registral y el judicial. En la esfera federal, el *U.S. Patent & Trademark Office* (en adelante, “USPTO”), es la agencia con jurisdicción para llevar a cabo las labores administrativas-registrales. Entre los poderes de la USPTO están evaluar, denegar u otorgar las solicitudes de registro de marcas, mantener la vigencia del registro de las marcas federales, y resolver disputas entre partes respecto a las marcas que estén registradas, o las que están en el proceso de registro.⁶⁴⁸

La USPTO atiende y resuelve los procedimientos adversativos a través del *Trademark Trial & Appeal Board* (en adelante, “TTAB”).⁶⁴⁹ En concreto, el TTAB puede ver casos sobre apelaciones de determinaciones (en inglés, *office action*) de un oficial examinador —persona responsable de evaluar las solicitudes de registro de marcas—; las oposiciones a registros de marcas y las solicitudes de cancelaciones de registros de marcas. Sin embargo, el TTAB no tiene jurisdicción para determinar si alguien tiene derecho al uso de una marca, si alguien infringió una marca, si se configuró una práctica de competencia desleal como tampoco puede otorgar daños y honorarios de abogados.⁶⁵⁰ Una vez el TTAB dispone de un caso, la parte insatisfecha podrá: (1) apelar al Tribunal de Apelaciones federal para el Circuito Federal; o (2) entablar una causa de acción en una Corte de Distrito federal.⁶⁵¹

A nivel local, el Secretario de Estado, a través de la Oficina de marcas y nombres comerciales del Departamento de Estado de Puerto Rico (en adelante, “PRTO”), es quien tiene las facultades y restricciones análogas al USPTO.⁶⁵² En el caso de Puerto Rico, una vez el PRTO

⁶⁴⁴ Ley de marcas del gobierno de Puerto Rico, Ley Núm. 169-2009, 10 LPRÁ §§ 223-224b (2013).

⁶⁴⁵ Véase Nieves, *supra* nota 5, en las págs. 86-89 (discutiendo lo que el autor denomina el *primer periodo interpretativo* (1928-1951) donde el TSPR analizó el derecho de marcas desde la perspectiva de la competencia desleal y diversas doctrinas federales).

⁶⁴⁶ *Id.* en las págs. 89-96 (discutiendo lo que el autor llama el *segundo periodo interpretativo* (1951-1986) donde el TSPR problematizó los fundamentos de nuestro derecho local sobre marcas e incluyó consideraciones civilistas y de experiencias en otras jurisdicciones, pero terminó dando más valor persuasivo al sistema marcario norteamericano).

⁶⁴⁷ *Federation des Ind. v. Ebel*, 172 DPR 615, 626 (2007); véase Lanham Act of 1946, 15 U.S.C. §§ 1051-1141n (2018).

⁶⁴⁸ Trademark Rules of Practice of the Patent and Trademark Office, 37 C.F.R. pt. 2 (2018), <https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/tmlaw.pdf>; Trademark Trial and Appeal Board Manual of Procedure (TBMP), §§ 101-1219 (June 2019), <https://tmep.uspto.gov/RDMS/TBMP/current#/current/TBMP-100d1e1.html>.

⁶⁴⁹ *Id.*

⁶⁵⁰ *Id.*

⁶⁵¹ *Swatch, S.A. v. Beehive Wholesale, LLC*, 888 F. Supp.2d 738 (E.D. Va., 2012).

⁶⁵² Véase DEPARTAMENTO DE ESTADO, *Registration of Marks and Trade Names* (2017), <https://www.estado.pr.gov/en/registration-of-brands-and-commercial-names/>. El PRTO también administra los

resuelve o dispone de un pleito —incluyendo cualquier solicitud de reconsideración— la parte adversamente afectada podrá solicitar una revisión judicial ante el Tribunal de Apelaciones.⁶⁵³

II. Análisis

A. ¿Qué es una marca, cómo se adquiere el derecho marcario, y qué derechos incluye?

La *Ley de marcas* define una marca como todo signo o medio —incluyendo cualquier palabra, nombre, símbolo, imagen o estilo comercial (*trade dress*), medio, logo, diseño, color, sonido, olor, forma, objeto o una combinación de éstos— que sirva para distinguir en el mercado productos o servicios de una persona, al igual que de productos o servicios de otra persona.⁶⁵⁴ Este término incluye cualquier marca de fábrica, marca de servicio, marca de certificación y marca colectiva.⁶⁵⁵ Aquí nos enfocaremos en las palabras o frases.

El derecho sobre una marca protegible se adquiere de una de dos formas: por el uso de la marca en el comercio o por el registro de la marca a base de la intención *bona fide* de utilizarla en el comercio.⁶⁵⁶ Solo se considerará que una marca está en uso cuando, en efecto, el bien o el servicio se promocione y venda.⁶⁵⁷ Además, el derecho de una marca pertenecerá a quien utilice primero la marca dentro del mercado y la jurisdicción en donde se ofrece la protección jurídica.⁶⁵⁸ Por tanto, el derecho propietario de una marca se obtiene necesariamente por el uso y no por la mera inscripción, tanto así que un registro válido sucumbirá ante la

siguientes cuerpos estatutarios: *Ley de nombres comerciales del Estado Libre Asociado de Puerto Rico*, Ley Núm. 75 del 23 de septiembre de 1992; Reglamento de procedimientos del registro de nombres comerciales del Departamento de Estado de Puerto Rico, Núm. 4873 (1 de febrero de 1993); y el Reglamento de procedimientos del registro de marcas del Departamento de Estado del Gobierno de Puerto Rico, Núm. 8075 (19 de septiembre de 2011).

⁶⁵³ Véase Departamento de Estado, Reglamento de procedimientos del registro de marcas, Núm. 8075 R. 26 (19 de septiembre de 2011), <http://app.estado.gobierno.pr/ReglamentosOnLine/Reglamentos/8075.pdf>; Ley de procedimiento administrativo uniforme del gobierno de Puerto Rico, Ley Núm. 38-2017, 3 LPRA §§ 9671-76 (2011 & Supl. 2018).

⁶⁵⁴ Ley de marcas del gobierno de Puerto Rico, Ley Núm. 169-2009, 10 LPRA §§ 223-224b (2013).

⁶⁵⁵ *Id.* § 223(f). Véase también *Federation des Ind. v. Ebel*, 172 DPR 615 (2007); *Arribas v. American Home*, 165 DPR 598, 604 (2005) [en adelante, *Arribas I*].

⁶⁵⁶ 10 LPRA §223(a). Véase también *Arribas v. Sta. Clara*, 165 DPR 781, 788 (2005); *Arribas I*, 165 DPR en las págs. 598-615; Carlos G. Dalmau Ramírez, *Derecho marcario*, 76 REV. JUR. UPR 863 (2007) (donde el autor analiza la doctrina del registro de marcas bajo la modalidad de *intención de uso*).

⁶⁵⁷ Véase 10 LPRA § 223(s). El artículo 2 de la *Ley de marcas* dispone:

Para efectos de esta Ley, una marca se considerará que está en uso:

(1) en bienes, cuando la marca es colocada de cualquier forma en los bienes; o en sus empaques o contenedores; o en las etiquetas adheridas a los bienes; o en los anaqueles, vitrinas o mostradores; o, si por la naturaleza del bien, se hace impráctico el adherirle una etiqueta con la marca; entonces en documentos asociados con los bienes o su venta; y los bienes son vendidos o transportados en Puerto Rico; y

(2) en servicios, cuando la marca es usada o desplegada en la venta o promoción de los servicios; y los servicios se llevan a cabo en Puerto Rico.

