



Revista



Jurídica

Colegio de
Abogados y Abogadas
de Puerto Rico

Vol. 77 Núm. 1 - 2019



DECANOS Y PRESIDENTES DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS DE PUERTO RICO, 1840*

DECANOS

Lcdo. Juan Vicente de Goicoechea
Lcdo. Agustín M. de Sigardo 1842-1847
Lcdo. Fernando José Montilla 1848-1849
Lcdo. Juan de Mata Aybar 1851
Lcdo. Manuel Valdez Linares 1851-1874
Lcdo. Pablo Sáez Aldao 1875-1877
Lcdo. José Quiñones 1878-1880
Lcdo. Hilario Cuevillas 1881-1902
Lcdo. Rafael López Landrón 1901
Lcdo. Juan Hernández López 1903

PRESIDENTES

Lcdo. Benigno Fernández García 1934-1936
Lcdo. Mariano Acosta Velarde 1936-1938
Lcdo. Benicio Sánchez Castaño 1938-1943
Lcdo. Samuel R. Quiñones 1943-1945
Lcdo. Rafael Rivera Zayas 1945-1946
Lcdo. Francisco M. Susoni, Jr. 1946-1947
Lcdo. Benicio Sánchez Castaño 1947-1954
Lcdo. Félix Ochoteco, Jr. 1954-1956
Lcdo. Luis R. Polo 1956-1958
Lcdo. Baldomero Freyre 1958-1959
Lcdo. Manuel Abreu Castillo 1959-1961
Lcdo. José Raúl Cancio 1961-1962
Lcdo. Manuel Abreu Castillo 1962-1964
Lcdo. Noel Colón Martínez 1964-1966
Lcdo. William Fred Santiago 1966-1968
Lcdo. Rodolfo Cruz Contreras 1968-1970
Lcdo. Francisco Aponte Pérez 1970-1972
Lcdo. R. Elfrén Bernier 1972-1973
Lcdo. Arturo Negrón García 1973-1974
Lcdo. José H. Picó 1974-1976
Lcdo. Graciany Miranda Marchand 1977-1978
Lcdo. Ángel L. Tapia Flores 1978-1980
Lcdo. Luis F. Camacho 1980-1982
Lcdo. Arturo Negrón García 1982-1984
Lcdo. Abrahán Díaz González 1984-1986
Lcdo. Hector Lugo Bougal 1986-1988
Lcda. Nora Rodríguez Matías 1988-1990
Lcdo. José M. Sagardía Pérez 1990-1992
Lcdo. Carlos R. Noriega Rodríguez 1992-1994
Lcdo. Harry Anduze Montaña 1994-1996
Lcdo. Manuel E. Arraiza Reyes 1996-1998
Lcdo. Eduardo Villanueva Muñoz 1998-2000
Lcdo. Jaime Ruberté Santiago 2000-2002
Lcdo. Arturo Luis Dávila Toro 2002-2003
Lcdo. Carlos Mondríguez Torres 2003-2004
Lcdo. Julio Fontanet Maldonado 2004-2006
Lcda. Celina Romany Siaca 2006-2008
Lcdo. Arturo L. Hernández González 2008-2010
Lcdo. Osvaldo Toledo Martínez 2010-2012
Lcda. Ana I. Rivera Lassén 2012-2014
Lcdo. Mark Anthony Bimbela 2014-2016
Lcdo. Alejandro Torres Rivera 2016-2018
Lcdo. Edgardo M. Román Espada 2018-2020

* Durante la época de la Asociación de Abogados de Puerto Rico, (1911-1934) presidieron la misma entre otros, los licenciados Francisco de Paula Acuña, Luis Muñoz Morales, Jacinto Texidor y Alcalá del Olmo, Leopoldo Feliú y el Dr. Juan B. Soto.



DIRECTORES DE LA REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS DE PUERTO RICO¹

PRIMERA ÉPOCA 1914-1919

Jorge V. Domínguez – enero 1914 - julio 1915
Luis Muñoz Morales – julio 1915 - diciembre 1919

SEGUNDA ÉPOCA 1935-1951

Félix Ochotecho, Jr. – julio 1935 - agosto 1936
Gustavo Cruzado Silva – septiembre 1936 - agosto 1937
Gaspar Rivera Cestero – septiembre 1937 - agosto 1939
Benjamín Ortiz – septiembre 1939 - agosto 1941
José López Baralt – septiembre 1941
Vicente Geigel Polanco – enero 1944 - septiembre 1947
Roberto H. Todd – octubre 1947 - diciembre 1947
Luis Blanco Lugo – enero 1948 - diciembre 1948
Edwin Cortés – enero 1949 - diciembre 1951

TERCERA ÉPOCA 1955

Benjamín Rodríguez Ramón - febrero 1955 - agosto 1958
Alfonso García Martínez - noviembre 1958 - agosto 1961
Eli B. Arroyo - noviembre 1961 - agosto 1962
Álvaro R. Calderón Mongil - noviembre 1962 - agosto 1965
Benjamín Rodríguez Ramón - noviembre 1965 agosto 1966
Eli B. Arroyo - febrero 1966 - agosto 1966, noviembre 1966 - agosto 1970
Carmelo Delgado Cintrón - febrero 1970 - septiembre 1984
Alberto Medina Carrero - octubre 1984 - septiembre 1986
Alfonso L. García Martínez - diciembre 1986 - junio 1987
Alberto Medina Carrero - julio 1987 - mayo 1989
Carmelo Delgado Cintrón - mayo 1989 - enero 1998
Alberto Medina Carrero - febrero 1998 - 2007
Carlos C. Gil Ayala - mayo 2007 - agosto 2016

¹ Compilado por el licenciado Carmelo Delgado Cintrón.



COMISIÓN DE REVISTA JURÍDICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS DE PUERTO RICO

**VOL. 77
NÚM 1-2019**

PRESIDENTA

Lcda. Lindsay T. López Murillo

EDITORA GESTORA

Lcda. Michelle E. Perillo Rodríguez

Lcda. Aracelis Vidal Rivera

Lcda. Carol L. Mendoza Allison

Lcdo. Jaime E. II Cruz Pérez

Lcdo. Luis Ferrer Rivera

Lcdo. Miguel F. Marrero Sánchez

ESTUDIANTES

Srta. Cristina M. Quiles Torres – Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico

Srta. Melissa M. Villanueva Sánchez – Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico

Srta. Pamela Bernard Boigues – Escuela de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico

Sr. Sergio E. Calzada Martínez – Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico



JUNTA DE GOBIERNO DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS DE PUERTO RICO 2018-2020

PRESIDENTE

Lcdo. Edgardo Manuel Román Espada

PRIMERA VICEPRESIDENTA

Lcda. Daisy Calcaño López

SEGUNDO VICEPRESIDENTE

Lcdo. Héctor Serrano Mangual

SECRETARIA

Lcda. Astrid Soto López

SUBSECRETARIA

Lcda. Giselle M. Lombardi González

TESORERO

Lcdo. Nelson Soto Cardona

SUB TESORERO

Lcdo. Ricardo Ruiz Díaz

DELEGADOS Y DELEGADAS

Lcdo. Rafael Capella Angueira

Delegado por acumulación

Lcda. Carmen T. Rodríguez Alicea

Delegado por Acumulación

Lcda. Sonia I. Torres Cartagena

Delegada por Aibonito

Lcdo. Leonardo Cabán Rodríguez

Delegado por Arecibo

Lcdo. Heriberto Martínez Madera

Delegado por Caguas

Lcda. Yadira Colón Alicea

Delegada por Carolina

Lcda. Nilsa I. Félix García

Delegada por Guayama

Lcda. Adriana Toro Ruiz

Delegada por Humacao

Lcdo. Ernesto Delgado Soto

Delegado por Mayagüez

Lcda. Jessica E. Méndez Colberg

Delegada por Ponce

Lcdo. José J. Lamas Rivera

Delegado por Río Piedras

Lcda. Yulixa A. Paredes Albarrán

Delegada por Utuado

Lcdo. Alejandro Torres Rivera

Integrante Ex – Oficio

Ángel X. Figueroa Méndez

Estudiante Colegiado ANED

Jesús Manuel Santiago Laboy

Estudiante Colegiado

CONSEJO DE PRESIDENTES Y PRESIDENTAS

Lcdo. Arturo Negrón García

Lcdo. José Raúl Cancio

Lcdo. Rodolfo Cruz Contreras

Lcdo. Abrahán Díaz González

Lcda. Nora L. Rodríguez Matías

Lcdo. Graciany Miranda Marchand

Lcdo. Noel Colón Martínez

Lcdo. Ángel L. Tapia Flores

Lcdo. William Fred Santiago

Lcdo. Luis F. Camacho

Lcdo. José M. Sagardía Pérez

Lcdo. Carlos R. Noriega Rodríguez

Lcdo. Harry Anduze Montaña

Lcdo. Manuel F. Arraiza Reyes

Lcdo. Eduardo Villanueva Muñoz

Lcdo. Jaime Ruberté Santiago

Lcdo. Arturo Luis Dávila Toro

Lcdo. Carlos Mondríguez Torres

Lcdo. Julio Fontanet Maldonado

Lcda. Celina Romany Siaca

Lcdo. Arturo Hernández González

Lcdo. Osvaldo Toledo Martínez

Lcda. Ana Irma Rivera Lassen

Lcdo. Mark Anthony Bimbela Quiñones

Lcdo. Alejandro Rivera Torres

DIRECTOR EJECUTIVO

Francisco Santiago Rodríguez



- | | | |
|-----|--|--|
| 06 | Mensaje del Presidente | Lcdo. Edgardo Manuel Román Espada |
| 08 | Mensaje de la Presidenta de la Comisión de la Revista | Lcda. Lindsay T. López Murillo |
| 9 | The Constitutional repugnancy of imperialist insular cases in the era of human rights | Lcdo. Rene Pinto Lugo
Lcdo. Roberto Maldonado Nieves
Lcdo. Reinaldo Pérez Ramírez
Lcdo. Antonio Vidal Santiago
Lcdo. César Maraver Marrero |
| 45 | Las obligaciones de Estados Unidos al amparo de su Derecho Constitucional Doméstico y del Derecho Internacional, sobre la descolonización de Puerto Rico | Lcdo. Alejandro Torres Rivera |
| 108 | Procesos de custodia y la alienación parental en Puerto Rico: La Mediación familiar como alternativa de intervención | Lcda. Rosa Ward Cid [†] |
| 129 | La autenticación de los “récorde de negocio” en las Reglas de Evidencia de 2009: Mecanismos, casos estatales y federales, retos y propuesta | Lcda. Giselle Lombardi González |

MENSAJE DEL PRESIDENTE

LCDO. EDGARDO MANUEL ROMÁN
ESPADA

PRESIDENTE DEL COLEGIO DE
ABOGADOS Y ABOGADAS
(2018-2020)

Nos place retomar uno de los más importantes instrumentos de promoción, discusión y divulgación del derecho en nuestro archipiélago: la Revista Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico.

Nos recuerda el Profesor y ex director de la Revista, Carmelo Delgado Cintrón, en ocasión de la presentación del número especial conmemorando el aniversario 130 de la fundación del Colegio que “[n]uestra Revista reivindica para sí, el título de la más antigua de Puerto Rico, en circulación. Su fecha de fundación se remonta a 2 de enero de 1914, cuando entonces la Asamblea General de la Asociación de Abogados de Puerto Rico designó un Comité de Revista y Legislación...Ese comité publicó en 23 de enero de 1914 la Revista de Legislación y Jurisprudencia de la Asociación de Abogados de Puerto Rico”.

Desde la publicación de la **Revista de Derecho, Legislación y Jurisprudencia** en 1914, el Ilustre Colegio de Abogados y Abogadas ha mostrado un compromiso insuperable de estimular el pensamiento y propuesta de quienes afirman ser juristas de profesión y vocación. El primer artículo de ese volumen trataba de un asunto que aun en nuestros días nos provoca: **El abogado ante la Evolución Social** del licenciado Fernández García. A partir del volumen XV, de noviembre de 1954, la revista se tituló Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico. En ese número publicaron Manuel Rodríguez Ramos, Celestino Morales y Félix Ochoteco, destacados juristas del País, quienes ocuparon posiciones en el liderato de la academia y de nuestra Institución.

En tiempos de tecnología e inclusión, la Revista del Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico se publica de manera digital, siendo de fácil acceso y en todo el Orbe. El número que precede tiene el significado adicional de constituir un relevo generacional necesario para la sobrevivencia de cualquier entidad profesional. Además, es una muestra del compromiso de nuestra Junta de Gobierno, delegaciones y comisiones de continuar aportando al País la savia del derecho, como nuestros antecesores y las aportaciones de la abogacía. Queremos que esta publicación sir-

va de homenaje y reconocimiento a las generaciones que nos antecedieron.

En esta edición se incluye un artículo de la Lcda. Rosa Ward Cid, presidenta de la Comisión de Derecho de Familia del Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico quien falleció recientemente. Sus aportaciones al derecho de relaciones de familia y su compromiso con el Colegio son motivo de reconocimiento póstumo. Con la publicación de la pieza, sometida para su publicación por la autora, expresamos nuestro cariño, afecto y admiración.

Destacamos el trabajo de la Comisión de Revista Jurídica, en el esmero de completar, en un corto término, la encomienda de retomar la publicación y relanzarla con nuevos bríos. A los autores, los editores, correctores y demás integrantes de la Comisión nuestro agradecimiento y distinción.

Que los espíritus inquietos disfruten y provoquen su intelecto con la lectura de este número. Hoy reiteramos con orgullo ser el más antiguo y consistente gremio profesional de Puerto Rico, de ello da testimonio cada número que precede al que hoy compartimos.

Edgardo Manuel Román Espada
Colegiado 11,300

MENSAJE DE LA PRESIDENTA DE LA COMISIÓN DE REVISTA

**LCDA. LINDSAY THANANGSÍ
LÓPEZ MURILLO**

Luego de una pausa, retomamos con alegría y entusiasmo el proyecto de la Revista del Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico, ahora convertida en Revista Jurídica. Deseamos que esta sea una de estudios generales de Derecho con el objetivo de contribuir al desarrollo del mismo, proveyendo un espacio para la discusión crítica de temas jurídicos relevantes y novedosos.

Actualmente, constituida como una Comisión, cuenta con una Junta Editora compuesta por abogadas y abogados colegiadas(os) y estudiantes de las tres facultades de derecho del País. “La diversidad es uno de los valores que estimula a la Revista y no está vinculada con ningún tipo de credo, religión, filosofía, doctrina o movimiento político que condicionen la publicación de trabajos por razones ideológicas o morales”.²

Por mucho tiempo me ha acompañado la cita de Francisco de Quevedo: “[d]onde hay poca justicia es un peligro tener razón”. Vivimos en tiempos de grandes retos para la llamada justicia. Ante esta situación, no nos queda otra alternativa que ser irreverentes. No es que haga un llamado a la irreverencia irrespetuosa, sino al cuestionamiento constante de lo que conocemos. Seamos rebeldes con causas. Les invito a que tengan inquietudes, a que tengan dudas, a que cuestionen lo que ya está establecido y que destruyan, creen o reconstruyan el “estado de derecho”, siempre teniendo en cuenta los fines de la justicia, la equidad y el bienestar social. Recuerden que el cambio siempre proviene de la pasión de una persona que creyó en algo y luchó por alcanzarlo.

La Revista Jurídica nos da ese espacio donde podemos estudiar, criticar, proponer y promover cambios que nos acerquen un poco más al ideal de justicia al que aspiramos. Gracias a las autoras y autores que enriquecieron esta Revista con sus aportaciones. Gracias a las comisionadas y comisionados por su compromiso, dedicación y esmero en la edición y preparación de este volumen. Espero que sea uno de muchos venideros.

**Lindsay Thanangsí López Murillo
Colegiada 20,019**

² Línea Editorial.

**THE CONSTITUTIONAL
REPUGNANCY OF
IMPERIALIST INSULAR
CASES IN THE ERA OF
HUMAN RIGHTS***

**(*THE UNJUST STARE
DECISIS*)**

GUATIBIRI**

I. Introduction

The late nineteenth century was known as the “Age of the New Imperialism,” a time when the United States (U.S.) and other major world nations expanded their overseas territorial possessions.

The American Imperialism climaxed with the Spanish-American war in 1898 which was fought, arguably, to reinstate freedom for the oppressed people in Cuba and other Spaniard colonies. But the war gave way to a conflict in the Philippines that resulted in many deaths that triggered a nationwide debate over whether the United States was living up to its “*manifest destiny*” and principles as a self-proclaimed exceptional nation or whether it was an empire in the tradition of the Old-World.

U.S. imperialism took a variety of forms in the early 20th century, ranging from colonies in Puerto Rico and the Philippines to protectorates in Cuba, Panama, and other countries in Latin America. Formal colonies would be ruled with U.S.-appointed colonial governors and supported by U.S. troops. Protectorates and open-door policies promoted business expansion overseas through American oversight of foreign governments and, in the case of threats to economic and strategic interests, the deployment of U.S. marines. In all of these imperial forms, the U.S. empire-building reflected and shaped complex social, cultural, and political histories with ramifications for both foreign nations and the U.S. itself.

In 1898, the United States, in its pursuit of territorial expansion, acquired the following territories by cession of Spain as part of the Treaty

* GUATIBIRI is the name embraced by a group of human rights lawyers concerned with the anti-democratic U.S. colonial control of Puerto Rico which fundamentally harms and impedes the sustained development with equity of the Islands and its People.

of Paris; Guam, the Philippines, and Puerto Rico, thus becoming possessions of the United States. Unlike continental territories these overseas possessions of war were inhabited by people that spoke other languages or dialects, had different cultures, “races”¹ and looked and behaved different. This raised the question about what implications and role the new people and territorial possessions would have, if any, in the then predominant white supremacist U.S.²

*Rene Pinto Lugo - Former President of the Civil Rights Commission of Puerto Rico and the Puerto Rico Community Foundation. Former Board Director of Servicios Legales de Puerto Rico. B.A., University of Puerto Rico; J.D., Interamerican University; L.L.M., Catholic University of Puerto Rico; Ph.D., Euskal Herriko Unibertsitatea (Pais Vasco). .

*Roberto Maldonado Nieves – B.P.S. and J.D., Harvard University, Cambridge, Massachusetts; L.L.M., John Leland Stanford University, Palo Alto, California; author of various books and publications and former instructor of law at the University of Puerto Rico and assistant professor at the Interamerican University, School of Law. Attorney at the Oficina Legal de la Comunidad of the Interamerican University Law School.

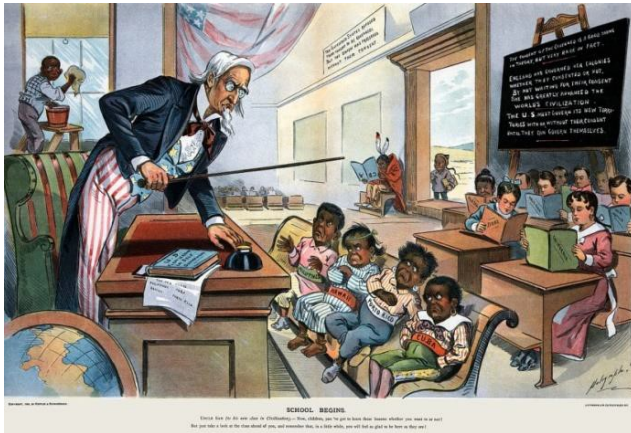
*Reinaldo Pérez Ramírez – Board Director and contributing writer in the oldest Puerto Rican weekly newspaper, CLARIDAD; workers and labor union attorney for over 40 years; B.P.S. (Magna Cum Laude) and J.D., University of Puerto Rico; founding member and instructor of Instituto Laboral de Educación Sindical ; counselor of the Legal Aid Society of Public Defenders Union ; advisor (ad honorem) of the principal Syndicate of public employees, Central Puertorriqueña de Trabajadores.

*Antonio Vidal Santiago – Former President and actual Board Director of PRO-BONO Inc. (CAPR); President Consejo Judicial Iglesia Metodista de Puerto Rico; former Board Director of Servicios Legales de Puerto Rico; former co-founder and President of Union de Abogados de la Corporación del Fondo del Seguro del Estado; B.A., University of P.R.; J.D., Interamerican University Law School.

*César Maraver Marrero – General private practice of law and intense Pro Bono litigation for over 20 years; B.A. with concentration in communications, Sacred Heart University; J.D. Interamerican University Law School.

This article results from numerous dialogues with Rene Pinto Lugo, Roberto Maldonado, Reinaldo Perez-Ramirez, Madeline Ramirez, Cesar Maraver, Antonio Vidal, Stefano Saltalamachia, (Grupo Guatibiri), and meetings with Jose (Nico) Medina Fuentes, Victor Garcia San Inocencio, Juan José Ibarretxe Markuartu, Anibal Acevedo Vidal, Manuel Natal, Steven Lausell, Edgardo Manuel Roman Espada, Viviane Neptune, Julio Fontanet, Justo Mendez Aramburu, Roberto Pagan, Victor Rivera, Natasha Lycia Ora Bannan, Carlos I. Gorrín Peralta, Judith Berkan, Georgina Candal, Cynthia Navarro Pagan, Nelson Colon Tarrats, Alejandro Torres Rivera, Javier Colon, Luis F. Abreu Elias, Salvador Tió, Juan C. Salichs, Lina Torres, Eduardo Bathia, Angel Collado Schwartz, Daniel Nina, Rolando Emmanuelli, Mark Anthony Bimbela, Miguel Rivera Quiñones, Yazmin Colón Colón, Wilbert López, Jessica Mendez Colberg, Salvador Antonneti, Ariel Hernandez, Pedro Salicrup, Comision de Derechos Civiles de Puerto Rico, Colegio de Abogados de Puerto Rico, the School of Law of the Interamerican University, Catholic University, and University of Puerto Rico; Sacred Heart University, Fundacion Comunitaria de Puerto Rico, and many other friends and institutions with different views and opinions, but all concerned with the present and future of all the residents of our beloved islands.

Territorial expansion wasn't new to the United States; the original 13 states had grown to 45 by the time the Insular Cases were decided, and ulterior growth followed a familiar pattern. First the land was organized into a territorial government—subject to near-plenary control by Congress, but whose residents, with certain exceptions such as the native American Indians tribes, were afforded some economic protections and civil liberties— prior to gradually being admitted to the union on an equal footing with the other states.



3

Our special gratitude to Jose E. Rivera Reyes, Esq. who has not only collaborated with his valued opinions, but also by generously providing his comfortable conference room facilities which we have used to hold our weekly meetings.

¹“Race,” as a concept denoting a fundamental division of humanity and usually encompassing cultural as well as physical traits, was crucial in early America. It provided the foundation for the colonization of Native land, the enslavement of American Indians and Africans, and a common identity among socially unequal and ethnically diverse Europeans. Longstanding ideas and prejudices merged with aims to control land and labor, a dynamic reinforced by ongoing observation and theorization of non-European peoples. Harvey, Sean P., *Ideas of Race in Early America*; americanhistory.oxfordre.com

²Christina Duffy Burnett, Burke Marshall, eds, *Foreign in a Domestic Sense: Puerto Rico, American Expansion, and the Constitution*. Durham: Duke University Press, 2001. Reviewed by Bartholomew H. Sparrow (University of Texas at Austin) Published on H-Law (January 2002).

³**School Begins.** Uncle Sam teaching the world: This caricature shows Uncle Sam lecturing four children labelled “Philippines,” “Hawaii,” “Puerto Rico,” and “Cuba” in front of children holding books labeled with various U.S. states. In the background, an American Indian holds a book upside down, a Chinese boy stands at the door, and a black boy cleans a window. The blackboard reads, “The consent of the governed is a good thing in theory, but very rare in fact... the U.S. must govern its new territories with or without their consent until they can govern themselves.”

Louis Dalrymple (1866-1905), artist Puck magazine, publisher Keppler & Schwarzmann, original copyright holder – This image is available from the United States Library of Congress’s Prints and Photographs division under the digital ID ppsca.28668.

Be it called “manifest destiny”, “American exceptionalism”, “American Imperialism”, “benevolent imperialism” or the like, such imperialist and supremacists prevailing tendencies and beliefs were, naturally, mayor influences on the Supreme Court Justices and their decisions of the late 1800 and great part of the 1900s after which period we started to gradually see some light with judicial decisions such as *Brown v. Board of Education*.⁴

At the beginning of the 20th century, the Supreme Court of the United States rendered a series of decisions generally referred to as the “Insular Cases.”⁵ In these rulings, succinctly stated, the Court declared that territories [colonial territories] were not integral parts of the United States, but belonged to the nation as *unincorporated territories*, and that certain fundamental rights, but not all constitutional rights, extended to residents of the territories. These cases also resolved that the Federal Congress has “plenary powers” under Article IV, Section 3, clause 2 of the Constitution of the United States, also known as the Territorial Clause to *dispose of and make all needful Rules and Regulations respecting the Territory or other Property belonging to the United States*. Again, the Insular cases were in part the product of the imperialist and Anglo-American racial superiority prevailing attitudes and mentalities of the first two decades of the 20th century [and although gradually improved, it’s still alive today] following the invasion of Puerto Rico by the United States in 1898,⁶ and after the uninterrupted occupation of Puerto Rico by Spain 406 years earlier.⁷ At the present time, 120 years later,⁸

⁴ 347 U.S. 483 (1954). The “*separate but equal*” doctrine was decided to be unequal because separate cannot be equal, as determined by *Brown v. Board of Education*; consequently, the “*unincorporated territory limitation but equal*” equation of the Puerto Rican U.S. citizenship in Puerto Rico must be equally unequal because conditioning equality to a territorial exclusion cannot be “*equal*” as well; Pinto-Lugo, R; *Puerto Ricans; The Inequality of “Equals” Through Time*; Interamerican University Law Review, volume I, 2015-16.

⁵ *DeLima v. Bidwell*, 182 U.S. 1 (1901); *Dooley v. United States*, 182 U.S. 222 (1901); *Downes v. Bidwell*, 182 U.S. 224 (1901); *Dorr v. United States*, 195 U.S. 138 (1904); *Balzac v. Porto Rico*, 258 U.S. 298 (1922). In 1975 the court reaffirmed that Congress and the Supreme Court could determine “the personal rights to be accorded to the inhabitants of Puerto Rico.” See *Examining Board v. Flores de Otero*, 426 U.S. 590. The Supreme Court ruled that Congress “may treat Puerto Rico differently from states so long as there is a rational basis for its actions.” See *Harris v. Rosario*, 446 U.S. 651 (1980). Several Insular Cases were decided by the same Supreme Court that allowed the “*separate but equal*” segregation in *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537, 1896.

⁶ See Simeon E. Baldwin, *The Constitutional Questions Incident to the Acquisition and Government by the United States of Island Territory*, 12 HARV. L. REV. 393, 404–06, 415 (1899). (*Arguing that the Constitution applies to States and territories alike, notwithstanding the “embarrassment” caused by affording constitutional protections to the “half-civilized Moros” and the “ignorant and lawless brigands that infest Puerto Rico”*); C.C. Langdell, The

2018, in the heart of the Human Rights Era, Puerto Rico is a Commonwealth, or in the Spanish language translation, a Estado (state) Libre (free) Asociado (associated). Removing, however, the political misleading name of E.L.A., what remains *de facto*, is that Puerto Rico is still a colonial territory of the U.S., inhabited by [second-class] Puerto Rican-American citizens, subject to the “*plenary powers*” of the Federal Congress under Article IV, Section 3, clause 2 of the Constitution of the United States, also known as the Territorial Clause, as affirmed in the Insular Cases and re-affirmed, as recently as 2016th in Sanchez Valle, as follows;

True enough, that the Commonwealth’s power to enact and enforce criminal law now proceeds, just as petitioner says, from the Puerto Rico Constitution as “ordained and established” by “the people.” P.R. Const., Preamble; see Brief for Petitioner 28–30. But that makes the Puerto Rican populace only the most immediate source of such authority—and that is not what our dual- sovereignty decisions make relevant. Back of the Puerto Rican people and their Constitution, the “ultimate” source of prosecutorial power remains the U. S. Congress, **just as back of a city’s charter lies a state government**. Wheeler, 435 U. S., at 320. Congress, in Public Law 600, authorized Puerto Rico’s constitution-making process in the first instance; the people of a territory could not legally have initiated that process on their own. See, e.g., *Simms v. Simms*, 175 U. S. 162, 168 (1899). And Congress, in later legislation, both amended the draft charter and gave it the indispensable stamp of approval; popular ratification, however meaningful, could not have turned the convention’s handiwork into law. Put simply, Congress conferred the authority to create the Puerto Rico Constitution,

Status of Our New Territories, 12 HARV. L. REV. 365, 388 (1899) (declaring the United States to be comprised of the States only and arguing that Congress exercises plenary power over non-state territories); Abbott Lawrence Lowell, The Status of Our Possessions — A Third View, 13 HARV. L. REV. 155 (1899) (proposing a middle ground in which Congress may be free to act outside normal constitutional constraints on territories not “incorporated” into the United States).

⁷ On November 19, 1493, Christopher Columbus “discovered” or properly said, invaded and colonized the island in his second voyage to the New World. He found the island populated by as many as 50,000 Taino or Arawak Indians. The Taino Indians who greeted Columbus made the big mistake of showing him gold nuggets in the river. Originally the Spaniards called the island **San Juan Bautista**, for St. John the Baptist and the city was named **Puerto Rico** (“*rich port*”) for its abundance of natural resources, especially gold, and its excellent location. Lured by the gold, Juan Ponce de León, a lieutenant to Christopher Columbus, contributed to make the city of Puerto Rico, Spain’s most important military outpost in the Caribbean. By the year 1570 the gold mines were declared depleted. The first History of Puerto Rico was published by Brother Iñigo Abbad y Lasierra. The book titled “*Historia Geográfica, Civil y Política de Puerto Rico*” was published in Madrid and constitutes a complete history of Puerto Rico from the time of its discovery in 1493 until 1783.

⁸ In 1914, the Puerto Rican House of Delegates voted unanimously in favor of independence from the United states, but this was rejected by the U.S. Congress as “unconstitutional,” and in violation of the 1900 Foraker act. In 1917 the U.S. Congress passed the Jones–Shafroth act, also known as the Jones act, which granted Puerto Ricans U.S. citizenship. See, Gonzalez, Juan; *Harvest of Empire*; Penguin Press, (2000), p. 62; and, Fernandez, R.; *Cruising the Caribbean*:

which in turn confers the authority to bring criminal charges. That makes Congress the original source of power for Puerto Rico's prosecutors—as it is for the Federal Government's. The island's Constitution, significant though it is, does not break the chain.

Because the ultimate source of Puerto Rico's prosecutorial power is the Federal Government—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.⁹

A major and relevant event happened in 1917 for the inhabitants of Puerto Rico with the passage of the Jones-Shafroth Act. The Jones-Shafroth Act recognized all Puerto Ricans to be U.S. citizens, and it set out a “Bill of Rights” granting certain legal rights, though not all the rights contained in the Constitution's Bill of Rights to Puerto Ricans.¹⁰

In the aftermath of World War II, the Pan-Africanists¹¹ played a major role in causing the United Nations to explicitly protect “human rights” in its founding documents. Du Bois¹² compared colonies across the world to ghettos in the United States and called for a world document affirming the human rights of all people. A major global human rights movement grew out of resistance to colonialism, inequities and injustice.

⁹ Puerto Rico v Sánchez Valle; 579 U. S. ____ (2016). Congress, in Public Law 600, authorized Puerto Rico's constitution-making process in the first instance, and Congress, in later legislation, both amended the draft charter and gave it the indispensable stamp of approval. Before giving its approval, Congress removed a provision recognizing various social welfare rights (including entitlements to food, housing, medical care, and employment); added a sentence prohibiting certain constitutional amendments, including any that would restore the welfare-rights section; and inserted language guaranteeing children's freedom to attend private schools. See Act of July 3, 1952, 66 Stat. 327; Draft Constitution of the Commonwealth of Puerto Rico (1952), in Documents on the Constitutional Relationship of Puerto Rico and the United States 199 (M. Ramirez Lavandero ed., 3d ed. 1988). Finally, the constitution became law, in the manner Congress had specified, when the convention formally accepted those conditions and the governor “issued a proclamation to that effect.” Ch. 567, 66 Stat. 328.

¹⁰ PUB. L. NO. 63-368, CH. 145, §§ 2, 5, 39 STAT.951, 951-53 (1917).

¹¹ Modern Pan-Africanism began around the start of the 20th century. The African Association, later renamed the Pan-African Association, was established around 1897 by Henry Sylvester-Williams, who organized the First Pan-African Conference in London in 1900. Pan-Africanism is a worldwide intellectual movement that aims to encourage and strengthen bonds of solidarity between all people of African descent. Pan-Africanism as an ethical system traces its origins from ancient times, and promotes values that are the product of the African civilizations and the struggles against slavery, racism, colonialism, and neo-colonialism.

¹² William Edward Burghardt “W. E. B.” Du Bois ; February 23, 1868 – August 27, 1963) was an American sociologist, historian, civil rights activist, Pan-Africanist, author, writer and editor. After completing graduate work at the University of Berlin and Harvard, where he was the first African American to earn a doctorate, he became a professor of history, sociology and economics at Atlanta University. Du Bois was one of the founders of the National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) in 1909.

Consequentially, the concept of human rights was indeed built into the United Nations with institutions such as the United Nations Commission on Human Rights and the Universal Declaration of Human Rights which was adopted by the General Assembly of the United Nations on 10 December 1948.

In 1962 the United Nations General Assembly established the Special Committee on Decolonization to monitor the implementation of the *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples* and to make recommendations on its application. More than 80 former colonies comprising some 750 million people have gained independence since the creation of the United Nations. At present, 17 Non-Self-Governing Territories (NSGTs) across the globe remain to be decolonized, home to nearly 2 million people [excluding Puerto Rico].

The Universal Declaration of Human Rights in the twentieth century is directly related to decolonization. The independence of 80 nations, gained in approximately three decades after the Second World War, is one of the most dramatic processes of civil and political rights in history.

The international community, led by the United Nations Organization, has made great advances and accomplishments in developing minimum, universally applicable human rights standards. Numerous international mechanisms exist to assist in the implementation and enforcement of these standards, although the existence of human rights violations around the world attests to the difficulty of matching the reality of facts, to the purpose and ideal. But no matter how proactive international procedures may become, it is up to the *national* governments and judicial branch to ultimately enforce and be responsible for guaranteeing human rights within their territory. In other words, the global relevance of the Universal Declaration of Human Rights greatly depends on its application at national level. Since the proclamation of the Universal Declaration of Human Rights, over 150 countries have incorporated human rights standards into their legal systems, including the United States and its colonial territory, Puerto Rico.

After the Japanese attack on Pearl harbor approximately 77 years ago, there was no suspicion that suggested that American citizens of Japanese ancestry should be placed under curfew order or moved into internment camps. Notwithstanding, by March 1942 executive order 9066, ordered Japanese Americans into internment camps during World War II regardless of their citizenship. About 120,000 persons were removed from their West Coast homes and jobs and placed in internment camps in the interior of the country. About 70,000 of these Japanese Americans

were citizens of the United States; two out of every five people sent to the camps were under the age of fifteen or over fifty. All were imprisoned for an indefinite time without any individualized determination of grounds for suspicion of disloyalty, let alone charges of unlawful conduct, to be held in custody until their loyalty might be determined. The basis for their imprisonment was a single common trait of their Japanese ancestry. The Supreme Court established the judicial precedent for suspect classifications in the cases of *Hirabayashi v. United States*,¹³ curfew order, and *Korematsu v. United States*,¹⁴ camp internment.

Notwithstanding the aforementioned Justice Murphy and Justice Jackson's, dissenting opinions in *Korematsu v. United States*, are particularly worth of highlighting;

I dissent, therefore, from this legalization of racism. Racial discrimination in any form and in any degree, has no justifiable part whatever in our democratic way of life. It is unattractive in any setting, but it is utterly revolting among a free people who have embraced the principles set forth in the Constitution of the United States. All residents of this nation are kin in some way by blood or culture to a foreign land. Yet they are primarily and necessarily a part of the new and distinct civilization of the United States. They must, accordingly, be treated at all times as the heirs of the American experiment, and as entitled to all the rights and freedoms guaranteed by the Constitution." 323 U.S. 242. "But once a judicial opinion rationalizes such an order to show that it conforms to the Constitution, or rather rationalizes the Constitution to show that the Constitution sanctions such an order, the Court for all time has validated the principle of racial discrimination in criminal procedure and of transplanting American citizens. The principle then lies about like a loaded weapon, ready for the hand of any authority that can bring forward a plausible claim of an urgent need. Every repetition imbeds that principle more deeply in our law and thinking and expands it to new purposes. All who observe the work of courts are familiar with what Judge Cardozo described as "the tendency of a principle to expand itself to the limit of its logic."... 323 U. S. 247. ..."However, in spite of our limiting words, we did validate a discrimination on the basis of ancestry for mild and temporary deprivation of liberty. Now the principle of racial discrimination is pushed from support of mild measures to very harsh ones, and from temporary deprivations to indeterminate ones."¹⁵ (Our the precedent which it is said requires us to do so is *Hirabayashi*."¹⁵ (Our

¹³ 320 U.S. 81 (1943)

¹⁴ 323 U.S. 214 (1944)

¹⁵ *Id* at 248.

¹⁶ *Supra*, note 15.

emphasis).

The question remains in regard to how *Hirabayashi v. United States*¹⁶ and *Korematsu v. United States*,¹⁷ would had been resolved, or if it would had made any difference, using the scrutiny of the belated Civil Liberties Act of 1988,¹⁸ or after 1992 when the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), which establishes universal standards for the protection of basic civil and political liberties, as one of three documents that comprise the “International Bill of Rights, was ratified by the United States. Upon ratification, the ICCPR became the “supreme law of the land” under the supremacy Clause of the U.S. Constitution, which gives acceded treaties the status of federal law. The U.S. must comply with and implement the provisions of the treaty just as it would any other domestic law, subject to Reservations, Understandings and Declarations (RUDs) entered when it ratified the treaty. Though the government retains the obligation to comply with the ICCPR, one of the RUDs attached by the U.S. senate is a “not self-executing” Declaration, intended to limit the ability of litigants to sue in court for direct enforcement of the treaty.¹⁹

The first article of the International Covenant on Civil and Political Rights provides as follow;

Article 1

1. All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.

2. (...)

3. The states parties to the present Covenant, including those having responsibility for the administration of Non-self-governing and trust territories, shall promote the realization of the right of self-determination, and shall respect that right, in conformity with the provisions of the Charter of the United Nations.

¹⁷ *Supra*, note 16.

¹⁸ The U.S. Congress formally recognized that the rights of the Japanese American community had been violated and President Reagan signed the Civil Liberties Act of 1988, providing an apology and restitution to the living Japanese Americans who were incarcerated during World War II.

¹⁹ U.S. Reservations, Declarations and Understandings, ICCPR 138 Cong. Rec. S4781-01 (daily ed., April 2, 1992)

Judge Juan R. Torruellas, former Chief Judge of the First Circuit Court of appeals and still appellate judge, explains that the Insular Cases contravenes international commitments (such as the DUHR and ICCPR) entered into by the United States which constitute superseding “Law of the Land.” Judge Torruellas further affirms that the present legitimacy of the Insular Cases is untenable. The system of governance promoted thereunder can no longer be reconciled with a rule of law in which all citizens are entitled to equality.²⁰ “[T]he continued vitality of the [Insular Cases and their progeny] represents a constitutional antediluvian anachronism that has created a *de jure and de facto* condition of political apartheid for the U.S. citizens that reside in Puerto Rico and the other territories.”

The Insular Cases and their sequel constitute a wrongful limitation for Puerto Ricans residing in Puerto Rico in violation of their fundamental right to democratic participation that has created a second class of U.S. citizenship based on an extraterritorial, geographical discrimination and inequality that impacts the economy of the island and nurtures emigration to the mainland.

The incongruence of the *ratio decidendi* of the insular cases is best represented by Justice Brennan Marshall, joined by Marshall, Stewart and Blackmun in his dissenting opinion in the case of *Harris v. Rosario*:

It is important to remember at the outset that Puerto Ricans are United States citizens, see 8 U.S.C. 1402, and that different treatment to Puerto Rico under AFDC may well affect the benefits paid to these citizens. While some early opinions of this Court suggested that various protections of the Constitution do not apply to Puerto Rico, see, e. g., *Downes v. Bidwell*, 182 U.S. 244 (1901); *Balzac v. Porto Rico*, 258 U.S. 298 (1922), the present validity of those decisions is questionable.²¹ We have already held that Puerto Rico is subject to the Due Process Clause of either the Fifth or Fourteenth amendment,²² and the equal protection guarantee of either the Fifth or the Fourteenth amendment.²³ The Fourth amendment is also fully applicable to Puerto Rico, either directly or by operation of the Fourteenth amendment, *Torres v. Puerto Rico*.²⁴ At least four members of this Court are of the view that all provisions²⁵ of the Bill of Rights apply to Puerto Rico.²⁶⁻²⁷

²⁰ Juan R. Torruella, *The Insular Cases: The Establishment of a Regime of Political Apartheid*, 29 U. Pa. J. Int'l. L. 307 (2007).

²¹ *Torres v. Puerto Rico*, 442 U.S. 465, 475 -476 (1979) (BRENNAN, J., concurring in judgment).

²² *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*, 416 U.S. 663, 668 -669, n. 5 (1974)

Citing from a brief of former federal and state judges as amici curiae in support of petitioners in the case of *Tuaua vs United States*,

...the “Court has the duty to clarify, and overrule where necessary, past precedents such as the Insular Cases notwithstanding the doctrine of stare decisis. That doctrine is not an “inexorable command,” particularly in a constitutional case. *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 854 (1992). Prior precedents interpreting the Constitution may be overruled or clarified where they are “clearly erroneous,” but also where a “rule has proven to be intolerable simply in defying practical workability,” where “related principles of law have so far developed as to have left the old rule no more than a remnant of abandoned doctrine,” or where “facts have so changed or come to be seen so differently, as to have robbed the old rule of significant application or justification.” *Ibid.* at 854-55. Amici respectfully submit that all of these factors apply to the Insular Cases, which have proven unworkable over time, which have been overtaken by developments in both statutory and constitutional law, and which relied upon factual assumptions that can no longer be taken seriously, let alone taken for granted”. “No United States judge should be required to cite and apply precedent that is based upon a foundational assumption that the judge is himself or herself a second-class citizen. Yet that is precisely what application of the Insular Cases requires for federal and local judges who reside in any of the U.S. territories. **This fundamental injustice must end.**”

“The act of applying the Insular Cases asks the applying court to affirm, tacitly or expressly, the notion that territories are different from the contiguous states because the people who live in those territories are of a different race. The lower court decisions in this case ignored the Insular Cases’ racial underpinnings, and instead suggested that the Court created the notion of “incorporated” and “unincorporated” territories based on the foreign “habits, traditions, and modes of life” of individuals living in newly annexed territories. *Pet. App. 35a-36a (Tuaua v. United States, 951 F. Supp. 2d 88, 95 (D.D.C. 2013))*; *Pet. App. 13a (Tuaua v. United States, 788 F.3d 300, 307 (D.C. Cir. 2015))* (holding that the “framework remains both applicable and of pragmatic use” even if “politically incorrect”). But a candid assessment of the Insular Cases reveals the impossibility of separating the territorial incorporation doctrine from its underlying assumptions. See, e.g., *Downes*, 182 U.S. at 279-80, 282, 287 (opinion of Brown, J.) (noting that different rules are appropriate for the territories, which are “inhabited by alien races, differing from us. . . .”); *ibid.* at 302, 306 (White, J., con-

²³ *Examining Board v. Flores de Otero*, 426 U.S. 572, 599 -601 (1976).

²⁴ *Supra*, at 471.

²⁵ 446 U.S. 651, 654 (1980)

²⁶ *Supra*, note 23 at 475-476 (BRENNAN, J., joined by STEWART, MARSHALL, and BLACKMUN, JJ., concurring in judgment).

²⁷ *Supra*, note 27.

curing in judgment) (arguing that different rules are necessary to govern with a “tighter rein, so as to curb their impetuosity,” when Americans annex lands that are home to a “fierce, savage, and restless people”).²⁸

As Judge Torruella has explained;

“At the root of this problem is the unacceptable role of the courts. As in the case of racial segregation, it is the courts that are responsible for the creation of this inequality... Changed conditions have long undermined the foundations of these judge made rules, which were established in a by-gone era in consonance with the distorted views of that epoch. Although the unequal treatment of persons because of the color of their skin or other irrelevant reasons was then the modus operandi of governments, and an accepted practice of societies in general, the continued enforcement of these rules by the courts is today an outdated anachronism, to say the least.”²⁹

In the Era of Human Rights, the progression of the law and the interpretation of the constitution in the pursuit of justice and equality, warrant Puerto Ricans the fair and equal protection and democratic participation under the law, leaving aside the considerations of incorporated v. unincorporated territorial classifications.³⁰ Such recognition of equality does not require Constitutional Amendments or Congressional action, but to abandon the repugnant, retrograde, and discriminatory irrational use of the “rational standard of constitutional review”³¹ of the insular cases, thus interpreting the constitution in accordance with its intention to provide a level field of fairness and justice that embraces and protects the democratic participation, dignity, and equality that has been denied to Puerto Ricans throughout the passage of centuries.

²⁸ *Tuaua v. United States*, 788 F.3d 300, 307 (D.C. Cir. 2015). This is a federal lawsuit brought by Leneuoti Tuaua, the Samoan Federation of America, and others born in American Samoa who believe that so long as American Samoa is a part of the United States, people born in American Samoa have the equal right to U.S. citizenship under the Constitution. The Supreme Court turned down an appeal leaving in place a law adopted in 1900 that says persons born in American Samoa will be considered “nationals” who owe allegiance to the United States, but not citizens with the right to vote and hold public office.

²⁹ *Igartua v. United States*, 626 F. 3d 592, 612-38 (1st Cir. 2010) (Torruella, J., dissenting).

³⁰ *Lugar v. Edmondson Oil Co.*, 457 U.S. 922 (1982). In the case of the Commonwealth of Puerto Rico, “for the purposes of section 1983 (Civil Rights), Puerto Rico enjoys the *functional equivalent of statehood, and thus the term state law includes Puerto Rico law*”. *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497. *Martínez v. Colón*, 54 F.3d 980, 984 (1st Cir.1995); see *Playboy Enters., Inc. v. Public Serv. Comm’n of P.R.*, 906 F.2d 25, 31 n. 8 (1st Cir.), cert. denied, 498 U.S. 959, 111 S.Ct. 388, 112 L.Ed.2d 399 (1990).

³¹ The Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment of the U.S. Constitution prohibits

Irrespective of all the above which should suffice to revoke the Insular Cases, one must answer two medullar questions; *what and where*, are the “plenary powers” expressly contained in Article IV, Section 3, clause 2 of the Constitution of the United States, also known as the Territorial Clause?

The Congress shall have power to dispose of and make all needful Rules and Regulations respecting the **Territory** or other Property belonging to the United States; and nothing in this **Constitution** shall be so construed as to Prejudice any Claims of the United States, or of any particular State. (**Emphasis added**).

I. The phrase “plenary power(s)” is not contained in the territorial clause of the Constitution of the United States. It results from a very creative and biased judicial interpretation, or the inappropriate exercise of judicial legislation in the Insular cases,

II. The power provided in the territorial clause is not “plenary” or absolute in as much as it is required to be needful (which raises the question; needful for who and for what, and using which standard of constitutional review?)

III. The territorial clause pertains to the territory or other property, it does not and cannot possibly relate, under law, to the People of the territories which are not slaves or subjects, and in the case of Puerto Ricans happen to be American citizens. The right of suffrage and to be treated with dignity and equality is inherent to all human beings, wherefore the *power to dispose of and make all needful Rules and Regulations* can only relate to the use of the *territories and property*. Any other possible interpretation that Territory or other Property belonging to the United States includes human beings, is an unconscionable aberration of human rights and repugnant with section 1 of the 14th amendment, the 15th amendment, and foremost the essence of equality and dignity of all citizens under the Constitution of the United States and the Universal Declaration of Human Rights.

IV. If the territorial clause constitutes a “plenary power” then the Federal Government of the United States is admitting that it has been blatantly misrepresenting to the Decolonization Committee of the Organization of the United Nations³² that Puerto Rico and its inhabitants are not controlled by the Federal Congress.

V. If the Federal Government has the *plenary control* of Puerto Rico and Puerto Ricans, then such power by strict definition entails plenary responsibility of the controlled territory’s liabilities, particularly and not excluding the odious public debt.³³

VI. If the territorial clause does not constitute a “plenary power” then the retrograde Insular Cases must be revoked because they are *i.*) not

³² Also known as the Special Committee on decolonization or C-24, the United Nations entity is exclusively devoted to the issue of decolonization, was established in 1961 by the General Assembly with the purpose of monitoring the implementation of the Declaration (General Assembly

supported by the Constitution, *ii.*) violate the Declaration of Humans Rights, *iii.*) violates the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples; and the International Covenant on Civil and Political Rights.³⁴

Are five centuries of waiting time sufficient to attain equality under the law? Does the passage of time eventually brings justice? A short answer is, *sometimes*, but its realization may take unpredictable routes, entanglements, setbacks and further excruciating injustices, and more time. One thing is certain though, the perennial pursuit of justice and dignity cannot be left to the passage of time; in a democratic society it requires relentless education, legislation, litigation and vigilance.

In 2015, Justice Anthony M. Kennedy delivered the opinion of the U.S. Supreme Court in the case of *Obergefell v. Hodges*,³⁵ establishing that the fundamental right to marry is guaranteed to same-sex couples by both the Due Process Clause and the Equal Protection Clause of the Fourteenth amendment of the United States Constitution. In the text of the opinion of the court in *Obergefell v. Hodges*, *supra*, a brief but relevant comment is made regarding the adaptability of the Constitution to the endless pursuit of justice through history;

The nature of injustice is that we may not always see it in our own times. The generations that wrote and ratified the Bill of Rights and the Fourteenth Amendment did not presume to know the extent of freedom in all of its dimensions, and so they entrusted to future generations a charter protecting the right of all persons to enjoy liberty as we learn its meaning.

Resolution 1514 (XV) of 14 December 1960).

The Special Committee annually reviews the list of Territories to which the Declaration is applicable and makes recommendations as to its implementation. It also hears statements from NSGTs representatives, dispatches visiting missions, and organizes seminars on the political, social and economic situation in the Territories. Further, the Special Committee annually makes recommendations concerning the dissemination of information to mobilize public opinion in support of the decolonization process, and observes the Week of Solidarity with the Peoples of Non-Self-Governing Territories.

³³ José Nicolás Medina Fuentes, *La deuda odiosa y la descolonización de Puerto Rico*; (2017). ³⁴ The incongruence of the *ratio decidendi* of the insular cases is represented by Justice Marshall in his dissenting opinion in the case of *Harris v. Rosario*, 446 U.S. 651 (1980); "...It is important to remember at the outset that Puerto Ricans are United States citizens, see 8 U.S.C. 1402, and that different treatment to Puerto Rico under AFDC may well affect the benefits paid to these citizens. While some early opinions of this Court suggested that various protections of the Constitution do not apply to Puerto Rico, see, e. g., *Downes v. Bidwell*, 182 U.S. 244 (1901); *Balzac v. Porto Rico*, 258 U.S. 298 (1922), the present validity of those decisions is questionable; see *Torres v. Puerto Rico*, 442 U.S. 465, 475 -476 (1979) (BRENNAN, J., concurring in judgment). We have already held that Puerto Rico is subject to the due Process Clause of either the Fifth or Fourteenth amendment, *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*, 416 U.S. 663, 668 -669, n. 5 (1974),

When new insight reveals discord between the Constitution's central protections and a received legal stricture, a claim to liberty must be addressed.³⁶

Similarly, Justice Oliver Wendell Holmes, Jr. delivered the opinion of the Court in his judgment in *Missouri v. Holland* and made the following remarks with regard to the nature of the constitution:

...[w]ith regard to that we may add that when we are dealing with words that also are a constituent act, like the Constitution of the United States, we must realize that they have called into life a being the development of which could not have been foreseen completely by the most gifted of its begetters. It was enough for them to realize or to hope that they had created an organism; it has taken a century and has cost their successors much sweat and blood to prove that they created a nation. The case before us must be considered in the light of our whole experience and not merely in that of what was said a hundred years ago. The treaty in question does not contravene any prohibitory words to be found in the Constitution. The only question is whether [252 U.S. 416, 433-434] it is forbidden by some invisible radiation from the general terms of the Tenth Amendment. We must consider what this country has become in deciding what that amendment has reserved.³⁷

This pragmatist constitutional interpretation view embraces the idea that the Constitution should be seen as a living document. Under this method of scrutiny, for example, constitutional requirements of “equal rights” should be read with regard to current standards of equality, and not those of decades or centuries ago, because *the alternative and consequences would equate to a disarticulation of justice*.

Living constitutionalists suggest that broad ideals such as “liberty” and “equal protection” were included in the Constitution precisely because they are timeless, due to their inherently dynamic nature. Liberty in 1791, understandably, was never thought to be the same as liberty in the

and the equal protection guarantee of either the Fifth or the Fourteenth amendment, *Examining Board v. Flores de Otero*, 426 U.S. 572, 599 -601 (1976). the Fourth amendment is also fully applicable to Puerto Rico, either directly or by operation of the Fourteenth amendment, *Torres v. Puerto Rico*, *supra*, at 471. at least four members of this Court are of the view that all provisions [446 U.S. 651, 654] of the Bill of Rights apply to Puerto Rico.” 442 U.S., at 475 -476 (BRENNAN, J., joined by STEWART, MARSHALL, and BLACKMUN, JJ., concurring in judgment).

³⁵ 576 U.S. ____ (2015).

³⁶ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ (2015).

³⁷ *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920).

1800, 1900 or 2015, but rather was seen as a principle transcending the recognized rights of that day and age. Giving them a fixed and static meaning in the name of “originalism,” thus, it would violate the very theory it purports to uphold.

Citing Justice Rehnquist from his book titled *The Notion of a Living Constitution*; “the framers of the Constitution wisely spoke in general language and left to succeeding generations the task of applying that language to the endlessly changing environment in which they would live”. Those who framed, adopted, and ratified the Civil War amendments to the Constitution likewise used what have been aptly described as “majestic generalities” in composing the fourteenth amendment. Merely because a particular activity may not have existed when the Constitution was adopted, or because the framers could not have conceived of a particular method of transacting affairs, cannot mean that general language in the Constitution may not be applied to such a course of conduct. Where the framers of the Constitution have used general language, they have given latitude to those who would later interpret the instrument to make that language applicable to cases that the framers might not have foreseen.

II. Overruling the unjust stare decisis

One of the tenets of the rule of law is the *stare decisis* doctrine. Since its inception, courts are strongly inclined to uphold previous decisions.³⁸ Public confidence in the role of the judiciary is believed to be enhanced by the predictability and uniformity of decisions in cases involving similar issues of law and/or fact.³⁹ When justice can be served by applying the precepts of judicially sound prior decisions in similar cases, most courts will follow stare decisis doctrine, unless there are very strong grounds for not doing so.⁴⁰ But, as the Supreme Court of the United States has held in different scenarios, *stare decisis* is not an inexorable command;⁴¹ particularly, when interpreting the Constitution... “because our interpretation can be altered only by constitutional amendment or by

³⁸ “From the very nature of law and its function in society, the elements of certainty, stability, equality and knowability are necessary to its success, but reason and the power to advance justice must always be its chief essentials and the principal cause for standing by precedent is not to be found in the inherent probable virtue of a judicial decision, it is to be drawn from a consideration of the nature and object of law itself, considered as a system or a science.” (citations omitted) *Stare Decisis in Courts of Last Resort*, 37 Harris L. Rev. 409-410 (1924), Robert Van Mosch-Zisker.

³⁹ *Payne v Tennessee*, 501 US 801, 827 (1991).

overruling our prior decisions”.⁴² “We have not hesitated to overrule decisions offensive to the First Amendment (a fixed star in our constitutional constellation, if there is one)”.⁴³

Consequently, the present judicial legitimacy of the so-called “plenary powers” doctrine under the “insular cases”, even if arguably may have had a scintilla of validity in the historical, geographical, ethnic, cultural and national contexts in which they were decided, have lost their present juridical gravitas, wherefore such timeworn exhaustion of judicial relevance and justice needs to be urgently corrected. As the Supreme Court expressed in *Boumediene v Bush*,⁴⁴ ... “what we see as a common thread uniting the insular cases ... questions of extraterritoriality turn on objective factors and practical concerns, not formalisms”, but are subject “to such restrictions as are expressed in the Constitution”. Strangely enough, this 2008 Supreme Court of the United States is citing the 1885 Opinion in *Murphy v Ramsey*.⁴⁵

⁴⁰ *US v IBM, Corp*, 517 US 843, 855-856 (1996)

⁴¹ *Planned Parenthood of Se. Pa. v Casey*, 505 US 833, 854 (1992). “The obligation to follow precedent begins with necessity, and a contrary necessity marks its outer limit. With Cardozo, we recognize that no judicial system could do society's work if it eyed each issue afresh in every case that raised it. “I am ready to concede that the rule of adherence to precedent, though it ought not to be abandoned, ought to be in some degree relaxed. I think that when a rule, after it has been duly tested by experience, has been found to be inconsistent with the sense of justice or with the social welfare, there should be less hesitation in frank avowal and full abandonment. ... That court best serves the law which recognizes that the rules of law which grew up in a remote generation may, in the fullness of experience, be found to serve another generation badly, and which discards the old rule when it finds that another rule of law represents what should be according to the established and settled judgment of society; Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (1921), pages 149-51.

Indeed, the very concept of the rule of law underlying our own Constitution requires such continuity over time that a respect for precedent is, by definition, indispensable. See Powell, *Stare Decisis and Judicial Restraint*, 1991 *Journal of Supreme Court History* 13, 16. At the other extreme, a different necessity would make itself felt if a prior judicial ruling should come to be seen so clearly as error that its enforcement was for that very reason doomed.” *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 US 833 (1992).

See also: *Citizens United*, 558 US at 377 (2010), Roberts, C.J. (concurring); *Laurence v Texas*, 539 US 558 (2003); *Janus v American Federation of State, County and Municipal Employees, Council 31, et al*, 585 US ____ (2018), decided June 27, 2018.

⁴² *Janus, supra*; *Agostini v Felton*, 521 US 235 (1997); *Federal Election Commission v Wisconsin Life, Inc.*, 551 US 499, 500 (2007), (Scalia, concurring in part and concurring in judgement), page 503.

⁴³ *Federal Election Commission v Wisconsin Life, Inc.*, 551 US 499, 500 (2007).

⁴⁴ 553 US 723, ____ (2008).

Most recently, in *Trump v Hawaii*,⁴⁶ Chief Justice Roberts –writing for the majority that narrowly upheld Presidential Proclamation 9645 which banned the entry of non-citizens to the U.S., targeting mostly Muslims that had been declared unconstitutional by the 9th Circuit, included a very unusual dictum, quoting Justice Robert H. Jackson’s dissent in *Korematsu v United States*, *supra*: [t]he dissent’s reference to *Korematsu*, however, affords this Court the opportunity to make express what is already obvious: **Korematsu was gravely wrong the day it was decided, has been overruled in the court of history, and –to be clear- “has no place in law under the Constitution. (Emphasis added).**⁴⁷

If even a fledging mention in a dissented opinion in *Komatsu* motivated the Chief Justice of the Supreme Court of the United States to include in a majority Opinion in a crucial case such as *Trump v Hawaii*, *supra*, said expression in such categorical terms –which undoubtedly constitutes a dictum- herein Plaintiffs forcefully argue that the ghost of the “insular cases” “plenary powers” doctrine must be put to rest. It should also have no place in law under the Constitution. It is important not to ignore what history has revoked – **the Insular cases are the antithesis of Human Rights and of the national ethos of the United States.**

The importance of precedent as a source of constitutional meaning point to the legitimacy of decisions that adhere to principles set forth in prior, well-reasoned written opinions.⁴⁸ They contend that following the principle of *stare decisis* and rendering decisions grounded in earlier cases supports the Court’s role as a neutral, impartial, and consistent decision maker. Reliance on precedent in constitutional interpretation is said to provide more predictability, consistency, and stability in the law for judges, legislators, lawyers, and political branches and institutions that rely on the Court’s rulings; prevent the Court from *overruling all but the most misguided decisions*;⁴⁹ and *allow constitutional norms to evolve slowly over time*. If said criteria are to be followed, then the Insular Cases meet and exceeds the standard of “*misguided decisions*” and “*evolving slowly over time*”.

⁴⁵ 114 US 15, 44 (1885).

⁴⁶ 585 US ____ (2018).

⁴⁷ *Supra*, note 16.

⁴⁸ Philip Bobbitt, *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*; note 42, (1982).

As the Supreme Court of the United States has said when interpreting the Constitution, there are only two (2) ways to correct precedent blindly applied to obsolete doctrines, even under the criteria of *stare decisis*: either the Supreme Court of the United States overrule faulty or anachronistic decisions, or the Constitution is amended.⁵⁰

Upon close examination, it is abundantly evident that the “plenary powers” doctrine—as set forth in the so-called “insular cases”—is a century plus old ripe doctrine that cries to be overruled. As in *Korematsu, supra*, it is an unconscionable penumbra of precedential value that neither (is) nor should be “persuasive”, least “binding”. It is an appalling incongruity that the leading nation preaching and promoting Human Rights globally, maintains second class citizens under a colonial control and a territorial discriminatory regime. It has become a rogue doctrine which should be “deleted” [in the Era of Universal Humans Rights, and High Technology & Global Society] by the Supreme Court of the United States in the best tradition of the principles exposed in the US Declaration of Independence, a fundamental source of federal substantive law.

The present rule of law regarding *stare decisis* involving constitutional interpretation—particularly of First Amendment rights—has been revisited and restated in *Janus, supra*. The rationale for ascribing precedential value to the “insular cases”, the “bedrock” of the “plenary powers” doctrine (an abused phrase constructed on the shaky foundation of the territorial clause of the Federal Constitution) is nowhere to be found in the text itself of the Constitution of the United States.

In *Janus*, the Court expanded on *Planned Parenthood of Se. Pa. v Casey, supra*, in relation to the *stare decisis* criteria and revoked the long-standing statutorily and judicially established legitimacy of labor organizations in the public sector, representing either federal or state employees. The Supreme Court has often stated that a decision to overrule precedent must be based on at least “strong grounds”—that extend beyond the Court’s mere disagreement with the merits of the prior decision’s reasoning. Among the factors considered to determine whether a precedent should be overruled, are the following:

- (1) The quality of the reasoning of the precedent to be reexamined
- (2) Workability and Consistency

⁴⁹ Henry P. Monaghan, *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, 88 COLUM. L. REV. 723, 749–50 (1988)

⁵⁰ *Supra*, note 36. See also William H. Rehnquist, *The Notion of a Living Constitution*, 54 TEX. L. REV. 693 (1976)

(3) Development Since the Precedent

(4) Reliance on the Decision and the Ethos applicable to the Controversy

As far as the quality of the precedent's reasoning is concerned, the Court must scrutinize its legal basis but the disagreement with a precedent's reasoning is not enough by itself to overrule that case.⁵¹

That is why the rest of the other factors must come into play.

In regard to the workability of the precedent's ruling, the Supreme Court has considered how difficult the precedent may be for lower federal courts to apply and whether such difficulty makes it unworkable in particular if its standards are not clear.⁵²

The consistency of the precedent with related decisions, the courts must consider whether the legal foundation of the precedent, including its reasoning, principles, or rules, has been subsequently eroded by later decisions.⁵³

The Supreme Court has also considered whether a precedent should be overruled because it is a recent outlier among the Court's decisions by examining the precedent's consistency with past decisions and determining whether overruling the case would "restore" coherency in the law.⁵⁴ One such example is in *Lawrence v. Texas*, whose Court struck down a Texas law that banned private, consensual same-sex sexual relations as violating the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment.⁵⁵ In doing so, the Court held that the concept of liberty in that clause "presumes an autonomy of self that includes freedom of thought, belief, expression, and certain intimate conduct,"⁵⁶ overruling, *Bowers v. Hardwick*, which had upheld a Georgia law banning similar sexual conduct.⁵⁷ The Court characterized *Bowers* as inconsistent with the Court's subsequent decisions in *Casey* reaffirming abortion rights and its decision in *Romer v.*

⁵¹ See *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 864 (1992) (plurality opinion) ("[A] decision to overrule should rest on some special reason over and above the belief that a prior case was wrongly decided."); *id.* (stating that reexamining precedent requires more than "a present doctrinal disposition to come out differently").

⁵² See *García v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U.S. 528 (1985), *Overruling National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976). See also *Montejo v. Louisiana* 556 U.S. 778, 792 (2009) ([T]he fact that a decision has proved 'unworkable' is a traditional ground for overruling it.") *Planned Parenthood v. Casey*, *supra* at 854.

⁵³ See *Janus*, *supra* at 42-44.

⁵⁴ See, e.g., *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 233-34 (1995).

⁵⁵ 539 U.S. 558, 578 (2003).

Evans.⁵⁸

III. The forced dilemma

It is irrefutable that the Insular Cases are archaic and the result of the supremacist and imperialist attitudes and beliefs of the time period when they were decided, [although they are still alive to a lesser degree]. Hence, let's assume "*in arguendo*" that the Insular Cases are now revoked as they should, and therefore the "source of the plenary powers" over the colonial territories vanishes, upon which power/authority the Federal Congress enacted many laws, including the Puerto Rico Oversight, Management, and Economic Stability Act (PROMESA).⁵⁹ At this point of the assumption, it's important to emphasize that Puerto Rico was initially included in the scope of Chapter 9. §1(29), 52 Stat. 842, but in 1984, Congress amended the Bankruptcy Code, without comment, to bar Puerto Rico from authorizing their municipalities to access Chapter 9. §421(j) (6), 98 Stat. 368, codified at 11 U. S. C. §101(52). Puerto Rico was therefore unable to restructure the accumulated debt of its public corporations under the provisions of the Federal Bankruptcy Law (as other states have been able to do) or a comparable state legal remedy because it is not a "state" and the field is preempted/ "occupied" by the Federal Bankruptcy law. In other words, the *ratio decidendi* was that the federal bankruptcy statute negatively "occupies" or preempts the field, denying the enactment of a local law, thus not allowing Puerto Rico to restructure the debts of its public municipalities and corporations. Justice Sotomayor with whom Justice Ginsburg joined in a dissenting opinion in the case of *Puerto Rico v. Franklin California Tax-Free Trust, et al.*,⁶⁰ indicated that "nobody has presented a compelling reason for why Congress would have done so, and the legislative history of the amendment is unhelpful". The only comment on excluding Puerto Rico from Chapter 9 came from Professor Frank Kennedy, former Executive Director of the Commission on Bankruptcy Laws who said: "I do not understand why

⁵⁶ *Id.* note 10 at 562.

⁵⁷ 478 U.S. 186, 189-90 (1986).

⁵⁸ 517 U.S. 620 (1996).

⁵⁹ The Congress enacted PROMESA pursuant to article IV, section 3 of the Constitution of the United States, which provides Congress the power to dispose of and make all needful rules and regulations for territories, Puerto Rico specifically included. See also *Puerto Rico v. Sanchez Valle*, 579 U.S. ____ (2016).

⁶⁰ 579 U. S. ____ (2016).

the municipal corporations of Puerto Rico are denied by the proposed definition of “State” of the right to seek relief under Chapter 9.” Bankruptcy Improvements Act, Hearing on S. 333 et al. before the Senate Committee on the Judiciary, 98th Cong., 1st Sess., 326 (1983). Finally, at the end of the dissenting opinion, Justice Sotomayor emphasize with the following statement that “*statutes should not easily be read as removing the power of a government to protect its citizens*”.

Briefly stated, in the light of the aforementioned, PROMESA, unnecessary as it would had been, resulted by reason of the, *i.*) amendments to the Federal Bankruptcy Law in 1984 mysteriously excluding Puerto Rico, *ii.*) the negative preemption by the Federal Bankruptcy Law which precludes Puerto Rico from enacting bankruptcy laws,⁶¹ and *iii.*) the “plenary powers” that the Insular Cases have interpreted Congress has, emanating from the territorial clause. Consequently, if Puerto Ricans would have not accepted PROMESA [assuming we could, which we actually can’t since PROMESA was undemocratically imposed], we would have no other mechanism in law to restructure the debt. The dilemma is then, that although many of us are convinced that PROMESA is undemocratic, unconstitutional, it’s inherently conflictive and violates the 1st, 5th and 14th amendments of the Constitution of the United States, ***at this forced juncture in which Puerto Rico has been positioned, PROMESA is a necessary evil to stay the payments of the undetermined debt, until same is audited forensically and the debt is restructured.***

Notwithstanding the aforementioned, the Financial Oversight and Management Board, hereinafter FOMB, established under section 101⁶² of PROMESA, provides excessive powers⁶³ which fundamentally overrides the democratically elected government of Puerto Rico. The FOMB not only has the statutory duty to represent the debtor under section 315,

⁶¹ At the Congressional hearings regarding the Puerto Rico Oversight, Management, and Economic Stability Act PROMESA, Sen. Bernie Sanders (I-Vt.) addressed Sen. Bob Menendez (D-NJ) asking him, "Would my friend from New Jersey agree that this (The Puerto Rico Oversight, Management, and Economic Stability Act, PROMESA) is colonialism at his worst? Sen. Bob Menendez (D-NJ) responded to Sen. Bernie Sanders's question, on the floor of the senate; "Oh, absolutely, I have called this legislation the ultimate neo-colonialism that we as a Congress would be passing. It treats the citizens of Puerto Rico like subjects, not like citizens." Cited from Sam Knight, The District Sentinel / Report, June 3, 2016, <http://www.truth-out.org/news/item/36646-senate-approves-of-puerto-rico-debt-technocracy-bill>

⁶² TITLE I—Establishment and Organization of Oversight Board SEC. 101. Financial Oversight and Management Board. (a) Purpose—The purpose of the Oversight Board is to provide a method for a covered territory to achieve fiscal responsibility and access to the capital markets.....

⁶³ SEC. 315. Role and capacity of Oversight Board.(a) Actions of oversight board.—For the purposes of this title, the Oversight Board may take any action necessary on behalf of the debtor to

but its mandate under law is also unavoidably intertwined with the ultimate legislative purpose of PROMESA (The Puerto Rico Oversight, Management, and *Economic Stability Act* of 2016) which is, or should be, to bring about the economic “*stability of Puerto Rico*”. The FOMB has excessively broad powers of budgetary and financial supervision and ultimate control over Puerto Rico and its instrumentalities. Such broad authority within PROMESA’s statutory mission, explicitly and implicitly carries a fiduciary duty to manage the present and future economic stability of Puerto Rico with the utmost diligence, thoroughness, and equity. Specifically, the approval of a sequence of non-appealable 5 year fiscal plans⁶⁴ which includes severe austerity measures to allocate and make viable the service/payments to creditors and ultimately to restructure the public debt which has not been audited nor its legality validated, and essential services⁶⁵ defined and identified, is not fiduciary compliant nor does it follow the constitutional mandate of due process of law (both procedural and substantive) under the 5th Amendment and under section 1 of the 14th Amendment of the United States Constitution. It is important to note that the equal protection and due process of law clauses apply to Puerto Rico, although it is not a State.⁶⁶

prosecute the case of the debtor, including—(1) filing a petition under section 304 of this Act;(2) submitting or modifying a plan of adjustment under sections 312 and 313; or(3) otherwise generally submitting filings in relation to the case with the court.(b) Representative of debtor—The Oversight Board in a case under this title is the representative of the debtor.

⁶⁴ Due process also applies to the creation of taxing districts, as taxation is a deprivation of property. Due process typically requires public hearings prior to the creation of a taxing district. *Browning v. Hooper*, 269 U.S. 396, 46 S. Ct. 141, 70 L. Ed. 330 (1926).

⁶⁵ WHAT ARE **ESSENTIAL** INTERDEPENDENT HUMAN SERVICES?

This is not a hard question to answer; it is very simple, but it remains unanswered by the FOMB which continues to anti-democratically demand and ultimately impose upon the democratically elected government of Puerto Rico draconian austerity and budgetary cuts. This very simple and important question regarding basic things that many people lack individually and collectively is fundamental to the development of Puerto Rico and are being intentionally delayed for purposes beyond the best interests of the Islands.

It is not necessary to enter into an in depth explanation of why quality EDUCATION and LITERACY at all levels (primary, superior and higher) are essential to sustained development.

Neither it should be difficult to understand that HEALTH services are fundamental to the enjoyment of life with dignity.

Who can live without WATER? Or opt for a life with dignity without SHELTER, COMMUNICATIONS, ELECTRIC ENERGY, LAW AND SECURITY?

All the above are **essential interdependent human services** crucial to the survival and development, not only of Puerto Rico, but human civilization. Yet the FOMB continues to interfere with

There is actually no need for the FOMB within the Title III proceedings and certainly it represents a danger and obstacle to the development of Puerto Rico which is best narrated in the article titled *From Bad to Worse for Puerto Rico*, by Joseph E. Stiglitz and Martin Guzman⁶⁷ describing the economy of Puerto Rico and presenting important observations and recommendations, as follows;

Everywhere in the United States Commonwealth, private- sector jobs are being lost. Total employment in Puerto Rico has fallen from 1.25 million in the last quarter of the 2007 fiscal year workers to less than a million almost a decade later. Without employment, large numbers of Puerto Ricans (who are U.S. citizens) have emigrated. But, despite this flight, the unemployment rate is now 12.4%. Without job prospects, the labor participation rate has plummeted to 40%, two-thirds of the level on the US mainland. About 60% of Puerto Rico's children live in poverty".

The Commonwealth's debt position is clearly unsustainable, and its economy will be able to recover only if it gets a fresh start."...***But PROMESA is bringing more problems than solutions. Recently, the Board—seemingly lacking both any understanding of basic economics and democratic accountability to provide checks against its incompetence – published its demands for the next fiscal year.*** The Board actually predicted that its proposals would turn Puerto Rico's recession into a depression of a magnitude seldom seen anywhere: a 16.2% decline in GNP in the next fiscal year (and a further decline the year after), which is comparable to the experience of countries undergoing civil wars, or that of crisis-ridden Venezuela.

...[R]emarkably, the Board's plan is sketchy when it comes to its central obligation: crafting a plan for debt restructuring. This is shortsighted, because depressing the economy further will fuel a debt spiral. US taxpayers will lose, too: they will pay for the costs entailed by higher emigration. In the long run, even the creditors will lose. The proposed course is not only unfair, but also inefficient and ultimately self- defeating.

...[T]hose who advocate servicing part of the outstanding debt payments now claim that this would show that Puerto Rico is willing to pay, which in turn would inspire confidence on the part of creditors and investors. But Puerto Rico's problem is a lack of capacity to pay, not a lack of willingness. The only way the Commonwealth can stimulate confidence is by restoring economic growth.

...[T]he Board is confusing *efficiency with austerity*. And while it would be nice if one could magically bring about productivity increases, the island's real problems call not so much for supply-side reforms as for increased demand. Puerto Rico is in a demand-constrained regime, demonstrated by the significant sub-utilization of its factors of production. The Board's plan markedly exacerbates this problem, without showing any

awareness that it is doing so”. “...A commitment to restoring economic growth should be the center of any restructuring proposal – or of any viable fiscal plan – for Puerto Rico. That commitment must begin with a substantial debt write-off, as well as a short-term moratorium on all debt payments. But this will not be enough: even if Puerto Rico makes no debt payments in the short term, its primary deficit implies that it will still need to take steps that would depress economic activity”.

...[T]hat is why the restructuring plan should include a third element: a clause providing for lending into arrears, which, by making new debt senior to old debt, would enable Puerto Rico to get fresh credit now, when it most needs it. This would create the space the authorities need to implement macroeconomic policies conducive to recovery.

The PROMESA Board was supposed to chart a path to recovery; its plan makes a recovery a virtual impossibility. If the Board’s plan is adopted, Puerto Rico’s people will experience untold suffering. And to what end? The crisis will not be resolved. On the contrary, the debt position will become even more unsustainable.

Hence, although PROMESA may be a necessary evil, conversely the FOMB is unnecessary and has proven to be damaging and an obstacle to pursue the economic stability and development with equity for Puerto Rico.

IV. No sovereignty + Plenary Powers = Fiduciary Duties + Liability

“Puerto Rico occupies a relationship to the United States that has no parallel in [American] history.”⁶⁸

The historical and legal development of the relationship of the United States and Puerto Rico has been characterized by colonial unilateralism which particularly includes absence of democratic participation by the people of the colonized country; control, and discrimination.

The above is supported by virtue of *admissions against interest* made by the legislative and executive branches of the Republican Federal Government, and the reaffirmation of the Insular cases in *Boumediene v. Bush*,⁶⁹ amongst others.

⁶⁸ Examining Bd. Of Eng’rs, Architects & Surveyors v. Flores de Otero, 426 U.S. 572, 596 (1976).

1. Puerto Rico is a non-incorporated territory of the United States and as such it has no sovereignty, having been controlled by the United States since 1898.

Over the last three decades, the Department of Justice and three administrations have taken the position that the Commonwealth arrangement with Puerto Rico confers no special rights of self- governance. Allowing for some variations in presentation, the basic theme has been that Puerto Rico's designation as a Commonwealth is simply a delegation of governing authority under the territorial clause, pursuant to which Congress has plenary authority over Puerto Rico—meaning that it could unilaterally abrogate such an arrangement at any time.⁷⁰

The relative autonomy that the Federal Congress argues that Puerto Rico has been benevolently granted throughout the last 20 decades of colonization is an illusory and self-serving political rationalization of what has transpired. The colonial control of Puerto Rico by the United States has increasingly mutated to new forms of socio-economic and cultural colonization which has climaxed with the most flagrant and extreme mode of anti-democratic control, the FOMB. To this, Congress has suggested and counter argued that the FOMB is just another “life saver buoy” that has been benevolently granted to Puerto Rico in an attempt to rescue the government of Puerto Rico from their own wrongdoings.

Ironically, for a nation like the United States with a hyper active paper money printing press and a national debt of \$22 trillion in debt, to finger point the blame on the colonized victim, labelling it as being incapable of handling its finances and in turn designating various FOMB members to correct the situation, which were precisely key-persons directly and indirectly involved in the public emissions of the Puerto Rican mega debt, is to say the least, a masterful unethical and grievous contradiction.

⁶⁹ 553 U.S. 723 (2008); *Puerto Rico et al. v. Franklin California Tax Free Trust et al.*, 579 U.S. ____ (June 13, 2016); *Puerto Rico v. Sanchez Valle et al.*, 579 U.S. ____ (June 9th, 2016)

⁷⁰ Lausell Recurt, Steven P.; *The Song Remains the Same -The United States' Fiduciary Duty to Puerto Rico as a Basis for Legal Responsibility*; LUND UNIVERSITY, FACULTY OF LAW; 2016.

...or, as a Federal Judge memorably put it, albeit in a different context, “to paraphrase the scripture: the Congress giveth, and the Congress taketh away.”

Senate Select Comm. on Presidential Campaign Activities v. Nixon, 366 F. Supp. 51, 55 (D.D.C. 1973) (paraphrasing and applying job 1:21 to Congress's control over federal jurisdiction).

In both *Sanchez Valle* and *Franklin, supra*, these supreme court decisions unmasked the obvious political relationship between Puerto Rico and the rest of the United States which after decades of internal and international misrepresentations that Puerto Rico was not a United States colony, the court traced its power to the moment of colonization and treated it as a subsidiary government unit; the Supreme Court embraced the Department of Justice's position that *Puerto Rico's putative sovereignty was only a matter of legislative grace without legal substance*. As summarized by the court, "the dual-sovereignty test we have adopted focuses on a different question: not on the fact of self-rule, but on where it came from." The birthmark of imperial conquest proves indelible.⁷¹

2. The United States control of Puerto Rico inherently implies and legally carries a fiduciary duty in exercising such "plenary powers" of control under the territorial clause of the Constitution of the United States.