Id.

⁶⁵⁸ *Posadas de PR v. Sands Hotel*, 131 DPR 21, 36 (1992); *Colgate-Palmolive v. Mistolín*, 117 DPR 313, 325 (1986). Véase también *Holsum de Puerto Rico, Inc. v. Pan Pepin, Inc.*, KLCÉ201000624, 2010 WL 3199892, en la pág. *4 (TA PR 27 de mayo de 2010); *Artisan Frappes Inc. v. Flores Aponte*, KLCÉ201502025, 2016 WL 5355515, en la pág. *3 (TA PR 30 de junio de 2016).

reclamación oportuna de quien tiene mejor derecho sobre la marca por haberlo usado con anterioridad.⁶⁵⁹

El derecho más básico que tiene una persona sobre su marca es su exclusividad, mientras continúe el uso de esta. Quiere decir que, si una persona —sin permiso— reproduce, falsifica, copia, imita, usa, o intenta usar una marca igual o similar a otra marca que se usa con anterioridad, responderá en una acción civil.⁶⁶⁰ De hecho, el derecho marcario protege a quien usa la marca primero para evitar que otro usuario utilice una marca igual o parecida, no solo en las mismas áreas de negocios, sino también en áreas donde es probable que el primero realice negocios en el futuro.⁶⁶¹ Lo anterior será cierto siempre y cuando el uso paralelo de dos marcas pueda causar confusión o engaño en cuanto al origen de los bienes o servicios, o en cuanto a endoso o asociación. Como resultado, quien usa primero una marca no puede evitar que otros usuarios utilicen esa marca posteriormente en áreas donde el primero no haga negocios o donde no es probable que los realice en el futuro; o cuando el propietario ha dejado de utilizar o ha abandonado la marca.⁶⁶² Tampoco podrá impedir el uso de la marca cuando no crea confusión al consumidor.⁶⁶³

En el caso de una marca no registrada —que incluyen aquellas solicitudes de registro pendientes de evaluación— los remedios disponibles son interdictos, órdenes de incautación, y acción en daños.⁶⁶⁴ Si el Tribunal determina que la violación de un derecho marcario fue intencional o de mala fe, este podrá fijar la cuantía de los daños en una cantidad que no exceda tres veces la ganancia del demandado o la pérdida del demandante.⁶⁶⁵ En contraste, si el Tribunal determina que el demandado desconocía y no tenía razón para saber o creer que sus actos constituían una violación a los derechos marcarios del demandante, este podrá reducir la cuantía de daños.⁶⁶⁶

Por otra parte, en el caso exclusivo de las marcas registradas, el titular registral tendrá la opción de solicitar daños estatutarios como también tendrá derecho a costas, honorarios y gastos del pleito si el caso se resuelve a su favor.⁶⁶⁷ De igual manera, el titular registral tendrá acceso a solicitar del Tribunal una orden de interdicto provisional —sin necesidad de vista

⁶⁵⁹ Véase *Posadas de PR*, 131 DPR en la pág. 35; *Arribas I*, 165 DPR en la pág. 605; *Holsum*, KLCE201000624, en la pág. *4.

⁶⁶⁰ Véase 10 LPRA §§ 223-24.

⁶⁶¹ *Posadas de PR*, 131 DPR en la pág. 36.

⁶⁶² *Id.*

⁶⁶³ *Id.*

⁶⁶⁴ Véase 10 LPRA § 223w. El artículo 26 de la *Ley de marcas* dispone:

Si el caso se resolviera a favor del demandante, el tribunal fijará la cuantía de los daños, tomando como base los siguientes cuatro elementos: [1] la ganancia o el beneficio bruto que hubiere realizado la parte infractora de la marca mediante su uso; [2] el importe de la ganancia que el demandante hubiere dejado de percibir como resultado de la actuación del demandado; [3] el valor del menoscabo que la actuación del demandado le hubiere ocasionado al demandante; y [4] cualquier otro factor que a juicio del tribunal cuantifique adecuadamente los daños.

Id.

⁶⁶⁵ *Id.*

⁶⁶⁶ *Id.*

⁶⁶⁷ *Id.* (el Tribunal podrá imponer daños estatutarios entre \$750 y \$30,000 por violación. Si el titular registral prueba que la violación del demandado fue intencional, el Tribunal podrá aumentar la cuantía de daños estatutarios hasta \$150,000 por violación, y si el demandado prueba que desconocía y no tenía razón para saber o creer que sus actos constituían una violación a los derechos marcarios del demandante, podrá disminuir la cuantía a \$500).

previa ni fianza— hasta la celebración de una vista dentro de diez días contados a partir de la fecha en que se expida la orden provisional.⁶⁶⁸

B. *El estándar del interdicto estatutario*

i. El espectro de distintividad

De los remedios antes expuestos, el más notorio es el interdicto. En general, para que una parte prevalezca en una solicitud de interdicto por infracción de marca tiene que probar dos cosas: (1) que la marca es protegible, y (2) que la violación sobre el derecho marcario puede confundir al consumidor.⁶⁶⁹ En particular, lo anterior significa que la parte promovente tiene que demostrar lo siguiente:

[1] [E]l nombre sobre el cual desea la exclusividad sobre determinado producto o servicio es protegible o está sujeto a ser apropiado por quien lo reclama; [2] que él fue el que primero lo utilizó en conexión con su producto o servicio en este foro, esto es, Puerto Rico; [3] que existe una probabilidad de confusión al consumidor entre su marca y la del demandado; y [4] . . . que dicha probabilidad de confusión le causa un daño irreparable para el cual no posee otro remedio adecuado en ley.⁶⁷⁰

Cuando estamos ante una marca registrada, la ley le otorga la presunción de que la marca es protegible, por lo que el demandante solo deberá probar el segundo requisito.⁶⁷¹ Sin embargo, cuando estamos ante una marca no registrada, tenemos que adentrarnos en la doctrina del *espectro de distintividad*. Esta doctrina reconoce cuatro categorías de marcas, que van de la no-protección a la protección automática: (1) genéricas, (2) descriptivas, (3) sugestivas, y (4) arbitrarias o imaginables. Las primeras dos se encuentran en la *Ley de marcas del gobierno de Puerto Rico*, y las otras en la jurisprudencia.

En resumen, el estatuto prohíbe el registro de una marca que consista de lo siguiente: (1) banderas o símbolos nacionales; (2) nombres o imágenes de individuos; (3) palabras genéricas; (4) palabras descriptivas; (5) nombres o términos geográficamente descriptivos; (6) igual o similar que cauce confusión con otra marca registrada o que se use con anterioridad; o (7) marca igual o sustancialmente similar a una marca famosa.⁶⁷² Según el propio estatuto, algunas de estas podrían lograr el registro si adquieren significación secundaria. A la par, la jurisprudencia interpretativa definió las cuatro categorías antes referidas tomando como punto de partida la percepción del consumidor.⁶⁷³

Primero, el TSPR expresó que la marca genérica “no puede ser utilizada exclusivamente por persona alguna si se usa para identificar un producto o servicios de dicho género”.⁶⁷⁴ Por ejemplo, la marca café para el producto café; esta interpretación se recogió en la *Ley de*

⁶⁶⁸ *Id.* § 224.