"The Congress shall have power to dispose of and make all needful rules and regulations respecting the territory or other property belonging to the United States; and nothing in this constitution shall be so construed as to prejudice any claims of the United States, or of any particular state."⁷²

The admission against interest incorporated in PROMESA (approved on June 30th 2016) section 210 (note: 48 USC 2150) titled, "no full faith and credit of the United States", was included in the law only because Congress considered it absolutely necessary to statutorily repudiate its fiduciary duty and consequential legal and moral liability it has for the Puerto Rican debt after having reiteratively exerted and affirmed plenary powers over Puerto Rico under the territorial clause of the U.S. constitution for 118 years, although it had purposely misled the United Nations decolonization committee to believe that since 1952 Puerto Rico was no longer a colony.

⁷¹ Sam Issacharoff, Alexandra Bursak, Russel Rennie, and Alec Webley, *What is Puerto Rico?* NEW YORK UNIVERSITY PUBLIC LAW AND LEGAL THEORY working papers. 590 (2018).

⁷² U.S. CONST. art. IV, § 3

3. The neglect by act or omission, with or without intent, of the United States in discharging its fiduciary duties, bears liability

Article 73 of the Charter of the United Nations, *supra*, expressly provides that members of the United Nations which have or assume responsibilities for the administration of territories whose peoples have not yet attained a full measure of self-government recognize the principle that the interests of the inhabitants of these territories are paramount, and accept as a sacred trust the obligation to promote to the utmost, within the system of international peace and security established by the present charter, the well-being of the inhabitants of these territories, and, to this end:

a. to ensure, with due respect for the culture of the peoples concerned, their political, economic, social, and educational advancement, their just treatment, and their protection against abuses;

b. to develop self-government, to take due account of the political aspirations of the peoples, and to assist them in the progressive development of their free political institutions, according to the particular circumstances of each territory and its peoples and their varying stages of advancement;

c. to further international peace and security;

d. to promote constructive measures of development, to encourage research, and to co-operate with one another and, when and where appropriate, with specialized international bodies with a view to the practical achievement of the social, economic, and scientific purposes set forth in this article; and

e. to transmit regularly to the secretary-general for information purposes, subject to such limitation as security and constitutional considerations may require, statistical and other information of a technical nature relating to economic, social, and educational conditions in the territories for which they are respectively responsible...

“...[T]he creation of the Commonwealth of Puerto Rico did not decolonize or achieve the Self-determination of Puerto Rico nor of its inhabitants. The representations made by the United States before the United Nations in the year 1953 about self-determination and decolonization of Puerto Rico where indeed false. “... The U.S. bears sovereign and causal responsibility for the events on the island. By choosing to remain the exclusive holder of sovereignty in Puerto Rico, in violation of inter-

national law, the United States is unconditionally responsible for the well-being of the island's inhabitants. Sovereign responsibility boasts a general quality, meaning that it applies regardless whether the events were caused by the United States or whether they were foreseeable. In and of itself, sovereign responsibility entails a legal obligation to intervene in the crisis in order to provide adequate remedies. More importantly however, the United States bears causal responsibility because it fostered the conditions that led directly to the crisis. U.S. economic policy ignored the blueprint dictated by international law, opting instead to steer Puerto Rico toward U.S. interests and away from self-government and independence. Furthermore, it kept Puerto Rico trapped in a position of colonial subordination, effectively ensuring that the island had no other alternative within the established framework but to follow the development path favored by the United States. The predictable result of all of this was a weak and dependent economy that inevitably led to a fiscal crisis. The United States' causal responsibility likewise entails a legal obligation to intervene, for the purpose of remedying the harmful effects of its actions. Therefore, the United States' sovereign and causal responsibility render it liable under international law for the crisis in Puerto Rico.⁷³

A second source of liability for the public debt of Puerto Rico by the Federal Government is amply discussed by Medina Fuentes in *La Deuda Odiosa y La Descolonización de Puerto Rico*⁷⁴ and in the prestigious Harvard Law Review Journal, which is quoted as follows;

Recognizing Puerto Rico as a Non-Self-Governing Territory may also have implications for its debt. In particular, Puerto Rico's debt may qualify as *odious*, a designation that would give the island's government reason to contest the enforceability of the debt in the first place.⁷⁵

The *doctrine of odious debt*, appropriately enough, is traditionally dated to the United States refusal to assume the debts of territories gained after the Spanish-American War — territories that included Puerto Rico, Cuba, the Philippines, and Guam. Spain argued that “the United States would only become responsible for debts that were lawfully contracted by Spain as the legitimate sovereign of Cuba, and only for those debts that

⁷³ Lausell Recurt, Steven P.; *The Song Remains the Same -The United States' Fiduciary Duty to Puerto Rico as a Basis for Legal Responsibility*; LUND UNIVERSITY, FACULTY OF LAW, 2016.

⁷⁴ José Nicolás Medina Fuentes, *La Deuda Odiosa y La Descolonización de Puerto Rico*; Publicaciones Libre Pensador, 2018.

⁷⁵ Developments in the Law — *The U.S. Territories, The International Place of Puerto Rico*; 130 HARVARD. L. REV. 1616, 1656 (2017).

either benefited Cuba or were . . . local.” The episode was influential on Professor Alexander Sack, who formally articulated a basis for odious debt in 1927. The doctrine continues to evolve, with scholars arguing that it incorporates notions of sovereignty, development and democracy, and human rights.⁷⁶

There is at least a colorable argument that Puerto Rico’s debts do not benefit the population and that creditors like hedge funds knowingly engaged in precarious lending in the years following the beginning of Puerto Rico’s economic crisis in 2005. The argument grows stronger if one accepts the potential relevance of the ongoing human rights crisis on the island and the claim that the island’s colonial status has worsened its debt. Even the conceivable applicability of odious-debt doctrine — a doctrine usually contemplated in the context of transitional justice and dictatorial regimes — should give readers pause. Additionally, while Puerto Rico’s general obligation bonds remain guaranteed by the Puerto Rican Constitution’s explicit debt-repayment clause, if Puerto Rico were recognized as non-self-governing and under Congress’s plenary powers, an argument could be made that Congress itself should be liable for the island’s massive public debt.

Understanding that Puerto Rico has been and remains a Non-Self-Governing Territory under U.N. criteria is essential to the analysis of determining the ultimate liability for the “debt”. Historical and political data as well as reiterated U.S. Supreme Court Decisions confirms Puerto Rico is further from true self-governance today than it was in 1953.

Acknowledging the reality of Puerto Rico’s current political status would bring meaningful consequences in several ways. It would open a legitimate path for the island’s decolonization by providing improved access to international legal fora, and may influence the way the United States handles Puerto Rico’s public debts and its own international obligations. It would also, however, enable a frank conversation about Puerto Rico’s place in the American political order, and remind us of the role that international law may yet play in shining a light on territorial holdings in the twenty-first century.⁷⁷

The economic and human rights crisis undergone by United States citizens residing in Puerto Rico for the last 18 years has been caused by the unsustainable odious colonial debt which in turn has been caused by or is the liability of the colonial power.⁷⁸

⁷⁶ Christiana Ochoa, *From Odious Debt to Odious Finance: Avoiding the Externalities of a Functional Odious Debt Doctrine*, 49 HARVARD. INT’L L.J. 109, 145–46 (2008).

⁷⁷ *Supra*, note 70.

⁷⁸ See, Natasha. L. Bannan, *Puerto Rico's Odious Debt: The Economic Crisis of Colonialism*, 19 CUNY L. REV. 287 (Summer 2016).

V. Conclusions, suggestions and possible consequences

The functional equivalent of the **territorial clause** and its **“plenary powers”** as interpreted by the **Insular Cases and its progeny**, is the modern mutant of tyranny and political and economic domination represented by PROMESA; in other words, it’s the antithesis of human’s rights in the 21st century. To prolong the imperialist doctrine of the Insular Cases is to give further life to injustice in the era of Human Rights. The Insular Cases ought to be revoked.

Without the Insular Cases, interpreting the territorial clause as the source of the “plenary powers” upon which the Federal Congress exerts “absolute control” over Puerto Rico and other unincorporated territories, Congress is left with the righteous alternative and duty to assertively comply with the International Covenant on Civil and Political Rights which was ratified by the U.S.

In the Fourth Periodic Report to the United Nations Human Rights Committee of December 2011,⁷⁹ concerning the implementation of its obligations under the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), the United States reaffirmed that it remains firmly committed to the principle of *self-determination*, as set forth in Article I of the ICCPR.

The public debt must be forensically audited in pursuit of answers and evidence that may support or exclude wrongdoings, criminal and civil liability, determine the legality (or illegality) of the debt, identify potential legal defenses, how were the funds used, and act upon its findings to strengthen transparency, trigger development, and avoid impunity and re-occurrences. Accordingly, a Public Debt Forensic Audit Commission should be reinstated, funded and enabled to diligently fulfill the legislative purpose for which it was originally created.⁸⁰ The forensic audit must constitute a government priority and all the documents and information requested by the Commission from

⁷⁹ “...the President, Congress and the leadership and people of Puerto Rico work to ensure that Puerto Ricans are able to express their will about status options and have that will acted upon....” A link to the 2011 Task Force Report can be found at:

http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/uploads/Puerto_Rico_Task_Force_Report.pdf

⁸⁰ Puerto Rico Commission for the Comprehensive Audit of the Public Credit which was created by Law 97 of 2015.

any government agency or its external contractors must be provided with diligence. The Kobre & Kim investigation commissioned by the FOMB is not a substitutive alternative to the Public Debt Forensic Audit Commission herein recommended, in as much as the scope of their assigned audit/investigation was narrow and restricted, and because it did not incorporate a multi-representative participation which included the public sector. The final report recently rendered (August 2018) by Kobre & Kim is a useful voluminous (608 pages) compilation of data, timeline of events and reference to dispositions of law, without specific recommended courses of action. It is certainly not a forensic audit, not even an audit, neither remotely the conclusive and comprehensive investigation warranted to deconstruct a dubious and unprecedented public debt of \$72+ billions.

While multiple adversary complaints have been filed in the Title III Court, including ours,⁸¹ petitioning, amongst other, remedies to adjudicate the unconstitutionality of the FOMB; questioning the legality of the public debt; and requesting a *forensic audit*; there are parallel events occurring, in a fast track lane, of severe austerity, settlements, certification of a fiscal plan, etc. It is unconscionable for the FOMB to blindly certify a fiscal plan without a prior determination of what constitutes *essential services*; or without audited financial statements for 2015 to date; or without a forensic audit to determine the legality of the public debt; just like by analogy it would be preposterous to commence the construction of a building without a prior soil testing certification, because the building would be dangerously exposed to collapse. The same happens with the due diligence required for the financial oversight and management to restructure the public debt and move forward the path of development with equity for Puerto Rico. More recently, it has been reported in the local news media that the FOMB intends to consider to [untimely] contract another firm to evaluate potential courses of actions against third parties which may be held jointly responsible for part of the public debt. Something is

⁸¹ RENÉ PINTO LUGO, et al, VAMOS, Movimiento de Concentración Ciudadana Inc., (VAMOS); Unión de Empleados de Oficina y Profesionales de la Autoridad de Edificios Públicos, (UEOGAEP); Unión Insular de Trabajadores Industriales y Construcciones Eléctricas Inc., (UITICE); Unión Independiente de Empleados de la Autoridad de Acueductos y Alcantarillados, (UIA); Unión de Empleados de Oficina Comercio y Ramas Anexas, Puertos, (UEOCRA); Unión de Empleados del Banco de la Vivienda, (UEBV); Unión de Empleados Profesionales Independientes, (UEPI); Unión Nacional de Educadores y Trabajadores de la Educación, (UNETE); and Asociación de Inspectores de Juegos de Azar, (AIJA); Asociación de Jubilados de la Autoridad de Energía Eléctrica hereinafter (AJAEE) v. The government of the United States of America, (USA); Financial Oversight and Management Board for Puerto Rico (the FOMB); and RICARDO ROSSELLÓ NEVARES in his official capacity. Civil No. 18-00041 (LTS) ADVERSARY CIVIL ACTION.

messy wrong with the *due diligence* and order of events in accomplishing financial oversight and management by the FOMB.

The Financial Oversight and Management Board (FOMB) for Puerto Rico were created under the Puerto Rico Oversight, Management and Economic Stability Act of 2016. The Board consists of seven members, appointed by the President of the United States and one ex officio member designated by the Governor of Puerto Rico. The FOMB has been operating, at the expense of the Puerto Rican budget approved by the FOMB for almost two years and has repeatedly rejected a forensic audit to essentially deconstruct the emission of the public debt to determine amongst other elements, its legality in the light of the constitutional limitations and find out what was its ultimate actual public use. Without knowing the specifics of what, why, who, and how an unprecedented public debt of \$72+ billion was accumulated and used notwithstanding constitutional limitations, it is doomed to reoccur, and the draconian austerity measures and fiscal plans will not help, but worst, will be irreparably counter-productive.

The irreparable damages to the People of Puerto Rico, if the FOMB continues implementing and intervening with the financial autonomy of essential institutions like the **University of Puerto Rico**, must be stopped before it's too late and the judicial remedy becomes for practical purposes, irrelevant and moot.

PROMESA should remain in force by mutual accord, between the Federal Congress and Puerto Rico, as a necessary evil in this critical juncture of developments, and the FOMB should be replaced by a board which includes amongst others, economist(s) with knowledge and international experience in restructuring public debts and generating development with equity; a Human Rights delegate of the United Nations Organization; a representative of the public sector; a representative of the education sector; a representative of the workers and syndicates.

The undemocratic and colonial political status of Puerto Rico is at the center, is at the heart, of its chronic socio-economic instabilities and vulnerabilities. The Federal Congress has the internationally convened duty to support and promote the self determination of Puerto Rico [and other territories] in accordance with the ICCPR by agreeing to accept the will of Puerto Ricans.

Convinced that the continued existence of colonialism impedes the social, cultural and economic development of dependent peoples and militates against the United Nations ideal of universal peace, the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples was adopted by the General Assembly resolution 1514 (XV) of 14 December 1960. In 1990, the United Nations Organization Assembly proclaimed the International Decade for the Eradication of Colonialism (1990-2000), which included a specific plan of action. In 2001, it was followed by a Second International Decade for the Eradication of Colonialism. The end of the Second Decade coincided with the fiftieth anniversary of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples. At the same time the General Assembly declared the period **2011–2020** the Third International Decade for the Eradication of Colonialism. Puerto Rico is still in time to catch the third “bus” to decolonization.

Guided by the fundamental and universal principles enshrined in the Charter of the United Nations, the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights, 80 former colonies have gained their independence. This includes all 11 Trust Territories, which have achieved self-determination through independence or free association with an independent State.

Assuming the Federal Congress is willing to comply, as it should, with the ICCPR, thus agreeing to promote and accept the exercise of self-determination of Puerto Ricans, an operational democratic process to determine such will of Puerto Ricans needs to be designed and accorded. However, the real challenge of a democratic process for *self-determination* is not only how and whether it should be thru one or various referendums, plebiscites, or the like. The real challenge is how to educate for a self-determination democratic process by eradicating or at least minimizing the misconceptions, preconceptions, and culture of dependency, etc., nurtured and deep-rooted from 120 years of colonial indoctrination, so that it may not be a pre-determinant factor in the results. The voters need to be informed and educated as to the political status alternatives and significances; its terms; their cultural and socio-economic costs and effects; its pros and cons. ***The voters need to be able to understand their capacity and viability to be independent of dependence and to create sustainable development. Otherwise, a self-determination status referendum without proper education/information would probably be a wrongful, misguided and predestined process of validating and perpetuating a dependent and colo-***

nized culture. Notwithstanding the aforementioned, such danger of a resulting undemocratic self-determination referendum event cannot be an excuse, and justification allowing Puerto Ricans to position themselves into a state of indefinite political immobility, which will only perpetuate and deepen the culture of personal and political dependency and political domination, uncertainty and undefined. Democracy can only be accomplished with education/information/transparency and the will and determination to assume an educated position and accept its responsibilities. Education for democracy is medullar for any referendum, plebiscite or whichever “democratic” process is implemented to determine the legitimate will of the voters. The information/education agenda must be equally and exclusively funded by the government, so that all status alternatives are able to be explained, limiting or at least reducing the unequal and unfair political and financial advantages in the dissemination of information.

.....

“History shows that it does not matter who is in power or what revolutionary forces take over the government, those who have not learned to do for themselves and have to depend solely on others never obtain any more rights or privileges in the end than they had in the beginning.

When you control a man’s thinking you do not have to worry about his actions”.⁸²

Education is a human right with immense power to transform. On its foundation rest the cornerstones of freedom, democracy and sustainable human development.⁸³

“Education is the most powerful weapon which you can use to change the world.”

-Nelson Mandela-

⁸² Carter G. Woodson, *The Mis-Education of the Negro*. Lanham: Dancing Unicorn Books. 2017 (1933).

⁸³ Kofi A. Annan, *Foreword of The State of the World’s Children 1999* Report by, Secretary-General of the United Nations;

<https://www.unicef.org/sowc99/sowc99a.pdf>

“You have to be the change you want to see in the world”. “To safeguard democracy the people must have a keen sense of independence, self-respect, and their oneness.” “The spirit of democracy cannot be imposed from without. It has to come from within. In true democracy every man and woman is taught to think for himself or herself”.

-Mahatma Gandhi-

“Justice is the first virtue of social institutions, as truth is of systems of thought”.

A theory however elegant and economical must be rejected or revised if it is untrue;

likewise, laws and institutions no matter how efficient and well-arranged must be reformed or abolished if they are unjust.”⁸⁴

⁸⁴ John Rawls, *A Theory of Justice*, HARVARD UNIVERSITY PRESS, 60 (2009).

**LAS OBLIGACIONES DE
ESTADOS UNIDOS AL
AMPARO DE SU
DERECHO
CONSTITUCIONAL
DOMÉSTICO Y DEL
DERECHO
INTERNACIONAL,
SOBRE LA
DESCOLONIZACIÓN DE
PUERTO RICO**

LCDO. ALEJANDRO TORRES
RIVERA*

I. Introducción

Conforme con el Artículo VI, segundo párrafo de la Constitución de Estados Unidos, en el orden de prelación de sus fuentes de derecho se encuentran la Constitución, las leyes que al amparo de la misma apruebe el Congreso de los Estados Unidos y los Tratados Internacionales celebrados o que se celebren bajo la autoridad de dicho país. Como tal, dispone la Constitución, tales fuentes legales constituirán "la suprema ley del país".¹

Mediante el Artículo IV, Sección 3 de la Constitución de Estados Unidos, en su segundo párrafo, se consigna lo siguiente:

El Congreso podrá disponer de, o promulgar todas las reglas y reglamentos necesarios en relación con, el territorio o cualquier propiedad perteneciente a los Estados Unidos. Ninguna disposición de esta Constitución se interpretará en

* El Autor fungió con Presidente del Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico durante el bienio 2016-2018. Obtuvo el grado de Bachiller en Artes de la Facultad de Ciencias Sociales con concentración en Ciencias Políticas de la Universidad de Puerto Rico en 1973 (*Cum Laude*). Cursó a partir de agosto de 1973 sus estudios de derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, donde obtuvo el grado de Juris Doctor en mayo de 1976. Juró como abogado el día 29 de diciembre de 1976. Trabajó en la Junta de Relaciones del Trabajo de Puerto Rico desde agosto de 1976 desempeñándose como Oficial Examinador. En julio de 1977 pasó a la práctica privada de su profesión legal, fundamentalmente en el campo laboral como abogado de trabajadores, sindicatos y cooperativas particulamente del sector de vivienda, así como en luchas sociales, comunitarias y en la defensa de derechos civiles de minorías en Puerto Rico. Es socio de la firma *Torres y Velaz* desde finales de la década de 1970.

¹ El dato de que en la Constitución de los Estados Unidos figure como parte de la ley suprema los tratados internacionales, les imprime a los convenios ante organismos internacionales ratificados por Estados Unidos, como puede ser la Organización de las Naciones Unidas, la condición de

forma tal que pudiere perjudicar cualesquiera reclamaciones de los Estados Unidos o de algún estado en particular.

Esta disposición constitucional, aplicable a Puerto Rico es aquella a la cual nos referimos como "Cláusula Territorial". A pesar de que la propia letra del artículo IV, Sección 3 no establece diferencias al referirse a los llamados "territorios", la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha distinguido entre "territorios incorporados" y "territorios no incorporados".

En el caso *Downes v. Bidwell*², en un ejercicio de acrobacia jurídica, dicho Tribunal estableció una distinción entre lo que constituía un "territorio incorporado" y lo que constituye un "territorio no incorporado". Con ello pretendió significar que, bajo el primer escenario, había la intención del Congreso de en algún momento incorporar el territorio como un estado de la Unión; mientras bajo el segundo escenario, no había como tal una oferta de estadidad, integrando al territorio como un estado de la Unión, por parte del Congreso. Bajo esta teoría, un territorio no incorporado podría permanecer indefinidamente en tal condición, lo que equivale en la práctica a establecer el derecho perpetuo de Estados Unidos, aunque tal término no forme parte de su Constitución, a tener colonias.

En efecto, el Tribunal Supremo resuelve que, si bien en lo que concierne al derecho internacional, Puerto Rico no es una jurisdicción extranjera por pertenecer a Estados Unidos; lo es en un sentido doméstico por no estar incorporado como territorio, ya que es una mera posesión. De lo anterior se deduce, y así lo ha determinado el propio Tribunal Supremo de dicho País, que Puerto Rico "pertenece a, pero no forma parte de", Estados Unidos.

Más adelante, en *Balzac v. People of Porto Rico*³, en una decisión unánime, el Tribunal Supremo de Estados Unidos resolvería que la exten-

formar parte de dicha ley suprema. En tal virtud, Estados Unidos, independientemente de la interpretación jurisprudencial de su Tribunal Supremo en torno a la Cláusula Territorial de su Constitución y la aplicación de sus disposiciones en sus territorios, no puede desconocer bajo esa misma Constitución las obligaciones que derivan de aquellos tratados internacionales que su país haya suscrito y ratificado. Lo anterior incluye aquellos relativos al ejercicio de la libre determinación de los pueblos de sus territorios, como es el caso de Puerto Rico en el marco de un reclamo para la revisión de sus relaciones políticas con Estados Unidos.

² 181 U. S. 244 (1901).

sión de la ciudadanía estadounidense por parte del Congreso de Estados Unidos a los puertorriqueños en 1917, no convertía a Puerto Rico en parte de Estados Unidos. No obstante, en su decisión, la Corte Suprema de Estados Unidos resuelve que, en los territorios no incorporados como Puerto Rico, Estados Unidos viene obligado a proveerles a sus habitantes, incluso aquellos que no son ciudadanos, las garantías de ciertos derechos fundamentales establecidos en su Constitución.⁴

Como resultado de la Guerra Hispano-cubana-americana a finales del siglo XIX, Estados Unidos y el Reino de España suscribieron el 10 de diciembre de 1898 el Tratado de París. Su ratificación fue recomendada por el Senado de Estados Unidos y su Presidente el 6 de febrero de 1899. En su Artículo IX, segundo párrafo, se dispuso que “[l]os derechos civiles y la condición política de los habitantes naturales de los territorios aquí cedidos a los Estados Unidos se determinarán por el Congreso.”

El Lcdo. Noel Colón Martínez en su ensayo *El Colegio de Abogados y la Asamblea Constituyente*, al referirse a dicho Artículo IX señaló:

Estados Unidos tiene la obligación de resolver de modo definitivo ‘la condición política’ final del pueblo de Puerto Rico. Esa obligación surge del Derecho Internacional y del Derecho Constitucional de ese país. Para la firma del Tratado de París, Estados Unidos exigió el derecho de ser quien determinara eventualmente la condición política de los puertorriqueños. Como esa obligación se estableció sin consulta o consentimiento de nuestro pueblo Puerto Rico conservó la capacidad de demandar la satisfacción de ese deber. Ese cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de Estados Unidos y si este no cumple, como no ha cumplido, Puerto Rico tiene derecho a recurrir a los medios que le provea el Derecho Internacional.⁵

³ 258 U. S. 298 (1922).

⁴ Esta teoría, totalmente preñada de anacronismo, fue reivindicada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 12 de junio de 2008 en el caso *Boumediene v. Bush*, 553 US 723 (2008). En este caso el Tribunal Supremo, en el contexto de determinar el contenido y alcance del derecho de *Habeas Corpus* al amparo de la Constitución de Estados Unidos de los llamados “combatientes enemigos” prisioneros en Guantánamo, añade una nueva acrobacia jurídica. Por vía de una ficción legal, el Tribunal distingue a la luz del llamado contrato de arrendamiento negociado entre Estados Unidos y Cuba en el siglo pasado para el establecimiento de una base naval, quién ostenta la “soberanía de jure” y “soberanía de facto” en el territorio que ocupa Estados Unidos en dicha instalación.

⁵ Noel Colón Martínez, *El Colegio de Abogados y la Asamblea Constituyente*, (2000). Véase,

El pueblo puertorriqueño nunca, hasta el presente, ha ejercido su derecho a la libre determinación. Estados Unidos, a lo largo de 120 años de ejercicio de los poderes plenarios que le concede su Constitución sobre sus territorios y de la delegación impuesta y reservada a su Congreso por el Tratado de París, tampoco ha adoptado una política descolonizadora sobre Puerto Rico. Al cabo de más de un siglo de dominación política sobre Puerto Rico, subsiste el poder del Congreso de Estados Unidos para determinar la condición política del territorio cedido en 1898 y la de sus habitantes naturales.

En Puerto Rico, a través de la Ley de Relaciones Federales con Puerto Rico, sigue sobreviviendo el artículo 14 de la Ley Foraker⁶ de 1900 y convertido más adelante en el artículo 9 de la Ley Jones de 1917, según el cual toda ley aprobada por el Congreso de Estados Unidos que no sea localmente inaplicable, con excepción de aquellas de rentas internas, tiene todo peso y consecuencia sobre Puerto Rico y sus habitantes. La Constitución adoptada por Puerto Rico en 1952 en nada alteró este poder del Congreso sobre nuestro país y sus habitantes.

II. El proceso constitucional de 1951-52

El 3 de julio de 1950 el Congreso de Estados Unidos aprobó la Ley Núm. 600⁷ autorizando, de ser aprobado por el pueblo de Puerto Rico mediante referéndum a tales efectos, la facultad de las Ramas Legislativa y Ejecutiva para convocar a una “convención constitucional”⁸ cuyo propósito sería redactar una constitución para Puerto Rico creando un go-

Materiales de Estudio: Seminario sobre la Asamblea Constituyente, Congreso Nacional Hostosiano, 119 (2000).

⁶ La Ley Foraker dispuso en dicho artículo 14 lo siguiente: “[q]ue las leyes estatutarias de los Estados Unidos que no sean localmente inaplicables, salvo lo que contrario dispusiere la presente, tendrán la misma fuerza y validez en Puerto Rico que en Estados Unidos, excepción hecha de las leyes de rentas internas, las cuales, en virtud de lo dispuesto en la sec. 3, no tendrán fuerza y validez en Puerto Rico.”

⁷ Ley Núm. 600 del 3 de julio de 1950, de Puerto Rico, 1 L.P.R.A. Documentos Históricos.

⁸ Nótese que en ningún momento la referida Ley Núm. 600 nos habla del término “Convención Constituyente”, como se le ha pretendido llamar en Puerto Rico.

bierno republicano y conteniendo una Carta de Derechos. La vigencia de tal constitución dependería o estaría sujeta a que el Presidente de Estados Unidos concluyera, previo a ser referida al Congreso de Estados Unidos para su aprobación o rechazo, que la misma fuera compatible con las disposiciones de la referida Ley Núm. 600 y la Constitución de Estados Unidos.

Fue mediante la proclama de 27 de julio de 1951 convocando al referéndum para la aceptación o rechazo de la Ley Núm. 600, que Luis Muñoz Marín altera los términos en que fue redactada la Ley, Núm. 600, sustituyendo el término “convención constitucional” por “Convención Constituyente”. El proceso desarrollado en Puerto Rico a partir de la consulta hecha al pueblo, si bien tuvo atributos de proceso constitucional, no fue un proceso de “convención constituyente”.⁹

El licenciado Fernández Quiles en su libro *El Constitucionalismo y la Encerrona Colonial de Puerto Rico*,¹⁰ indica que en el País nunca ha habido propiamente un proceso constituyente. De acuerdo con Fernández Quiles, el poder constituyente reside en el ejercicio de la “soberanía”.¹¹ Tal poder constituyente no está sujeto a limitaciones jurídicas en su ejer-

⁹ De acuerdo con el Lcdo. José Trías Monge, en su libro titulado *Cómo fue: Memorias (2005)*, los tres componentes básicos a los cuales aspiraba el proceso constitucional permitido por la Ley Núm. 600, fueron: (a) que representara un avance de gobierno propio a través del reconocimiento del derecho del pueblo puertorriqueño a establecer su propia constitución; (b) que estableciera el principio de las relaciones entre Puerto Rico y Estados Unidos sobre la base del consentimiento mutuo; (c) que supusiera cambios sustanciales en las relaciones entre ambos pueblos. Indica Trías Monge que la referida Ley Núm. 600, fue clara en cuanto al primer objetivo; oscura en cuanto al segundo; y de total omisión en cuanto al tercero.

El Lcdo. Carlos I. Gorrín Peralta en su artículo de la Revista Jurídica de la Universidad Interamericana, titulado *Constitucionalismo Colonial y Autodeterminación de Puerto Rico*, Volumen LI, agosto-mayo 2017, Número 1, a la página 17, indica que “[E]l propósito que perseguía la legislación era lograr cierto grado de gobierno propio para asuntos puramente locales, y conseguir la aquiescencia del pueblo colonizado a la relación territorial entonces existente. Sin embargo, la naturaleza de la relación y la soberanía de los Estados Unidos sobre Puerto Rico habrían de mantenerse intactas.”

¹⁰ Roberto Ariel Fernández Quiles, *El Constitucionalismo y la Encerrona Colonial de Puerto Rico*, (2004).

¹¹ El concepto de soberanía no es reciente. Se indica que fue acuñado por Juan Bodino, quien vivió entre 1530 y 1596 en su libro *Los Seis Libros sobre el Estado* escrito en 1576. En él nos indica que “[S]ólo es absolutamente soberano aquel que, después de Dios, no reconoce a nadie superior a él.” Según su razonamiento, “[S]i el príncipe requiere el consentimiento de los superiores, entonces él mismo es un súbdito...”

cicio. A tales fines señala: “[e]l poder constituyente se concibe como un poder absoluto, no sujeto a limitaciones, pues es un poder soberano.”

Más adelante señala que, en el caso del llamado proceso constituyente en Puerto Rico, “[L]a única supremacía constitucional de que en el caso del proceso constituyente entre 1950-52 se puede hablar es la de la Constitución de los Estados Unidos.” En el caso de la Constitución del Estado Libre Asociado, indica Fernández Quiles:

... el serio defecto de la constitución de Puerto Rico es que los poderes constituidos que crearon otro pueblo —el estadounidense— ostentaron la titularidad de la soberanía al ‘autorizar’ al pueblo de Puerto Rico a que adoptara una constitución, y al atribuirse el poder de aprobarla como requisito indispensable para que entrara en vigor. De esta manera, el Congreso habría ejercido el poder constituyente, si por ello se entiende que produjo una constitución al autorizar, limitar, supervisar, enmendar y aprobar el documento que redactaron y aprobaron los puertorriqueños.¹²

Tomando como punto de partida lo anterior, Fernández Quiles indica que “en un proceso constituyente futuro” el pueblo puertorriqueño “tendrá que obviar, por ilegítimo, el lenguaje de la sección 3 del Artículo VII de la Constitución de 1952”. Allí se dispuso que, mediante una Convención Constituyente, no pueden llevarse a cabo modificaciones a la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico que coloque a la Constitución fuera de las disposiciones de la Ley Núm. 600, o fuera de las disposiciones de la Ley de Relaciones Federales con Puerto Rico, o fuera del alcance de las disposiciones aplicables de la Constitución de Estados Unidos, particularmente su Artículo IV, Sección 3.

El autor recomienda, de cara a los esfuerzos planteados por diferentes sectores en torno a la convocatoria a una Asamblea Constitucional de Estatus¹³, lo siguiente:

¹² *Supra*, nota 89.

¹³ El término “Status” se utiliza indistintamente por diferentes autores junto con el término “Estatus”. Su significado es el mismo.

El mecanismo de la Asamblea Constitucional es neutral en cuanto a las alternativas de *status*. Pero, lo primero que debe hacer la Asamblea es declarar que la soberanía descansa en el pueblo de Puerto Rico, no en el Congreso de los Estados Unidos. **El propio acto de convocar la Asamblea solo tendría valor y trascendencia, si se concibe como un ejercicio de soberanía de nuestro pueblo, de todos nosotros. Obviamente, ello no significaría que el régimen actual se pueda abolir con una simple declaración de esa naturaleza. Pero, tal declaración de soberanía, libre de ambigüedades, sería necesaria para allanar el camino hacia un verdadero proceso de descolonización.**

Solicitar autorización al Congreso para convocar la Asamblea sería cometer el error monumental de volver a fundamentar el proceso sobre las bases de una supremacía congresional que carece de legitimidad democrática, y que es la piedra angular de la subordinación política de Puerto Rico desde que se firmó el Tratado de París. La participación de los electores de Puerto Rico sería sustancial, pues primero tendrían que aprobar mediante referéndum la convocatoria a la Asamblea, luego elegirían a sus delegados y finalmente, pasarían juicio sobre el resultado de las deliberaciones, mediante otro referéndum.”¹⁴ (Énfasis nuestro)

Indica con acierto Fernández Quiles, que mediante la Asamblea Constitucional de Estatus el pueblo de Puerto Rico se estaría convocando a sí mismo, al margen de la Constitución de Estados Unidos y fuera de los poderes plenarios del Congreso de Estados Unidos, para revisar sus actuales relaciones políticas con miras a despojar dichas relaciones del contenido colonial en la cual han permanecido desde 1898. La Asamblea Constitucional de Estatus, como depositaria de los derechos soberanos del pueblo puertorriqueño y en el ejercicio pleno de tales derechos, deliberará por medio de los delegados electos por el pueblo y será ella la que

¹⁴ *Supra*, nota 89.

acordará los términos a negociar con los representantes del Gobierno estadounidense y el Congreso, de las futuras relaciones de Puerto Rico con Estados Unidos.

Como resultado inicial del proceso, la Asamblea Constitucional de Estatus sería el mecanismo procesal para que ese mismo pueblo que votó por sus delegados, pase juicio sobre fórmulas de futura relación política entre ambos pueblos, a partir de las cuales, si opta por constituirse en un estado independiente; o si opta por dirigirse hacia un convenio de asociación soberana; o si determina propulsar su integración dentro de otro estado soberano, en este caso Estados Unidos de América; eventualmente, a la luz del nuevo escenario, el pueblo puertorriqueño tendría la responsabilidad de constituirse como estado político a través de una convención constituyente.

De acuerdo con el licenciado Carlos I. Gorrín Peralta¹⁵ en su ensayo *Autodeterminación del Pueblo de Puerto Rico mediante la Asamblea Constitucional de Status*, fue Emmanuel Sieyès quien publicó en 1788 en su libro *¿Qué es el Tercer Estado?*, los fundamentos en los cuales descansan hoy los criterios para definir el concepto “poder constituyente”. Gorrín Peralta describe tal poder constituyente como “la facultad inherente al pueblo como titular de la soberanía de establecer su ordenamiento jurídico-político fundamental.” Indica Gorrín Peralta que en su elaboración Sieyès establece una diferencia entre lo que es el **poder constituyente originario** de lo que es el **poder constituyente derivado**. El primero, lo cataloga como aquel que se ejercita en “la fundación de una sociedad política mediante el establecimiento de su organización política y jurídica fundamental sin atenerse a reglas positivas preexistentes”, por lo que lo tipifica como un “poder absoluto, ilimitado, total”; a diferencia del segundo, que lo describe como aquel que “se ejercita cuando el acto constituyente persigue modificar total o parcialmente la organización política y jurídica conforme a los procesos establecidos en la constitución misma y sujeto a las limitaciones que ésta pueda establecer.”

Tomando como base tales diferencias, Gorrín Peralta señala que el poder que debe invocar el pueblo puertorriqueño en el diseño de una vía

¹⁵ Carlos Iván Gorrín Peralta, *Autodeterminación del pueblo de Puerto Rico mediante la Asamblea Constitucional de Status*, 71 REV. JUR. UPR 821-824 (2002).

procesal para el ejercicio de su derecho a la libre determinación, es el “originario”. Señala que ello es así, toda vez que no se trata de formular “una o múltiples enmiendas a la Constitución vigente”. Destaca que lo que se busca en este momento, es un proceso deliberativo, representativo, incluyente, dirigido a que el pueblo redefina la relación fundamental con Estados Unidos, y que opte entre alternativas descolonizadoras, no territoriales, radicalmente distintas a la actual relación de subordinación política. Es necesario, añade Gorrín Peralta, “ejercitar el poder constituyente originario para repudiar la condición de territorio no incorporado, sujeto a la cláusula territorial, y sentar las nuevas bases sobre las que se debe erigir el Estado.”

La convención constituyente es, pues, el instrumento para constituir un estado político soberano; la asamblea constitucional de estatus propuesta es el instrumento planteado para la revisión de las actuales relaciones políticas coloniales entre Puerto Rico y Estados Unidos y proponer cambios en las mismas.

A pesar del marco limitado de su autoridad por parte del Congreso y de la reserva hecha a los fines de poder modificar la misma si no se ajustaba a juicio del Presidente de Estados Unidos y a las limitaciones impuestas por la ley del Congreso, en su Preámbulo, la Constitución de Puerto Rico invoca como fuente de autoridad, el ejercicio por parte del pueblo puertorriqueño del “derecho natural” del pueblo al convocarse con tal propósito.¹⁶

De acuerdo con Juan Mari Brás, el Derecho Natural “es, a diferencia del Positivo, uno que no tiene que estatuirse en leyes, ni codificaciones. Surge directamente de las normas y principios que guían la conducta humana, independientes de las leyes estatuidas o de los sistemas legales, prevalecientes en determinado tiempo y lugar, los cuales se descubren por la inteligencia racional del ser humano y crece y se configura conforme a su naturaleza, entendiéndose por esa palabra su constitución com-

¹⁶ En *Pueblo v. Sánchez Valle*, 2015 TSPR 25, el cual más adelante es ratificado por la Corte Suprema de Estados Unidos el 9 de junio de 2016 en *Commonwealth v. Sánchez Valle*, 579 U. S. ___, 136 S. Ct. 1863 (2016) se echa por la borda esta premisa contenida en el Preámbulo de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico cuando se indica: “...El Estado Libre Asociado de Puerto Rico no es un ente soberano, pues, como territorio, su fuente última de poder para procesar delito se deriva del Congreso de Estados Unidos.”

pleta: mental, moral y física. Se deriva de la justa razón y ha sido fuente de sistemas alternos como la Equidad en el Derecho Anglo-Sajón.”¹⁷

En la redacción del Informe suscrito por el licenciado Mari Brás, a partir del Seminario de Descolonización llevado a cabo con la participación de varios estudiantes de derecho de la Facultad Eugenio María de Hostos de mayo de 2002, titulado *Las Bases Jurídicas de la Asamblea Constitucional de Status*, éste indica lo siguiente:

En el ámbito del Derecho Constitucional de Estados Unidos, la Constitución de éste en su Artículo I, de los ‘Artículos Adicionales y Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de América’, propuestos por el Congreso y ratificados por las Asambleas Legislativas de los diversos estados de conformidad con el Artículo V de la Constitución Original’, establece el derecho el pueblo a peticionar al gobierno en busca de reparación en caso de agravio (no se aprobará ninguna ley que lo prohíba).¹⁸

Según el caso de *O’Keefe v. Van Boening*,¹⁹ este derecho se limita cuando se interfiere con el derecho a presentar querrela o se impone sobre la habilidad de presentar las restricciones que impiden el ejercicio del derecho a peticionar. Es decir, que Estados Unidos estaría impedido de imponer cortapisas a un proceso iniciado por el pueblo puertorriqueño, como es la Asamblea Constitucional de Status, donde estaríamos buscando solución a la condición colonial de Puerto Rico. Al contrario, tratándose del derecho a la libre determinación de todo un pueblo, le incumbe a Estados Unidos reconocernos el derecho a peticionar a través de la Asamblea en busca de la reparación de agravios. Entonces, el derecho a remedio en caso de agravio más bien debe abrir la puerta a los puertorriqueños para la celebración de una “Asamblea Constitucional de Status.”

¹⁷ Juan Mari Brás, *Nacionalidad y Ciudadanía de Puerto Rico*, 56 REV. JUR. CAPR Núm. 3, 54 (1995).

¹⁸ La Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico incluye también en su Artículo II, Sección 4 lo siguiente: “No se aprobará ley alguna que restrinja la libertad de palabra o de prensa o el derecho del pueblo a reunirse en asamblea pacífica y a pedir al gobierno la reparación de agravios.” (Énfasis suplido).

¹⁹ *O’Keefe v. Van Boening*, 82 F.3rd. 322, 325 (1996).

Señala Mari Brás que mediante la Resolución Núm. 23 de 4 de febrero de 1952, en la llamada “Convención Constituyente” los delegados que redactaron la Constitución del ELA, en su párrafo tercero, inciso (e), dejaron consignado lo siguiente:

El pueblo de Puerto Rico retiene el derecho de proponer y aceptar modificaciones en los términos de sus relaciones con los Estados Unidos de América, de modo que éstas en todo tiempo sean la expresión de acuerdo libremente concertado entre el pueblo de Puerto Rico y los Estados Unidos de América.

Sobre el particular, el licenciado Gorrín Peralta manifiesta que dado el hecho de que “el pueblo se reservó la facultad de proponer modificaciones a la relación, esta Asamblea Legislativa tiene la obligación como órgano legislativo de dicho pueblo, a crear los mecanismos necesarios y apropiados para viabilizar dicho derecho del pueblo puertorriqueño mediante legislación habilitadora.”²⁰

Nos dice Gorrín Peralta al respecto:

Se ha planteado en la discusión del tema de la constituyente, o ‘asamblea constitucional de status’, si se requiere autorización congresional para que el pueblo pueda convocar su poder constituyente. El hecho que es haya sido la ruta que se siguió en 1950 en la Ley 600, no significa que ahora sea necesario el ‘permiso’ congresional (énfasis nuestro). En aquella ocasión se partió de la premisa—correcta aunque indeseable—de que el Congreso ejercía autoridad plenaria sobre el territorio de Puerto Rico. El hecho de que todavía la ejerza no puede significar que el pueblo, que tiene un derecho inalienable a su libre determinación, tenga que esperar a que el poder metropolitico le dé permiso para ejercer el derecho. Sería una anulación del derecho del pueblo. El pueblo de Puerto Rico tiene el derecho a pesar de que el Congreso insista en ejercer poderes plenarios sobre el país. Y esta Asamblea Legislativa es la única que puede viabilizar el ejercicio de dicho derecho.

²⁰ Carlos Iván Gorrín Peralta, 62 REV. JUR. CAPR, Núm. 2, 145 (2001).

III: El Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico y su reclamo de descolonización

El Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico se ha expresado públicamente a los efectos de que nuestro pueblo, nunca ha ejercido su derecho a la libre determinación. De igual manera ha sostenido que el proceso constitucional llevado a cabo en Puerto Rico entre 1951-52, el cual culmina con la aprobación de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, si bien tuvo atributos constitucionales, tampoco fue el resultado de un proceso de libre determinación, mucho menos constituyente.

El derecho de los pueblos a escoger libremente su sistema de gobierno y su destino político en relación a los demás países es un derecho natural inalienable; ni puede admitirse legislación contraria a este derecho, ni puede tampoco admitirse régimen o legislación contraria al ejercicio pleno de este derecho.

Derecho inalienable es aquel que no se renuncia permanentemente y el cual el pueblo, en todo momento, retiene el derecho a ejercitarlo. Ninguna fuerza política interna o externa puede arrebatárselo, ni mucho menos una generación renunciarlo en perjuicio de sí misma o de generaciones futuras. Por lo antes indicado, **el ejercicio del derecho a la libre determinación es imprescriptible.**

Desde sus pronunciamientos en la Asamblea de 1 de septiembre de 1944²¹, mucho antes de la aprobación de la Ley 600 de 1950 por parte del Congreso de Estados Unidos que habilitara el proceso constitucional seguido en 1951-52, el Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico ha denunciado de manera categórica y clara la naturaleza colonial de Puerto Rico. Al formular su denuncia, ha demandado del Presidente de Estados Unidos y del Congreso la terminación de unas relaciones políticas que considera injustas. Como parte de la misma, el Colegio ha reclamado el ejercicio pleno del derecho a la libre determinación por parte del

²¹ *El problema político de Puerto Rico*, Informe rendido y aprobado por la Asamblea del Colegio de Abogados de Puerto Rico de 1 de septiembre de 1944.

pueblo puertorriqueño. En la fundamentación de su reclamo, el Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico ha invocado, tanto el derecho constitucional de Estados Unidos, como el Derecho Internacional.

Para el Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico, sin embargo, el problema de la sujeción política de Puerto Rico a los Estados Unidos es un problema político que plantea la vigencia de los derechos humanos de nuestro pueblo, no meramente un problema de derechos civiles. Para ello fundamenta su posición en la expresión hecha por la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 1514 (XV) de 14 de diciembre de 1960. En ella, este organismo internacional declara que la “sujeción de los pueblos a una subyugación y explotación extranjeras constituye una negación de los derechos humanos fundamentales”. Entre otras fuentes invocadas históricamente por el Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico en sus pronunciamientos se encuentran, además, la Resolución 1541 (XV) de las Naciones Unidas donde se identifican fórmulas de relación política bajo las cuales un territorio bajo fideicomiso, un territorio no autónomo o un territorio que aún no haya accedido a la independencia, puede ejercer su libre determinación. El Colegio también ha mencionado las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas relativas a la autodeterminación, como es el Artículo 1 (2); el Pacto Internacional de Derechos Humanos, Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Humanos, Económicos, Sociales y Culturales de 1966, ratificado por Estados Unidos durante la década de 1990.

Si hoy se perpetúa una relación colonial de Puerto Rico con los Estados Unidos, se debe al resultante de un acto de guerra, sin previa consulta ni consentimiento de su pueblo,²² ocurrida en 1898 cuando Puerto Rico pasó a ser territorio de Estados Unidos como resultado de la Guerra Hispano-cubano-americana.

El 21 de febrero de 1963, la Asamblea General del Colegio aprobó un Informe rendido por su Comisión para el Estudio del Desarrollo Constitucional de Puerto Rico titulado *Requisitos Sustantivos Mínimos Esenciales*²³ en lo que respecta al proceso de descolonización de nuestro pueblo.

²² *El problema político de Puerto Rico*, Op. Cit.

²³ *Requisitos Sustantivos Mínimos Esenciales*: Informe rendido por su Comisión para el Estudio del Desarrollo Constitucional de Puerto Rico fue, (aprobado por Asamblea del CAAPR), el 21 de febrero de 1963.

Allí se definió el principio de la “soberanía” en el caso de cada una de las alternativas compatibles con el ejercicio del derecho a la libre determinación y se indicó lo siguiente:

Tratándose de una decisión final para que Puerto Rico escoja sus status político *permanente*, todas las soluciones que se le sometan al pueblo deberán aparecer claramente definidas y fundamentadas sobre el principio de la soberanía, a saber: soberanía en la independencia, soberanía en la asociación, o soberanía que la incorporación como estado de la unión supone. La ley debe ser clara sobre el aspecto de la soberanía en cuanto a la alternativa de Estado Libre Asociado se refiere.

En lo concerniente a los requisitos mínimos para cada opción de estatus, indicaba que en el caso de la integración, serían aquellos establecidos por el derecho constitucional de Estados Unidos para los demás estados; en el caso de la independencia, indicaba que tal fórmula no requería enumeración de condiciones especiales, aunque suponía que Puerto Rico pudiera desarrollar y transformar su economía en una de pueblo independiente; en el caso de la asociación, enfatizaba como aspectos esenciales los siguientes: que se conservara la individualidad y características culturales de nuestro pueblo, que se reconociera nuestro derecho a establecer nuestra propia Constitución sin intervención de Estados Unidos, el derecho a modificar todo acuerdo de asociación y mantener el principio de delegación específica y la reserva de derechos soberanos sobre todo asunto no delegado de forma expresa, participación efectiva en el ejercicio de los poderes que delegue y finalmente, representación propia ante organismos internacionales.

De acuerdo con dicho Informe, el significado atribuido al concepto “soberanía”, es aquel en que corresponde al pueblo del territorio ser “la fuente última de poder”.

El 20 de abril de 1977, el Colegio aprobó otro Informe también elaborado por su Comisión para el Estudio del Desarrollo Constitucional de Puerto Rico, titulado *Informe sobre requisitos procesales esenciales para la descolonización de Puerto Rico*.²⁴ Reafirmando los postulados de su

²⁴ *Requisitos procesales esenciales para la descolonización de Puerto Rico*: Informe sobre de la Comisión para el Estudio del Desarrollo Constitucional de Puerto Rico, (20 de abril de 1977).

Informe de 1963, el nuevo Informe destaca, entre otros elementos, que toda propuesta sobre el estatus futuro de Puerto Rico debe lograr el objetivo de la descolonización y realizarse libre de poderes externos, disponiendo que deberá haber la transferencia de poderes por parte del Congreso de Estados Unidos al pueblo de Puerto Rico.

La propuesta de 1977 contemplaba en aquel entonces la creación de un *estado de derecho interino mediante la convocatoria a una Asamblea Constituyente*²⁵ *bajo la supervisión de las Naciones Unidas*, donde los delegados serán postulados en base a su compromiso con las tres fórmulas de estatus reconocidas como descolonizadoras en el Informe de 1963.²⁶ La Asamblea una vez convocada y electos sus delegados(as) sería la depositaria de la soberanía del pueblo puertorriqueño. El Informe reclamaba, además, entre otros aspectos, la excarcelación de los prisioneros políticos.

Las deliberaciones del Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico a través de su Comisión para el Estudio del Desarrollo Constitucional de Puerto Rico evolucionaron gradualmente hasta que el 20 de julio de 1985 se aprobó una nueva “Resolución”. En ella se solicitaba de la Asamblea Legislativa de Puerto Rico, que se convocara al pueblo en referéndum a favor o en contra de la convocatoria a una Asamblea Constituyente para “revisar las relaciones existentes entre el Estado Libre Asociado de Puerto Rico y Estados Unidos de América”. La Resolución demandaba la participación plena de “todos los sectores ideológicos con igualdad de condiciones y oportunidades”, donde en la elección de sus delegados se tomaría en consideración criterios de elección directa y geográfica; criterios de acumulación; y criterios de proporcionalidad. La propuesta de convocatoria a una Asamblea Constituyente, según formulada entonces, tenía como gran limitación que su convocatoria era al amparo de las disposiciones del Artículo VII, Sección 3, de la Constitución del Estado Libre Asociado.

²⁵ Para entonces se concebía el ejercicio del derecho a la libre determinación utilizando el mecanismo provisto en el Artículo VII, Sección 3 de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Esta propuesta de Asamblea Constituyente fue modificada más adelante por el Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico a lo que hoy es el concepto de Asamblea Constitucional de Estatus.

²⁶ Las tres fórmulas propuestas por el Informe del Colegio de Abogados de 1963 guardan relación con los pronunciamientos contenidos por la Resolución 1541(XV) de la Organización de las Naciones Unidas. En su Anejo, ésta contemplaba que debería considerarse que un territorio no

La gran limitación del Artículo VII, Sección 3 de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico consiste en que esta sección, al ser impuesta por el Presidente y el Congreso de Estados Unidos como condición para la aprobación de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, aun cuando dicha Constitución ya había sido votada por el pueblo de Puerto Rico, imponía la condición de que no podrían efectuarse cambios a la Constitución del ELA a través del mecanismo de una Asamblea Constituyente, si tales cambios no son compatibles con la Resolución del Congreso aprobando la Constitución, con la Ley de Relaciones Federales con Puerto Rico, con la Ley Pública 600 y con las disposiciones de la Constitución de Estados Unidos en su Artículo IV (3), conocido como la Cláusula Territorial de la Constitución de Estados Unidos.

Lo anterior llevó eventualmente a la Comisión para el Estudio del Desarrollo Constitucional de Puerto Rico del CAAPR a modificar su propuesta de 1985. En consecuencia, el 6 de octubre de 2001 la Junta de Gobierno del Colegio aprobó una nueva Resolución propuesta por la Comisión para el Estudio del Desarrollo Constitucional de Puerto Rico, recomendando la sustitución de la convocatoria a una Asamblea Constituyente al amparo del Artículo VII, Sección 3 de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, por una propuesta de *Asamblea Constitucional de Estatus*.

Si bien el mecanismo de Asamblea en este nuevo contexto se concibe con un mandato limitado a atender la deliberación por parte de los delegados electos de las definiciones de fórmulas no territoriales y no coloniales de relaciones políticas futuras con Estados Unidos, se incorpora también la capacidad negociadora de esta Asamblea con el gobierno de Estados Unidos. La nueva Resolución disponía, además, que dicha Asamblea Constitucional de Estatus sería la “depositaria de la voluntad soberana del pueblo puertorriqueño”.

Bajo tal propuesta, la convocatoria a la Asamblea Constitucional de Estatus sería sometida a la voluntad del electorado en referéndum; y se constituiría al amparo de su propia autoridad con capacidad para delibe-

autónomo ha alcanzado la plenitud del gobierno propio “cuando adviene a un “Estado independiente y soberano”; cuando “establece una libre asociación con un Estado independiente”, o cuando “se integra a un Estado independiente”.

rar y negociar términos mutuamente aceptables de relación política soberana, que luego de negociados, una vez más, serían sometidos a la voluntad del electorado para su ratificación y al organismo correspondiente, si alguno, del gobierno de Estados Unidos.

Como se planteaba en la propuesta inicial de 1985, se retoma de aquella lo relacionado con la nominación y elección de delegados tomando como base criterios de representatividad y proporcionalidad, junto a la participación democrática del pueblo, ajustando el proceso al derecho de libre determinación reconocido bajo el derecho internacional.

Dicha Resolución fue avalada en la Asamblea del Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico en su Asamblea de septiembre de 2002. Tomando como base esta Resolución, la Comisión para el Estudio del Desarrollo Constitucional de Puerto Rico elaboró un Proyecto de Resolución Concurrente, que eventualmente tomó forma en los Proyectos 3317 de la Cámara de Representantes y 2389 del Senado, suscritos entonces por el Representante Víctor García San Inocencio del Partido Independentista Puertorriqueño y el Senador Eudaldo Báez Galib del Partido Popular Democrático.

En ambos Proyectos se consigna por sus presentantes lo siguiente: (a) que la “situación del país y su Estado político presenta el problema fundamental de soberanía; se trata del reclamo, afirmación y reconocimiento de la soberanía del pueblo sobre su propio ser, su población, su territorio y su destino”; (b) que “el gobierno de Estados Unidos no ha adoptado una política descolonizadora o un método para lograr esos fines; tampoco un método para disponer que el pueblo de Puerto Rico ejerza plenamente su derecho a la libre determinación y el ejercicio pleno de sus derechos en una democracia según establece nuestra Constitución, Artículo II, Sec. 19”; y (c) que “la Asamblea Constitucional de Status (sic) se constituye el mecanismo directo de autorización del pueblo de Puerto Rico para que en su nombre y representando su poder constituyente soberano determine las condiciones de su vida política, delibere y exprese su voluntad”.

La Resolución propuso que se sometiera a la decisión del pueblo para su aprobación o rechazo, un texto en el cual se consignara que la convocatoria a una Asamblea Constitucional de Estatus supone la derogación de la Ley de Relaciones Federales con Puerto Rico; que la base de su au-

toridad y su capacidad deliberativa y de negociación es la personalidad reconocida por el pueblo de Puerto Rico sobre sí mismo; que cualquier negociación de términos futuros de relación política con Estados Unidos tiene que afirmarse en el principio de la soberanía; que toda propuesta debe ser sometida a la consideración del pueblo y fundada en la plena soberanía el pueblo; y finalmente, que debe asegurarse que en las relaciones políticas futuras entre Puerto Rico y Estados Unidos, nuestro país quede fuera de la Cláusula Territorial de la Constitución de Estados Unidos.

El 11 de marzo de 2002, el Senador Báez Galib, actuando como presidente de una Comisión Especial creada por el Senado de Puerto Rico, emitió un Informe Final en torno a la Resolución del Senado 201. En este recomendó la convocatoria a lo que el Informe denomina como una “Asamblea de Pueblo”. Su propósito sería atender lo relacionado con el estatus del pueblo puertorriqueño, refiriéndose a otras alternativas ya ensayadas (iniciativa congresional, plebiscitos, comisión de status) como alternativas tradicionales sobre las cuales el Congreso de Estados Unidos “no ha considerado sus propósitos ni resultados”.

Si bien durante dicho cuatrienio la Asamblea Legislativa no acordó la convocatoria a un referéndum, consultando al país con relación a la convocatoria a una Asamblea Constitucional de Estatus, mediante la Resolución Concurrente del Senado 107 se propuso que la Asamblea Legislativa enfrentara como cuerpo la necesidad de revisar las relaciones políticas entre Puerto Rico y Estados Unidos.

La medida aprobada tomó como base la Resolución 23 de la Convención Constituyente de 1951-52, a los efectos de que el pueblo de Puerto Rico se reservó el derecho a proponer y aceptar modificaciones en los términos en que fueron definidas dichas relaciones. También tomó nota de los anteriores esfuerzos infructuosos desarrollados, sobre todo a partir del plebiscito de 1967 para la revisión de las relaciones políticas entre Puerto Rico y Estados Unidos; y claro está, los esfuerzos adicionales de la década de 1960 y 1970 en torno a la Comisión de Status, y aquellos otros desarrollados por los partidos políticos principales en Puerto Rico junto con integrantes de la Comisión de Recursos de la Cámara de Representantes y del Senado de Estados Unidos efectuados en la década de 1990.

La intención de la medida era establecer una política pública por parte de la Asamblea Legislativa de Puerto Rico en lo concerniente a la adopción de un mecanismo procesal para iniciar un proceso de descolonización en el país. En su artículo 1, donde se hace la expresión de dicha política pública, la medida dispuso:

Se declara que el Pueblo de Puerto Rico posee el Derecho natural inalienable a la Autodeterminación y soberanía política. Conforme con ella, esta Asamblea Legislativa declara que fracasados varios procesos para el ejercicio de ese Derecho resulta imperativo que el pueblo lo ejerza a través de una Asamblea Constitucional sobre el status de las relaciones entre Puerto Rico y Estados Unidos de América.

En dicha Resolución Concurrente, se mandató a las Comisiones de lo Jurídico de ambas cámaras legislativas, que prepararan un estudio o informe con las recomendaciones de un proyecto de ley, disponiendo de un referéndum para que el país se expresara con relación a la convocatoria a una Asamblea Constitucional de Estatus y donde se garantizara como parte de la ley habilitadora: (a) la participación efectiva de las personas que representen los partidos políticos y la sociedad civil; (b) que las propuestas que sean sometidas ante la consideración del pueblo partan del principio de la soberanía en lo concerniente a las futuras relaciones políticas entre Puerto Rico y Estados Unidos de manera que aseguren que el primero quede fuera de la Cláusula Territorial de la Constitución de Estados Unidos; (c) que la Asamblea Constitucional de Estatus goce de atributos de naturaleza deliberativa y de negociación frente al Gobierno de Estados Unidos; y (d) que toda determinación que adopte dicha Asamblea esté sujeta a ratificación por el pueblo en referéndum.

En febrero de 2006 la Comisión para el Estudio del Desarrollo Constitucional de Puerto Rico del Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico aprobó una nueva versión de la propuesta de convocatoria a una Asamblea Constitucional de Estatus. Siguiendo los lineamientos de su anterior propuesta, en la nueva propuesta se incorporan específicamente los criterios para la selección de los delegados y la composición de la Asamblea Constitucional de Estatus.²⁷ La propuesta final fue aprobada

por la Asamblea General del Colegio efectuada el 9 de septiembre de 2006.²⁸

El 11 de marzo de 2011 el Grupo de Trabajo de Casa Blanca designado por el Presidente de Estados Unidos sobre Puerto Rico emitió un Informe con recomendaciones en torno a “las preocupaciones y aspiraciones del Pueblo de Puerto Rico”. En este Informe, el Grupo de Trabajo formula recomendaciones relacionadas con el futuro de las relaciones políticas entre Puerto Rico y Estados Unidos y los métodos procesales para atender las mismas.²⁹ En ocasión del referido Informe y sus recomendaciones, la Comisión para el Estudio del Desarrollo Constitucional de Puerto Rico del Colegio de Abogados elaboró un documento que tituló *Expresión del Colegio de Abogados de Puerto Rico en torno al Informe del Grupo de Trabajo de Casa Blanca de marzo de 2011*.³⁰ En él se reitera la posición institucional del Colegio favoreciendo la convocatoria a una Asamblea Constitucional de Estatus como el mecanismo procesal idóneo para atender el futuro de las relaciones políticas entre Puerto Rico y Estados Unidos. En su expresión, al rechazar las conclusiones del Informe del Grupo de Trabajo de Casa Blanca, la Comisión para el Estudio del Desarrollo Constitucional de Puerto Rico indica lo siguiente:

1. El mecanismo adoptado por el Grupo de Trabajo en su Informe es injusto para el pueblo de Puerto Rico ya que: (a) hay ausencia de puertorriqueños(as) dentro de su composición; (b) hace referencia a que le ha dado peso a testimonios obtenidos en vistas públicas en las cuales se impuso un control de entrada y de participación en las mismas a los(as) puertorriqueños(as), incluyendo la limitación irrazonable de tiempo a los interesados en deponer para poder expresarse.

2. El Informe descarta el derecho del pueblo de Puerto Rico a auto convocarse como soberano en una Asamblea Constitucional de Estatus

²⁷ Véase Proyecto de Ley elaborado por la Comisión para el Estudio del Desarrollo Constitucional de Puerto Rico de 9 de febrero de 2006.

²⁸ Resolución de 9 de septiembre de 2006 de la Asamblea General del Colegio de Abogados de Puerto Rico adoptando la propuesta de Proyecto de Ley elaborada por la Comisión para el Estudio del Desarrollo Constitucional de Puerto Rico de febrero de 2006.

²⁹ En las opciones que contempla el Informe se incluyen las siguientes: (a) “Plebiscito único”, donde competirían distintas opciones de estatus; (b) “Dos plebiscitos”, donde en el primero se delimitarían las opciones y en el segundo se llegaría a una decisión final. También se contempla

conforme ha sido indicado en el pasado en sus pronunciamientos el Colegio de Abogados.

3. Los plebiscitos³¹ propuestos en el Informe son contrarios al derecho internacional porque limitan el derecho del pueblo a escoger su estatus político entre opciones no coloniales y no territoriales en proceso que surja de la iniciativa del pueblo de Puerto Rico.

4. El Comité sugiere y expresa preferencias en su Informe por un sistema de dos plebiscitos que resultan ser un esquema para conducir y dirigir el proceso hacia resultados predeterminados por el Gobierno de Estados Unidos.

5. A la vez que se excluye del derecho al voto a nacionales puertorriqueños en Estados Unidos, se habilita el derecho al voto a los no nacionales residentes en Puerto Rico.

6. Las recomendaciones económicas que suceden a las propuestas de consulta plebiscitaria contenidas en el Informe tienen el efecto real de mediatizar, federalizar y restringir aún más todos los aspectos del gobierno propio de la vida interna del pueblo de Puerto Rico.

7. El Colegio de Abogados de Puerto Rico rechaza toda intervención de parte de las agencias federales en Puerto Rico que en forma alguna limiten o intervengan con el ejercicio de los poderes políticos de las distintas ramas de gobierno en Puerto Rico, especialmente nuestro sistema de justicia.

8. El Colegio de Abogados de Puerto Rico rechaza el Informe del Grupo de Trabajo por ser contrario al principio de la libre determinación. En tal sentido, el Informe del Grupo de Trabajo reitera las posiciones de los pasados informes de Casa Blanca sobre el estatus, proponiendo una política de disposición de territorios y no una clara política de descolonización.

³¹ De acuerdo con Rafael Garzaro, en su escrito titulado *Plebiscito y Referéndum*, publicado en la Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, Volumen 50, números 1-2, enero-junio, páginas 3-14 (1989), un plebiscito es “una consulta que se le hace al pueblo para saber su opinión sobre un asunto determinado. En la base del plebiscito está la idea de que lo que resulte de la consulta popular será lo que se ejecutará en la realidad. La expresión de voluntad del pueblo será la norma a que quedarán sometidos todos los componentes de la sociedad. Prevalecerá lo que decida la mayoría. La decisión se incorporará al orden jurídico nacional. El plebiscito es una expresión de democracia directa, o al menos es lo que se supone, pero, como luego veremos, en la actualidad la pretensión original queda desvirtuada debido a que ciertos factores distorsionan la voluntad popular.” El autor distingue plebiscito de lo que es un referéndum al indicarnos que, si bien se refiere a un proceso de consulta, en este último la consulta es a los fines de “corroborar si los representados, el pueblo, refrendan...una decisión ya adoptada por sus representantes”.

El Informe del Grupo de Trabajo de Casa Blanca, en su recomendación “Séptima” advierte que, si “los esfuerzos en la Isla no ofrecen un resultado claro a corto plazo, el Presidente debe apoyar y el Congreso debe aprobar legislación que entre en vigor automáticamente y especifique anticipadamente para que el pueblo puertorriqueño un conjunto de opciones aceptables de estatus que Estados Unidos está comprometido políticamente a llevar a cabo en su totalidad”. Allí se recomendaba que para “fines de 2012, el poder ejecutivo desarrolle, redacte y colabore con el Congreso para poner en vigor la medida propuesta”.

Ante esta realidad, la Legislatura de Puerto Rico, controlada por el Partido Nuevo Progresista aprobó, con el endoso del Partido Independientista Puertorriqueño, legislación para habilitar la consulta de 6 de noviembre de 2012. Se trató de una consulta a ser efectuada en conjunto con las elecciones regulares. En ella se dividiría la consulta en dos partes: en la primera, el pueblo se expresaría a favor o en rechazo de la presente relación política con Estados Unidos; en la segunda, si se rechazaba el Estado Libre Asociado vigente, entonces se escogería entre la libre asociación, la estadidad o la independencia.

A raíz de la convocatoria a la consulta, la Comisión para el Estudio del Desarrollo Constitucional de Puerto Rico redactó otro pronunciamiento el cual tituló *Expresión del Colegio de Abogados de Puerto Rico con relación a la realización de un plebiscito sobre el status en Puerto Rico en noviembre de 2012*.³²

En sus indicaciones la Comisión señala varias limitaciones a la propuesta plebiscitaria, a saber:

1. Descarta el derecho del Pueblo de Puerto Rico a auto convocarse como soberano en una Asamblea Constitucional de Status conforme a los pasados pronunciamientos del Colegio de Abogados de Puerto Rico;
2. Constituye un esquema para conducir y dirigir el proceso hacia resultados pre determinados por la mayoría parlamentaria;

³² *Expresión del Colegio de Abogados de Puerto Rico con relación a la realización de un plebiscito sobre status en Puerto Rico*, de noviembre de 2012.

3. Excluye del derecho al voto a los nacionales puertorriqueños en Estados Unidos, mientras habilita el derecho al voto a no nacionales residentes en Puerto Rico;

4. Abre la posibilidad de que el pueblo consienta mediante su voto a la actual relación política con Estados Unidos ratificando así la aplicación a Puerto Rico de la Cláusula Territorial de la Constitución de Estados Unidos, perpetuando una relación territorial y colonial con dicho país contraria al principio de la soberanía y la libre determinación de los pueblos;

5. Excluye la aplicación del Derecho Internacional vigente al proceso de libre determinación del pueblo puertorriqueño.

En su parte dispositiva, la Expresión de la Comisión para el Estudio del Desarrollo Constitucional de Puerto Rico del Colegio de Abogados resuelve lo siguiente:

1. Reiterar, a la luz de los principios sustantivos y procesales aplicables a un proceso de descolonización según identificados por el Colegio de Abogados en las resoluciones adoptadas por su Asamblea General en sus Informes de 21 de febrero de 1963 y 20 de abril de 1977; de la Resolución de su Junta de Gobierno de 17 de junio de 2006, ratificada por su Asamblea General de 9 de septiembre de 2006, en la cual se propone un mecanismo específico para el inicio de un proceso de descolonización democrático y participativo; el método de Asamblea Constitucional de Estatus como el mecanismo idóneo para el ejercicio de la libre determinación del pueblo puertorriqueño.

2. Instruir al presidente del Colegio de Abogados y a su Junta de Gobierno, ante la realización de una consulta plebiscitaria sobre status aprobada para ser llevada a cabo en conjunto con las próximas elecciones generales, que insistan en la propuesta de Asamblea Constitucional de Estatus propuesta por esta Institución y radicada por petición ante la Cámara de Representantes y el Senado de Puerto Rico, como el mecanismo idóneo para el ejercicio de la libre determinación de nuestro pueblo.

3. Aprovechar el periodo del debate electoral previo a las próximas elecciones para desarrollar, ya sea por iniciativa propia o junto a otras organizaciones de la sociedad civil, aquellas campañas afirmativas, educati-

vas o de otra índole, para la promoción y adelanto de la propuesta de una Asamblea Constitución de Estatus.

El proceso que condujo a la consulta plebiscitaria de 6 de noviembre de 2012 vino a confirmar el conjunto de expresiones y señalamientos hechos por el Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico sobre la necesidad de trascender aquellos procesos que hasta el presente han demostrado ser inconsecuentes en la búsqueda de la descolonización de Puerto Rico. En efecto, si bien quedó claramente establecido en la primera consulta el rechazo del país a su actual relación de subordinación política con Estados Unidos basada en el Estado Libre Asociado; fracasó en lo relacionado en expresar claramente cuál es la preferencia de la mayoría de los puertorriqueños(as) en cuanto a un estatus político alterno a la colonia.

Para el Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico la manera de atender el reclamo de descolonización del pueblo puertorriqueño; de ejercer de inmediato el inicio de nuestro derecho a la libre determinación con la participación de todos los sectores políticos de nuestro país; el mecanismo para el reclamo al gobierno de Estados Unidos del reconocimiento de nuestro derecho a ejercer la libre determinación, sin interferencias ni obstáculos a dicho ejercicio por parte de su gobierno; y de negociar con Estados Unidos, ejerciendo nuestro derecho natural, una fórmula final de relaciones políticas entre ambos pueblos, es la Asamblea Constitucional de Estatus.

Se trata éste de un mecanismo que no es incompatible con el derecho internacional; no es incompatible con el derecho constitucional estadounidense; forma parte del ejercicio del derecho natural de los pueblos; y permite, en un proceso deliberativo y negociador, primero entre los distintos componentes del pueblo puertorriqueño y luego, entre el pueblo puertorriqueño y el gobierno de Estados Unidos, la búsqueda concertada de una relación política futura sobre bases no coloniales y no territoriales en el ejercicio de nuestro derecho a la libre determinación.

IV. La aplicación del Derecho Internacional al proceso de descolonización de Puerto Rico

En la Conferencia de San Francisco, efectuada en 1945 con la participación de 51 países, incluyendo a Estados Unidos, se fundó la Organización de las Naciones Unidas. La Carta constitutiva de la Organización consigna en su Capítulo XI, Artículo 73, que aquellos estados “que tengan o asuman la responsabilidad de administrar territorios cuyos pueblos no hayan alcanzado todavía la plenitud de gobierno propio” tienen, hacia los habitantes de tales territorios, entre otras, la obligación de “desarrollar el gobierno propio, a tener debidamente en cuenta las aspiraciones políticas de los pueblos, y ayudarles en el desenvolvimiento progresivo de sus libres instituciones políticas, de acuerdo con las circunstancias especiales de cada territorio, de sus pueblos y de sus distintos grados de adelanto”. En tal virtud, contempla dicho artículo, la obligación de tales estados de “transmitir regularmente al Secretario General información estadística y de cualquier otra naturaleza técnica que verse sobre las condiciones económicas, sociales y educativas de los territorios”.

Mediante la Resolución Número 648 (VII) de la Organización de las Naciones Unidas, el organismo internacional, atendiendo al contenido de su Resolución previa Número 222 (III) de 3 de noviembre de 1948, la cual disponía que debía mantenerse informado a dicho Organismo de “cualquier cambio en el *status* constitucional de todo territorio no autónomo”, determinó, además, que “para considerar que un territorio tiene autonomía en asuntos económicos, sociales o educativos, es indispensable que su pueblo haya alcanzado la plenitud del gobierno propio a que se refiere el Capítulo XI de la Carta”.

El 18 de enero de 1952 la Asamblea General de la ONU aprobó la Resolución Número 567 (VI). En ella establece un procedimiento “para decidir si un territorio es o no un territorio cuyo pueblo no ha alcanzado todavía la plenitud de gobierno propio”. En su Anejo a la Resolución, se incorporan los elementos definitorios mediante los cuales podría hablarse de que un territorio ha alcanzado “la libre expresión de la voluntad de la población”. A tales efectos, la Resolución establece tres opciones principales para expresar dicha voluntad, a saber: (a) el logro de la independen-

cia; (b) “la unión del territorio a base de igualdad en lo referente al *status* político, con las otras partes constitutivas de la Metrópolis o con otro país”; o (c) “su asociación en las mismas condiciones de igualdad con la Metrópolis o con otro país o países”.

Sin que se entienda como una lista exhaustiva, la Asamblea General de la ONU dispuso como factores esenciales a tomar en cuenta para decidir si un territorio no autónomo había alcanzado la plenitud de gobierno propio los siguientes: (a) “el suficiente adelanto político de la población para que ésta pueda pronunciarse conscientemente sobre el destino futuro del territorio”; y (b), la “opinión del territorio, expresada libremente, con conocimiento y por medios democráticos acerca del *status* político del territorio o del cambio de ese *status* político deseado por la población”.

En lo referente a situaciones donde se plantee que ese desarrollo alcanzado se da por vía de la *autonomía interna*³³ del territorio, se incluyó un apartado que dispuso lo siguiente:

“C. AUTONOMÍA INTERNA:

1. *Gobierno territorial*: Ausencia de todo control o injerencia del gobierno de otro Estado en el gobierno interior (poderes legislativo, ejecutivo, judicial) y en la administración del territorio.

2. *Participación de la población*: Participación efectiva de la población en el gobierno del territorio por medio de un sistema electoral y representativo adecuado.

3. *Jurisdicción en lo económico y lo social*: Completa autonomía interna para los asuntos económicos y sociales”.

Los anteriores criterios para definir cuándo un pueblo ha alcanzado un grado de autonomía interna que le permita decidir si se trata o no de un territorio no autónomo y, en consecuencia, si habrían de “regir las

³³ Nótese que el significado del término “autonomía” como lo entendemos hoy no es sinónimo de “libre asociación” como se expresará por las Naciones Unidas más adelante.

obligaciones enunciadas en el Capítulo XI de la Carta” de la ONU, fueron reafirmados mediante la Resolución 742 (VIII) de la Asamblea General de 27 de noviembre de 1953. **Una mera lectura de ellos y su comparación con el actual régimen de relaciones de Estados Unidos con Puerto Rico demuestra el incumplimiento con los requisitos uno y tres antes mencionados.**

Ya desde antes de 1953, el 17 de septiembre de 1951, el gobierno de Estados Unidos había informado a la Organización de las Naciones Unidas la aprobación por parte del Congreso de la Ley Núm. 600 de 1950. En ella se autorizaba al pueblo de Puerto Rico a votar en referéndum si deseaba o no redactar una Constitución mediante el mecanismo de una “convención constitucional” a través de la cual el pueblo puertorriqueño “pueda organizar un gobierno basado en una constitución adoptada por él mismo”.

Nos dice Gorrín Peralta que:

...nunca hubo un referéndum en que el pueblo efectivamente votara por alternativas diversas; sólo pudo votar sí o no a la alternativa única de crear el Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Si votaba no, permanecería bajo el régimen de las leyes orgánicas aprobadas por el Congreso en 1900 y 1917. Las opciones reales eran seguir en la relación territorial bajo la ley federal, o seguir bajo la relación territorial de una ‘constitución’ consentida por el pueblo, pero aprobada por el Congreso.³⁴

Aprobadas las modificaciones impuestas por el Presidente de Estados Unidos y el Congreso al resultado de lo acordado por los delegados elegidos por los puertorriqueños en la “convención constitucional” autorizada por la Ley 600, mediante la Resolución Número 34 de 10 de julio de 1952 y habiéndose proclamado ese mismo mes el día 25 de julio el Estado Libre Asociado de Puerto Rico, **la Asamblea General de la ONU aprobó el día 27 de noviembre de 1953, mediante votación de 26 votos a favor, 11 votos en contra y 19 abstenciones su Resolución Número 748 (VIII).**

³⁴ Carlos Iván Gorrín Peralta, *Constitucionalismo Colonial y Autodeterminación de Puerto Rico*, Op. Cit. 18-19.

En ella las Naciones Unidas concluyeron que, considerando el acuerdo al que habían llegado los Estados Unidos de América y el Estado Libre Asociado de Puerto Rico, “al constituir una asociación política que respeta la individualidad y la fisonomía cultural de Puerto Rico, mantiene los lazos espirituales entre Puerto Rico y América Latina y constituye un vínculo de solidaridad continental”, Puerto Rico “ha alcanzado un nuevo *status* constitucional”. Indicaron también en su Resolución que la asociación concertada había sido de “común acuerdo” dándole así vida y reconocimiento internacional a la teoría de un “convenio” alcanzado entre los dos pueblos; indicando que Puerto Rico había “ejercido efectivamente su derecho de autodeterminación”; y que el pueblo puertorriqueño había sido “investido de atributos de soberanía política”, lo que le colocaba en el plano de una “entidad política autónoma”. En consecuencia, se resuelve por el organismo internacional que cesaba la obligación de Estados Unidos de rendir informes sobre Puerto Rico al amparo del Capítulo XI de la Carta de la ONU.

Gorrín Peralta, en su artículo citado, señala en relación a la teoría del “convenio”³⁵ o “pacto” lo siguiente:

La evidencia histórica revela que la frase ‘en la naturaleza de un pacto’ (“*in the nature of a compact*”) se diseñó con el propósito de poder argumentar ante el Congreso que realmente no se trataba de un pacto bilateral entre los Estados Unidos y Puerto Rico, mientras que en Puerto Rico se podría decir en la tribuna política que en efecto se había logrado un pacto bilateral. Así lo admitió antes de morir, en sus memorias, José Trías Monge. La frase era intencionalmente ambigua; naturaleza de un pacto solo representaría la forma de un pacto, sin la sustancia.³⁶

³⁵ La teoría del “convenio” fue hecha trizas por el propio gobierno de Estados Unidos durante la vista de argumentación oral ante la Corte Suprema de dicho país al ser cuestionada la posición de la representación legal de la Oficina del Procurador de Justicia de Estados Unidos. En su contestación a preguntas formuladas, se expresó que el significado del término “convenio” se refería estrictamente a que los puertorriqueños podrían escoger la redacción de su propia constitución bajo los parámetros que expresaba la Ley 600 y por su parte, el presidente de Estados Unidos y el Congreso expresarían su conformidad o no con el texto de la misma reservándose el derecho a ratificarla en los términos que el presidente y el Congreso acordaran.

³⁶ *Supra*, nota 113.

En el proceso de aprobación de la referida Resolución Número 748 (VIII), Henry Cabot Lodge, embajador de Estados Unidos ante la ONU, le comunicó el 20 de marzo de 1953 de manera unilateral al Secretario General de la ONU y antes de que el organismo votara por la referida Resolución, que su país, conforme a lo dispuesto en la Carta de las Naciones Unidas, no continuaría enviando informes sobre Puerto Rico. Desde entonces Estados Unidos no ha rendido ante la Asamblea General informe alguno a los fines de cómo Estados Unidos viabiliza el ejercicio del derecho del pueblo puertorriqueño a su libre determinación.