⁶⁶⁹ *Posadas de PR v. Sands Hotel*, 131 DPR 21, 37 (1992) (el estándar probatorio de probabilidad de confusión se hace a base en la preponderancia de la prueba). Véase también *KP Permanent Make-Up, Inc. v. Lasting Impression I, Inc.*, 543 U.S. 111, 118-20 (2004).

⁶⁷⁰ *Posadas de PR*, 131 DPR en la pág. 37. Véase también *Island Ice Smoothies, Inc. v. Ice Chill & Grill Guynabo Inc.*, KLAN201200820, 2013 WL 1207578 (TA PR 27 de febrero de 2013).

⁶⁷¹ Véase 10 LPRR § 223j.

⁶⁷² *Id.* § 223c.

⁶⁷³ *Posadas de PR*, 131 DPR en la pág. 39.

⁶⁷⁴ *Id.*

marcas del gobierno de Puerto Rico vigente.⁶⁷⁵ Para determinar si una palabra es genérica será necesario evaluar el significado primario que la mayoría de los consumidores le otorgan en determinado mercado.⁶⁷⁶ Segundo, la marca descriptiva “identifica características o cualidades de un producto o servicio, [y] puede llegar a ser de uso exclusivo únicamente si dicha marca [adquiere] un significado secundario [en inglés, *secondary meaning*]”.⁶⁷⁷ Esta interpretación también se recogió en la *Ley de marcas del gobierno de Puerto Rico* vigente.⁶⁷⁸

Respecto al *significado secundario* o el *carácter distintivo*, este se obtiene cuando el consumidor asocia la marca con un producto o servicio particular.⁶⁷⁹ Es decir, aunque de ordinario una palabra o frase se utiliza para describir, por ejemplo el *café rico*, el consumidor la asocia con una fuente particular, en este ejemplo sería la marca *Café Rico*. Este fenómeno surge del esfuerzo del dueño de la marca y del reconocimiento público como consecuencia del tiempo en el uso de la marca, esto incluye los anuncios, el volumen de ventas y los esfuerzos que se llevaron a cabo para proteger la marca e inclusive luego de considerar en su totalidad las marcas en disputa.⁶⁸⁰ Esto es una cuestión de hechos.⁶⁸¹

Tercero, las marcas sugestivas “son aquellas que sugieren mediante un esfuerzo de la imaginación del consumidor alguna característica del producto o servicio”.⁶⁸² Cuarto, la marca arbitraria o imaginable “no guarda relación con las características del producto o servicio que identifica la marca . . . [S]on aquellas palabras que se inventan los comerciantes con el propósito de utilizarlas como marcas, como por ejemplo, las marcas Xerox y Kodak”.⁶⁸³

Las marcas arbitrarias o imaginables y las sugestivas “están sujetas a protección para el uso exclusivo del que las reclama”,⁶⁸⁴ sin necesidad de desarrollar un *significado secundario* o *carácter distintivo*.⁶⁸⁵ Por ende, las marcas sugestivas y las marcas arbitrarias o imaginables, por ser inherentemente distintivas, adquieren protección inmediata una vez se utilicen en el comercio.

ii. El estándar de probabilidad de confusión

En Puerto Rico no existe una norma precisa para determinar la existencia de probabilidad de confusión porque depende de las circunstancias de cada caso en particular.⁶⁸⁶ El TSPR ha dicho que los tribunales deberán hacer un balance de los siguientes elementos: (1) la similitud entre las marcas; (2) la similitud de los productos o servicios; (3) la fuerza de la marca o su distintivo; (4) la intención del segundo usuario al adoptar la marca; y (5) la evidencia de confusión actual o real.⁶⁸⁷ Lo que se busca con estos requisitos es analizar si “un comprador prudente y razonable puede comprar un producto o servicio bajo la creencia que está comprando otro producto. . .” o servicio.⁶⁸⁸

⁶⁷⁵ 10 LPRÁ § 223c (5).

⁶⁷⁶ *Posadas de PR*, 131 DPR en la pág. 39.

⁶⁷⁷ *Id.* en la pág. 38.

⁶⁷⁸ 10 LPRÁ § 223c (4), (7). Véase *Federation des Ind. v. Ebel*, 172 DPR 615, 638-40 (2007).

⁶⁷⁹ *Cooperativa Cafeteros v. Colón Colón*, 91 DPR 372, 387 (1964).

⁶⁸⁰ *Id.* en las págs. 387-89. Véase también *Nieves*, *supra* nota 5, en la pág. 90.

⁶⁸¹ *Id.*

⁶⁸² *Posadas de PR*, 131 DPR en la pág. 37.

⁶⁸³ *Id.*

⁶⁸⁴ *Id.*

⁶⁸⁵ *Id.*

⁶⁸⁶ *Id.* en la pág. 45.

⁶⁸⁷ *Id.*

⁶⁸⁸ *Id.* en la pág. 43.

Primero, “[p]ara que se establezca una *probabilidad* de confusión, es necesario que exista una *similitud* de las marcas [en disputa] aunque este factor, por sí solo, no ocasione dicha confusión”.⁶⁸⁹ De hecho, aunque “el *grado de similitud* entre marcas se determina comparando ambas marcas en su totalidad,”⁶⁹⁰ las marcas no tienen que ser idénticas pues es suficiente que se copie o imite la parte sustancial o dominante de la marca.⁶⁹¹

Segundo, “mientras más cercana sea la similitud entre dos (2) productos o servicios más probabilidad existe de que se cree confusión”.⁶⁹² Bajo este factor, los tribunales deben considerar la proximidad del mercado o territorio al que van dirigidas las marcas.⁶⁹³ “No se requiere que el servicio o su mercado sean idénticos, pero sí, que sean lo suficientemente similares que hagan hacer creer al público que ambos tienen un origen o una afiliación común”.⁶⁹⁴

Tercero, cuando hablamos de la fuerza de la marca o su distintivo, hacemos alusión tanto al espectro de distintividad según se expuso anteriormente, como a la fuerza de una marca para identificar la fuente de un producto o servicio en un mercado específico, que en ciertas instancias podría ser diferente al espectro de distintividad.⁶⁹⁵ Según el TSPR: “La *fuerza* de una marca depende de su distintivo o la tendencia de identificar los servicios ofrecidos bajo una marca como pertenecientes a, o provenientes de, una fuente en particular”.⁶⁹⁶ Por su parte, este criterio de “*fuerza o debilidad* de una marca determina el grado de protección a brindarse a la marca sobre otras similares”.⁶⁹⁷ Por lo tanto, “[l]a marca *fuerte* tiene una mayor esfera de protección mientras que la protección de una marca *débil* estará limitada a evitar que productos o servicios *estrechamente* relacionados utilicen marcas similares”.⁶⁹⁸

Por ende, si una marca es *fuerte* o *débil* dependerá del mercado particular donde se utiliza la marca.⁶⁹⁹ En caso de que se considere una marca como *débil*, “exist[irá] probabilidad de confusión entre dos (2) marcas. . . si sus nombres y productos o servicios son iguales.”⁷⁰⁰ Este análisis no se hace en un vacío, el TSPR indica que:

La categorización de una palabra o frase en derecho marcario se examina a base de la relación entre el producto o servicio y la marca en cuestión y a base del mercado a quien va dirigido el producto. Una palabra puede ser genérica para determinado producto o servicio por determinar su género, más puede ser descriptiva o arbitraria para otros. Por otro lado, puede que una palabra sea genérica para determinado mercado, mas no para otros.⁷⁰¹

⁶⁸⁹ *Id.* en la pág. 47 (a nuestro parecer, y en términos prácticos, este análisis conlleva el estudio del mercado relevante donde se utilicen las marcas en disputa debido a que es posible que una marca sea distintiva en el mercado de Puerto Rico, mas no en el de Estados Unidos, o algún otro estado).