No obstante, en la disposición novena de la Resolución Número 748 (VIII), se estableció lo siguiente:

Expresa la seguridad de que, conforme al espíritu de la presente resolución, a los ideales expresados en la Carta de las Naciones Unidas, a las tradiciones del pueblo de los Estados Unidos de América y al adelanto alcanzado por el pueblo de Puerto Rico, se tomará debidamente en cuenta la voluntad de los pueblos de Puerto Rico y de los Estados Unidos de América tanto en el desarrollo de sus relaciones conforme al *status* jurídico actual, como en la eventualidad de que cualquiera de las partes en la asociación concertada de común acuerdo desee modificar los términos de esta asociación.

El 14 de diciembre de 1960, la Asamblea General de la ONU aprobó su Resolución Número 1514 (XV). En ella declara, entre otros extremos de importancia, que la “sujeción de los pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjera constituye una negación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales”.

Señala, además, que todos “los pueblos tienen el derecho de libre determinación; que en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”; y que en “los territorios en fideicomiso y no autónomos y en todos los demás territorios que no han logrado aún su independencia deberán tomarse inmediatamente medidas para traspasar todos los poderes a los pueblos de esos territorios, sin condiciones ni reservas, en con-

formidad con su voluntad y sus deseos libremente expresados, y sin distinción de raza, credo ni color, para permitirles gozar de una libertad y una independencia absolutas”.

Esta Resolución es conocida como la *Carta Magna de la Descolonización*. Mediante la misma se abriría el espacio necesario para reclamar de las Naciones Unidas el ejercicio de su jurisdicción en la atención de la situación colonial de Puerto Rico.

Al día siguiente de aprobarse la Resolución 1514 (XV), mediante la Resolución Número 1541 (XV) de 15 de diciembre de 1960, la Asamblea General de la ONU adoptó los principios que deben servir de guía a los fines de determinar si existe o no la obligación de transmitir información conforme al Artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas.

En el Principio IV del Anejo de la Resolución Número 1541 (XV) se dispone que **existe la obligación** “de transmitir información respecto de un territorio que está separado geográficamente del país que lo administra y es distinto de éste en sus aspectos étnicos y culturales”. Señala, además, que se pueden tomar en consideración otros elementos “de carácter administrativo, político, jurídico, económico o histórico” para determinar si existe algún grado de subordinación. Indica también que un territorio no autónomo alcanza la “plenitud de gobierno propio” cuando pasa a ser un Estado soberano e independiente; cuando establece una libre asociación con un Estado independiente; y cuando se integra a un Estado independiente.

En el caso del **Principio VII relativo la libre asociación** que establece la Resolución Número 1541 (XV), señala que la misma “debe ser el resultado de la libre y voluntaria elección de los pueblos...con conocimiento de causa y por procedimientos democráticos”. Se establece, además, que se debe respetar bajo dicha fórmula de asociación política “la individualidad y las características culturales del territorio y de sus pueblos, y reservar a los pueblos del territorio que se asocian a un Estado independiente la libertad de modificar el estatuto de ese territorio mediante la expresión de su voluntad por medios democráticos y con arreglo a los procedimientos constitucionales”.

Finalmente, en este caso, el territorio que se asocia, “determina su constitución interna sin ninguna injerencia exterior, de conformidad con los debidos procedimientos constitucionales y los deseos libremente expresados de su pueblo. Este derecho no excluirá la posibilidad de celebrar consultas que sean apropiadas o necesarias con arreglo a las condiciones de la libre asociación que se haya concertado”.

La Resolución Número 1541 (XV) también establece los principios que deben estar presentes en los procesos de “integración” de un territorio con un Estado independiente. Así las cosas, **el Principio VIII**, dispone que **la integración** “debe fundarse en el principio de completa igualdad entre los pueblos del territorio que hasta ese momento ha sido no autónomo y los del país independiente al cual se integra”. Señala a tales efectos que los habitantes de ambos pueblos “deben tener sin distinción ni discriminación alguna, la misma condición y los mismos derechos de ciudadanía, así como las mismas garantías en lo que se refiere a sus derechos y libertades fundamentales”. Termina indicando este Principio que ambos pueblos deben tener “los mismos derechos y las mismas posibilidades de representación y participación en los órganos ejecutivos, legislativos y judiciales del gobierno, en todos sus grados”.

El **Principio IX** de la Resolución Número 1541, por su parte, dispone que el “territorio que se integra debe haber alcanzado un estado avanzado de autonomía y poseer instituciones políticas libres, de modo que sus pueblos estén en condiciones de decidir, en forma responsable, con conocimiento de causa y por procedimientos democráticos”; y en efecto, que tal decisión debe estar fundada en el “sufragio universal de los adultos”.

Como indicáramos antes, el 21 de febrero de 1963, la Asamblea del Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico aprobó un Informe rendido por su Comisión para el Estudio del Desarrollo Constitucional de Puerto Rico, en lo que respecta a nuestro proceso de descolonización, titulado *Requisitos Sustantivos Mínimos Esenciales*. Allí se definió el principio de la “soberanía” como elemento esencial en el caso de cada una de las tres alternativas propuestas. El Informe señala:

Tratándose de una decisión final para que Puerto Rico escoja sus status político *permanente*, todas las soluciones que se le sometan al pueblo deberán aparecer claramente definidas y fundamentadas sobre el principio de la soberanía, a saber: soberanía en la independencia, soberanía en la asociación, o soberanía que la incorporación como estado de la unión supone. La ley debe ser clara sobre el aspecto de la soberanía en cuanto a la alternativa de Estado Libre Asociado se refiere.

En lo concerniente a los requisitos mínimos para cada opción de estatus, **indicaba el Informe que en el caso de la integración, serían aquellos establecidos por el derecho constitucional de Estados Unidos para los demás estados.** En el caso de la independencia, indicaba el Informe que tal fórmula no requería enumeración de condiciones especiales, aunque suponía que Puerto Rico pudiera desarrollar y transformar su economía en una de pueblo independiente. En el caso de la asociación, el Informe enfatizaba como aspectos esenciales: (a) que se conservara la individualidad y características culturales de nuestro pueblo; (b) que se reconociera nuestro derecho a establecer nuestra propia Constitución sin intervención de Estados Unidos; (c) el derecho de nuestro pueblo a modificar todo acuerdo de asociación; (d) mantenía el principio de delegación específica y la reserva de derechos soberanos sobre todo asunto no delegado de forma expresa; (e) requería la participación efectiva en el ejercicio de los poderes que deleguen; y finalmente, (f) requería la representación propia ante organismos internacionales.

De acuerdo con dicho Informe, el significado atribuido al concepto “soberanía”, es aquel en que corresponde al pueblo del territorio “la fuente última de poder”.

Hasta el presente, tanto bajo la doctrina establecida en el año 1901 en *Downes v. Bidwell*, *supra*, y lo resuelto en *Balzac v. People of Porto Rico*, *supra*, ese no es el estado normativo en las relaciones jurídicas vigentes entre Puerto Rico y Estados Unidos. Más aún, la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en *Commonwealth v. Sánchez Valle*, *supra*, y en el caso *Commonwealth v. Franklin California Tax-Free Trust*,³⁷ colocan totalmente en entredicho cualquier pensamiento peregrino que pre-

³⁷ 136 S. Ct. 1938 (2016).

tenda establecer un ejercicio de libre determinación a través del proceso constitucional seguido en Puerto Rico entre 1951 a 1952. A lo anterior se suma la Ley titulada en inglés *Puerto Rico Oversight, Management, and Economic Stabilization Act*, conocida por sus siglas PROMESA, la cual crea una Junta de llamada “vigilancia” fiscal, que no es otra cosa que una Junta de Control Fiscal, la cual viene a sustituir muchas de las instituciones de gobierno propio para asuntos internos del territorio que se establecieron en Puerto Rico en virtud de la Ley 600 y la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. La Ley PROMESA en el siglo XXI no viene a ser sino una manifestación más cruda y aguda del control del Congreso sobre sus territorios.³⁸

Sin pretender agotar el tema, existen voces en Puerto Rico que sostienen que la propuesta de estadidad federada bajo el derecho constitucional de Estados Unidos, no cumple con los elementos que reconoce el Derecho Internacional en el caso de la fórmula de “integración”.

El licenciado Fermín L. Arraiza Navas, una de estas voces, en su escrito titulado *Anexión y Plebiscito 2012*, publicado por *redbetances.com*, distingue entre “integración” y “anexión”. Señala que “la anexión como alternativa” no puede “solucionar el problema de conculcación de los poderes soberanos de los puertorriqueños”. Establece que “siendo nuestra idiosincrasia y cultura una caribeña y latinoamericana, distinta a la anglosajona...aplica el principio de no-anexión, presente en el Art. 22 desde la Carta de la Sociedad de Naciones y reafirmado en la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la Presencia Ilegal de Sudáfrica en Namibia. En este caso la Corte Internacional de Justicia se pronunció sobre las violaciones de Sudáfrica como potencia administradora del territorio del Sudoeste de África (hoy Namibia) al negarse a someterse a la supervisión de los organismos de las Naciones Unidas”.

³⁸ Hemos sostenido antes y reafirmamos hoy que la Ley PROMESA, al estar dirigida su aplicación a todos los territorios de Estados Unidos, independientemente en ellos residan ciudadanos o nacionales estadounidenses, constituye el tubo de ensayo donde el Gobierno de Estados Unidos experimenta la reformulación de una política colonial hacia sus territorios y posesiones, lo que en un futuro le permitirá alejarse gradualmente de la doctrina fundada en los llamados Casos Insulares. Esta Ley, si bien prioriza hoy en la situación de la quiebra del Estado Libre Asociado y provee un mecanismo para el manejo y reestructuración de la deuda de nuestro país, es también clara en que sus disposiciones aplican a Puerto Rico, Islas Vírgenes estadounidenses, Marianas del Norte, Guam y la Samoa americana. En esta última, sus residentes son “nacionales” estadounidenses y no ciudadano de Estados Unidos.

El licenciado Arraiza Navas también se refiere a la Opinión Consultiva en el caso del Reino de Hawái, aunque de paso reconoce que, de acuerdo con el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el acceso a dicho foro está “regularmente reservado para acciones entre Estados soberanos”.³⁹ En este caso, sin embargo, la Corte Internacional de Justicia se expresó sobre los derechos de la población hawaiana en su reclamo de acceso a la referida Corte Internacional.

El 16 de diciembre de 1966, mediante la Resolución 2200 (XXI), fue aprobado el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, el cual entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Este *Pacto* fue ratificado por Estados Unidos en 1992.⁴⁰ Con tal ratificación Estados Unidos, como Estado signatario, viene obligado a su cumplimiento.

En su Parte I, Artículo 1, el Pacto consigna que todos “los pueblos tienen el derecho de libre determinación”, por lo que, en tal virtud, establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. Ese mismo artículo impone a los Estados que han ratificado el mismo la responsabilidad “de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso”, proveyendo para su ejercicio a la libre determinación en conformidad con las disposiciones de la Carta de la ONU.

El 24 de octubre de 1970 la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Resolución Número 2625 (XXV). Esta contiene la Declaración relativa a los principios de Derecho Internacional aplicables a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados miembros en conformidad con la Carta de la ONU. En su Anejo, se relacionan los derechos aplicables al “principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos”. Allí se reitera que “todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de proseguir su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta”.

³⁹ En su Capítulo II, “Competencia de la Corte”, en su sección 1, indica: “Sólo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte”.

⁴⁰ Como indicamos antes, también fue aprobado el *Pacto Internacional de los Derechos Humanos, Económicos, Sociales y Culturales*.

La Resolución Número 2625 (XXV) reitera, además, que “la dominación y explotación extranjeras constituye una violación del principio, así como una denegación de los derechos humanos fundamentales, y es contraria a la Carta de las Naciones Unidas”. Estas expresiones también figuran contenidas en el párrafo declarativo número 1 de la referida Resolución Número 1514 (XV). La Resolución Número 2625 (XXV) manifiesta, además, que son “formas del ejercicio del derecho a la libre determinación”, el “establecimiento de un Estado soberano e independiente, la libre asociación o integración con un Estado independiente *o la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo.*” (Énfasis suplido).

Como si la Resolución Número 1514 (XV) hubiera dejado de existir con la aprobación de la Resolución Número 2625 (XXV), quienes promueven meros cambios cosméticos al Estado Libre Asociado de Puerto Rico como expresión del ejercicio de libre determinación señalan que, si el pueblo puertorriqueño libremente votara por tal propuesta colonial y territorial aceptando tales cambios, se cumpliría con el contenido y alcance de la Resolución Número 2625 (XXV). En tal caso, indican, una expresión del pueblo sobre un Estado Libre Asociado “mejorado”, aun cuando tales cambios se dieran dentro del marco de la Cláusula Territorial de la Constitución de Estados Unidos, equivaldría a un ejercicio de libre determinación.

Ha sido ésta y no otra la intención expresada por estos sectores inmovilistas en las propuestas de plebiscitos convocados en las pasadas consultas sobre estatus al requerir como condición para su participación, que se incluya en la papeleta electoral al “Estado Libre Asociado” como una opción a ser votada por el pueblo en la consulta. Es la lógica colonial que pretende decirnos que para que la cosas cambien, tienen que seguir siendo iguales.

Desde el año 1973 el *Comité Especial encargado de Examinar la situación con respecto a la aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los países y pueblos coloniales*, mejor conocido como *Comité de Descolonización*, creado por las Naciones Unidas en 1962 al amparo de la referida Resolución 1514 (XV), ha venido asumiendo jurisdicción sobre el caso colonial de Puerto Rico. Ya suman 36 las

Resoluciones del Comité de Descolonización de la ONU donde reitera el derecho del pueblo puertorriqueño a su libre determinación e independencia y el reclamo al gobierno de Estados Unidos de viabilizar tal ejercicio.

Sesenta y cinco años desde la aprobación por parte de la Asamblea General de la ONU de la Resolución Número 748 (VIII) hemos sido testigos de la continuidad del carácter colonial de la presencia de Estados Unidos en Puerto Rico.

Durante la consulta plebiscitaria efectuada en Puerto Rico en el año 2012, aún dentro del marco de su naturaleza no vinculante, y aún dentro del marco de la consulta no cumplir con los parámetros del derecho a la libre determinación reconocido mediante la propia Resolución Número 1514 (XV) de la ONU de 14 de diciembre de 1960, el pueblo puertorriqueño rechazó el estado actual de sus relaciones políticas con Estados Unidos. Otra consulta llevada a cabo el 11 de junio de 2017 autorizada mediante una ley titulada *Ley para la Descolonización inmediata de Puerto Rico* tampoco cumplió con las exigencias de un proceso de libre determinación. Sobre el particular, nos referiremos más adelante en el presente escrito.

La Resolución 1514 (XV) establece que:

en los territorios en fideicomiso y no autónomos y en todos los demás territorios que no han logrado aún su independencia, deberán tomarse inmediatamente medidas para traspasar todos los poderes a los pueblos de estos territorios, sin condiciones ni reservas, en conformidad con su voluntad y sus derechos libremente expresados y sin distinciones de raza, credo ni color, para permitirles gozar de una libertad y una independencia absolutas.

La expresión de rechazo a la actual condición colonial nos impone un reto mayor como pueblo en echar a andar un proceso que rompa en inmovilismo. Cuál ha de ser el método para impulsar la vía que nos lleve a ese ejercicio necesario de libre determinación es un asunto de primordial importancia para nuestro pueblo.

V. La Asamblea Constitucional de Estatus como método

Cumple con el Derecho Internacional

Dentro del marco de las resoluciones adoptadas por las Naciones Unidas **para ejercer el derecho a la libre determinación, no figura propiamente la determinación de un método o mecanismo procesal particular. Sí figuran en ellas, sin embargo, varios principios generales** que deben ser seguidos cónsonos con dicho ejercicio, a saber:

(a) que la potencia administradora, conforme a lo dispuesto en el Artículo 73 de la Carta de la ONU y en el proceso de administrar un territorio no autónomo, promueva en éstos el desarrollo de gobierno propio mediante instituciones políticas libres donde se tome en consideración la voluntad de su población en lo concerniente a su futuro político al decidir u optar por la independencia, al decidir u optar en igualdad de condiciones por la unión política con otro Estado independiente, o asociándose en condiciones de igualdad política con otro Estado independiente;

(b) la adopción de medidas que conlleven el traspaso de poderes a los pueblos de tales territorios sin condiciones ni reservas;

(c) que en el proceso de ejercer el territorio la libre determinación sea libre de la injerencia de poderes externos, por lo que la potencia administradora asume la responsabilidad de viabilizar en tal territorio el libre ejercicio del derecho a la libre determinación; y finalmente,

(d) el respeto por parte de la potencia administradora al resultado de tal ejercicio de libre determinación.

En nuestra historia política, desde la invasión de Estados Unidos en 1898 al presente, hemos ensayado, sin éxito, distintos métodos para procurar atender el problema de las relaciones de subordinación política de Puerto Rico a los Estados Unidos. Sobre el particular nos indica el licenciado Gorrín Peralta lo siguiente:

El balance final que arrojó el Siglo XX fue de frustración de los esfuerzos desplegados por las fuerzas políticas puertorriqueñas por lograr el ejercicio del

derecho a la autodeterminación del pueblo de Puerto Rico. No funcionaron los reclamos fragmentados de cambio por parte de los diversos sectores políticos de Puerto Rico. Tampoco funcionó que el partido en el poder promoviera el establecimiento de un nuevo régimen constitucional, porque si bien se aprobó una constitución para la organización de un gobierno local, no se alteró la relación fundamental de subordinación colonial. Menos éxito aún tuvo el partido en el poder cuando trató de introducir modificaciones a la relación luego de aprobada la constitución. Tampoco resultó nada del esfuerzo de crear un grupo de trabajo—la Comisión de Status—en que pudieran participar todos los sectores de Puerto Rico y representantes del gobierno de Estados Unidos. Y por último, tampoco desembocaron en resultado concreto los esfuerzos por celebrar un plebiscito autorizado por legislación federal, ni el esfuerzo por celebrar un plebiscito con el cual concurrieran todos los partidos políticos, ni un plebiscito local controlado por la mayoría parlamentaria.

...Para tener posibilidades de éxito como instrumento procesal de autodeterminación, cualquier propuesta tiene que facilitar la participación efectiva de los diversos sectores políticos del país, y tiene que proveer un proceso flexible que le permita a todas las partes hacer ajustes sobre la marcha. Además, el proceso tiene que tener algún grado de obligatoriedad—al menos política si no jurídica—con mecanismos que permitan darle continuidad y seguimiento al esfuerzo hasta que fructifique. Por último, debe promover el involucramiento del Congreso de Estados Unidos en alguna etapa, en vista de que el Congreso continúa ejerciendo su autoridad sobre Puerto Rico, y cualquier revisión de la relación que proponga el pueblo de Puerto Rico tendrá que recibir, en su momento, la atención congresional.⁴¹

Las pasadas Resoluciones del Comité de Descolonización de las Naciones Unidas sobre Puerto Rico, particularmente las últimas, han tomado conocimiento de la propuesta de convocatoria a una Asamblea Constitucional de Estatus. A tales efectos, el Comité ha expresado su coincidencia en el uso de tal método como mecanismo válido y legítimo para ejercicio de la libre determinación del pueblo puertorriqueño. Si bien este mecanismo procesal ha ido en los pasados años ganando adeptos en las filas de los principales defensores de las opciones reconocidas por el Derecho Internacional como fórmulas descolonizadoras - independientemente hayan defensores del planteamiento de que la estadi-

⁴¹ Carlos Iván Gorrín Peralta, *Autodeterminación del pueblo de Puerto Rico mediante la Asamblea Constitucional de Status*, REV .JUR. UPR, Vol. 71-3, 809 (2002).

dad federada no es sinónimo de la integración que contempla el Derecho Internacional--, existen también otras voces contrarias al método de Asamblea Constitucional de Estatus como mecanismo para el inicio de un proceso de descolonización. Estas voces se encuentran en todos los sectores políticos en el país.

Para los defensores de la continuidad de Puerto Rico dentro de la Cláusula Territorial de la Constitución de Estados Unidos como parte de un “ELA mejorado”, existe un rechazo al método de Asamblea Constitucional de Estatus para la revisión de las actuales relaciones políticas entre Puerto Rico y Estados Unidos.⁴² En su lugar, algunos de estos sectores inmovilistas, se mantienen abogando por el método de Asamblea Constituyente bajo el Artículo VII, Sección 3 de la Constitución de Puerto. Para ellos es claro su conformidad en que cualquier cambio en nuestras relaciones políticas futuras con Estados Unidos mantengan a Puerto Rico dentro de lo dispuesto en la Ley 600, de lo dispuesto en la Ley de Relaciones Federales con Puerto Rico y dentro del marco de las disposiciones de la Constitución de Estados Unidos.

Para ellos, tal control por parte de Estados Unidos sobre Puerto Rico es la garantía para una unión permanente con dicho país. De hecho, al presente promueven la noción de que es posible la libre determinación dentro del marco de la Cláusula Territorial de la Constitución de Estados Unidos. Para ello se recurren a la frase “ o la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo” recogida en la Resolución Número 2625 (XXV), haciendo total abstracción del hecho de que dicha Resolución dispone, en referencia a la dominación colonial de un pueblo por parte de otro, que “la dominación y explotación extranjeras constituye una violación del principio, así como un denegación de

⁴² Valga señalar que a pesar de haber sido incluido dicho método como promesa de campaña del Partido Popular Democrático en su programa electoral ante las elecciones de 2012, el cuatrienio iniciado a partir de enero de 2013 transcurrió sin que tal “promesa de campaña” se materializara por parte del gobernador y la legislatura del PPD. En su lugar le dieron largas a esta propuesta terminando el cuatrienio sin atender, desde Puerto Rico, el tema de una alternativa procesal al problema que plantea las relaciones políticas de subordinación de nuestro país a Estados Unidos de América.

los derechos humanos fundamentales, y es contraria a la Carta de las Naciones Unidas.”

Esta idea, sin embargo, fue incubada hace ya varios años; es decir, no es de nueva factura. En su mensaje ante la Asamblea del Colegio de Abogados de Puerto Rico de 6 de septiembre de 2003, el ex gobernador de Puerto Rico, Lcdo. Rafael Hernández Colón indicó lo siguiente:

El problema del status político solo se puede resolver mediante el acuerdo de voluntades del Pueblo de Puerto Rico y del Congreso de los Estados Unidos de América. Para lograr ese acuerdo es necesario un proceso y un mecanismo para articular la voluntad del pueblo de Puerto Rico y sostener la misma o modificarla según sea necesario hasta llegar al entendimiento con el Congreso de Estados Unidos. La Asamblea Constituyente que contempla nuestra Constitución, es el mecanismo idóneo para ese fin.

Para el licenciado Hernández Colón, la Asamblea Constituyente que él defiende debe ser constitucional y no estatutaria; es decir, debe ser aquella que provee como mecanismo la actual Constitución y no la expresión de una ley aprobada por la Asamblea Legislativa. Según él, este tipo de Asamblea estaría “inmune a los vaivenes de la política y a los cambios en el poder”. Ante los señalamientos de las limitaciones impuestas por el Artículo VII, Sección 3 de la Constitución a este tipo de “asamblea”, el licenciado Hernández Colón responde indicando que en el proceso, si “el Congreso llega a un acuerdo con el pueblo de Puerto Rico en virtud de los planteamientos de la Constituyente para modificar el status (sic) en la forma que sea, el Congreso tiene plenos poderes para derogar la limitante ley de relaciones federales y habilitar al pueblo a través de la Constituyente a estructurar la fórmula de status (sic) que concierte con nosotros”.

Para el ex gobernador, lo esencial sería que la convocatoria vaya acompañada de un mecanismo de *fast track* a ser legislado por el Congreso de Estados Unidos para responder al pueblo de Puerto Rico a las propuestas que emanen de tal Constituyente.

Por otra parte, en los defensores de la independencia que se oponen al método de Asamblea Constitucional de Estatus encontramos el argumento de que siendo el independentismo un sector minoritario, nada debe buscar en un método de tal naturaleza que, a lo sumo, lo que podría es traer una reformulación del modelo colonial en Puerto Rico mediante una nueva fórmula de asociación con Estados Unidos. Para ellos, el método de “asamblea” sólo es concebible mediante una Asamblea Constituyente y sería para proclamar la República de Puerto Rico. En la formulación de su planteamiento se refieren a la “Asamblea Constituyente” propuesta por Albizu Campos, como si en la formulación de la propuesta albizuista pudiéramos hablar o referirnos a un solo modelo de propuesta.

La propuesta de Albizu Campos, por el contrario, debe examinarse en su desarrollo a la luz de las circunstancias particulares del momento histórico en que dicha propuesta fuera formulada. El 31 de enero de 1923, Albizu propuso “la derogación de la Carta Orgánica vigente—en referencia a la Ley Jones—sustituyéndola por una constitución que establezca un gobierno sólo responsable a nuestro pueblo”. Más adelante, el 2 de junio de 1923, indicaba:

...nunca llegaremos a merecer el respeto de nuestro pueblo libre como el americano si seguimos pidiendo qué debe hacerse con nosotros. Debemos buscar los medios legales, *la sanción del Congreso si fuera necesario para reunirnos en el Congreso Constituyente, que redacte la constitución que crea digna para nuestro pueblo*. Tendremos poderes y seremos responsables. De esta manera terminará toda discusión respecto a nuestro status. (Énfasis suplido)

Nótese que en este momento todavía Albizu concibe la Asamblea Constituyente con el propósito de redactar una Constitución, contemplando, aún en ese caso, si fuera necesario la “sanción del Congreso”.

El 23 de octubre de 1923 Albizu hace otras expresiones a los efectos de que Puerto Rico se “constituya como entidad internacional”, señalando que la Constitución para tales fines pueda redactarla una convención

constituyente, “el congreso americano tendrá que reconocer en principio por ser indiscutible nuestro derecho a tener un gobierno responsable solo a nosotros”. Aquí Albizu formula el planteamiento de que la iniciativa parta de nosotros mismos como pueblo, al amparo de nuestra propia autoridad, uno de los ejes sobre los cuales se plantea también la convocatoria a una Asamblea Constitucional de Estatus al amparo de nuestra propia autoridad como pueblo.

En 1937, en respuesta al Proyecto del Senador Millard Tydings ante el ajusticiamiento del Coronel Riggs, Jefe de la Policía de Puerto Rico, en virtud del cual se proponía consultar a los puertorriqueños si querían o no una independencia, Albizu responde planteando que, ante el reconocimiento en el Proyecto Tydings del derecho de los puertorriqueños a la independencia, lo que procedía era organizarnos como pueblo inmediatamente para reclamar la misma mediante mandatarios elegidos a una Convención Constituyente. Indicaba, además, que tales mandatarios deberían actuar como “plenipotenciarios” para “negociar, de igual a igual con Estados Unidos, los tratados correspondientes e incidentales a la retirada de sus fuerzas armadas de nuestro territorio nacional”.

La formulación de la propuesta nacionalista partía de las premisas siguientes:

- (a) que Puerto Rico era una unidad nacional íntegra;
- (b) que el derecho a la independencia no era discutible;
- (c) que Estados Unidos había reconocido el derecho de Puerto Rico a su libertad, independencia y soberanía;
- (d) que la convocatoria a una Convención Constituyente no era un acto de hostilidad hacia Estados Unidos;
- (e) que quien único podía representar los intereses de Puerto Rico en Washington eran los delegados que nombrara la Convención Constituyente, por lo que en los municipios deberían designarse delegados, para lo cual convocaba a la constitución, “más allá de los partidos políticos, de un Frente Unido pro Convención Constituyente.

Al hacerlo, Albizu rechazaba de paso las elecciones en Puerto Rico que intervinieran con la posibilidad de convocar inmediatamente a la referida Convención Constitucional.

Para otros sectores que no necesariamente son exclusivos de una ideología en particular, pero que se oponen a la convocatoria a una Asamblea Constitucional de Estatus, su rechazo al método propuesto es porque la conciben, a nuestro juicio equivocadamente, como una propuesta que viene de arriba hacia abajo, desviada de los intereses del pueblo puertorriqueño. Catalogando la misma como una propuesta formulada por abogados, señalan que su resultado derrota la “transferencia de los poderes” dispuesta por la Resolución Número 1514 (XV), legitima la anexión como fórmula descolonizadora y coloca en la mesa de negociación la independencia.

Contradictoriamente a este sentir, sin embargo, hay algunos sectores del anexionismo que se oponen a la propuesta de convocatoria a la Asamblea Constitucional de Estatus, por considerarla un acto de rebeldía ante el gobierno de Estados Unidos equivalente a un reclamo de independencia. Así, para el profesor José Garriga Picó en su ensayo *¿Cuál Constituyente?*,⁴³ ésta sería la consecuencia de un mandato del pueblo convocando a una Asamblea Constitucional de Estatus:

Como indiqué anteriormente, el Congreso de los Estados Unidos ha guardado celosamente desde 1898 el derecho a decidir la condición política de los puertorriqueños, sobre todo después de 1917, cuando los hizo ciudadanos americanos. *Pretender arrogarse ese derecho por legislación local reclamando un derecho natural es equivalente a proclamar la soberanía separada del sistema político de Puerto Rico.* En tal caso, convocar la Asamblea de Pueblo⁴⁴ equivaldría a declarar la independencia. No en balde es esta alternativa favorecida por los líderes independentista. De todas maneras, me parece obvio que tal convocatoria sería detenida por el Tribunal Federal en Puerto Rico por las razones expuestas.

⁴³ José Garriga Picó, *¿Cuál Constituyente?*, REV. JUR U.P.R. Vol. 71-3, 833 (2002).

⁴⁴ Se refiere al contenido de la Resolución del Senado 201 de 11 de marzo de 2001 conteniendo el Informe Final de la Comisión de lo Jurídico del Senado presidida por el Senador Eudaldo Báez Galib.

Tal convocatoria le daría a una (sic) cuerpo creado por legislación la capacidad de afectar derechos adquiridos de los ciudadanos americanos residentes en Puerto Rico sin que medie una acción del Congreso o la aceptación individual para que esa 'constituyente' negocie derechos. Obviamente, en este sentido, la operación de esa 'constituyente' representaría una usurpación de los poderes del Congreso y una violación al debido procedimiento sustantivo o procesal de los habitantes naturales de Puerto Rico. (Énfasis suplido)

Garriga Picó finaliza su tesis, argumentando sin proponérselo, en defensa del ELA indicando que tal mecanismo “estaría usurpando los poderes de las ramas de Gobierno creadas por la Constitución”.

Si Garriga Picó tuviera razón, el independentismo no tiene por qué no utilizar el mecanismo de la Asamblea Constitucional de Estatus como una forma de desafío al poder de Estados Unidos en Puerto Rico y a su criatura colonial, el Estado Libre Asociado. Si Garriga Picó tuviera razón, tampoco el sector anexionista debería temerle a la adopción de un mecanismo que facilite a los independentistas el proceso de descolonización de Puerto Rico, ya que tendría a su disposición la intervención del Tribunal Federal en Puerto Rico. El problema para este sector anexionista es el resultado neto que tal intervención traería, ya que contradictoriamente el mismo sería prolongar la presente condición colonial de Puerto Rico.

El método de Asamblea Constitucional de Estatus le propone al país lo que hasta el presente los partidos políticos le han negado:

(a) A partir de una consulta inicial donde es el soberano, es decir el pueblo, autorice el mecanismo, crear un punto de encuentro donde sin cancelarse unos a otros, a través de los delegados electos, se delibere y acuerden en conjunto, fórmulas no coloniales y no territoriales de futuras relaciones políticas con Estados Unidos basadas en el principio de la soberanía.

(b) Una vez avaladas por el pueblo tales fórmulas no coloniales y no territoriales, y pasando luego por un proceso de negociación con los organismos correspondientes del Gobierno de Estados Unidos, sin que a este país le sirva de excusas el argumento de no intervenir hasta que los

puertorriqueños(as) nos pongamos de acuerdo, Estados Unidos tendría que asumir una política de descolonización hacia Puerto Rico en conformidad con el principio de libre determinación sancionado por el Derecho Internacional y su propio derecho constitucional.

(c) Una vez definidas y acordadas las fórmulas y las condiciones que conlleva cada una de ellas, se someterían a votación final al pueblo de Puerto Rico para que este se exprese con relación a las opciones ya acordadas como opciones aceptables para ambas partes, lo que traerá como resultado el ejercicio del derecho a la libre determinación de nuestro pueblo.

VI: El contenido de la propuesta de Asamblea Constitucional de Estatutos del Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico

Muchos de los que se oponen a la propuesta presentada por el Colegio de Abogados se oponen bajo el desconocimiento de lo que la misma plantea. A los fines de señalar sus elementos más significativos, identifiquemos los siguientes:

- (a) Reconoce que la situación política que nos presenta el país y su estado político es la ausencia de soberanía. Por lo tanto, la Asamblea se concibe como un reconocimiento del pueblo puertorriqueño de la soberanía “sobre su propio ser, su población, su territorio y su destino”.
- (b) Afirma que el gobierno de Estados Unidos nunca ha adoptado una política dirigida a impulsar la descolonización de Puerto Rico; tampoco un método que nos permita hacer una realidad tales fines. Estados Unidos no ha permitido que el pueblo puertorriqueño ejerza plenamente su derecho a la libre determinación ni un ejercicio pleno de sus derechos democráticos como lo manifiesta el Artículo II. Sección 19 de nuestra Carta de Derechos, la cual consigna que la enumeración de derechos contenidos en la referida Carta, “no se entenderán en forma restrictiva ni supone la exclusión de otros derechos pertenecientes al pueblo en una democracia”.

- (c) Indica que a través de los años se han ensayado de manera repetitiva “otros métodos” para atender lo relacionado con la revisión de nuestras relaciones políticas con Estados Unidos resultando fallidos. Solicita de la Asamblea Legislativa de Puerto Rico, que en el ejercicio de sus atribuciones, legisle para que se consulte al electorado hábil sobre la selección del método de Asamblea Constitucional de Estatus como mecanismo para el ejercicio de la libre determinación. Esta Asamblea tendrá facultades delegadas por el pueblo “para deliberar, acordar y negociar propuestas específica de cambios al régimen actual de relaciones políticas entre el pueblo de Puerto Rico y Estados Unidos de América”.
- (d) A diferencia del método de “convención constitucional” contemplado en la Ley 600 de 1950, que constituyó una delegación limitada por parte del Congreso de Estados Unidos, la Asamblea Constitucional de Estatus “sería un mecanismo directo de autorización del pueblo para que en su nombre y representando su poder constituyente soberano, determine las condiciones de su vida política, delibere y exprese su voluntad”. Por lo tanto, es el pueblo como soberano absoluto, quien se convoca con un propósito específico: definir fórmulas de relaciones políticas no coloniales y no territoriales en sus relaciones políticas reconocidas por el Derecho Internacional con Estados Unidos; negociar en su nombre con el gobierno de Estados Unidos las bases de tales relaciones; y finalmente, que el pueblo exprese su conformidad o rechazo a las opciones viables.
- (e) Deja claramente establecido que la soberanía del pueblo de Puerto Rico, mientras no se llegue a un acuerdo final, recaerá en dicha Asamblea Constitucional de Estatus y no en el Congreso de Estados Unidos.
- (f) El mandato de la Asamblea, a diferencia de una Asamblea Constituyente, es uno limitado por el propio pueblo. Las funciones delegadas a dicho cuerpo se limitan a la revisión de las relaciones políticas entre Estados Unidos y Puerto Rico. Por lo anterior, el Proyecto expresa: (1) que la Asamblea Constitucional de Estatus se constituirá al amparo de su propia personalidad, capacidad deliberativa y de negociación del pueblo puertorriqueño sobre la base de términos mutuamente aceptables de relación política soberana. Se dispone

que tales términos deberán someterse para su aprobación ante el pueblo puertorriqueño, y según fuera el caso, ante aquel o aquellos organismos competentes del gobierno de Estados Unidos; (2) que toda propuesta que emane de su suponen la derogación de la Ley de Relaciones Federales con Puerto Rico; estar fundamentada en la soberanía del pueblo de Puerto Rico; y garantizar que en toda relación política futura de Puerto Rico con Estados Unidos, Puerto Rico quede fuera de los poderes que le confiere a Estados Unidos su Constitución en el Artículo IV, Sección 3 sobre los territorios y posesiones y de la interpretación que de dicho artículo han hecho los tribunales de Estados Unidos.

- (g) La propuesta del Colegio parte de la importancia y primacía que tiene el pueblo como soberano en un ejercicio de libre determinación. Por lo tanto la pregunta inicial a consultar a los electores será la siguiente: ¿Desea o no utilizar el mecanismo procesal de Asamblea Constitucional de Estatus para revisar las relaciones políticas entre Puerto Rico y Estados Unidos?
- (h) Tomando en consideración que a la luz del derecho internacional los sujetos de autodeterminación deben ser los nacionales del territorio y que un “nacional” es toda persona nacida en dicho territorio, o hijo de padre o madre nacida en el territorio, se establece en la propuesta que podrá votar todo nacional o todo ciudadano de Estados Unidos domiciliado en Puerto Rico, aunque su residencia incidental o temporal sea fuera de la jurisdicción de Puerto Rico.
- (i) Para convocar la Asamblea deberá resultar ganador el voto afirmativo de una mayoría (50%) de los electores que voten en la misma. Un voto mayoritario a favor de la propuesta es un voto que convocará a la elección de 40 delegados por selección territorial, a base de uno por cada uno de los 40 distritos representativos en Puerto Rico y treinta y cinco (35) delegados adicionales por acumulación.

Se indica que podrán nominar delegados los partidos políticos principales o por petición; las asociaciones, grupos y organizaciones; así como personas independientes. Existe como limitación, que una persona no podrá ser candidato simultáneamente por distrito y por acumulación. Los candi-

datos deben cumplir con los requisitos para cualificar como candidatos que requiere la Ley Electoral.

Estos candidatos se agruparán por preferencias de estatus en unos listados y con relación a ellos los electores se expresarán al momento de elegir.

Ninguna preferencia sobre estatus podrá tener más del 52% de los puestos de la Asamblea. Si una preferencia obtiene más de un 52% de los asientos de delegados, se sumarán delegados adicionales, proporcional al número de votos obtenidos por las otras tendencias ideológicas hasta reducir a un 52% de los delegados electos al sector mayoritario.

- (j) Las deliberaciones y negociaciones de la Asamblea Constitucional de Estatus se llevarán a cabo por un periodo de cinco (5) años. Si al cabo de cinco (5) años los delegados aún no han acordado las definiciones, se convocará a una nueva elección de delegados. Si para entonces ya la Asamblea se encontrara en la etapa de negociación con las autoridades de Estados Unidos, se extendería su duración hasta que se complete el proceso.
- (k) Las deliberaciones se desarrollarán independientemente del gobierno y de la administración vigente.
- (l) En la elección de los delegados, debe reconocerse a presencia y participación de los partidos políticos y de la sociedad civil.
- (m) De ser aprobada en la primera consulta la convocatoria a una Asamblea Constitucional de Estatus, la elección de delegados se efectuará mediante una votación separada, el primer domingo más cercano a los 120 días de la primera consulta y certificación por la Comisión Estatal de Elecciones y la constitución de la Asamblea Constitucional de Estatus, sesenta (60) días siguientes a la certificación del escrutinio. La sesión inaugural la presidirá el Juez Presidente del Tribunal Supremo de Puerto Rico.

VII. El Informe del Grupo de Trabajo de Casa Blanca de 2011

sobre el Estatus de Puerto Rico

El 11 de marzo de 2011, el *Grupo de Trabajo de Casa Blanca sobre el estatus en Puerto Rico*, rindió un Tercer Informe titulado *Informe del Grupo de Trabajo del Presidente sobre el Estatus de Puerto Rico*, donde se incluyeron, además de aspectos económicos, recomendaciones en torno al manejo del tema del estatus de Puerto Rico. En su primera recomendación señala el Grupo de Trabajo que reconoce como medios para atender la situación del estatus político de Puerto Rico la realización de plebiscitos, la “asamblea constituyente” (versión en español del Informe) u otros medios. No obstante, recomienda que el proceso que se seleccione sea uno justo, transparente y expedito, basado en la voluntad del pueblo de Puerto Rico. Indica también en su segunda recomendación que las opciones permisibles de estatus deben incluir la estadidad, la independencia, la libre asociación y el estado libre asociado.