⁶⁹⁰ *Id.* (citando a *Cooperativa Cafeteros v. Colón Colón*, 91 DPR 372 (1964)).

⁶⁹¹ *Id.* Véase también *AMF Inc. v. Sleekcraft Boats*, 599 F.2d 341 (9th Cir. 1979) (“similarities weigh more heavily than differences. . . . Convergent marketing channels increase the likelihood of confusion.”).

⁶⁹² *Posadas de PR*, 131 DPR en la pág. 48.

⁶⁹³ *Id.* en la pág. 48.

⁶⁹⁴ *Id.*

⁶⁹⁵ *Id.* en la pág. 45.

⁶⁹⁶ *Id.*

⁶⁹⁷ *Id.* en la pág. 46.

⁶⁹⁸ *Id.*

⁶⁹⁹ *Id.*

⁷⁰⁰ *Id.*

⁷⁰¹ *Id.* en la pág. 40.

Asimismo, la jurisprudencia reconoce que la evidencia de que una marca es extensamente utilizada por terceros en la misma industria o mercado es altamente relevante para demostrar la debilidad de una marca.⁷⁰² Esto a su vez, afecta el grado de protección de determinada marca y debilita el argumento de probabilidad de confusión.

Cuarto, “[l]a intención del segundo usuario en adoptar una marca con el propósito de engañar al público para obtener beneficio de la reputación de su competidor, es un factor relevante que ayuda a establecer la probabilidad de confusión”.⁷⁰³ Este factor es relevante para establecer la probabilidad de confusión, pero pierde importancia si al considerar otros factores se demuestra que no hay confusión.⁷⁰⁴

Quinto y último, según la jurisprudencia, “[e]videncia de confusión actual no es necesaria para demostrar infracción de marcas, aunque constituiría la mejor evidencia para demostrar que existe una probabilidad de confusión”.⁷⁰⁵

En resumen, ante una reclamación de infracción de derecho marcario, debemos evaluar la probabilidad de confusión entre dos marcas sopesando estos cinco factores. Mientras más distintiva sea una marca, más fuerte y mayor protección tendrá; y viceversa.

CONCLUSIÓN

En este artículo expusimos las teorías principales del Derecho de Marcas, comenzamos con un breve trasfondo de los sistemas marcarios federal y local, y presentamos de forma general el estado actual del Derecho de Marcas en Puerto Rico. Sin embargo, existen muchas áreas sin explorar en este tópico. Creemos firmemente que el Derecho de Marcas tendrá mayor relevancia en Puerto Rico en la medida que el emprendimiento y el empresarismo local cobren mayor protagonismo, particularmente en el contexto de la economía creativa. Esto a su vez abrirá las puertas a que las operadoras y los operadores del Derecho exploremos formas en que este tema evolucionará, especialmente ante los tribunales, como ha ocurrido en otras jurisdicciones.

⁷⁰² *Id.* en la pág. 46.

⁷⁰³ *Id.* en la pág. 49.

⁷⁰⁴ *Id.*

⁷⁰⁵ *Id.* en la pág. 50.

CONSENTIMIENTO SEXUAL EN LAS RELACIONES DE PAREJA
A LA LUZ DE LA LEY 54: ¿HASTA DÓNDE TIRAMOS LA RAYA?

ARTÍCULO*

Mildred M. Meléndez Otero**

“To a woman the definition of rape is fairly simple. A sexual invasion of the body by force, an incursion into the private, personal inner space without consent—in short, an internal assault from one of several avenues and by one of several methods—constitutes a deliberate violation of emotional, physical, and rational integrity and is a hostile, degrading act of violence that deserves the name of rape.”⁷⁰⁶

– Susan Brownmiller

INTRODUCCIÓN

EN LA CULTURA POPULAR, SEA EN PROGRAMAS DE TELEVISIÓN COMO COMEDIAS O melodramas, o en películas y teatro, se trae a colación la típica escena de un hombre que desea tener intimidad sexual y la mujer finge tener dolor de cabeza para evitar este encuentro. Usualmente, se utiliza como una muletilla para denotar el hastío de la mujer en la relación conyugal o, en el caso del melodrama, alude a un amor prohibido por otro hombre. Ahora bien, la realidad dista mucho de lo cómico o lo romántico representado en la cultura popular.

Es complejo explorar las distintas demarcaciones del consentimiento en una relación de pareja. En primer lugar, porque socialmente se le predispone a la mujer que debe estar siempre dispuesta a la relación sexual con el hombre porque es su pareja y se supone que *quiera*. En segundo lugar, porque en la imposición de este parámetro recae el miedo subyacente a: *si no lo hago, se irá con otra*. Finalmente, en el peor de los casos, piensan: *si no lo hago, se va a enojar conmigo o me va a pegar*. Es en estos escenarios en donde la noción del consentimiento juega un rol importante. Por tal razón, el propósito de este escrito es explorar el rol del *consentimiento* dentro de la *Ley para la prevención e intervención con la violencia doméstica* (en adelante, “Ley 54”),⁷⁰⁷ sus distintas acepciones dentro de la relación de pareja, y cómo delimitar cuando la coerción o presión conlleva a que ocurra el delito de violación dentro del matrimonio o en la relación de pareja.

* A lo largo del texto, me referiré al sexo femenino, *cis*, binario, pero no por ello desconozco los otros géneros u otras relaciones de parejas posibles.

** Graduada de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico en el 2020 y Directora del Volumen 89 de la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico. Posee un B.A. en Comunicación con una concentración menor en Lenguas Extranjeras y una M.A. en Creación Literaria con especialidad en Narrativa, ambas de la Universidad del Sagrado Corazón. Trabajó como periodista independiente, promotora cultural y publicista.

⁷⁰⁶ SUSAN BROWNMILLER, *AGAINST OUR WILL: MEN, WOMEN AND RAPE* 376 (1975).

⁷⁰⁷ Ley para la prevención e intervención con la violencia doméstica, Ley Núm. 54 de 15 de agosto de 1989, 8 L.P.R.A. §§ 601-664 (2014 & Supl. 2018).

I. La manifestación de la violencia sexual en las relaciones de pareja

Tal y como señala el *Estudio integral de la violencia de género: un análisis teórico-práctico desde el derecho y las ciencias sociales*, “[e]l ámbito afectivo-familiar es un espacio especialmente proclive a la violencia machista, [porque] pertenece a la esfera de lo privado, ajeno a la intervención de lo público”.⁷⁰⁸ La violencia sufrida por la mujer es, según lo establece este texto, como una violencia “específica en la que subyace el espíritu de dominación machista sobre ella, ‘propiedad’ del marido . . .”.⁷⁰⁹ El estudio también destaca el maltrato sexual dentro de lo que se reconoce como violencia doméstica: “en muchas ocasiones nos encontramos con mujeres que, negando el haber sido obligadas a mantener relaciones sexuales, relatan su desagrado ante la necesidad de someterse a prácticas sexuales que les resultan degradantes o no deseadas”.⁷¹⁰ Además, es menester notar que existe:

[U]na alta prevalencia ante una importante dificultad en estas mujeres a la hora de discriminar si realmente han sido sometidas por la fuerza a mantener este tipo de relaciones, dado que en multitud de ocasiones se encuentran inmersas en una dinámica de victimización de larga evolución que les lleva a someterse, sin negarse, a los deseos del victimario, por temor a las consecuencias para su integridad o, en ocasiones, la de sus hijos.⁷¹¹

Estas víctimas de violencia doméstica o sexual “sufren en silencio porque ‘están acostumbradas al sistema patriarcal en el cual el hombre históricamente ha tenido permiso moral para controlar a su esposa’”.⁷¹² Es decir, estas llevan siendo víctimas de maltrato de forma consistente y consecuente, sea violencia emocional, física o psicológica, por lo que pueden llegar a desconocer cuándo inició la violencia sexual.

II. Cómo se enmarca el consentimiento dentro de la violencia doméstica

A través de la historia, el crimen de violación o agresión sexual se insertaba como un delito contra la propiedad.⁷¹³ Un hombre ajeno tomaba a la mujer de otro; si esta era una mujer virtuosa, lucharía hasta la muerte, pero si permanecía pacífica, se consideraba igual de culpable que su violador.

Como explica Susan Brownmiller en el libro *Against Our Will: Men, Women and Rape*, al momento de su publicación en la década de los setenta, “[r]ape, as the current law defines it, is the forcible perpetration of an act of sexual intercourse on the body of a woman *not one’s wife*”.⁷¹⁴ Ello implicaba que, moral, cultural y socialmente no era posible que un hombre pudiera cometer el delito de violación o agresión contra su esposa por falta del consentimiento de esta. Además, señala que: “The exemption from rape prosecutions granted to husbands who force their wives into acts of sexual union by physical means is as ancient as the original definition of criminal rape, which was synonymous with that quaint

⁷⁰⁸ MARÍA MARTÍN SÁNCHEZ ET AL., ESTUDIO INTEGRAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO: UN ANÁLISIS TEÓRICO-PRÁCTICO DESDE EL DERECHO Y LAS CIENCIAS SOCIALES 84 (2018).

⁷⁰⁹ *Id.* en la pág. 85.

⁷¹⁰ *Id.* en la pág. 633.

⁷¹¹ *Id.*

⁷¹² RUTH E. ORTEGA-VÉLEZ, SOBRE... VIOLENCIA DOMÉSTICA 30 (2005) (citando a las psicólogas Mercedes R. Alvarado & Gloria Mock-Montes en el artículo de Jocelyn Annette Géliga, *Violencia contra la mujer*, DIÁLOGO, agosto 1988, en la pág. 15, https://issuu.com/coleccionpuertorriquena/docs/dialogo_agosto_1998).

⁷¹³ BROWNMILLER, *supra* nota 706, en la págs. 16-30.

⁷¹⁴ *Id.* en la pág. 380. (En varias jurisdicciones, al igual que en la nuestra, el delito de agresión sexual está incluido como uno de los elementos de la violencia doméstica).

phrase of Biblical origin, 'unlawful carnal knowledge'.⁷¹⁵ No obstante, en Puerto Rico, tras la lucha de los grupos feministas,⁷¹⁶ se logró rebasar esta noción poco escrupulosa e incluir la agresión sexual dentro de las vejaciones sufridas por una víctima de violencia doméstica subyugada a esa dinámica de poder y control. De tal forma, la Ley 54 define la violencia doméstica en el artículo 1.3 (p) como:

[U]n patrón de conducta constante de empleo de fuerza física o violencia psicológica, intimidación o persecución contra una persona por parte de su cónyuge, ex cónyuge, una persona con quien cohabita o haya cohabitado, con quien sostiene o haya sostenido una relación consensual o una persona con quien se haya procreado una hija o un hijo, independientemente del sexo, estado civil, orientación sexual, identidad de género o estatus migratorio de cualquiera de las personas involucradas en la relación, para causarle daño físico a su persona, sus bienes o a la persona de otro o para causarle grave daño emocional.⁷¹⁷

Cuando se habla de violación, abuso o agresión sexual, en muchas ocasiones las jurisdicciones definen los términos de forma diferente. En nuestra jurisdicción es en el artículo 3.5 de la Ley 54, donde se establece lo concerniente a la *agresión sexual conyugal*.⁷¹⁸ En este artículo se explica cuándo es que ocurre una agresión sexual conyugal:

- (a) Si se ha compelido a incurrir en relación sexual mediante el empleo de fuerza, violencia, intimidación o amenaza de grave e inmediato daño corporal; o
- (b) si se ha anulado o disminuido sustancialmente, sin su conocimiento o sin su *consentimiento*, su *capacidad de consentir*, a través de medios hipnóticos, narcóticos, deprimentes o estimulantes o sustancias o medios similares; o
- (c) si por enfermedad o incapacidad mental, temporal o permanente, la víctima está incapacitada para comprender la naturaleza del acto en el momento de su realización; o
- (d) si se le obliga o induce mediante maltrato, violencia física o psicológica a participar o involucrarse en una relación sexual no deseada con terceras personas.⁷¹⁹

Este es el único artículo en la Ley 54 que hace mención sobre el aspecto del *consentimiento*, sin embargo, carece de definición. Actualmente, el Estado a través de su política pública no ha definido el término *consentimiento* y lo que esto implica. Por ello, para propósitos de este escrito, utilizaré la definición de consentimiento que ofrece la organización *Planned Parenthood*, la cual denomina la ausencia de este como el factor principal para denominar el delito de agresión sexual.⁷²⁰ Es decir, que la falta de consentimiento para tener sexo, o si

⁷¹⁵ *Id.*

⁷¹⁶ Para conocer más sobre el trasfondo de la lucha para lograr tener una ley que criminalizara la violencia contra la mujer en el matrimonio, véase Xiomara Torres Rivera & Yelitza Rosario Ramos, *La ley que ha salvado la vida de miles de mujeres cumple 30 años*, TODAS, (8 de agosto de 2019), <https://www.todaspr.com/la-ley-que-ha-salvado-la-vida-de-miles-de-mujeres-cumple-30-anos/>.

⁷¹⁷ Ley para la prevención e intervención con la violencia doméstica, Ley Núm. 54 de 15 de agosto de 1989, 8 LPRA § 602 (2014 & Supl. 2018).

⁷¹⁸ *Id.* § 635.

⁷¹⁹ *Id.* (énfasis suplido).