En lo concerniente a cada una de estas fórmulas, el Informe define su alcance y contenido. Es importante destacar que el Informe define a la “libre asociación” como una modalidad de independencia. Comparando la misma con los arreglos que actualmente tiene Estados Unidos con las Islas Marshall, los Estados Federados de Micronesia y la República de Palao, donde Estados Unidos proporciona defensa y ciertos tipos de ayudas económicas y ejerce control sobre su defensa y seguridad política, permitiendo a los ciudadanos de estas entidades el libre tránsito hacia y desde Estados Unidos. En el caso de Puerto Rico, indica el Informe, se recomienda que los puertorriqueños que son ciudadanos estadounidenses retengan la ciudadanía de Estados Unidos.

En torno al “Estado Libre Asociado”, el Informe hace referencia a que el mismo sea una “mejorado”.⁴⁵

⁴⁵ Esta posición podría chocar con el contenido de la carta enviada por el Sub Secretario Interino del Departamento de Justicia de Estados Unidos de 13 de abril de 2017 si es que con ello se refiere un ELA “mejorado” se concibe fuera de la Cláusula Territorial de la Constitución de Estados.

Como hemos indicado, el Informe, si bien reconoce diversos métodos para atender el problema del estatus político, favorece el uso de los plebiscitos expresando también su preferencia por un sistema de dos plebiscitos: con el primero se delimitarían las opciones; con el segundo, se llegaría a una decisión final. La primera votación sería si los puertorriqueños prefieren seguir siendo parte de Estados Unidos o quieren ser independientes; con la segunda, las opciones serían a partir del resultado de la primera votación.

Indica también que, bajo el sistema de un solo plebiscito, las opciones en la papeleta tienen que estar basadas en opciones predeterminadas de estatus, requiriendo precisar de antemano si es suficiente una mayoría o se requiere una “super mayoría”. No se descarta en el Informe una opción híbrida en la cual se lleve a cabo una segunda votación entre las dos opciones que mayor número de votos obtenga en la primera consulta.

El Informe también maneja la variante de que en la primera vuelta se incluyan opciones futuras, descartando la actual relación, donde la opción que más votos obtenga iría a una segunda elección con el actual estatus de territorio; o una consulta con todas las opciones y luego llevar a votación en una segunda vuelta las dos que mayor número de votos obtengan. También el Informe plantea una primera consulta sobre seguir siendo o no parte de Estados Unidos y una segunda consulta entre estadidad y estado libre asociado donde, si la mayoría del pueblo escoge la independencia, el segundo plebiscito sería entre independencia y libre asociación.

Indica el Informe en referencia a la “asamblea constituyente”, la interrogante de si la consulta en torno a esta opción se realizaría con el consentimiento previo del Congreso. A tale efectos señala el Informe:

Asamblea constituyente. Dada la incertidumbre sobre las opciones de estatus y la necesidad de un debate cabal sobre estos en la isla, partidarios de ciertas opciones han indicado que una asamblea constituyente es la mejor manera de llegar a una resolución (sic) sobre el asunto del estatus. Las asambleas constituyentes tienen la ventaja de poder adaptar el texto de las opciones de estatus y permitir la consideración más cabal de una variedad de asuntos secundarios. Sin embargo, si (como se menciona abajo) la legislación del Congreso se compromete a respetar el resultado de una decisión tomada por el pueblo puertorriqueño, se reducen las ventajas de la asam-

blea constituyente. Cualquier cambio hecho por una asamblea constituyente a las opciones de estatus mencionadas en la legislación podría invalidar la promesa hecha por Estados Unidos o por lo menos requerir una medida adicional del Congreso que refleje consentimiento de los cambios hechos.

Un desafío adicional a una asamblea constituyente es la selección de delegados para esa asamblea. Los esfuerzos de extensión del Grupo de Trabajo indicaron que habría discrepancia significativa sobre la manera de elegir a los delegados. Sería posible elegir delegados, pero no está claro si ese proceso sería mejor que el concepto del propio plebiscito. Algunos promotores de esta opción argumentaron que los delegados deben ser seleccionados entre un grupo representativo de la sociedad puertorriqueña, sin énfasis en los partidos políticos.

El tipo más común de asamblea constituyente sugerido fue uno que en sí definiría las opciones de estatus, que luego se someterían a una votación popular. Con esa estrategia, la asamblea constituyente definiría las opciones de estatus (o escogería una sola opción a presentarse al pueblo), desarrollaría un proceso y redactaría la boleta, que luego presentaría al pueblo puertorriqueño, el cual votaría en un referendo. La asamblea constituyente podría realizarse antes o después de una votación por el Congreso que defina las opciones de estatus. Si la asamblea es antes de la decisión del Congreso, las opciones de estatus definidas por la asamblea podrían entrar en vigor solamente con la aprobación del Congreso. Si el Congreso no otorga dicha aprobación, es posible que sea necesario volver a convocar a la asamblea constituyente para considerar otras opciones. Si la asamblea constituyente es posterior a la decisión del Congreso, la asamblea podría aprobar las opciones de estatus definidas por el Congreso o modificarlas, pero cualquier modificación entonces requeriría aprobación adicional por parte del Congreso. H. R. 1230, la Ley de Autodeterminación de Puerto Rico (Self-Determination Act) del 2007, propuso un proceso que incluía una asamblea constituyente.

El Informe no descarta tampoco el uso de una “Comisión sobre el Estatus”, indicando que sería como una Asamblea Constituyente “más pequeña”, donde participarían además de los partidos políticos, empresas, líderes comunitarios y de la sociedad civil. A tales efectos señala el Informe:

Comisión sobre el estatus. Como opción adicional, hay quienes han sugerido una comisión u otra entidad que tenga el propósito de identificar y describir las opciones, redactar un proceso y preparar la boleta para un plebiscito. Esta comisión sería más pequeña que una asamblea constituyente con todas las de la ley. Quienes recomiendan esa estrategia destacaron la importancia de hacer que el gobierno federal participe activamente para ayudar a salvar las diferencias entre los partidos políticos en Puerto Rico, además de la necesidad de promover la participación de las empresas, la sociedad civil y líderes comunitarios que no quieran asociarse con un partido político u opción de estatus en particular.

El Informe señala, en referencia a los plebiscitos o consultas, que independientemente de la respuesta que surja de la consulta, el hecho es que la mayoría de los puertorriqueños valora la ciudadanía estadounidense. De ahí que recomiende que independientemente la opción escogida fuera la independencia, el Congreso se comprometa a preservar la ciudadanía estadounidense para aquellos que al momento de la transición hacia la independencia la ostenten.

Finaliza el Informe indicando que, si los puertorriqueños no aprobamos un mecanismo para atender la situación relacionada con el estatus con un resultado a corto plazo de manera transparente y justa, el Congreso debe aprobar legislación a tales efectos. A tales efectos indica, que en el proceso la información en torno a las opciones de independencia y estadidad, debe ser pertinente, veraz y exacta.

VIII. Los nuevos desarrollos en torno al estatus en Puerto Rico

Para el mes de enero de 2014, el Congreso de Estados Unidos aprobó la Ley Núm. 113-76, también conocida como *Consolidated Appropriations Act* de 2014. Mediante la misma, el Congreso destinó una partida condicionada de \$2.5 millones a ser entregados a la Comisión Estatal de Elecciones del Estado Libre Asociado de Puerto Rico para ser utilizados en un “proceso objetivo no partidista de educación a los electores en un plebiscito que pudiera resolver el estatus futuro de Puerto Rico”.

En el *Informe del Comité de Asignaciones Presupuestarias de la Cámara de Representantes* rendido a propósito de dicha legislación, se indicó también que la recomendación **incluía \$2.5 millones para un proceso de educación no partidista en torno a un plebiscito sobre opciones que podrían resolver el estatus futuro de Puerto Rico**. Los fondos que se proveen para el plebiscito, indica el Informe, no serían liberados hasta 45 días después que el Departamento de Justicia de Estados Unidos le notifique al Comité que el Departamento aprobara el plan que sometería la Comisión Estatal de Elecciones de Puerto Rico para un proceso de educación a los electores y administración de la consulta, incluyendo la aprobación de la papeleta de votación. Disponía, además, que esa notificación al Comité de Asignaciones Presupuestarias debería también documentar que los materiales de educación a los electores, la papeleta y otros materiales relacionados no serían incompatibles con la Constitución de Estados Unidos, sus leyes y sus políticas.

Como puede verse, a tenor con dicha Ley, era al Departamento de Justicia al que le competía establecer las opciones legalmente válidas para la consulta plebiscitaria

El 20 de diciembre de 2016, el *Grupo de Trabajo del Congreso sobre crecimiento económico para Puerto Rico* emitió un Informe a la Cámara y al Senado de Estados Unidos. En el mismo, a las páginas 82 a la 84, se discute lo relacionado con el estatus de Puerto Rico. Afirmando el carácter territorial de Puerto Rico como territorio no incorporado sujeto a los poderes plenarios del Congreso de Estados Unidos bajo la Cláusula Territorial, al igual que son los casos de la Samoa Americana, Guam, la Islas Marianas del Norte y las Islas Vírgenes estadounidenses antes mencionados, el Informe reafirma que el Congreso puede darle un trato a tales territorios distinto al que reciben los estados de la Unión. Indica que al Puerto Rico ser un territorio no incorporado, existe "el potencial" de pasar a ser un estado de la Unión, acceder a la condición de una nación soberana, ya sea mediante una independencia plena o mediante un pacto de libre asociación, o mantener su actual estatus territorial.

Indica el Informe que, desde un punto de vista práctico, si los(as) puertorriqueños(as) desearan un cambio en su condición actual tendrían que hacerlo mediante un plebiscito imparcial ejerciendo su derecho a la

libre determinación. Si los(as) puertorriqueños(as) requieren tal cambio, entonces el gobierno federal tendría que aprobar legislación para aprobar el cambio requerido. A partir de lo anterior, el Grupo de Trabajo del Congreso y Senado recomendó que si el Gobierno de Puerto Rico llevaba a cabo una consulta plebiscitaria tal cual autoriza y provee fondos la Ley de Apropiaaciones de 2014, el Congreso debería analizar el resultado de tal plebiscito en forma cuidadosa (“care and seriousness purpose”) y debería tomar la acción legislativa que entienda apropiada.

Una semana después, el 28 de diciembre de 2016, el *Congresional Research Service* emitió, bajo la firma de R. Sam Garret, Especialista en “American National Government”, un Informe dirigido a los integrantes del Congreso y a los miembros de sus Comités, titulado *Political Status of Puerto Rico: Brief Background and Recent Developments for Congress*. Indicaba el documento que en Puerto Rico las principales perspectivas en cuanto a estatus eran el “estatus quo”, la “estadidad” y la “independencia”, aunque también se plantean las propuestas de “ELA mejorado o ampliado” (“enhanced commonwealth”) y la “libre asociación”.

Señala el documento, sin citar una fuente al respecto, que la alternativa de un “ELA mejorado o ampliado” no es universalmente aceptado. Igualmente, al referirse a la Sección 402 de PROMESA, donde se menciona una consulta de estatus con la subvención de los \$2.5 millones, que el Congreso condicionó su entrega a que la opción del “ELA mejorado o ampliado” (“enhanced commonwealth”) quedara fuera de la papeleta. En una nota al calce señala el autor que el diciembre de 2010, el presidente del Comité de Energía y Recursos Naturales del Senado, Jeff Bingaman y la Senadora Liza Murkowski, le habían escrito al presidente Barack Obama que un “ELA mejorado o ampliado” (“enhanced”) o “nuevo ELA” (“new”) era incompatible con la Constitución y las leyes básicas de Estados Unidos en varios aspectos (“is incompatible with the Constitution and basic laws of the United States in several respects”).

Ciertamente, estos dos senadores expresaron, y así lo recoge el Informe del Grupo de Trabajo de Casa Blanca de marzo de 2011, lo siguiente:

Un asunto crucial que el Pueblo de Puerto Rico le ha pedido una y otra vez al gobierno de Estados Unidos es: ¿Cuáles son las opciones disponibles de estatus para la futura relación con Estados Unidos? En el pasado, los esfuerzos por abordar el estatus político de Puerto Rico se han visto perjudicados porque el gobierno federal no ha definido claramente aquellos asuntos sobre el estatus y eso ha socavado los esfuerzos de Puerto Rico de evaluar con exactitud la opinión de los votantes.

El Informe del *Congresional Research Service* terminaba señalando que mientras el Congreso estuviera monitoreando la aplicación de la Ley PROMESA, el tema del estatus sería un factor a considerar. Si el Congreso opta por revisar este aspecto como asunto central y no como un mero contexto, dependerá de si el Congreso interpreta el resultado de la consulta de 2012 y el resultado de las pasadas elecciones como un endoso a la estadidad.

A pesar de que en el programa electoral del Partido Popular Democrático había el compromiso de atender el problema del estatus político de Puerto Rico, la realidad fue este asunto no obtuvo ningún desarrollo bajo dicho gobierno. Estados Unidos, por su parte, se limitó a consignar el mismo día en que su Corte Suprema resolviera el caso de *Commonwealth v. Sánchez Valle*, *supra*, donde reafirmó lo resuelto por el Tribunal Supremo de Puerto Rico en su decisión de 2015 precisamente en la versión nuestra de *Pueblo v. Sánchez Valle*, *supra*, el derecho de los puertorriqueños a llevar a cabo una consulta de estatus.

IX. La Ley para la Descolonización Inmediata de Puerto Rico vs. las iniciativas en el Congreso

La Ley para la Descolonización Inmediata de Puerto Rico de 2017 a la cual ya hicimos referencia, expresa en su Declaración de Política Pública que los resultados de la consulta efectuada en 2012 constituyeron un ejercicio de libre determinación. Menciona como su resultado, el rechazo a la actual relación política colonial y territorial de Puerto Rico con

relación a Estados Unidos; en segundo lugar, la afirmación mayoritaria del electorado en nuestro país reclamando igualdad de derechos como ciudadanos estadounidenses, solicitando a su vez la admisión de Puerto Rico como un estado de la Unión.

Invocando las disposiciones de la Ley de Asignaciones Presupuestarias del Congreso de Estados Unidos de 2014, la Ley para la Descolonización Inmediata de Puerto Rico de 2017 pretendía que el Secretario de Justicia de Estados Unidos autorizara el uso de los \$2.5 millones allí consignados para efectuar una consulta plebiscitaria inicial, a tener efecto en Puerto Rico el 11 de junio de 2017.

Indicaba la Ley como fue inicialmente aprobada por el Gobierno de Puerto Rico, que las propuestas de estatus que se incluirían en la consulta serían opciones permanentes, no territoriales y no coloniales; que cumplirían con lo requerido por la *referida Ley de Asignaciones Presupuestarias de 2014*; y que no serían incompatibles con la Constitución, las leyes y las políticas de Estados Unidos, incluyendo las obligaciones asumidas por Estados Unidos ante las Naciones Unidas en materia del derecho de los pueblos de los territorios a escoger su relación futura con la potencia administradora, incluyendo la libre asociación y la integración. Así las cosas, la Ley para la Descolonización Inmediata de 2017 postula una primera consulta donde el elector escogería entre dos opciones, la estadidad o la "Libre Asociación/Independencia", como si ambas fueran sinónimos, cuando existen claras y marcadas diferencias entre ambas.

Disponía, además la Ley que, si prevaleciera en la primera consulta la estadidad, de inmediato se solicitaría mediante petición la transición hacia la integración de Puerto Rico como un estado de la Unión; si prevaleciera la segunda opción, entonces se llevaría a cabo una segunda consulta, a tener lugar en el mes de octubre de 2017, entre las opciones de libre asociación e independencia.

Es importante señalar que la Ley mencionaba elementos que cargaban el peso del voto a favor de la estadidad. Tal es el caso del manejo del tema de la ciudadanía, impulsando el elemento de que es sólo bajo tal estatus, como único se garantiza la ciudadanía estadounidense lo que contrasta con lo indicado en el Informe de Casa Blanca de 2011, en el cual se señala que esto es un asunto sujeto a acordar entre las partes en un

Pacto de Libre Asociación; o incluso, que tal ciudadanía constituye una garantía para aquel o aquella que a la fecha de la independencia o libre asociación ostente tal ciudadanía.

Sobre este tema es importante señalar que la tenencia de la ciudadanía estadounidense a la fecha en que se opere un cambio en la relación política de ambos pueblos, ya sea a partir de una independencia, está también planteado la posibilidad de transmitir la misma a generaciones futuras conforme a actual estado normativo prevaleciente en Estados Unidos. Igualmente ocurre cuando menciona lo relacionado a la Libre Asociación y el tema de la ciudadanía estadounidense, cuando se proyecta el tema desde una perspectiva de inseguridad en retener la misma y no desde la premisa que establece al presente el estado de derecho en Estados Unidos.

En el caso de la opción de Independencia, dejaba en manos del Congreso, de manera unilateral, la aprobación de legislación que defina el tránsito hacia la independencia. Tampoco disponía la obligación al Gobierno de Estados Unidos con la transferencia previa de poderes a Puerto Rico, para desde el ejercicio de tal transferencia, de soberano a soberano, iniciar las negociaciones pertinentes en el período de transición que se defina por las partes.

Es evidente que en un proceso en el cual al presente un sector del Partido Popular dice no sentirse representado por las alternativas que estarían sujetas a votación, que deben ser varios cientos de miles de populares, este sector también quedaba fuera del proceso lo que ya le asegura al PNP una mayoría de la consulta. Con ella se proponían iniciar, en virtud de una “Comisión de Transición” que establecía el proyecto, su agenda de impulsar ante el Congreso, en plena sintonía con el proyecto de ley radicado por la Comisionada Residente al comienzo del presente Congreso, su petición de estadidad.

Para quienes participaran de la consulta el reclamo sobre el cual votaría establecía un reclamo al gobierno de los Estados Unidos a los siguientes efectos:

RECLAMO al Gobierno de los Estados Unidos la reparación del agravio territorial y colonial durante 119 años, excluyendo a Puerto Rico de cualquier modalidad o interpretación jurídica de la 'Cláusula Territorial' de la Constitución Federal y con la implantación de la alternativa de estatus político final, permanente, no territorial y no colonial...

Es importante señalar que en la Ley se invoca la Resolución 1541 (XV) de 1960 de las Naciones Unidas, pero guarda total silencio y omite toda referencia a la Resolución 1514 (XV) de dicho Organismo.

El 13 de abril de 2017, Dana J. Boente, "Acting Deputy Attorney General" de Estados Unidos escribió al Gobierno de Puerto Rico rechazando, por considerarla incompatible con las políticas de Estados Unidos, la manera en que había sido redactada la papeleta para la consulta plebiscitaria. Rechazó específicamente la omisión de la presente condición territorial como una de las opciones a ser incluidas en la papeleta. La carta cuestiona, además, el resultado de la consulta de 2012 sobre la opción de estadidad por considerarla "incierta"; rechazando que se diga que solamente bajo la estadidad es que estaría asegurada la ciudadanía estadounidense por nacimiento para los puertorriqueños. Consideró también que la manera en que estaba fraseada la fórmula de "libre asociación", podría llevar al elector a creer que es posible la ampliación del Estado Libre Asociado fuera de la Cláusula Territorial.

Como resultado de lo anterior, el gobierno de Puerto Rico tuvo que enmendar la Ley para incluir en la consulta de 1 de junio de 2017 el "ELA territorial" como una opción de estatus a considerar en la consulta, así como hacer los otros ajustes requeridos por el Departamento de Justicia de Estados Unidos.

La inclusión del "ELA territorial" en la papeleta trajo como resultado la decisión por parte de las organizaciones que impulsaban la libre asociación de boicotear la consulta que se habían comprometido antes a participar. Lo mismo ocurrió con el Partido Independentista Puertorriqueño y otras organizaciones y sectores independentistas que se proponían de-

fender la opción de la independencia en la papeleta, y a nivel mayoritario, con los seguidores del Partido Popular Democrático.

La inconformidad con el Gobierno de Estados Unidos con el proceso seguido en Puerto Rico se manifestó en el hecho de que, apenas poco más de dos semanas antes de la fecha para efectuar la consulta, el Departamento de Justicia de Estados Unidos no se había expresado aprobando la nueva papeleta a ser utilizada en la consulta, ni se habían liberado los \$2.5 millones que se contemplaba en la Ley Núm. 113-76, *Consolidated Appropriations Act* de 2014.

Con sólo una escasa participación de un 22% de los electores hábiles para votar, dado el boicot de amplios sectores del país provenientes del independentismo y del sector autonomista y de libre asociación, con todo y la campaña oficial hecha por el partido de gobierno en favor de la estadidad, dicha fórmula obtuvo el respaldo de poco más de 485 mil electores en un universo de 2.2 millones. Esa y no otra es la razón de que los medios hayan proyectado un apoyo a la estadidad del 97% de los votos. Con tales números, la estadidad como preferencia de estatus de la mayoría de los puertorriqueños quedó deslegitimada tanto en Puerto Rico como en Estados Unidos.

El Proyecto de Ley radicado por la Comisionada Residente en Washington, Jenniffer González, para la admisión de Puerto Rico como estado de la Unión en un plazo de una década, estaba sujeto al resultado de la consulta en Puerto Rico y el triunfo de la opción de estadidad. Es improbable que una consulta en la cual a todas luces el sector estadista que participó de la misma lo hizo sin la participación de las otras fuerzas políticas en Puerto Rico, no aportará nada en el reclamo de estadidad que pretende impulsar la consulta en Puerto Rico.

A la misma vez que el proyecto de la Comisionada Residente, se encuentra radicado ante el Congreso de Estados Unidos, se radicó otro proyecto de Ley, esta vez de la autoría del congresista Luis Gutiérrez. En él se solicita del cuerpo legislativo el reconocimiento de Puerto Rico como una nación soberana, señalando de paso que la estadidad resultaría en detrimento para los puertorriqueños y para Estados Unidos, y que las opciones para la disposición del territorio por parte del Congreso deben

limitarse a las alternativas de Independencia o Libre Asociación; la primera bajo un Tratado de Amistad y Cooperación, donde se establezcan relaciones económicas entre ambas naciones; el mantenimiento de la ciudadanía estadounidense por aquellos que la tengan al momento de ser proclamada la independencia y en el caso de aquellos que nazcan posteriormente, mediante un estatus de no inmigrantes con libre tránsito y derecho a trabajar en Estados Unidos; así como las garantías de los derechos adquiridos, particularmente de Veteranos, Seguro Social y Pensiones.

En el caso de la Libre Asociación, el proyecto indica que Puerto Rico contaría con personalidad jurídica como estado soberano, un gobierno propio, no sujeto a la Constitución ni las leyes de Estados Unidos salvo competencias delegadas a dicho país, aunque sujetas a revocación; el derecho de las partes a terminar unilateralmente el pacto de asociación, y la continuación de la ciudadanía estadounidense para los ciudadanos de Puerto Rico.

Si el proyecto de ley sometido por la Comisionada Residente lograra algún acceso al debate legislativo en el Congreso de Estados Unidos, ciertamente estaría sujeto a tal discusión teniendo como contrapeso, el proyecto sometido por el Congresista Gutiérrez. Pero si el proyecto de la Comisionada Residente no encuentra espacio en el Congreso, siempre el proyecto de ley del Congresista Gutiérrez podría ser examinado por el Congreso de Estados Unidos. De hecho, tampoco es descartable, como indica el Informe de 20 de diciembre de 2016 del Grupo de Trabajo del Congreso, que alguna otra iniciativa para atender el estatus de Puerto Rico pueda surgir sin tomar en consideración la Ley para la Descolonización Inmediata de Puerto Rico.

Más adelante se ha aprobó por parte del gobierno de Puerto Rico otra pieza legislativa, esta vez titulada *Ley por la Igualdad y Representación Congresional de los Ciudadanos Americanos de Puerto Rico*. Con ella se propuso la creación, como medida transitoria, de una “Comisión de la Igualdad para Puerto Rico”, adscrita a la Administración de Asuntos Federales de Puerto Rico, constituida por la primera delegación de dos Senadores y cinco Representantes “federales”. Estos promoverán en el Congreso y el Gobierno federal el cumplimiento del mandato electoral en el

plebiscito de 6 de noviembre de 2012 y cualquier otro mandato electoral futuro que sea equivalente, rechazando la actual condición territorial-colonial y reclamando la admisión como un estado de la Unión en igualdad de derechos y deberes con los ciudadanos de los demás estados; y para otros fines.

Mediante ésta ley, el Gobernador de Puerto Rico estaría designando unilateralmente una Comisión de siete (7) personas, dos senadores y cinco representantes, los cuales representarán por acumulación al Pueblo de Puerto Rico en el Congreso de Estados Unidos, sin aval alguno del Congreso de Estados Unidos o de instancia alguna del gobierno de este país, para impulsar el reclamo de admisión de Puerto Rico como estado de la Unión. Al presente, se trata de un esfuerzo anexionista inconsecuente.

Como parte de la Política Pública expuesta en el artículo 3 de dicha Ley, esta Comisión tiene como encomienda comenzar, de manera inmediata a su designación, “un proceso de transición para cesar en Puerto Rico la imposición de cualquier condición territorial y colonial en todas las modalidades e interpretaciones jurídicas del artículo IV, Sección 3, cláusula 2 de la Constitución de los Estados Unidos de América, y encaminar a Puerto Rico, en el menor plazo posible, a la igualdad de derechos y deberes de un estado de la Unión bajo la Constitución de los Estados Unidos de América”.

Se trata, en efecto, de tres iniciativas que el partido de gobierno tiene corriendo en forma simultánea: un plebiscito en Puerto Rico efectuado el 11 de junio de 2017 con el resultado antes mencionado, que pretendía ser y no fue un ejercicio de validación del resultado de la segunda consulta en el plebiscito de 2012; un proyecto de admisión de Puerto Rico como estado de la Unión en una década, que es el radicado por Comisionada Residente en Washington; y finalmente, un proyecto aprobado en Puerto Rico para selección dos senadores y cinco congresistas, cuya función sería forzar, utilizando el precedente del *Plan Tennessee*, la incorporación de Puerto Rico como estado de la Unión por parte del Congreso de Estados Unidos.

Estas iniciativas del sector estadista en Puerto Rico se desarrollan en momentos en que el país está bajo el Capítulo III de la Ley PROMESA, donde se debate ante una jueza federal designada por el Juez Presidente

del Tribunal Supremo de Estados Unidos el proceso de insolvencia del gobierno, las corporaciones públicas y los sistemas de retiro y su capacidad para asumir el pago de sus deudas; en momentos en que una Junta de Control Fiscal creada por dicha Ley ha asumido el control de la vida política de los puertorriqueños; y en una coyuntura donde ni los sectores del Partido Demócrata en Estados Unidos, mucho menos del Partido Republicano, tienen dentro de su radar o zona de interés al pueblo puertorriqueño.

Al anterior contexto debemos señalar el estado en que ha venido a menos el país como resultado del paso de los huracanes Irma y María, en los cuales el gobierno de turno ha mostrado su peor y mas insolvente cara en el manejo de la emergencia provocada por estos huracanes, y su incapacidad para atender las necesidades más urgentes de nuestro pueblo.

Si antes era urgente atender el problema de falta de poderes políticos para atender la solución de nuestros asuntos mas urgentes, el presente nos plantea la imperiosa necesidad de hacerlo. Las herramientas que ofrece la soberanía para un pueblo son los instrumentos necesarios para abordar la solución de los mismos, ello dentro del más amplio escenario de justicia social, equidad y distribución de la riqueza que como pueblo generamos.

VII: Conclusión

Puerto Rico necesita un fuerte impulso hacia la descolonización, apoderándose de aquellos poderes políticos indispensables para, a partir de sus propios intereses como pueblo, establecer el rumbo preciso en el ejercicio de su autodeterminación política. Para esto es fundamental el esfuerzo y la voluntad de todos los sectores que conforman el País.

Es necesario hablar con una sola voz frente al gobierno de Estados Unidos. La propuesta de una Convocatoria a una Asamblea Constitucional de Estatus como la que ha formulado el Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico es un punto de referencia en el camino de nuestra descolonización. La Asamblea Constitucional de Estatus abre ese espacio

de reflexión y deliberación necesario que nos permita como pueblo, llegar a acuerdos sobre opciones no territoriales y no coloniales de relación política con el gobierno de Estados Unidos y desde la soberanía, negociar también acuerdos de mutua conveniencia con el resto de los pueblos del mundo.

En el decir del Apóstol de la Independencia de Cuba, José Martí, no hay nada peor en los momentos decisivos que la indecisión. El momento no exige vacilación en la toma de decisiones, exige compromiso y voluntad.

La Asamblea Constitucional de Estatus sí es una oportunidad para el país. Asumir el proceso de convocatoria a una Asamblea Constitucional de Estatus y esforzarnos porque dicha propuesta sea refrendada por el pueblo mediante referéndum, es hoy una tarea perentoriamente urgente para el país. Sería no sólo un punto de partida, sino también un punto de encuentro entre los diferentes sectores políticos que componemos nuestro arcoíris político para atender la solución del problema principal del pueblo puertorriqueño: la ruptura de las relaciones coloniales y territoriales con Estados Unidos. Superado el colonialismo, con los poderes políticos que sólo da la soberanía a los pueblos, nuestras opciones como país hoy cerradas de cara al futuro, están abiertas.

**PROCESOS DE
CUSTODIA Y LA
ALIENACIÓN
PARENTAL EN PUERTO
RICO: LA MEDIACIÓN
FAMILIAR COMO
ALTERNATIVA DE
INTERVENCIÓN**

LCDA. ROSA WARD CID*

Síntesis

La alienación parental es, más allá de los diagnósticos clínicos, un problema que afecta a los niños y niñas de todas partes del mundo y surge a consecuencia de la imposibilidad de los adultos de trabajar de forma adecuada con los retos que supone la co-parentalidad o la co-crianza posterior al rompimiento del vínculo de pareja entre los padres.

Es una controversia que se dilucida usualmente a nivel de los tribunales, interponiendo la figura del juez como tercero con la autoridad para resolver la controversia, más no así el conflicto, con lo que ciertamente las controversias continuarán presentándose. Ello, con el subsiguiente daño emocional no solo para las partes envueltas sino para los menores, que son la parte más vulnerable en el conflicto.

*La licenciada Rosa Ward Cid (1967-2018), se integró al Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico a sus 27 años, el 11 de enero de 1994, obteniendo el número de colegiada 11879. Fue integrante de varias comisiones entre las cuales, presidió la Comisión Especial para la litigación de las Asignaciones de Casos Criminales de Oficio y la Comisión de Familia; esta última desde el 3 de octubre de 2014 hasta el 2018. Fue integrante de la Junta de Gobierno del CAAPR en el bienio 2004-2006, como delegada por la Delegación de San Juan y asumió la posición de Secretaria de la Junta de Gobierno. Fue integrante de la Junta Directiva de Servicios Legales de Puerto Rico desde el 4 de junio de 2016 hasta que falleció en 2018. Dentro de ese período de tiempo, presidió el Comité de Ética y fue integrante del Comité de Investigación de Querellas.

El 16 de marzo de 2018 la licenciada Ward Cid presentó este artículo ante la Comisión de Revista del Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico. La Junta Editora de esta Comisión, se siente honrada en preservar el trabajo de una gran jurista, compañera, luchadora incansable y ejemplo de honra a la toga.

En Puerto Rico, al igual que en muchos otros países, se está abordando el problema desde la perspectiva legal contenciosa sin considerar que este tipo de problemática requiere acercamientos más terapéuticos dirigidos a la reunificación de la familia como equipo y contexto integral de la formación de los menores que propenda de forma efectiva a su mejor desarrollo y bienestar.

La mediación como concepto y como método alternativo de la resolución de conflicto lleva décadas implementándose como alternativa al proceso contencioso que define el ámbito judicial.

Ahora bien, cuando nos enfrentamos a la situación de la existencia de alienación parental la mediación familiar debe estructurarse en dirección al tratamiento del problema considerando sus múltiples variables y formas. Entendemos que el tratamiento de la alienación parental debe estar en primera instancia atendido por el proceso de mediación y que la mediación como proceso debe estar integrado por diversos profesionales que puedan incorporar evaluaciones y estrategias desde sus respectivas perspectivas para trabajar con el conflicto de forma multidisciplinaria.

Así, debe atenderse el problema con una multivisión a la que aporten trabajadores sociales, psicólogos, jueces y abogados. Ello propenderá a un acercamiento menos litigioso y más de autocomposición y entendimiento que sirva como resolución de los conflictos, más allá de las controversias.

Conceptualizamos una mediación adaptada a la realidad generada tras el inicio de un proceso legal contencioso, donde las diferencias y los desacuerdos se han convertido en posiciones de una disputa judicial que habitualmente poco tienen que ver con las auténticas necesidades de las partes en conflicto, y de una mediación que va más allá de la simple facilitación de procesos de negociación, otorgando la importancia a la creación de un contexto familiar cooperativo que abra la posibilidad de una transformación en el proceso conflictivo. Este planteamiento de mediación debe considerarse en relación directa al contexto judicial desarrollándose en el mismo o con una vinculación muy estrecha que permita una auténtica orientación sicojurídica conjunta.

I. Introducción

La Declaración de los Derechos del Niño aprobada en 1959 por la Organización de las Naciones Unidas, reconoce que los niños y las niñas, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesitan amor y comprensión.¹ Siempre que sea posible, deberán crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material. Reconoce además el derecho de los niños y las niñas a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social.

Las necesidades objetivas de todo niño que enfrenta una separación conyugal, según los expertos, normalmente serán la de estar informados y seguros; mantener relación con sus dos padres; estar seguros del amor de sus dos padres; tener el derecho de amar a ambos como antes; conservar un vínculo significativo con ellos; que su padre y su madre continúen ocupándose y cuidándolos como antes; estabilidad afectiva; poder expresar sus sentimientos frente a la separación; comprender la decisión de separación de sus padres; no sentirse responsables de la separación y reconocer la permanencia de la misma; que la ruptura de los padres se haga lo más armónicamente posible; mantenerlos fuera de los conflictos; que no sirva de intermediario entre sus padres; sentir que sus dos padres son capaces de hablarse; no estar obligado a tomar partido por uno u otro; permanecer como niño o no tener responsabilidades de adultos; y no estar inquieto por la seguridad económica de la familia.²

II. Patria potestad; custodia y relaciones filiales

En el derecho puertorriqueño se ha definido la patria potestad como el conjunto de derechos y obligaciones de los padres hacia los hijos los

¹ A.G. Res.1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 19, ONU Doc. A/4354 (1959).

² Adriana Palavecino Cáceres, *Relación directa y regular y síndrome de alienación parental Abordaje a través de la mediación familiar*. 6 REV. CREA 75 (2011).

cuales se ejercen de manera conjunta, salvo que la autoridad determine que se prive a uno de los progenitores de la misma. Por su parte, la guarda y custodia se puede definir como el conjunto de medidas y decisiones que el progenitor, a cuyo cuidado queda el menor, debe tomar para garantizar el diario desarrollo del hijo.

Las relaciones filiales se definen como el derecho del padre no custodio (el que no tiene consigo a los hijos) a relacionarse con sus hijos. El Código Civil de Puerto Rico, establece en el artículo 107 que, aún divorciados o separados el otro cónyuge tendrá derecho a continuar y mantener las relaciones filiales con su hijos.³

Una vez el tribunal otorga la custodia a uno de los progenitores, el padre o madre no custodio conserva el derecho a relacionarse con el menor. Estas relaciones están revestidas de una protección constitucional que parte del interés libertario fundamental que protege la decimocuarta enmienda de la Constitución de Estados Unidos. Se ha reconocido que relacionarse de manera adecuada con sus padres es parte integral del bienestar del menor por el cual deben velar los tribunales.

III. Protección constitucional

En el ordenamiento jurídico puertorriqueño, las relaciones familiares han sido examinadas por los tribunales en el contexto del derecho a la intimidad. El derecho a la intimidad en Puerto Rico y la protección a la dignidad del ser humano tienen un origen constitucional explícito. El Artículo II, Sección 1 de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico establece la inviolabilidad de la dignidad del ser humano como principio de interpretación cardinal para todos los derechos reconocidos en ella.⁴ La Sección 8 del Artículo II de la Constitución establece que toda persona tiene derecho a protección de ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida familiar.⁵

³ Cód. Civ. PR art. 107, 31 LPRA § 383 (2018).

Aunque el Estado tiene la responsabilidad de velar por la estabilidad de la familia, la guarda y el cuidado de los hijos, la justa división de los bienes gananciales y la adecuada protección de las partes que interesen disolver su vínculo matrimonial, éste se encuentra impedido, no obstante, de irrumpir en aspectos que son eminentemente personales, salvo que exista un interés apremiante.

IV. Criterio del bienestar del menor en casos de custodia

Se ha resuelto por el Tribunal Supremo de Puerto Rico que las determinaciones sobre custodia deben guiarse principalmente por el bienestar y los mejores intereses del menor. Se trata de un proceso en el cual se deben aquilatar factores vitales en torno a lo que es más beneficioso para el menor en el ámbito afectivo, de las relaciones interpersonales, así como en su entorno espiritual, psicológico, académico, económico, entre otros.

El Tribunal Supremo de Puerto Rico incorporó un método de análisis multifactorial como guía a las determinaciones judiciales respecto a las controversias que se suscitan en el seno familiar acerca de la custodia de los menores de edad. Así, para poder determinar el bienestar y los mejores intereses de un menor, es preciso que los tribunales realicen una evaluación social que tome en consideración ciertos aspectos vitales del menor, a saber:

1. la preferencia del menor,
2. su sexo, edad y salud mental y física;
3. el cariño que las partes en controversia pueden profesarle al menor;

⁴ CONST. E.L.A., Art. II, sec. 1.

⁵ CONST. E.L.A., Art. II, sec. 8.

4. la habilidad de las partes para satisfacer debidamente las necesidades afectivas, morales y económicas del menor;
5. el grado de ajuste del menor al hogar, la escuela y la comunidad en que vive;
6. la interrelación del menor con las partes, sus hermanos y otros miembros de la familia; y
7. la salud psíquica de todas las partes.⁶

V. Política pública del Estado en casos de custodia

La Ley Núm. 223 de 21 de noviembre de 2011, según enmendada,⁷ establece como política pública del estado en Puerto Rico el promover que ambos progenitores compartan la custodia de sus hijos, a través de una integración responsable en el proceso de educación, crianza, disciplina y cuidado. Esto es, la custodia compartida. Para la ley, la custodia compartida significa la obligación de ambos progenitores, padre y madre, de ejercer directa y totalmente todos los deberes y funciones que conlleva la crianza de los hijos, relacionándose con éstos el mayor tiempo posible y brindándoles la compañía y atención que se espera de un progenitor responsable.

La ley dispone que cuando surja controversia entre los padres en torno a la custodia compartida o la forma de ejercerla, el asunto se referirá a la Oficina de Trabajo Social del Tribunal para que se prepare y rinda un Informe con las correspondientes recomendaciones. El Tribunal *motu proprio* o a solicitud del Trabajador Social o de las partes podrá ordenar se realicen pruebas psicológicas y/o psiquiátricas o de otra índole para complementar el estudio social a realizarse. En su evaluación para hacer las

⁶ Maldonado v. Burris, 154 D.P.R. 161, 167 (2001)

⁷ Ley 223-2011, 32 L.P.R.A. §3181 *et seq.*

recomendaciones el Trabajador Social deberá tomar en consideración los criterios establecidos en la Ley tanto para considerar la custodia compartida como para rechazarla.

Una vez rendido el Informe Social con sus recomendaciones el Tribunal cita a una vista a la que comparecen las partes asistidos por sus abogados y en la misma se discute el Informe Social y sus recomendaciones. De no existir controversia en cuanto a las recomendaciones del Informe, el Tribunal le imparte su aprobación y genera una Resolución mediante la cual adopta las recomendaciones y ordena su fiel cumplimiento.

Ahora bien, cuando una o ambas partes están en desacuerdo con las recomendaciones del Informe Social así lo anuncian oportunamente al Tribunal, el cual señalará una Vista evidenciaría para dilucidar la impugnación del Informe.

Las partes tienen derecho a contratar sus propios peritos (sicólogos o trabajadores sociales mayormente) para que estos realicen una evaluación crítica del contenido y recomendaciones del Informe y brinden sus propias recomendaciones al Tribunal.