⁷²⁰ Planned Parenthood, *Consentimiento sexual*, PLANNED PARENTHOOD (2020), <https://www.plannedparenthood.org/es/temas-de-salud/relaciones/consentimiento-sexual>.

alguien fuerza a la víctima a tener una conducta sexual no deseada se considera una agresión sexual.⁷²¹ Por tal razón, define la agresión sexual o abuso como un “contacto sexual no deseado. Sucede cuando alguien usa su fuerza o presión (sea física o emocional) para que hagas alguna cosa de tipo sexual”.⁷²² A su vez, define la violación como el acto en el que “alguien te fuerza o presiona para que tengas sexo”.⁷²³ Estas definiciones permitirán entrar de lleno en el análisis de las implicaciones del consentimiento.

III. Hablemos de consentimiento

A. Definición de consentimiento

Tras la aparición del movimiento *Me too* o *#MeToo*, se comenzó a tener una discusión activa sobre cuál debe ser el concepto ideal del consentimiento.⁷²⁴ Según *Planned Parenthood*, el consentimiento ocurre cuando una persona está “activamente de acuerdo con realizar actividades de índole sexual con [otra] persona”.⁷²⁵ Dicha organización caracteriza el consentimiento de la siguiente manera:

- a. *Se da libremente*. Consentir es una opción que tomas sin presión, sin manipulación o sin la influencia de las drogas o el alcohol.
- b. *Es entusiasta*. Cuando se trata de sexo, debes hacer las cosas que [deseas] hacer, no lo que se espera que hagas.
- c. *Es específico*. Decir que sí a algo (como ir a besarse al dormitorio) no significa que aceptes hacer otras cosas (como tener relaciones sexuales).
- d. *Se brinda estando informado*. Solo puedes consentir algo si tienes toda la información al respecto. Por ejemplo, si alguien dice que usará un condón y luego no lo hace, no hubo consentimiento total.
- e. *Es reversible*. Todos pueden cambiar de parecer sobre lo que desean hacer, en cualquier momento. Incluso si ya lo hicieron antes y ambos están desnudos en la cama.⁷²⁶

No obstante, el consentimiento en el matrimonio ha sido evaluado de forma diferente, según lo destaca Brownmiller: “The concept of consent rears its formidable head in the much debated laws of statutory rape, but here consent is construed in the opposite sense—not as something that cannot be retracted, as in marriage, but as something that cannot be given”.⁷²⁷ Evoca el imaginario construido alrededor del deber inalienable de la esposa de satisfacer el deseo sexual del hombre, sin ella poder considerar sus propios deseos o necesidades.

⁷²¹ Planned Parenthood, *Agresión sexual, abuso y violación*, PLANNED PARENTHOOD (2020), <https://www.plannedparenthood.org/es/temas-de-salud/para-adolescentes/bullying-seguridad-y-privacidad/agresion-sexual-abuso-y-violacion>.

⁷²² *Id.*

⁷²³ *Id.*

⁷²⁴ *Me Too* es un movimiento fundado por la defensora de derechos civiles, Tarana Burke, en el 2006 para ayudar a sobrevivientes de violencia sexual y concientizar sobre la impunidad de los atacantes. Véase Aisha Harris, *She Founded Me Too. Now She Wants to Move Past the Trauma*, N. Y. TIMES, (Oct. 15, 2018), <https://www.nytimes.com/2018/10/15/arts/tarana-burke-metoo-anniversary.html>.

⁷²⁵ Planned Parenthood, *Consentimiento sexual*, PLANNED PARENTHOOD (2020), <https://www.plannedparenthood.org/es/temas-de-salud/relaciones/consentimiento-sexual>.

⁷²⁶ *Id.*

⁷²⁷ BROWNMILLER, *supra* nota 1, en la pág. 382.

Ante esto, en el acercamiento al término *consentimiento*, contemplo cuatro posibles variantes: (1) consentimiento afirmativo; (2) consentimiento viciado; (3) sumisión pasiva; y (4) consentimiento entusiasta.⁷²⁸ El *consentimiento afirmativo* trae consigo su propio bagaje de reproches. Para muchas personas un *sí*, no necesariamente es un *sí*, porque ese *sí* puede estar imbuido de miedos, inseguridades o concepciones culturales conservadoras. Aunque para Stephen J. Schulhofer, este debería ser el estándar, y su razonamiento es: “This standard simply says that people do not want to be sexually penetrated unless and until they indicate (by words or actual conduct) that they do”.⁷²⁹

De igual forma, existe el elemento del *consentimiento viciado*, el cual se concreta cuando, mediante engaño se busca mantener el acto sexual. Por otra parte, se considera la *sumisión pasiva* como aquella que permite ampliar el rango de situaciones en las que la víctima adopta una postura pasiva para evitar un daño mayor o la pérdida de la vida. La sumisión pasiva queda ejemplificada en casos como el de *la Manada*.⁷³⁰ Finalmente, el *consentimiento entusiasta* es lo que la terapeuta sexual, Vanessa Marin explica como: “You’re not just agreeing to do it because you feel pressured to in some way; you’re genuinely excited. People are becoming more aware that enthusiastic consent is an essential part of a happy and healthy sex life”.⁷³¹ Idealmente, este debería ser el tipo de consentimiento que las parejas busquen.

B. Falta de consentimiento

Dentro del ordenamiento jurídico vigente hay ciertas colusiones en cuanto a la tipicidad del delito, si lo fuéramos a enmarcar solo en la ausencia de consentimiento. En el artículo *El (limitado) rol de la falta de consentimiento en el delito de agresión sexual*, el profesor Oscar Miranda-Miller explica:

La doctrina de error de tipo, según incorporada en el Derecho Penal puertorriqueño, proviene de la tradición jurídica civil continental. Se habla de error *de tipo* porque cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de alguno de los elementos del delito repercute en la *tipicidad* de la conducta de la persona acusada, en la medida en que niega el elemento subjetivo del delito (de ordinario, la intención). En otras palabras, no puede afirmarse que actúa con intención quien, debido a un error de tipo, desconoce que su conducta satisface los elementos de un delito. La persona

⁷²⁸ Para usar estas variantes me baso en las lecturas de los profesores Schulhofer, Brownmiller, Miranda-Miller y las lecturas realizadas en el curso *Autonomía Sexual, Derecho Penal y Cambio Social* del profesor Luis E. Chiesa.

⁷²⁹ Stephen J. Schulhofer, *Reforming the Law of Rape*, 35 LAW & INEQ. REV. 335, 345 (2017).

⁷³⁰ Caso visto en España, en el que un grupo de cinco hombres violaron a una joven de 18 años en un portal durante las fiestas de San Fermín en Pamplona, en el año 2016. A los acusados se les penó a nueve años de cárcel por abuso sexual continuado; el Tribunal no lo interpretó como un delito de violación, porque no hubo a su entender violencia ni intimidación. Tras ello fueron excarcelados, pero los cinco condenados (José Ángel Prenda, Alfonso Jesús Cabezuelo, Ángel Boza, Antonio Manuel Guerrero y Jesús Escudero) están en prisión desde el 21 de junio de 2019, cuando el Tribunal Supremo español revocó la sentencia de la Audiencia Provincial y el Tribunal Superior de Justicia de Pamplona. El pasado 4 de junio de 2020 fueron condenados por la Audiencia Provincial Navarra por otra violación ocurrida en Pozoblanco, España también en el 2016. De igual forma, un hombre, ajeno a La Manada, fue condenado por difundir la imagen del rostro de la víctima de Pamplona en Twitter. Para conocer más detalles sobre este caso, véase *Caso La Manada*, EL PAÍS, <https://elpais.com/noticias/caso-la-manada/> (última visita 11 de junio de 2020).