Ambas partes tienen derecho de presentar toda aquella prueba documental o testifical en apoyo de sus respectivas posiciones. Tienen derecho a contrainterrogar a los testigos y peritos y presentar prueba de refutación.

Aquilatada la prueba por el Tribunal este puede adoptar íntegramente las recomendaciones del Informe, modificarlas o rechazarlas y establecer sus propias órdenes en cuanto a la custodia y las relaciones paternofiliales.

En aquellos casos en los que no pueda concederse la custodia compartida sigue siendo el interés apremiante del estado que los menores compartan la mayor cantidad y calidad de tiempo con ambos progenitores.

La ley dispone que si tras conceder la custodia compartida uno de los progenitores, temeraria, arbitraria e injustamente se negare a aceptar dicha decisión, y realizare actos para entorpecer la relación del otro proge-

nitor con los menores, el Tribunal podrá alterar el decreto y otorgarle la custodia al otro progenitor.

VI. Alienación parental

La alienación parental como concepto, fue propuesta por primera vez por el Dr. Richard Gardner, quien define el término como sigue:

[u]n desorden que se origina primordialmente en el contexto de disputas de la custodia de menores en las causas de divorcio. Su manifestación primordial es la campaña de denigración del niño en contra de un padre, una campaña que no tiene justificación. Resulta de la combinación de una programación del padre (lavado del cerebro) y contribuciones propias del niño en la vivificación del padre denigrado. Cuando el verdadero abuso parental o la negligencia está presente, la animosidad del niño puede estar justificada, y en este caso la explicación del síndrome de alienación parental para la hostilidad del niño no es aplicable.⁸

Se refiere a una forma específica de maltrato psicológico, dirigida conscientemente por uno de los progenitores a impactar de forma negativa la relación de un menor o una menor con el otro progenitor o progenitora.

Autores posteriores como Douglas Darnall lo definen como “cualquier constelación de comportamientos, sean conscientes o inconscientes, que puedan provocar una perturbación en la relación del niño con su otro progenitor”.⁹

⁸ Richard Gardner. *Should Courts Order PAS Children to Visit/Reside with the Alienated Parent? A follow-up study*, 19(3) AM. J. FORENSIC. PSYCHOL. 61 (2001).

⁹ 2 DARNALL DOUGLAS, DIVORCE CASUALTIES: PROTECTING YOUR CHILDREN FROM PARENTAL ALIENATION 3 (2008).

Gardner distinguió siempre entre el fenómeno de la “Alienación Parental” del Síndrome de Alienación Parental (SAP). La primera se produce siempre que exista una campaña de difamación, pero con una buena terapia, el problema se soluciona. En la “Alienación Parental” el niño no interviene por sí mismo. En el SAP, sin embargo, el niño o niña es cómplice del progenitor alienador y crean sus propias teorías sobre por qué deben odiar al progenitor alienado.¹⁰

VII. Síntomas de enajenación parental

1. Campaña de denigración por parte del niño contra el progenitor objeto de alienación, caracterizada por el odio infundado, producto de un “lavado de cerebro” por parte del progenitor alienante.
2. Racionalización de la conducta del progenitor alienado de manera absurda, débil o frívola. Cuando hay evidencia de que dicho progenitor ha incurrido en abuso físico, emocional, sexual o de cualquier índole contra el menor o la menor, existe justificación para el rechazo y, en esas circunstancias, no cabe hablar de SAP.
3. Falta de ambivalencia, evidenciada por que el menor o la menor no reconoce los aspectos positivos del progenitor alienado.
4. Fenómeno del pensador independiente, que consiste en la adopción de los pensamientos o sentimientos de odio contra el progenitor víctima por parte del menor como propios.
5. Apoyo automático a las posturas del progenitor alienador con relación al otro progenitor de forma total e incondicional.
6. Falta de remordimiento en el menor o la menor por la crueldad de su comportamiento hacia el progenitor alienado.

¹⁰ Alfredo Emilio Torrealba Jenkins, *El Síndrome De Alienación Parental En La Legislación De Familia* (2011) (Tesis de Magister en Derecho, Universidad de Chile) (en el archivo Repositorio Académico, Universidad de Chile).

7. Adopción y expresión de posturas con relación al progenitor alienado que no son apropiadas para la edad del niño o la niña.
8. Extensión de los sentimientos y el comportamiento negativo hacia la familia del progenitor alienado.¹¹

VIII. Niveles de intensidad de la alienación parental

Se han establecido tres niveles de intensidad de la alienación parental. Estadio I (rechazo ligero o leve): Se caracteriza por la expresión de algunos signos de desagrado. Generalmente, en el momento del cambio de progenitor, las visitas se pasan en general de manera calma. En cuanto el hijo esté con el progenitor rechazado, las manifestaciones de la campaña de difamación desaparecen o se hacen discretas y raras. No hay evitación y la relación no se interrumpe.¹²

Estadio II (rechazo medio o moderado): El progenitor alienador utiliza una gran variedad de tácticas para excluir al otro progenitor. Se caracteriza por la expresión de un deseo de no ver al padre o la madre, acompañada de una búsqueda de aspectos negativos, absurdos, del progenitor rechazado que justifique su deseo. El rechazo se generaliza a su entorno familiar y social. - La relación se mantiene por obligación o se interrumpe.¹³

Estadio III (rechazo grave o intenso): Los hijos están en general perturbados y a menudo fanáticos. Pueden tener pánico con la sola idea de tener que ir de visita con el otro progenitor. Sus gritos, su estado de pánico y sus explosiones de violencia pueden ser tales que ir de visita llega a

¹¹ 72 ELOINA GONZÁLEZ ORTIZ, SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL EN MODELOS DE GUARDA Y CUSTODIA 39 (2010).

¹² Becerra Cristina, *El síndrome de alienación parental, análisis de tres casos*. UJI UNIVERSITAT JAIME I (s.f.) http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/78587/forum_2006_8.pdf?sequence=1.

¹³ Id.

ser imposible. El rechazo adquiere características fóbicas con fuertes mecanismos de evitación.¹⁴

IX. Características del progenitor alienador

Es usual que sienta que sus actuaciones están justificadas por su percepción de las razones que causaron la separación o divorcio, así como su experiencia previa en situaciones similares, como por ejemplo, el divorcio o la separación de sus propios padres. Esto se manifiesta en hostilidad hacia su expareja, quien a su vez canaliza a través de la utilización de los tribunales para hacer valer lo que entiende son sus derechos con exclusividad de los derechos de su contraparte.

Otras de las manifestaciones son la resistencia a trabajar en equipo con su expareja en lo que respecta a la crianza de los hijos, el frecuente menosprecio a la capacidad de la otra persona para esta tarea y escudar sus actuaciones detrás de argumentos a favor del bienestar de los menores. El progenitor o progenitora que incurre en este tipo de conducta, con frecuencia, está convencido de que sus actuaciones son correctas y no constituyen otra cosa que la consecuencia natural de las decisiones del progenitor víctima de alienación con relación a la separación o divorcio.¹⁵

Darnall distingue tres tipos de progenitores alienadores:

1. Alienador Naive, aquellos que consideran necesaria la relación filioparental, pero ocasionalmente hacen un comentario que puede resultar alienador. No se reconoce hasta que se produce algún efecto.¹⁶
2. Alienador Activo, aquellos que saben perfectamente cómo deben proceder, sin embargo, no han resuelto los temas de divorcio o los sentimientos negativos hacia el otro cónyuge. Estos actos alienantes pueden provenir de una rabia momentánea, en que el progenitor alienador pierde el control. Después

¹⁴ Id.

¹⁵ 1 SAUBER RICHARD, THE INTERNATIONAL HANDBOOK OF PARENTAL ALIENATION SYNDROME 12 (2006).

¹⁶ 2 DARNALL DOUGLAS, DIVORCE CASUALTIES: PROTECTING YOUR CHILDREN FROM PARENTAL ALIENATION 3 (2008).

de los actos, este progenitor puede sentirse culpable e intenta resolver la situación.¹⁷

3. Alienador Obsesivo, aquellos que tienen una sola idea en la cabeza: destruir al otro progenitor, a como dé lugar. Se conciben y conciben a sus hijos como víctimas de abuso y traición por parte del progenitor en la mira.¹⁸

X. Consecuencias de este tipo de conducta manipulativa en el desarrollo integral de los niños y las niñas

Algunos proponentes del SAP han postulado que este tipo de maltrato puede provocar en los niños y las niñas víctimas sentimientos de abandono, rechazo y culpabilidad; sensaciones de impotencia, indefensión e inseguridad; estados de ansiedad y depresión; conductas regresivas y disruptivas; y problemas escolares.¹⁹

Por la forma en que se practica y sus efectos en el desarrollo de los menores, los profesionales de la conducta que apoyan el concepto del SAP lo consideran una modalidad especialmente virulenta de maltrato psicológico.²⁰

Existe un modelo que disminuye la importancia del elemento psicopatológico para enfocarse más en la dinámica intrafamiliar y en los efectos que esa dinámica tiene en los menores, caso a caso.²¹

El modelo del niño alienado, según propuesto por Johnson y Kelly, integra múltiples variables al análisis de la situación de cada niño o niña ante la sospecha de un cuadro de maltrato por alienación. El mismo parte de la premisa de que no es suficiente adjudicar la responsabilidad del rechazo manifestado por el menor o la menor hacia alguno de sus progenitores a una sola de las partes involucradas en el caso. Por el contrario, a

¹⁷⁻¹⁸ Id.

¹⁹ M.J. Segura & M.A. Gil y Sepúlveda, *El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil*, 12 CUAD. MED. FORENSE 118 (2006).

²⁰ ASUNCIÓN TEJEDOR HUERTAS, *EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL: UNA FORMA DE MALTRATO* (1st ed. 2007).

²¹ Janet R. Johnston & Joan B. Kelly, *The Alienated Child: A Reformulation of Parental Alienation Syndrome*, 39 FAM. CT. REV. 249 (2001).

través del análisis cabal de múltiples variables, promueve que los adultos identifiquen y reconozcan como su comportamiento ha contribuido al deterioro de las relaciones entre ellos y el o la menor. (Id.)

Entre los factores que toma en consideración este modelo se encuentran la naturaleza de la separación, la intensidad del rechazo manifestado por el menor y la reacción de la parte objeto del rechazo. Inclusive, integra al análisis la posible influencia de terceras personas en la situación y la forma en que los adultos manejaron sus conflictos de pareja antes del rompimiento final. Esta última es de gran importancia, pues si los progenitores involucraron a los menores de forma activa en sus conflictos, como por ejemplo, utilizándolos de mensajeros, como árbitros o como ficha de tranque, la probabilidad de que el menor desarrolle resentimiento hacia uno o ambos es bastante grande. (Id.)

Este modelo pone énfasis en la rehabilitación de las relaciones entre los adultos y los menores involucrados, a la vez que promueve el reconocimiento de responsabilidad de cada parte en el deterioro de las mismas.

XI. Críticas al SAP

La mayor y más sonora de las críticas ha sido la posible utilización de alegaciones de alienación parental por parte de un padre o una madre maltratante contra el otro u otra que ha cortado el contacto paterno o materno-filial para proteger al menor de su abuso. Es decir, el uso del SAP para explicar las actitudes de un niño o una niña cuyo comportamiento hostil hacia el padre o la madre, cuando el comportamiento del menor o la menor se justifican por el maltrato recibido por parte de la persona que alega la presencia de SAP en la situación. El argumento se hace más poderoso en casos donde ha habido abuso sexual contra el menor por parte del progenitor o progenitora que alega ser víctima de alienación.²²

²² Cheri L. Wood, *The Parental Alienation Syndrome: A Dangerous Aura of Reliability*, 27 LOY. L.A. L. REV. 1367 (1994).

Hay autores que consideran que el “SAP” es un neomito, una construcción específica aplicada a los conflictos que surgen entre los hijos, los padres y las madres tras la separación, para explicar los acontecimientos de forma coherente con lo que ha sido la posición histórica del patriarcado y con los roles atribuidos a cada uno de los progenitores.²³

Otros autores han expuesto sus dudas sobre el enfoque de la alienación parental como un “síndrome”. Los que se ajustan a esta corriente de pensamiento reconocen que la conducta alienadora es una realidad a la que están sujetos muchos niños y niñas en medio de casos donde los progenitores se disputan su custodia. Sin embargo, abogan por un enfoque que abandone la idea de diagnosticar un “síndrome” desde la perspectiva de un conjunto de síntomas y concentre los esfuerzos en identificar la dinámica particular que se da en cada caso. Esto contribuiría a neutralizar la búsqueda de un culpable en la situación y obligaría a los adultos involucrados a enfrentar el rol que han desempeñado en el desarrollo de la conducta de rechazo exhibida por el niño o la niña.²⁴

Este enfoque reconoce que ambos progenitores, tanto el alienador como el alienado, contribuyen a la actitud que se desarrolla en sus hijos e hijas. Por ejemplo, se ha observado que en respuesta a la conducta de rechazo, los padres alienados y las madres alienadas tienden a adoptar actitudes frías y de poca empatía hacia éstos. Además, escogen estilos de crianza rígidos acompañados de duras críticas hacia sus hijos e hijas.

Más allá del debate sobre la existencia de la alienación parental como síndrome, la inmensa mayoría de los autores coinciden en que hay que dar preponderancia en evaluar las alegaciones de abuso. Cuando exista denuncia de abuso, debe dársele la mayor importancia, y de existir o verificando algún tipo de riesgo, la seguridad y protección deben guiar al evaluador, dejando en un segundo plano lo concerniente a la relación directa y regular con los padres.

El abuso infantil, sexual o de otro tipo, excluye de partida, cualquier alegación sobre alienación parental. Los evaluadores requieren verdadera

²³ SONIA VACCARO & CONSUELO BAREA, EL PRETENDIDO SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL: UN INSTRUMENTO QUE PERPETÚA EL MALTRATO Y LA VIOLENCIA (1st ed. 2009).

²⁴ Marlene Moses & Beth A. Townsend, *Parental Alienation in Child Custody Disputes*, 47 TENN. B.J. 26 (2011).

experiencia en abuso infantil y violencia doméstica. Los consejeros que no poseen dichas habilidades deben obtener asesoría externa. Una vez que el abuso es validado, las denuncias por alienación parental no deben ser consideradas.

La postura de la experiencia pericial apunta que la adopción de estrategias dirigidas a dificultar la relación parentofilial expresada por algunos progenitores inmersos en un proceso de separación conyugal no está en relación al sexo de éste, sino que proviene de una desajustada elaboración del proceso de ruptura de la relación de pareja. Como en la mayoría de las conductas humanas, en la génesis de esas estrategias de afrontamiento inadecuadas nos encontramos con la interacción entre variables propias del sujeto (vulnerabilidad en la personalidad de base: conformación de rasgos propios de personalidades inmaduras) y factores situacionales (características de su proceso de ruptura): a) motivo de la separación: ruptura decidida unilateralmente por el otro miembro de la pareja, separación motivada por una infidelidad,...; b) modificaciones en la estructura familiar del ex cónyuge: establecimiento de nueva relación de pareja, y c) otros, fruto de la conflictividad surgida a lo largo del proceso de separación: desacuerdos surgidos en la disolución de los bienes económicos familiares; discrepancias en los estilos de crianza y educación de los hijos,...). En este sentido, debemos recordar que la situación de ruptura familiar está considerada como uno de los sucesos vitales más estresantes en la vida del ser humano.²⁵

²⁵ José Manuel Muñoz Vicente, *El Constructo Síndrome de Alienación Parental (S.A.P.) en Psicología Forense: Una Propuesta de Abordaje desde la Evaluación Pericial Psicológica*, 20 ANUARIO DE PSIC. JUR. 6 (2010).

XII. Aceptación y tratamiento de la alienación parental en la legislación y la jurisprudencia

Ciertamente, existe ya un numeroso grupo de países que han reconocido en su legislación y/o en su jurisprudencia la existencia de la alienación parental y han tomado medidas correctivas para intervenir con el problema. Así, en países como los Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Escocia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han incorporado en su jurisprudencia el concepto de alienación parental y se han pronunciado afirmativamente hacia su reconocimiento e intervención.

En Puerto Rico no existe un pronunciamiento aún sobre el tema por parte del Tribunal Supremo. Sin embargo, las cortes inferiores e intermedias ya han ido incorporando el concepto y aceptando prueba sobre la existencia o inexistencia de la alienación parental.²⁶

Hubo hace unos años un proyecto de ley en Puerto Rico que buscaba penalizar a los progenitores que incurran en conducta considerada como alienación parental. El Proyecto de la Cámara 1309, 17ma Asamblea Legislativa, 2da Sesión Ordinaria (14 de agosto de 2013) reconoce la alienación parental como maltrato y lo define como:

[I]a obstaculización por parte de uno de los progenitores, abuelos, tutores o personas custodios, de las relaciones filiales de sus hijos y/o hijas, menores de edad, con el otro progenitor, o abuelos o persona que no ostente la custodia, mediante el uso de diferentes estrategias, con el propósito de transformar y/o adoctrinar la conciencia de sus hijos y/o hijas, a los fines de denigrar, impedir, obstruir o destruir sus vínculos con el otro progenitor, abuelos o persona que no ostente la custodia.

Este proyecto de ley buscaba enmendar la “Ley para la Seguridad, Bienestar y Protección de Menores” (Ley 246-2011), para tipificar la enajenación parental como un delito menos grave que conllevaría una

²⁶ Ayala Cordero v. Alvarado Robles, 2012 D.T.A. 79 (Op. de 29 de junio de 2012).

pena de cárcel de hasta seis meses o una multa de hasta \$5,000, o ambas penas si así lo determina el Tribunal. El mismo recibió numerosas críticas y no fue aprobado.

XIII. Alternativas de intervención: la mediación

La mediación es un proceso de gestión o resolución positiva de conflictos familiares. Es de carácter preventivo. Está basada en la cooperación, autonomía y responsabilidad de las personas implicadas en situaciones de ruptura, tensiones o conflictos.

Las partes solicitan o aceptan voluntariamente la intervención del mediador, profesional cualificado, confidencial, imparcial y neutral, y sin poder de decisión, que le ayuda a encontrar nuevas vías de comunicación que les permiten mejorar las relaciones familiares y alcanzar por ellos mismos compromisos y acuerdos mutuamente aceptados. Se trata de que estos acuerdos beneficien y atiendan los intereses de toda la familia y en particular de los menores, fomentando un espíritu de corresponsabilidad parental.²⁷

Los puntos más importantes de esta definición serían:

- Es un proceso de gestión positiva: por tanto, entiende el conflicto como algo dinámico, que evoluciona y se busca su resolución positiva.
- Carácter preventivo: se centra en el futuro evitando que se enconen conflictos pasados. Se promueve el análisis de po-

²⁷ Virginia Mora Pérez, *Síndrome de Alienación Parental y Mediación Familiar, Variables más relevantes en el SAP y Mediación. Estudio Comparativo*, SCRIBD, (última visita: s.f.) <https://es.scribd.com/doc/126104092/Mediacion-Familiar-y-Alienacion-Parental>.

sibles situaciones, teniendo el mediador la función de “agente de realidad”.

- Basada en la cooperación, autonomía y responsabilidad: se trata de crear juntos, empoderar a las partes, haciéndoles protagonistas (que lo son) del futuro de sus vidas y de la toma de decisiones.
- Solicitan o aceptan voluntariamente: el proceso puede abandonarse en cualquier momento, proporcionando libertad a las partes y ninguna presión externa que pueda interferir en sus decisiones.
- Encontrar nuevas vías de comunicación: la mediación aporta y ofrece un aprendizaje a las partes, una nueva manera de comunicarse que va a hacer más fácil o posible el entendimiento.
- Permite mejorar las relaciones familiares: porque se parte del entendimiento y del trabajo conjunto.
- Alcanzan por ellos mismos compromisos y acuerdos: sin decisiones externas, de nuevo empoderando y haciéndoles tomar las riendas de sus vidas.
- En beneficio de los intereses de toda la familia: se trata de conseguir una solución consensuada y global. Se intenta llegar a los intereses de todos alejándonos de las rígidas posturas.²⁸

El objetivo principal de la mediación es conseguir la comunicación entre las partes con el fin de llegar a acuerdos consensuados entre ambos, satisfactorios y beneficiosos para la pareja, la familia y principalmente para los hijos y las hijas. Disminuyendo los casos de incumplimiento de convenios y sirviendo de apoyo previo al sistema judicial.²⁹

Lund (1995) y otros autores consideran que una mediación temprana puede ser un buen instrumento para evitar la evolución hacia un rechazo parental absoluto. Cuando ya aparece el rechazo moderado o severo, las intervenciones propuestas incluyen una respuesta judicial, un proceso de mediación y tratamiento psicológico.³⁰

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.*

Lowenstein (1998) plantea un enfoque de dos pasos que incluye un intento de mediación previo a la decisión judicial. El modelo se basa en la toma de conciencia por parte de los progenitores para realizar el esfuerzo de intentar tomar decisiones, evitando así que sea el juez quien las tome.³⁰

Vestal (1999) describe un modelo de mediación basado en cuatro componentes:

- Un experto en salud mental debe diagnosticar los motivos subyacentes y la intensidad de la alienación, prescribiendo intervenciones terapéuticas adecuadas previamente a cualquier decisión judicial.
- Proceso de mediación que frene o detenga las tácticas del progenitor alienador
- Balancear la discrepancia de poder sentida, en particular, por el padre rechazado que se ha visto aislado de la vida y el afecto de su hijo/a.
- Mecanismo para manejar el comportamiento manipulador y engañoso exhibido por el progenitor alienante mediante un proceso que permita controlar la cooperación con las órdenes judiciales y los acuerdos que progresivamente se vayan logrando.³²

Bolaños, tras los resultados obtenidos en la aplicación de su programa piloto de mediación familiar a través de los Equipos Psicosociales de los Juzgados de Familia de Barcelona, concluye que un modelo de “mediación terapéutica” es eficaz con los casos leves y moderados, pero con los casos más intensos sería necesario un modelo de terapia coactiva que supusiese un trabajo más intenso con todos los miembros de la familia.³³

El Tribunal Supremo de Puerto Rico implementó desde 1983 los procesos de mediación como alternativa voluntaria para que las partes

³² A. Vestal, *Mediation and Parental Alineation Syndrome*. 37-4 FAMILY AND CONCILIATIONS COURT REVIEW. 487 (1999)

³³ José Ignacio Bolaños Cartujo, Estudio descriptivo del Síndrome de Alienación Parental en procesos de separación y divorcio. Diseño y aplicación de un programa piloto de Mediación Familiar (2001) (Tesis doctoral de la Universidad Autónoma de Barcelona).

puedan llegar a acuerdos sin necesidad de que el Tribunal ejerza su poder coercitivo. En 1998 aprobó el Reglamento de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos en el cual se consigna como política pública de la Rama Judicial fomentar la utilización de mecanismos complementarios al sistema adjudicativo tradicional con el fin de impartir justicia en una forma más eficiente, rápida y económica.

Así, en aquellos casos en los que el Tribunal considera adecuada la alternativa de mediación, refiere a las partes al proceso. Los acuerdos alcanzados en ese proceso se le informan al Tribunal, el cual los incorpora en sus resoluciones y tienen carácter vinculante para las partes, con la posibilidad de solicitar su ejecución judicial.

XIV. Conclusiones

El análisis e intervención con el problema de la alienación parental, a nuestro juicio, ha estado permeado por el acercamiento punitivo para resolución de la controversia. Las diversas legislaciones y jurisprudencias examinadas apuntan hacia medidas de sanciones económicas, de cárcel o de cambios de custodia como “solución” frente a un cuadro de alienación parental.

Puerto Rico no es la excepción y si bien los tribunales se están acercando hacia ésta problemática reconociendo las consecuencias negativas de la alienación parental, aún se parte de la premisa de la sanción o la amenaza de la pérdida de custodia como remedio.

Entendemos que debe considerarse prioritariamente la mediación familiar enfocada en la evaluación y reconocimiento de la alienación parental como factor disociador que afecta a todos los componentes del grupo familiar.

La mediación puede servir para devolver el poder a las partes, las empodera, evitando la lucha por el mismo, y el uso de los hijos/as como

instrumento. Da información sobre las reacciones emocionales y conductuales de los hijos/as y de las parejas ante la separación. Fomenta la coparentalidad. Hace a los dos responsables, desahoga al custodio e implica al no custodio. Promueve la expresión de sentimientos y los legitima. De esta manera, los canaliza por otras vías que no sea a través de los hijos y las hijas. Hace responsables a las partes para llegar a “sus” acuerdos. Lo que de nuevo, les devuelve el poder y la responsabilidad.

El problema de la alienación parental es el resultado de una interacción de factores tanto personales como familiares y legales. Las posibles alternativas de solución deberían, por tanto, contemplar estos elementos. Una intervención judicial por sí misma o una intervención sicosocial aislada del contexto legal podrían ser insuficientes. En este sentido, la mediación familiar, entendida como un abordaje sicojurídico de conflictos sicojurídicos sería un enfoque más asertivo.

**LA AUTENTICACIÓN DE
LOS “RÉCORDS DE
NEGOCIO” EN LAS
REGLAS DE EVIDENCIA
DE 2009:**

**MECANISMOS, CASOS
ESTATALES Y
FEDERALES, RETOS Y
PROPUESTA**

LCDA. GISELLE MARIE
LOMBARDI GONZÁLEZ *

Síntesis

En este artículo se discuten los orígenes y el desarrollo de la excepción a la regla de prueba de referencia conocida como la excepción de los records de negocios. Se detalla cómo la actual Regla 805(f) de las de Evidencia de Puerto Rico de 2009 presenta cambios sustanciales en comparación con la anterior Regla 65(F) de las de Evidencia de 1979. La Regla 805(f) incluye una contra referencia a la Regla 902(k) de 2009 que permite al promovente autenticar los records mediante una declaración jurada, sin necesidad de sentar ante el juzgador a la persona que preparó los records o a un custodio de los records con conocimiento sobre su preparación, como era requerido bajo el ordenamiento anterior. Las Federal Rules of Evidence (“FRE”) contemplan este mecanismo de autenticación desde el año 2000 y analizar jurisprudencia que interprete las FRE 803 (6) y 902(11) puede ser una guía útil para el litigante que planifique in-

*La autora cuenta con un bachillerato en Ciencias Políticas de la Universidad de Puerto Rico- Río Piedras (Magna Cum Laude) y estudió Derecho en la Escuela de Derecho de la misma institución. Fue admitida a la práctica del derecho en Puerto Rico en el 2012. Con posterioridad fue admitida a la práctica notarial y federal. Ha trabajado con casos sobre violación de derechos civiles, Ley de Pleitos Contra el Estado, derechos de las personas de edad avanzada y derecho de familia, entre otros. También ha trabajado con la creación de cursos de educación jurídica continua para abogados sobre diversos temas. Desde su juramentación en el año 2012 ha sido miembro activo del Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico (CAAPR). Preside la Comisión sobre los Derechos de las Personas de Mayor Edad, que fue reconocida en el 2017 como la Comisión del Año. Recientemente culminó sus estudios de maestría en Litigación y Métodos Alternos para la solución de disputas en la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico obteniendo el grado de LL.M. con honores.

vocar esta excepción para presentar récorde de negocio como parte de la prueba en el caso. En este artículo se analiza jurisprudencia al amparo de la Regla 65(f) de las Reglas de Evidencia de 1979, algunas decisiones del Tribunal de Apelaciones bajo el nuevo ordenamiento de 2009 y jurisprudencia de algunos estados de los Estados Unidos y tribunales federales sobre la autenticación de los récorde de negocios en las que se ha utilizado la FRE 902(11).

I. Introducción

El primero de enero de 2010 comenzó a regir en Puerto Rico un nuevo esquema de derecho probatorio que incorporó cambios sustanciales a las Reglas de Evidencia de 1979. El Comité Asesor Permanente para la Revisión de las Reglas (Comité Asesor) determinó que las Reglas de 1979 ameritaban una revisión general de su contenido para modernizarlo y promover la justa, rápida y económica solución de las controversias sobre derecho probatorio para todas las partes ante un proceso judicial.¹ El Comité Asesor dividió los trabajos por subcomités los cuales analizaron y elaboraron propuestas para hacer cambios al ordenamiento probatorio tomando en cuenta las Reglas de 1979 y su jurisprudencia, las Reglas de Evidencia Federal (FRE) con los comentarios del Comité Asesor a cargo de su revisión, tratadistas, y la experiencia canadiense sobre evidencia electrónica, entre otros.² El Comité Asesor tomó como referencias las FRE vigentes para llevar a cabo la revisión de las Reglas de 1979 y reenumeró las reglas locales para asimilarlas a las FRE con el fin de facilitar la investigación sobre la procedencia y los fundamentos que permiten invocar las reglas sobre derecho probatorio, descartando la influencia que en el 1979 tuvo el Código de Evidencia de California. El nuevo ordenamiento probatorio, aunque tiene la finalidad de agilizar los procesos

¹ In re: Aprobación de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico, 175 D.P.R. 478.

² Véase Carta dirigida al Juez Presidente del Tribunal Supremo el 12 de marzo de 2007 por los miembros del Comité Asesor Permanente De Las Reglas De Evidencia, en compañía Del Informe De Las Reglas De Derecho Probatorio (2007)

para presentar evidencia, mantuvo los principios de exclusión sobre aquella prueba que pueda ser impertinente, contraria a la política pública o que no goce de suficientes garantías de confiabilidad.

Una de las reglas que sufrió cambios sustanciales fue la excepción a la prueba de referencia denominada “Récorde de actividades que se realizan con regularidad”, comúnmente conocida como la excepción sobre los “récorde de negocios” que ahora está codificada como la Regla 805 (f).³ Esta excepción cuenta con un largo historial en el *Common Law* y en múltiples jurisdicciones cuentan con distintas versiones de la regla cuya finalidad es que se permita presentar como prueba ante juzgador aquellos récorde que hayan sido creados en el curso de alguna actividad regular, a pesar de ser prueba de referencia, porque los mismos, de cumplir con los criterios esbozados en la excepción, gozan de un alto grado de confiabilidad. Sin embargo, el proponente tiene el deber de autenticar ante el juzgador los récorde que propone ofrecer como parte de esta excepción. El ordenamiento de derecho probatorio de 1979 requería que el proponente presentara al custodio de los récorde o a una persona con conocimiento sobre el proceso de preparación y almacenamiento del récord. En las Reglas de Evidencia de 2009, se incorporó la Regla 902(K), que permite al proponente presentar una declaración jurada detallando el proceso de la preparación de los récorde, eximiéndole de tener que presentar al custodio o a la persona que preparó los récorde como testigo necesario para la autenticación.

En este artículo se analizan los procesos para la autenticación de la excepción a la prueba de referencia denominada “Récorde de actividades que se realizan con regularidad”. La referida excepción actualmente se encuentra codificada en la Regla 805(f) de las de Evidencia de Puerto Rico de 2009 y presenta cambios sustanciales en comparación con la anterior Regla 65(F) de las de Evidencia de Puerto Rico de 1979 en cuanto a la amplitud de lo que puede constituir un récord de actividad llevada a cabo con regularidad y sobre los procesos contemplados para autenticar los récorde. La Regla 805(f) de 2009, como parte de su enunciado, incluye una contra referencia a la Regla 902(k) de 2009 que permite al proponente autenticar los récorde mediante una declaración jurada, sin necesidad de sentar ante el juzgador a la persona que preparó los récorde o a un

³ R. EVID. P.R. 805(f), 32 L.P.R.A. Ap. IV (2009).

custodio de los récorde con conocimiento sobre su preparación, como era requerido bajo el ordenamiento anterior.

En este escrito se detallarán los cambios sustanciales entre la Regla 65(f) de 1979 y la Regla 805(f) de 2009 con la incorporación de la Regla 902(K) en nuestro ordenamiento y se contrastarán con las FRE 803(6) y 902(11) y (12). Se comentará jurisprudencia interpretativa sobre los récorde de negocios del Tribunal Supremo de Puerto Rico, el Tribunal de Apelaciones, algunos casos federales y estatales. Los casos serán de ayuda para comprender la interacción entre la regla 805(f) y los procesos para la autenticación reconocidos en las Reglas de Evidencia en el contexto del litigio tomando en cuenta la experiencia aplicando la Regla 902(11).

Este artículo pretende ser una guía práctica para el abogado postulante durante el proceso de planificación y organización con miras al litigio. El abogado o la abogada postulante debe tomar en cuenta las situaciones particulares de su caso y sopesar las ventajas y desventajas de utilizar los mecanismos de autenticación contemplados en nuestro ordenamiento para estos récorde. El abogado o abogada de la parte contraria al proponente debe prepararse para identificar si lo propuesto por la parte adversa constituyen o no lo contemplado en la Regla 805(f). Los casos comentados serán de ayuda tanto para el proponente como para la parte adversa al participar activamente en la planificación del litigio o ante el juzgador durante una vista evidenciaria. El juzgador por su parte podrá conocer sobre determinaciones de otros foros que podrán ser de ayuda al llevar a cabo determinaciones sobre admisibilidad o rechazo de la prueba propuesta por las partes, con la finalidad de admitir aquella evidencia que goce de suficientes garantías de confiabilidad y rechazar aquella evidencia que incumpla con estos criterios, que sea contraria a la política pública o lesione derechos constitucionales, en aras de llegar a una determinación final sobre la controversia ante su consideración fundamentada en evidencia confiable y lo más certera posible.⁴

⁴ El Dr. Enrique Vélez Rodríguez señala que: “Varios principios o normas del derecho probatorio tienen como objetivo la racionalidad y la certeza de la adjudicación en el juicio oral. Tal es el caso, por ejemplo, con las normas que regulan la llamada autenticación de documentos y prueba

II. Récorde de actividad que se realizan con regularidad: Origen, desarrollo e impacto en la autenticación de los récorde

regla sobre récorde de actividades que se realizan con regularidad cuenta con un historial de más de trece años en el *Common Law* y es considerada como una de las más arraigadas excepciones a la prueba de referencia. Originalmente era conocida como el “*book keeper rule*”⁵. Los pequeños comerciantes ingleses tenían la costumbre de llevar libros o “*shop books*” para tener constancia del estado económico del negocio. Los comerciantes eran los custodios de estos récorde y utilizaban los “*shop books*” como evidencia de deudas en los procesos judiciales para evidenciar las cuentas hasta que en el 1690, por objeciones al carácter “*self serving*” de los récorde como prueba, se limitó la admisibilidad de estos a situaciones de estricta necesidad en las que el comerciante (el declarante) había fallecido.⁶ En sus inicios, algunos tribunales también limitaron el uso de estos récorde a negocios con fines de lucro.⁷ Con posterioridad esta limitación se eliminó y se adoptó el criterio de la habitualidad en el curso regular del negocio como principio rector de la confiabilidad de los récorde para asistir al juzgador en el proceso de determinar si admite o rechaza los récorde propuestos bajo esta excepción en los procesos ante su consideración.⁸

El *Commonwealth Fund Act* de 1927 es el antecedente de la excepción según la conocemos al presente. En esta legislación se eliminó el requisito de presentar como parte del testimonio base a todas las personas que participaron en la preparación del documento. Bastaba con presentar el testimonio el custodio del récord para propósitos de autenticación.⁹ En

objetiva, como requisito para la aceptación de ésta. Al establecer estas normas, el derecho probatorio pretende que documentos u objetos cuya naturaleza u origen no estén claros, no lleguen a consideración de los jurados.” Enrique Vélez Rodríguez, *Concepciones Generales sobre la importancia y utilidad de la ley de evidencia /derecho probatorio en un sistema de juicio oral y acusatorio* REV. CAAPR, Vol. 66 Núm. 4, 142 (2005).

⁵ Comité Asesor Permanente de las Reglas de Evidencia, Informe de Reglas de Derecho Probatorio, 532 (2007) (citando a Charles D. McCormick, McCormick on Evidence sec. 285, 249-50 (John W. Strong ed., 5ta ed. 1999).

⁶ *Id.*

⁷ Enrique, Vélez Rodríguez, *La prueba de referencia y sus excepciones*, Inter Juris, 389, (2010). (Citando a Rice, Paul R., Evidence : Common Law and Federal Rules of Evidence, Lexis Publishing, 663 (2000)).

⁸ *Id.* en 389.

el 1936, el Congreso de los Estados Unidos adoptó con cambios menores este modelo como parte de las reglas de evidencia de aplicación a los tribunales federales.¹⁰⁻¹¹ La norma adoptada en el 1936, es la predecesora la FRE 803(6) y de nuestra Regla 805(f) de las de 2009.

La primera versión de esta excepción que fue incorporada en el ordenamiento local como el Artículo 455(2) del Código de Enjuiciamiento Civil de 1933 y leía como sigue: “Los asientos y otros escritos de un finado, hechos en los momentos o poco antes de efectuarse la transacción, cuando se hallaba en actitud de conocer los hechos consignados en ellos, podrán leerse como evidencia prima facie de los referidos hechos cuando se hubiere hecho con carácter profesional y en el ejercicio ordinario de una profesión”.¹² Sobre esta norma el Profesor Chiesa comenta que se requería el fallecimiento del declarante para permitir que se presentaran los récorde de una actividad profesional ante el juzgador.¹³ El artículo menciona los asientos y otros escritos al momento o poco antes de la transacción, haciendo una clara referencia a que los mismos deben estar relacionados a una actividad de negocios o profesional. Sobre este artículo, hubo poca jurisprudencia interpretativa que se limitó a interpretar la admisión de los libros en casos civiles (mayormente cobro de dinero) y en algunos casos criminales.¹⁴ En *Lamas v. Betancourt*,¹⁵ en un caso sobre cobro de dinero, el demandante (promovente) presentó sus libros de cuentas para probar la deuda. Los libros no fueron admitidos por el Tribunal porque el demandado objetó que los libros no se llevaban con arreglo al Código de Comercio. El testigo presentado por la parte demandante testificó con ayuda de los libros. La parte demandada objetó la declaración, sin embargo, la Corte permitió que el testigo utilizara los libros para refrescar su memoria. Luego en *The Porto Rico American Tobacco Co.*

⁹ *Id.*

¹⁰ *Id.*

¹¹ 28 U.S.C. § 1732

¹² 32 L.P.R.A. §1837(2). Véase, Advisory Committee Notes, FRE 803(6) y Enrique Vélez, *Supra*, en 389-390.

¹³ ERNESTO L. CHIESA, TRATADO DE DERECHO PROBATORIO. Tomo II, 806.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ 16 D.P.R. 280 (1910).

Canel,¹⁶ en un caso de cobro de dinero, el Tribunal aclaró que: “La ausencia de los requisitos con que deben ser llevados los libros de comerciantes o corporaciones de acuerdo con el artículo 36 del Código de Comercio no afecta la admisibilidad de los mismos en evidencia, sino el alcance de su fuerza probatoria”.¹⁷ En otras palabras, de incumplir con los requisitos del Código de Comercio en vez de excluir los libros, estos podrían ser admitidos, pero se podía afectar el valor probatorio. En *Pueblo v. Géigel*,¹⁸ (caso criminal por infracción de arbitrios) el Sr. Géigel ocupaba en su taller un número mayor de personas que el permitido en la patente, el fiscal presentó el libro para probar este hecho y el Sr. Géigel lo objetó porque el libro había sido enmendado con posterioridad. El Tribunal sostuvo la admisión del libro porque “el solo hecho de el libro estuviera enmendado no era motivo para rechazarlo a falta de prueba de la parte apelante de que la enmienda no fue hecha por él.”¹⁹

En el 1979 se aprobaron las Reglas de Evidencia de 1979 y se incluyó la excepción a la prueba de referencia conocida como “Réconds de negocio o actividad” en la Regla 65 (f). El enunciado de la regla tomó como modelo la sección 1271 del Código de Evidencia de California,²⁰⁻²¹ en el cual no se requería la indisponibilidad del declarante para presentar los réconds de negocio y otras actividades que se llevan a cabo con regularidad incluidas en la definición, pero requería autenticar la prueba presentando al custodio de los réconds o algún otro testigo con conocimiento. El enunciado de la Regla 65(f) de 1979 leía como sigue:

Es admisible como excepción a la regla de prueba de referencia aunque el declarante esté disponible como testigo:

...