⁷³¹ Vanessa Marin, *How To Ask for Enthusiastic Consent*, LIFE HACKER (Apr. 23, 2019, 11:00 AM), <https://lifelifehacker.com/how-to-ask-for-enthusiastic-consent-1834048510>.

que actúa bajo un error de tipo conoce lo que está prohibido, pero no comprende o no se da cuenta de que está incurriendo en esa conducta.⁷³²

Entonces, ¿cómo se puede delimitar el consentimiento en la conducta sexual de una relación de pareja, cuando, lamentablemente, las personas no son capaces de identificar el consentimiento o la ausencia de este? El profesor Miranda-Miller señala que “conforme al entendido tradicional, aunque una persona diga que no quiere tener relaciones sexuales, eso sin más no basta para que otra persona cometa el delito de *rape* al penetrarla sexualmente”.⁷³³ Cabe señalar que a lo largo de su escrito el profesor utiliza el término *rape*, porque analiza el delito desde la perspectiva histórica y segundo, “[e]n una gran cantidad de las jurisdicciones de los Estados Unidos (quizás la mayoría, e incluyendo a Puerto Rico), una penetración sexual no constituye el delito de *rape* —o su equivalente funcional— a menos que medie el empleo de *fuerza o amenaza*”.⁷³⁴

Ante este panorama jurídico, deseo señalar que, aunque la definición del término *rape* en español es violación e implica el uso de la violencia, soy partidaria de enmendar la definición dada por Brownmiller, utilizada como epígrafe en este escrito. Para esta definición, enfatizo en el elemento de *invasión sexual del cuerpo* sin que se haya dado un consentimiento entusiasta, o sin que medie violencia o fuerza, “un asalto interno desde una de varias vías y por uno de varios métodos [que] constituye una violación deliberada de la integridad emocional, física y racional”.⁷³⁵

IV. El consentimiento en una relación de pareja

¿Cómo delimitamos la existencia o no de la violación dentro de la relación de pareja, cuando no tenemos claro lo que es el consentimiento? Es escalofriante pensar que, si se aplican los rudimentos del consentimiento antes descritos, se implica que al menos la gran mayoría de las mujeres han sido víctimas de agresión sexual o violación en diversas ocasiones por una o más parejas sexuales. Dentro de estas dinámicas de poder, surge la coerción o presión que lleva a un supuesto *consentimiento afirmativo* y conduce a que acontezca el delito de violación dentro del matrimonio o relación de pareja. Basándonos en el contexto ofrecido por el *Estudio integral de la violencia de género: un análisis teórico-práctico desde el derecho y las ciencias sociales*, citado anteriormente, al no mediar fuerza, esto refleja una seria dificultad, para la víctima/cónyuge, para poder identificar si está siendo víctima de una agresión sexual dentro de la relación conyugal o de pareja.⁷³⁶

⁷³² Oscar E. Miranda Miller, *El (limitado) rol de la falta de consentimiento en el delito de agresión sexual*, 84 REV. JUR. UPR 413, 435-36 (2015).

⁷³³ *Id.* en la pág. 414.

⁷³⁴ *Id.*

⁷³⁵ BROWNMILLER, *supra* nota 706 (traducción suplida).

⁷³⁶ Destacamos la nota al calce 72 del caso *Pueblo v. Flores Flores* en el que el Tribunal Supremo expone la novedad de incluir el delito de violación dentro de la Ley Núm. 54:

El delito de agresión sexual conyugal tipificado en la Ley 54 fue innovador cuando ésta se aprobó en 1989. Esto porque el *Código Penal vigente disponía que el delito de violación no se cometía contra la mujer “propia”, es decir, contra la esposa. Por lo tanto, la Ley de Violencia Doméstica incorporó este elemento del delito. Sin embargo, en el Nuevo Código Penal de 2004 se incluyó el delito de agresión sexual que puede cometerse también contra la esposa, e incluso, el esposo.*

Pueblo v. Flores Flores, 181 DPR 225, 270 n.72 (2011) (énfasis suplido).

En los casos de violencia doméstica, la extensión de daños en muchas ocasiones se analiza desde el contexto de *daños continuados*. Específicamente en el caso *Santiago v. Ríos Alonso*, el Tribunal Supremo expresó que:

[C]orrespondiente a las acciones donde cada acto de violencia, tanto físico como emocional, forma parte de un patrón, ambiente o ciclo de maltrato e intimidación, el último incidente de maltrato, cuando la víctima rompe con el ciclo de maltrato y reconoce que ha sufrido un daño cierto, es el que activa la causa de acción y, en consecuencia, constituye el momento a partir del cual puede ejecutarse.⁷³⁷

Si bien dentro de la Ley Núm. 54 no se requiere que sean actos frecuentes o cíclicos para denunciar, en el caso *Santiago v. Ríos Alonso* el Tribunal explica que:

El maltrato en casos de violencia doméstica se compone, de ordinario, de un daño encadenado y cíclico que forma un patrón de conducta. En otras palabras, y por su propia naturaleza, este tipo de reclamación, esto es, daños por el maltrato físico y emocional durante una relación consensual, ordinariamente presenta una serie de actos que, en conjunto, producen el efecto dañino motivo del resarcimiento invocado. Es la consecuencia dañina de dichos actos conjuntos por lo que la parte perjudicada pretende que se le compense.⁷³⁸

Esta incongruencia, entre la Ley 54 y la jurisprudencia deja la siguiente interrogante: ¿Qué procede entonces en estos casos? Si se piensa en la prescindida política pública del Estado sobre la educación con perspectiva de género y la educación sexual integral,⁷³⁹ ¿cómo se logra que la posible víctima identifique cuándo han violado su consentimiento? Para atender esta situación se debe hacer un acercamiento al concepto de igualdad para reconocer que la violación, la agresión o el abuso sexual están intrínsecamente ligados a la desigualdad social y política.⁷⁴⁰ Como señala la profesora Esther Vicente, “[l]a gran dificultad que confronta la adecuada implantación de la Ley Núm. 54 y su política pública no es la falta de normas y disposiciones legales bien intencionadas, el obstáculo es la *resistencia al cambio de actitudes que requiere*”.⁷⁴¹

En primer lugar, sugiero que el Estado adopte una definición oficial de lo que es el *consentimiento* dentro de la Ley Núm. 54. Recomiendo la acepción del *consentimiento entusiasta*, que promueve además una sexualidad positiva y una comunicación constante entre los participantes de un acto sexual. Entiendo que en la medida en que se adopten unos parámetros en los que se comprenda que el consentimiento debe ser entusiasta y asertivo, y que, de la misma forma, este puede ser retirado en cualquier momento de la relación sexual ayudará a promover un espacio seguro dentro de la intimidad conyugal o de pareja.

⁷³⁷ *Santiago v. Ríos Alonso*, 156 DPR 181, 184 (2002).

⁷³⁸ *Id.* en las págs. 196-97.

⁷³⁹ Véase Loida Martínez Ramos, *Una historia de las políticas educativas relacionadas con género en Puerto Rico*, 46 REV. PEDAGOGÍA, 93-109, diciembre de 2013, <https://revistas.upr.edu/index.php/educacion/article/view/16417/13953>.

⁷⁴⁰ Catherine A. MacKinnon, *A Sexual Approach to Sexual Assault*, 989 ANN. N.Y. ACAD. SCI. 265, 266 (2003).

⁷⁴¹ Esther Vicente, *Una ley mal tratada: el Tribunal Supremo del siglo 21 ante la violencia, las mujeres y el género*, 46 REV. JUR. UIPR 95, 104 (2012). (La autora hace referencia de forma directa a los informes anuales sobre el proceso de implantación de la Ley 54, preparados por la Comisión para los Asuntos de la Mujer y por la Oficina de la Procuradora de las Mujeres desde 1990 hasta el año 2012, momento de publicación del artículo).

En segundo lugar, se debe analizar qué tipo de acercamiento legal se hará cuando se pueda identificar si el consentimiento fue viciado, afirmativo o de sumisión pasiva. Esto es esencial para poder delimitar el plan de acción para trabajar con la víctima y el victimario. Esta tarea no es sencilla, ya que, al no mediar el factor de la violencia, prescindimos del elemento más reconocido y aceptado dentro de la sociedad cuando ocurre un delito de violación. Actualmente el delito es nombrado en el Código Penal de Puerto Rico como *agresión sexual* y desglosa los agravantes del delito desde circunstancias de minoridad, incapacidad, violencia y falta de consentimiento.⁷⁴²

⁷⁴² El artículo 130 del Código Penal de Puerto Rico dispone:

Será sancionada con pena de reclusión por un término fijo de cincuenta (50) años, más la pena de restitución, salvo que la víctima renuncie a ello, toda persona que, a propósito, con conocimiento o temerariamente lleve a cabo, o que provoque que otra persona lleve a cabo, un acto orogenital o una penetración sexual vaginal o anal ya sea ésta genital, digital, o instrumental, en cualquiera de las circunstancias que se exponen a continuación:

- (a) Si la víctima al momento del hecho no ha cumplido dieciséis (16) años de edad, salvo cuando la víctima es mayor de catorce (14) años y la diferencia de edad entre la víctima y el acusado es de cuatro (4) años o menos.
- (b) Si por enfermedad o incapacidad mental, temporal o permanentemente, la víctima está incapacitada para comprender la naturaleza del acto en el momento de su relación.
- (c) Si la víctima fue compelida al acto mediante el empleo de fuerza física, violencia, intimidación o amenaza de grave o inmediato daño corporal.
- (d) Si a la víctima se le ha anulado o disminuido sustancialmente, sin su conocimiento o sin su consentimiento, su capacidad de consentir a través de medios hipnóticos, narcóticos, deprimentes o estimulantes o de sustancias o medios similares.
- (e) Si a la víctima se le obliga o induce mediante maltrato, violencia física o psicológica a participar o involucrarse en una relación sexual no deseada con terceras personas.

Será sancionada con pena de reclusión por un término fijo de veinticinco (25) años, más la pena de restitución, salvo que la víctima renuncie a ello, toda persona que, a propósito, con conocimiento o temerariamente lleve a cabo, o que provoque que otra persona lleve a cabo, un acto orogenital o una penetración sexual vaginal o anal ya sea ésta genital, digital, o instrumental, en cualquiera de las circunstancias que se exponen a continuación:

- (f) Si al tiempo de cometerse el acto, la víctima no tuviera conciencia de su naturaleza y esa circunstancia fuera conocida por el acusado.
- (g) Si la víctima se somete al acto mediante engaño, treta, simulación u ocultación en relación a la identidad del acusado.
- (h) Cuando la persona acusada se aprovecha de la confianza depositada en ella por la víctima mayor de dieciséis (16) años con la cual existe una relación de superioridad por razón de tenerla bajo su custodia, tutela, educación primaria, secundaria o especial tratamiento médico o psicoterapéutico, consejería de cualquier índole, o por existir una relación de liderazgo de creencia religiosa con la víctima o de cualquier otra índole con la víctima.

El Tribunal podrá considerar en la imposición de la pena las siguientes circunstancias agravantes a la pena:

- (1) se cometa en el hogar de la víctima, o en cualquier otro lugar donde ésta tenga una expectativa razonable de intimidad;
- (2) resulte en un embarazo; o
- (3) resulte en el contagio de alguna enfermedad venérea, siendo este hecho conocido por el autor.
- (4) si la conducta tipificada en el inciso (c) de este Artículo se comete en contra de la persona de quien el autor es o ha sido cónyuge o conviviente, o ha tenido o tiene relaciones de intimidad o noviazgo, o con la que tiene un hijo en común.

Si la conducta tipificada en el inciso (a) se comete por un menor que no ha cumplido dieciocho (18) años de edad, será sancionado con pena de reclusión por un término fijo de ocho (8) años, de ser procesado como adulto. Esta pena de reclusión no aplicará cuando la víctima sea mayor

En tercer lugar, se debe realizar una revalorización de la postura del Estado de limitar la educación sexual integral, reconociendo la perspectiva de género, para que nuestros jóvenes tengan acceso a información que no parta de la heteronormatividad, ni de la abstinencia y se ofrezca en un espacio seguro.

CONCLUSIÓN

La *Ley para la prevención e intervención con la violencia doméstica* se creó a partir de las luchas de agrupaciones feministas para que se reconociera el grave problema social que enfrentaba el País, en lo que concierne a la violencia de género. A pesar de la implementación de esta Ley, la problemática continúa siendo un problema social y de salud pública. Sin embargo, y considerando las múltiples enmiendas, falta discernir lo que implica el rol del *consentimiento* dentro de la Ley; cómo se interpreta dentro del marco de la intimidad de la relación de pareja, y cómo delimitar cuándo la coerción o presión conlleva a que la víctima ofrezca un *consentimiento afirmativo*, que no refleja asertividad o entusiasmo.

Según discutido previamente, la gran dificultad al definir si hubo o no agresión sexual se debe a que el concepto *de dar el consentimiento* se torna difuso cuando estamos en una relación de pareja o por la continuidad del maltrato cíclico en un caso de violencia doméstica. Ello provoca que la víctima no logre discernir si se ha sometido voluntariamente a mantener relaciones sexuales. Además, identificamos cuatro tipos de acercamientos al término del consentimiento: (1) el consentimiento afirmativo; (2) consentimiento viciado; (3) sumisión pasiva, y (4) consentimiento entusiasta. Este último es el modelo ideal para una relación sexual saludable, en el que las partes tienen pleno uso de su autonomía corporal y la asertividad sexual necesaria para mantener una relación consensual de respeto y afecto mutuo. Del mismo modo, enfatizamos la urgencia para que el Estado asuma una postura con respecto a lo que es el consentimiento, las protecciones y las medidas paliatorias para erradicar este mal, al menos empezando por las relaciones de pareja.

de catorce (14) años y la diferencia de edad entre la víctima y el acusado es de cuatro (4) años o menos, conforme se dispone en el inciso (a) de este Artículo.

CÓD. PEN. PR art. 130, 33 LPRA § 5191 (2010 & Supl. 2018).



REVISTA JURÍDICA
UNIVERSIDAD DE PUERTO RICO



Universidad de Puerto Rico