¹⁶ 32 D.P.R. 553 (1923).

¹⁷ The Porto Rico American Tobacco Co. *Canel*, 32 D.P.R. 553(1923).

¹⁸ 28 D.P.R. 679 (1920).

¹⁹ *Pueblo v. Géigel*, 28 D.P.R. 679 (1920).

²⁰ Véase Primer Examen de las Reglas de Evidencia de 1979: Comentarios y Recomendaciones (1986), págs. 441-446 sobre la Regla 65(f) de 1979.

²¹ CÓDIGO DE EVIDENCIA [C. Evid.] Sec.1271 (California). “Evidence of a writing made as a

(F) Récorde del negocio o actividad: Un escrito hecho como récorde de un acto, condición o evento si el escrito fue hecho durante el curso regular de un negocio, en o próximo al momento del acto, condición o evento, y el custodio de dicho escrito u otro testigo declara sobre su identidad y el método de su preparación, siempre que las fuentes de información, método y momento de su preparación fueran tales que indiquen su confiabilidad. El término "negocio" incluye además de negocio propiamente, una actividad gubernamental, profesión, ocupación, vocación u operación de instituciones, ya sea con o sin fines pecuniarios.²²

Es importante señalar que la definición del récorde o actividad incluye al negocio, la actividad gubernamental, profesión, ocupación, vocación u operaciones con o sin fines pecuniarios. Su enunciado condiciona la admisión del récorde al testimonio del custodio u otro testigo que declare sobre la identidad y el método utilizado para su preparación. El testimonio del custodio o el testigo es esencial para que el proponente pueda demostrar ante el juzgador que los récords presentados como prueba cuentan con garantías circunstanciales de confiabilidad, porque el récorde fue preparado con proximidad al suceso o evento como parte de los procedimientos regulares y continuos del negocio o de la actividad contemplada en la definición. Esto supone una disminución en el riesgo de me-

record of an act, condition, or event is not made inadmissible by the hearsay rule when offered to prove the act, condition, or event if:

- (a) The writing was made in the regular course of a business;
- (b) (b) The writing was made at or near the time of the act, condition, or event;
- (c) The custodian or other qualified witness testifies to its identity and the mode of its preparation; and
- (d) The sources of information and method and time of preparation were such as to indicate its trustworthiness”

También es importante examinar la Sección 1270 del Código de Evidencia de California.

²² R. EVID. P.R. 65(f), 32 L.P.R.A. Ap. IV (1979).

moria porque la anotación se lleva a cabo inmediata o próxima al evento y cuando se lleva a cabo la anotación en el curso regular del negocio, la regularidad también abona a que la anotación se considere que no ha sido motivada por asuntos extrínsecos, sino que está relacionada al funcionamiento regular o rutinario del negocio, reduciendo el ánimo de parcialidad. Esta excepción no requiere que testifiquen todos los que intervinieron en la creación del récord, sino que basta con el custodio o una persona con conocimiento que pueda testificar sobre el modo en que se preparó el récord, si el récord versa sobre el curso de una actividad regular del negocio y si se preparó en el curso regular del negocio, por una persona con conocimiento.²³ Estos elementos son esenciales para establecer ante el juzgador que los récords cuentan con garantías circunstanciales de confiabilidad para admitirles como excepción como prueba de referencia.

El enunciado de la Regla 65(f) de las Reglas de Evidencia de 1979 tiene varias diferencias con la FRE 803(6), entre las cuales se destaca que la regla federal excluye de su enunciado a los récords generados por las entidades gubernamentales. La definición de lo que constituye un récord incluye memorando, reporte, grabación o compilación de datos e incluye expresamente el requisito de que la información que forme parte del récord haya sido plasmada o transmitida por una persona con conocimiento personal sobre el dato o suceso.²⁴

En *Hato Rey Stationary Inc. v. E.L.A.*,²⁵ el Tribunal Supremo de Puerto Rico establece para que un documento pueda ser admitido bajo la excepción de récords de negocios tiene que cumplir con los siguientes requisitos: (1) que el escrito o récord haya sido hecho durante el curso regular del negocio; (2) que haya sido hecho en o próximo al momento del acto, condición o suceso a que se refiere el récord; (3) que el custodio

²³ Véase ERNESTO L. CHIESA, TRATADO DE DERECHO PROBATORIO. Tomo II, 803-817.

²⁴ FRE 803(6): Records of regularly conducted activity. A memorandum, report, record, or data compilation, in any form, of acts, events, or conditions, opinions, or diagnoses made at or near the time by, or from information transmitted by, a person with knowledge, if kept in the course of a regularly conducted business activity, and if it was the regular practice of that business activity to make the memorandum, report, record, or data compilation, all as shown by the testimony of the custodian or other qualified witness, unless the source of information on the method or circumstances of preparation indicate lack of trustworthiness. The term “business” as used in this paragraph includes business, institution, association, profession, occupation, and calling of every kind, whether or not conducted for profit. Según citada en Chiesa, Ernesto L., Tratado de Derecho Probatorio. Obra citada Tomo II págs. 803-804.

del escrito o récord, o algún otro testigo, declare sobre su identidad y método de preparación; y (4) que las fuentes de información, método momento de preparación sean tales que indiquen su confiabilidad.²⁶ El Tribunal Supremo expresó que “Los fundamentos de esta excepción, como los de muchas otras excepciones a la regla de exclusión de prueba de referencia descansan en razones de necesidad, confiabilidad y en criterios de experiencia condensados a lo largo de muchos años.”²⁷ En este caso se mencionan los siguientes factores para efectuar el análisis sobre la confiabilidad de los récords: (1) si la información recopilada es importante para el negocio en cuestión al momento del acto, fuera del contexto litigioso en el que se ofrece; (2) si el récord contiene información fáctica relativamente simple y no evaluaciones o conclusiones; (3) si la persona que transmite la información y la persona que practica el asiento son independientes de las partes del pleito; (4) si la información está corroborada por evidencia independiente; (5) si el registro se prepara por una persona con experiencia, y (6) si se verificó la exactitud del mismo.²⁸

Muñiz Noriega v. Muñoz Bonet,²⁹ es un caso sobre liquidación y división de bienes gananciales que fue resuelto aplicando las disposiciones de las Reglas de Evidencia de 1979 justo cuando estaba comenzando a entrar vigor las Reglas de Evidencia de 2009. En este caso el Tribunal Supremo reiteró los criterios esbozados en *Hato Rey Stationary Inc v. ELA*, *supra*, sobre la admisión de los récords de negocios y determinó que la demandante no sentó las bases para que se admitiera en evidencia el estado financiero del Sr. Muñoz Bonet como un récord de negocio en el caso. Durante la vista evidenciaría no se presentó al custodio de los récords o alguna otra persona que declarara sobre el modo en que se prepararon los estados financieros, su identidad o el método de preparación. La Sra. Muñiz Noriega solo declaró sobre las deudas que las partes contrajeron durante la vigencia del matrimonio. Sobre este particular el Tribunal expresó que: “La Regla 65(F) de Evidencia, categóricamente exige que el custodio del récord u otro testigo competente testifique sobre la identidad del récord y el método de su preparación. La idea es muy clara:

²⁵ 119 D.P.R.129 (1987).

²⁶ *Hato Rey Stationary Inc. v. E.L.A.*, 119 D.P.R.129, 668 (1987).

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.*, en 142.

exigir testimonio competente que permita al Tribunal decidir si se satisfacen los requisitos establecidos en la regla.³⁰” Aclaró además que: “no exige más que un testigo, aunque lo ideal sería que declarara toda persona que contribuyera a establecer los requisitos que exige la regla para la admisión del récord. Pero tampoco se trata de traer a todo participante, pues entonces no habría, tal vez, prueba de referencia que atender. El testimonio del custodio del récord es suficiente pero no necesario. Lo importante es que testifique alguien que conozca cómo se preparan los récords en el negocio correspondiente, aunque él no haya preparado ni supervisado el récord en controversia. No es necesario que testifique la persona que origino la información. Pero a pesar de la liberalidad con que se interpreta este requisito, su incumplimiento acarrea la exclusión de la evidencia.”³¹ Es pertinente señalar que en la nota al calce 78 de este caso se hace referencia a la nueva Regla de Evidencia 902(k) de 2009 que permite al proponente autenticar el récord mediante certificación, sin necesidad de presentar el testimonio del custodio o persona con conocimiento de los récords ante el juzgador.³²

Luego de una revisión integral del ordenamiento probatorio, en las Reglas de Evidencia de Puerto Rico de 2009, se incluyó la excepción antes mencionada como la Regla 805(f), descartando en enunciado del Código de Evidencia de California³³ y tomando como modelo la *Federal Rule of Evidence* (FRE) 803(6) para elaborar texto de la regla. El enunciado de la regla 805(f) lee de la siguiente forma:

²⁹ 178 D.P.R. 967 (2010).

³⁰ Nereida Muñiz Noriega v. Héctor D. Muñoz Bonet 177 D.P.R. 967, 972, (2010).

³¹ *Id.*

³² La nota al calce número 78 en el caso indica “E.L. Chiesa Aponte, op cit., págs. 701-702 (citando a H. R. Stationary, Inc. v. E.L.A., 119 D.P.R. 129 (1987); United States v. Pelullo, 964 F.2d 193, 200 (3er. Cir. 1992)). (Énfasis nuestro).

Debe notarse que entre la Regla 65(F) de Evidencia y su homóloga en las Reglas de Evidencia del 2009, la Regla 805(F), hay cambios sustanciales. Sobre este nuevo cuerpo de reglas y sus cambios nos comenta el profesor E.L. Chiesa Aponte que “[u]n cambio importante... es que ya no es absolutamente necesario el testimonio del custodio de los récords u otro testigo que declare para autenticarlos y explicar el momento y método de su preparación. Ahora, tal testimonio puede ser sustituido con 'una certificación que cumpla con las disposiciones de la Regla 902(K) o con algún estatuto que permita dicha certificación". E.L. Chiesa Aponte, Reglas de Evidencia de Puerto Rico 2009, San Juan, Publicaciones JTS, 2009, pág. 261. (Énfasis suplido).”

Nereida Muñiz Noriega, Demandante v. Héctor D. Muñoz Bonet, Demandado, 177 D.P.R. 967, 986, 2010 PR Sup. LEXIS 14, *30, 2010 TSPR 13 (P.R. Jan. 29, 2010)

Aun cuando la persona declarante esté disponible como testigo, una declaración no estará sujeta a la regla general de exclusión de prueba de referencia en las siguientes circunstancias:

...

(f) Récorde de actividades que se realizan con regularidad: Un escrito, informe, récorde, memorando o compilación de datos- en cualquier forma- relativo a actos, sucesos, condiciones, opiniones o diagnósticos que se hayan preparado en o cerca del momento en que éstos surgieron, por una persona que tiene conocimiento de dichos asuntos, o mediante información transmitida por ésta, si dichos récorde se efectuaron en el curso de una actividad de negocios realizada con regularidad, y si la preparación de dicho escrito, informe, récorde, memorando o compilación de datos se hizo en el curso regular de dicha actividad de negocio, según lo demuestre el testimonio de su custodio o de alguna otra persona testigo cualificada, o según se demuestre mediante una certificación que cumpla con las disposiciones de la Regla 902(k) o con algún estatuto que permita dicha certificación, a menos que la fuente de información, el método o las circunstancias de su preparación inspiren falta de confiabilidad. El término negocio, según se utiliza en este inciso, incluye, además de negocio propiamente, una actividad gubernamental y todo tipo de institución, asociación, profesión, ocupación y vocación, con o sin fines de lucro.³⁴

La actual Regla 805(f) tiene un esquema de referencia distinto al de la anterior 65(f).³⁵ La definición de lo que constituye un récorde de actividad llevada a cabo con regularidad incluye los escritos, informes, récorde, memorandos o compilaciones de datos -en cualquier forma- sobre actos, sucesos, condiciones, opiniones o diagnósticos. Esta es una definición más abarcadora que la anterior porque contempla tanto la evidencia documental como aquella que sea una compilación de datos. Este aspecto es un cambio sustancial con la regla original que contemplaba las entradas a mano en los “book shops” para efectos de llevar las constancias del negocio. Las entradas deben haber sido llevadas a cabo en o cerca del momento en que ocurrieron los sucesos por una persona con conocimiento o a quien le fue transmitida la información por una persona con conocimiento del suceso en el curso ordinario de la actividad del negocio. El

³³ *Supra*, nota 171 en 531-546.

³⁴ R. EVID. P.R. 805(f), 32 L.P.R.A. Ap. IV (2007).

³⁵ *Supra*, nota 171 en 531-546.

enunciado de la regla es amplio en cuanto a la actividad comprendida como actividad llevada a cabo con regularidad, e incluye tanto negocios como actividades no pecuniarias y la actividad gubernamental. La FRE 803(6), a pesar de tener un enunciado amplio en cuanto a lo que incluye una actividad llevada a cabo con regularidad, no incluye a la actividad gubernamental como para de la definición en su enunciado. También requiere al proponente demostrar ante el juzgador que los récorde gozan de garantías circunstanciales de confiabilidad para ser admitido el récord al amparo de esta excepción.

La 805(f) de 2009 también tuvo un cambio sustancial en el cuanto a los procesos contemplados para la autenticación. En el enunciado de la regla se le añadió una contra referencia a la Regla 902(k) mediante la cual se permite autenticar los récorde mediante declaración jurada, sin necesidad de sentar ante el juzgador al custodio récorde. La Regla 902(k) dispone que:

No se requerirá evidencia extrínseca de autenticación como condición previa a la admisibilidad de:

...

(K) Récorde certificados de actividades que se realizan con regularidad

El original o un duplicado de un récord de actividades que se realizan con regularidad dentro de la jurisdicción del Estado Libre Asociado de Puerto Rico y los Estados Unidos de América, el cual sería admisible conforme a la Regla 803(F) si se acompaña de una declaración jurada de la persona a cargo de su custodia o de alguna otra persona cualificada, que certifique que dicho récord:

(1) se preparó en o cerca del momento en que ocurrieron los sucesos o las actividades mencionadas por una persona que tiene conocimiento de dichos asuntos, o mediante información transmitida por ésta;

(2) se llevó a cabo en el curso de la actividad realizada con regularidad, y

(3) se preparó como una práctica regular de dicha actividad.

La parte que se proponga someter un récord como evidencia, conforme a lo dispuesto en este inciso, tendrá que notificar por escrito su

intención a todas las partes contrarias. Además, tendrá que tener el récord y la declaración jurada disponibles para inspección con suficiente antelación a su presentación como evidencia a fin de brindar a la parte contraria una oportunidad justa para refutarlos.³⁶

La Regla 902(K) es similar al enunciado de la FRE 902(11) que a su vez dispone que:

The following items of evidence are self-authenticating; they require no extrinsic evidence of authenticity in order to be admitted:

...

(11) Certified Domestic Records of a Regularly Conducted Activity. The original or a copy of a domestic record that meets the requirements of Rule 803(6)(A)-(C), as shown by a certification of the custodian or another qualified person that complies with a federal statute or a rule prescribed by the Supreme Court. Before the trial or hearing, the proponent must give an adverse party reasonable written notice of the intent to offer the record — and must make the record and certification available for inspection — so that the party has a fair opportunity to challenge them.³⁷

La Regla 902(K) proviene de las FRE 902(11) y es nueva en nuestro ordenamiento. Este inciso y el 902(12) han sido añadidos a las *Federal Rules of Evidence* en el año 2000, para complementar la Regla 803(6), que en nuestro ordenamiento local sería la 805(f) de 2009. Sobre esta regla el Comité Asesor indica que “Lo que se persigue es permitir a una parte sentar las bases para la admisión del récord de negocio por medio de una declaración jurada, en vez de hacerlo mediante testimonio en Corte.”³⁸ Indica además que “Esto se hizo para agilizar los procedimientos y reducir el gasto de producir un testimonio no controversial sobre los métodos que se utilizaron para crear dichos récords.”³⁹⁻⁴⁰

Bajo el ordenamiento probatorio de 1979 y la jurisprudencia interpretativa, se requería que el proponente del récord presentara ante el juez

³⁶ R. EVID. P.R. 902(k), 32 L.P.R.A. Ap. IV (2007).

³⁷ FED. R. EVID. 902(11)

un testimonio base para sentar las bases para la admisión de los récorde bajo esta excepción. El testimonio debía ser del custodio o de una persona con conocimiento del proceso que pueda testificar que los récorde propuestos se prepararon en o cerca en que ocurrieron los sucesos o las actividades por una persona con conocimiento o transmitida por una persona con conocimiento, que la actividad se llevó en el curso de una actividad realizada con regularidad y que el récord se preparó como una práctica regular de la actividad. El proponente tiene que demostrar ante el juzgador que los récorde propuestos, a pesar de ser prueba de referencia, cumplen con los criterios de la excepción y cuentan con suficientes garantías de confiabilidad que ameritan su admisión como parte de la prueba en el caso. La parte contraria podía contrainterrogar al testigo y controvertir la confiabilidad de los récorde para solicitar su exclusión. Es importante examinar como los Tribunales han atendido las controversias sobre autenticación de los récorde de actividad llevada a cabo con regularidad para comprender como los Tribunales han estado interpretando las reglas.

I. Jurisprudencia de Puerto Rico y de los Estados Unidos

La jurisprudencia relacionada a la autenticación de los récorde llevados a cabo con regularidad en Puerto Rico ha sido escasa. Bajo el ordenamiento de las Reglas de 1979, nuestro más alto foro tuvo ante su consideración los casos antes comentados, *Hato Rey Stationary Inc. v. E.L.A., supra*, y *Muñiz Noriega v. Muñoz Bonet, supra*. En estos casos se

³⁸ Comité Asesor Permanente de las Reglas de Evidencia, Informe de Reglas de Derecho Probatorio, 661 (2007).

³⁹ *Id.*

⁴⁰ Comité Asesor Permanente de las Reglas de Evidencia, Informe de Reglas de Derecho Probatorio, 661 (2007). (En la nota al calce 447 el Comité hace la siguiente referencia: “Weissenberger & Duane, op. cit., sec. 902.20 (The recently amended version of Rule 803(6) permits a party to lay a foundation for the admission of business records by certification, rather than live courtroom testimony, to substantially reduce the time and expense of producing usually uncontroversial testimony about the general methods of creating such records. Rule 902(11) provides that business records, certified by one with knowledge of the system that produces such records, will be self authenticating, provided the certification states that the evidence meets each of the three requirements found in Rule 803(6)).”)

discuten los criterios para la autenticación de los récorde de negocios y se reitera que el proponente tiene que sentar las bases para que el Tribunal pueda determinar sobre la admisión o el rechazo de los récorde. También se detallan criterios que inciden en la confiabilidad de los récorde tomando en cuenta los requisitos de las Reglas de Evidencia de 1979. El ordenamiento de 2009, tiene cambios en el enunciado de la excepción y provee un mecanismo alterno de autenticación, que solo exime al proponente de presentar el testimonio del custodio del récord o de otra persona con conocimiento sobre el modo en que se generó y se custodia el récord. El proponente de los récorde, mediante testimonio en corte o declaración jurada, tiene sentar las bases para que el Tribunal pueda determinar si los récorde cumplen con los criterios de la Regla y son confiables como prueba en el caso. En esencia la Regla condiciona la admisión del escrito, informe, récord, memorando o compilación de datos a que éstos se hayan preparado en o cerca del momento en que ocurrió el suceso o surgió la opinión o el diagnóstico consignado allí por una persona con conocimiento personal o a quien la persona con conocimiento personal le haya transmitido la información. Se requiere que los récorde se llevaran a cabo en el curso de la actividad de negocios realizada con regularidad y que la preparación ocurriera en el curso regular de la actividad. Se requiere además el testimonio o la declaración jurada del custodio o testigo con conocimiento sobre el modo en que se prepararon los récorde.

Al presente el Tribunal Supremo de Puerto Rico no ha decidido alguna controversia sobre las Reglas 805(f) o la 902(k) de 2009, pero varios paneles del Tribunal de Apelaciones de Puerto Rico han emitido sentencias sobre el proceso de autenticación de los récorde que continúan analizando esta excepción bajo el esquema propuesto en *Hato Rey Stationary Inc. v. E.L.A.*, *supra*. El proceso de autenticación requiere que el proponente cumpla con los requisitos que la regla y la jurisprudencia han detallado para darle indicios al juzgador de que la prueba propuesta cuenta con suficientes garantías de confiabilidad que ameritan su admisión en el caso. En varios de los casos ante el Tribunal de Apelaciones se mantuvo la exclusión de los récorde porque el proponente no sentó las bases sobre el récord propuesto ni puso al Tribunal en posición para determinar que el documento cuenta con garantías de confiabilidad.

En *Rodríguez Maldonado V. Sánchez Casillas*,⁴¹ el Tribunal de Apelaciones confirmó al Tribunal de Primera Instancia al rechazar la admisión de copias simples de estados de cuenta como récord de negocio bajo esta excepción en un caso sobre división de comunidad de bienes. En el razonamiento del Tribunal de Apelaciones se hace referencia a que “el apelante no proveyó copia de la transcripción del juicio en su fondo”⁴² sin embargo de “la Minuta del juicio se desprende que el Tribunal evaluó la admisibilidad de los estados de cuentas ofrecidos como parte de la prueba del apelante.”⁴³ Luego de examinar el documento y escuchar los reparos de la parte demandada, se declaró con lugar la objeción y no se admitió el estado de cuenta porque no estaba certificado por e banco y tenía unas anotaciones en el documento que eran ilegibles.⁴⁴ Dispuso además que “siendo los estados de cuenta del apelante prueba de referencia, era necesario conforme a la Regla 805(F), que testificara el custodio o alguna persona cualificada por el banco para que acreditara la autenticidad del documento ofrecido en evidencia o en ausencia del aludido testimonio el apelante podía sustituirlo por una certificación que cumpliera con la Regla 902(K).”⁴⁵ El proponente en este caso presentó copias simples de unos estados de cuenta sin presentar un testigo para autenticar los récords o la certificación o declaración jurada que sienta las bases para su admisión.

En *Nevárez & Villavicencio Construction, SE v. Autoridad De Edificios Públicos*,⁴⁶ un caso sobre cobro de dinero e incumplimiento de contrato de obra de construcción en el que también se incluye una controversia sobre el alcance de una póliza de seguros, el Tribunal de Apelaciones confirmó al Tribunal de Primera Instancia al determinar que el foro de instancia no erró al concluir que Universal Insurance Company no cumplió con el peso de la prueba para establecer cuáles son los documentos que componen la totalidad de la póliza expedida, e imponer responsabilidad de cubierta sin analizar el contenido de los documentos que fueron

⁴¹ Ramón Rodríguez Maldonado, *Apelado v. Marie Carmen Sánchez Casillas Apelante*, 2016 PR App. LEXIS 957, *19-20 (P.R. Ct. App. Mar. 31, 2016)

⁴² *Id.*

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Id.*

admitidos en evidencia y al no permitir que la testigo presentada por Universal Insurance Company, María J. Ortiz Rodríguez, declarara sobre la relación que existe entre los documentos que fueron admitidos en evidencia, que a su vez los fueron identificados y autenticados por ella, a los fines de corroborar que el Tribunal tuvo ante sí la totalidad de los documentos que componen la póliza expedida.⁴⁷ El foro de primera instancia razonó en su sentencia que “[a] pesar de tenerla anunciada como su testigo y de tenerla disponible para declarar en la vista, Universal optó por sustituir el testimonio de la Sra. Diana Rodríguez Ortiz, quien fue la persona que certificó la copia de la póliza que [provocó] este incidente y que hubiese podido explicar en qué consistió el alegado error u omisión..., por el de la Sra. María J. Ortiz Rodríguez.” Haciendo referencia a la transcripción de lo ocurrido en la vista evidenciaría “María J. Ortiz Rodríguez, declaró que su conocimiento estaba basado en expediente de suscripción (Exhibit 2) y que se revisó dicho expediente cuando se le asignó a testificar sobre el caso. Durante el interrogatorio directo, la testigo se contradijo en las preguntas relacionadas al contenido del expediente de suscripción y a la segunda copia de la póliza que fue certificada por la Sra. Diana Rodríguez Ortiz. El testimonio de la Sra. María J. Ortiz Rodríguez, no le mereció credibilidad al foro primario, quien determinó que Universal no cumplió con el peso probatorio para sostener sus alegaciones.”⁴⁸ Este caso es importante porque el proponente bajo esta excepción debe cumplir con las formalidades de la Regla 805(f) pero también en su planificación debe considerar que el Tribunal tomará en cuenta al evaluar el récord la confiabilidad de las circunstancias en que el récord se elaboró y se mantuvo. El proponente al anunciar el testigo a cargo de la autenticación de los récorde debe conocer sobre el modo en que se preparan los documentos en el curso ordinario del negocio, pero también debe examinar los documentos que obran en el récord. El cambio de testigo pudo ser un factor que afectó la presentación de la póliza en este caso y pudo incidir en la determinación sobre confiabilidad. El proponente debe tomar en cuenta el elemento de la contemporaneidad a la hora de elaborar el récord

⁴⁶ Nevárez & Villavicencio Construction, SE, Demandante-Apelado v. Autoridad de Edificios Públicos, Demandada y Demandante Contra Terceros-Apelada v. HDPT & Associates, Arq. Héctor Darío Pérez Torres, Terceros Demandados Universal Insurance Company, Apelante, 2017 PR App. LEXIS 911

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Id.* en 33-34.

y que el mismo no sea creado con miras al litigio. En el caso *Malpica Medina V. Pan Pepín*,⁴⁹ el Tribunal de Apelaciones en un caso sobre despido injustificado confirmó al Tribunal de instancia en la determinación que denegó la admisión como evidencia del informe de la investigación disciplinaria llevada a cabo contra el demandante que fue despedido por la empresa. La parte apelante alegó que el informe, aunque es prueba de referencia cae bajo la excepción de la Regla 805(F) de las Reglas de Evidencia. Sin embargo “[s]urge de los testimonios de las partes que dicha investigación se realizó tiempo después de que ocurrieran varios incidentes entre el apelado y su supervisor. El récord que se pretende presentar al amparo de esta regla debe ser uno preparado en el curso de una actividad de negocios realizada con regularidad y como una práctica ordinaria de la empresa. No puede ser elaborado con el sólo propósito de un posible pleito.”⁵⁰ Añade el Tribunal que: “[s]urge de la prueba testifical que la información contenida en dicho informe no incluye simples datos estadísticos o numéricos, sino declaraciones de terceros que no fueron citados al juicio. Permitir la admisión del mencionado documento conllevaría permitir la presentación de las referidas declaraciones sin la presencia en el proceso de las personas declarantes. Ello tiene el efecto de evitar que la parte apelada pueda contrainterrogar a los declarantes en la vista en su fondo.”⁵¹ Concluye el Tribunal que: “[l]a apelante no ha demostrado que el expediente de la investigación que contiene las declaraciones de referencia, sean parte de un proceso ordinario en la conducción de su negocio, que cumpla con los criterios requeridos en *H. R. Stationary v. ELA, supra*. Por tanto, entendemos que el Tribunal de Primera Instancia actuó conforme a derecho y no abusó de su discreción al denegar la admisión de dicho informe de la investigación.”⁵² En este caso se reitera la importancia de que los récords no hayan sido preparados con miras a un litigio como uno de los criterios que el juzgador puede tomar en cuenta al determinar la confiabilidad de los mismos.⁵³ El informe en este caso tenía varios problemas porque no fue preparado de forma contemporánea a los hechos y este era un informe disciplinario en un caso de despido injustifi-

⁴⁹ Alexis Malpica Medina, Demandante - Apelado v. Pan Pepín, Demandada - Apelante, 2013 PR App. LEXIS 680

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ *Id.* en 31.

cado contra el patrono, que es la parte demandada. También se menciona sobre las opiniones de terceros que están incluidos en el informe.

Es importante señalar que los casos resueltos por el Tribunal de Apelaciones no versan sobre consideraciones sobre compilaciones de datos o asuntos relacionados a aspectos de la tecnología, que es una de las novedades del enunciado de la Regla 805(f). Los casos antes discutidos tratan sobre exclusión de la evidencia por problemas relacionados al proceso de autenticación. En uno solo de estos casos se hizo referencia al proceso de autenticar mediante declaración jurada como una alternativa para el proponente. Los casos resueltos por tribunales federales y estatales en los Estados Unidos pueden ilustrar mejor en cuanto a la interacción entre la regla sobre actividades llevadas a cabo con regularidad y la autenticación, con mayor énfasis en las disposiciones que permiten autenticar mediante certificación o declaración sobre los récorde o cuando se trata de compilaciones de datos que se presenten bajo la excepción de los récorde de negocios. Es importante señalar que la excepción sobre los récorde de negocios ha sido reconocida como una firmemente arraigada en el ordenamiento por su antigüedad y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha reconocido a la excepción de los récorde de negocio no violenta la Cláusula de Confrontación por las declaraciones contenidas en el récord no son de carácter testimonial, por lo que no se llevan a cabo con un propósito acusatorio.⁵⁴

En *Rambus, Inc. Infineon Techs*⁵⁵ el Tribunal expresó que la forma más apropiada para evaluar la autenticación mediante certificación en la FRE 902(11) es considerándole como el equivalente funcional del testi-

⁵² *Id.* en 31-32.

⁵³ *Palmer v. Hoffman*, 318 US 109 (1943), se trajo ante la consideración del Tribunal la declaración prestada por un ingeniero de una empresa ferroviaria, a los dos días de haber ocurrido un accidente en tren. La compañía ofreció la declaración del ingeniero bajo el argumento de que ésta se obtuvo en el curso regular del negocio. El Tribunal Supremo Federal expresó que “[A]n accident report may affect that business in the sense that it affords information on which the management may act. It is not, however, typical of entries made systematically or as a matter of routine to record events or occurrences. To reflect transactions with others, or to provide internal controls... Unlike payrolls, bills of lading and the like, these reports are calculated for use essentially in the court, not in the business. Their primary use is in litigating not in railroading.” En *Johnson v. Lutz*, 253 N.Y.124, 170 N.E. 517 (1930) se rechazó un informe de accidente de tránsito en el cual el oficial basó el contenido en información provista por un espectador quien a su vez no era policía y por tanto no tenía el deber de informar sobre el evento. Este caso recuerda que es importante tomar en cuenta la cadena de información y la confiabilidad de la fuente de información sobre el evento plasmado en los récorde.

monio para la autenticación de los récorde de negocio que se ofrece en corte ante el juzgador.⁵⁶ Sin embargo hay que prestar particular atención al proceso de autenticación y a los requisitos de proveer a la parte contraria la oportunidad para que pueda controvertir los récorde que se presentan. La interpretación de los que puede ser un tiempo razonable para revisar los récorde puede variar según las circunstancias del caso.

En *United States v. Brown*⁵⁷ se determinó que: “District court did not abuse its discretion by refusing to allow defendants to use business records affidavit pursuant to Fed. R. Evid. 902(11) to lay foundation for admission of certain business records from their pharmacy’s computer system under Fed. R. Evid. 803(6) because affidavit was untimely; notice requirements of Fed. R. Evid 902(11) were in place to ensure that evidence to be accompanied by affidavit could be vetted for objection or impeachment in advance and, while exhibits in question were available in advance, way in which evidence was to be introduced formed part of necessary notice and understandably gave Government pause at trial; Government discovered few small discrepancies amidst vast numbers of pages in proffered exhibits and, accordingly, objected to their being admitted as business records via untimely affidavit; this went to admissibility of evidence, as district court determined”.⁵⁸

Sin embargo, en *United States v. Lewis*⁵⁹ el primer día del juicio el ministerio público llegó con 16 cajas de documentos bancarios para probar el esquema de fraude en las transacciones que se le imputaban al acusado. El proponente notificó al acusado 12 días antes del juicio que se proponía autenticar los documentos mediante declaración certificada. El Tribunal permitió la presentación de los documentos porque el acusado tuvo dos años previos al juicio para examinar los documentos, aun cuan-

⁵⁴ Véase *Crawford v. Washington*, 541 US 36 (2006).

⁵⁵ 384 F. Supp. 2d 698 (2004).

⁵⁶ Most appropriate way to view FRE 902(11) is as functional equivalent of testimony offered to authenticate business record tendered under FRE 803(6) because declaration permitted by Rule 902(11) serves same purpose as authenticating testimony; therefore, declaration must satisfy substantive criteria set forth in Rule 902(11) in order to lay proper foundation for admission of record. *Rambus, Inc. v. Infineon Techs. AG* (E.D. Va. 2004), 348 F Supp 2d 698

⁵⁷ 553 F3d 768 (5th Cir. Tex. 2008).

⁵⁸ *United States v. Brown* (5th Cir. Tex. 2008), 553 F3d 768, cert. denied, (U.S. June 15, 2009),

do los documentos fueron presentados en otro orden, los mismos no pueden haber tomado al acusado por sorpresa sobre su contenido.⁶⁰ En este caso el criterio fue que la parte adversa al proponente de los récorde tuvo oportunidad de examinar los mismos con antelación al juicio.

En *United States v. Hassan*,⁶¹ el ministerio público autenticó las páginas de Facebook, incluyendo los enlaces a YouTube del acusado utilizando la FRE 902(11). En este caso se presentaron certificaciones de los custodios de los récorde de Facebook y Google, verificando que las páginas de Facebook y los videos de You Tube han sido mantenidas como récord de negocios en el curso regular de las actividades del negocio.⁶² Sin embargo en *United States v. Browne*,⁶³ se determinó que el contenido pornográfico de los intercambios mediante chat que el acusado tuvo utilizando Facebook con sus víctimas no era auto-autenticable mediante certificación del custodio de los récorde del portal de internet, porque Facebook no verificaba o confiaba en el contenido de las comunicaciones en el curso del negocio.⁶⁴ En otras palabras, si el récord no es uno en el que el negocio confíe o utilice para sus operaciones diarias no caería bajo el parámetro de confiabilidad de la excepción.

II. Conclusión: Comentarios y Recomendaciones

557 US 905, 129 S Ct 2812, 174 L Ed 2d 293, cert. denied, (U.S. Oct. 5, 2009), 558 US 897, 130 S Ct 246, 175 L Ed 2d 168.

⁵⁹ 594 F3d 1270 (10th Cir. Colo. Feb. 12, 2010).

⁶⁰ Where on first day of trial government brought 16 boxes of bank records documenting defendant's Ponzi scheme transactions and accounts on which government planned to build its case, and 12 days before trial government had notified defendant that it intended to authenticate records by using certification process under Fed. R. Evid. 902(11), there was no error in refusing earlier disclosure of evidence because originals of records had been made available to defendant for over two years prior to trial and although records may not have been organized as they were when introduced at trial, defendant could not have been surprised by their contents. *United States v. Lewis* (10th Cir. Colo. Feb. 12, 2010), 594 F3d 1270, cert. denied, (U.S. June 14, 2010), 560 US 977, 130 S Ct 3441, 177 L Ed 2d 347.

⁶¹ 742 F.3d 104, 133–134 (4th Cir. 2014).

⁶² *United States v. Hassan*, 742 F.3d 104, 133–134 (4th Cir. 2014) (government authenticated defendants' Facebook pages, including links to YouTube, under Rule 902(11) by presenting certifications of Facebook's and Google's records custodians, verifying that Facebook pages and YouTube videos had been maintained as business records in course of regularly conducted business activities)

⁶³ 834 F.3d 403, 410–412 (3d Cir. 2016).

La excepción sobre los récords de actividades que se llevan a cabo con regularidad es una de las más invocadas en nuestro ordenamiento. Esta excepción ha sido incorporada en distintos ordenamientos probatorios por el alto grado de confiabilidad que se le ha reconocido a través de los años. Las circunstancias en las que se permite invocar esta excepción y los procesos para autenticar los récords han variado durante los años, sin embargo los respectivos desarrollos han tomado como punto de partida la confiabilidad de los récords, necesidad de presentar evidencia que ayude al juzgador a tomar una decisión con información que goce de confiabilidad y a la vez el interés por reducir el tiempo y las complicaciones que puedan estar implicadas en el proceso de autenticar los récords, sin menoscabar el derecho que las partes puedan tener para controvertir la prueba que una parte pretende ofrecer ante el juzgador.

El enunciado de la Regla 805(f) presenta un mecanismo alterno para autenticar los récords mediante declaración jurada que de cumplir con los requisitos de las reglas 805(f) y 902(k) de 2009, exime al promovente de la necesidad de presentar ante el juzgador al custodio de los récords o a una persona con conocimiento sobre la preparación del récord, en aras de promover la economía en los procesos judiciales. El promovente puede presentar una declaración jurada, suscrita por el custodio del récord o la persona con conocimiento del modo en que se preparan y custodian los récords para demostrar que cumple con los criterios de confiabilidad de la regla, pero tiene que anunciarlo por escrito con suficiente tiempo a la parte contraria y permitir que la otra parte revise los récords y la declaración jurada para tener oportunidad de objetar la presentación de los récords. De cumplir con las exigencias de esta regla no se lesiona el derecho a confrontar o cuestionar los récords propuestos por el promovente a la parte contraria. Se requiere que las partes se organicen y se comuniquen efectivamente durante la tramitación del litigio y que se cree un calendario de trabajo entre las partes para que el promovente notifique con suficiente antelación su intención de autenticar mediante declaración jurada, que la declaración jurada y los récords estén disponibles con suficiente antelación para la parte contraria y que la parte contraria presente

⁶⁴ *Supra*, nota 227, (contents of pornography defendant’s “chats” exchanged over Facebook with victims were not self).

sus objeciones si el récord propuesto no cumple con las características del enunciado por su contenido o por que el modo en que fue elaborado incide en la confiabilidad de la fuente o es un documento que no se preparó en el curso ordinario y regular del negocio. En los casos civiles la planificación del caso puede ser esencial para evitar que se lesione la posibilidad de controvertir el récord. En los casos criminales presenta un riesgo mayor que el ministerio público utilice el mecanismo de la certificación para fines de autenticar récords de actividad regularmente llevada a cabo contra el acusado, en especial si los récords tratan sobre actividad gubernamental, porque acarrea el riesgo de lesionar el derecho a la confrontación del acusado como puede ocurrir en nuestro ordenamiento local por la inclusión de la actividad gubernamental en el enunciado de la Regla 805(f) de las de 2009. La parte adversa debe examinar el récord para conocer si en el mismo se incluyen porciones que incumplan con los requerimientos de la norma sobre conocimiento personal y además debe desarrollar algún conocimiento técnico sobre el modo en que se almacena o se mantiene el récord cuando el mismo es una compilación de datos en un sistema computarizado o en el cual intervenga alguna sistema de almacenaje colaborativo o que ubique la copia del documento en una “nube”, porque puede facilitar el trabajo de cuestionar la confiabilidad del récord propuesto.

Cabe destacar que en el año 2014, la FRE 803(6) fue enmendada para modificar el inciso (e) de la Regla indicando que la parte que se oponga a la autenticidad del récord propuesto tendrá la carga probatoria de mostrar la falta de confiabilidad del mismo.⁶⁵ Esta enmienda parte de la premisa de que los récords de negocio en general son récords de carácter rutinario y por lo general, la experiencia dicta, que son confiables y corresponde a la parte adversa la carga probatoria de demostrar que los récords propuestos no cumplen con los requisitos de la norma sobre confiabilidad.⁶⁶ En el 2017 se remitieron al Congreso de los Estados Unidos varias propuestas de cambio para la Regla 902, que detallan con mayor

⁶⁵ (E) the opponent does not show that the source of information or the method or circumstances of preparation indicate a lack of trustworthiness.

⁶⁶ Draft Committee Note: “The Rule has been amended to clarify that if the proponent has established the stated requirements of the exception — regular business with regularly kept record, source with personal knowledge, record made timely, and foundation testimony or certification — then the burden is on the opponent to show a lack of trustworthiness. While most courts have imposed that burden on the opponent, some have not. It is appropriate to impose the burden of

particularidad el proceso para autenticar los récorde electrónicos y proveen unas guías prácticas para su autenticación.⁶⁷ El Congreso de los Estados Unidos aprobó varios cambios propuestos y estos entraron en vigor desde el 1 de diciembre de 2017.⁶⁸ Estos desarrollos hacen imprescindible que el abogado postulante desarrolle conocimiento básico sobre el modo en que se almacenan y custodian los datos para facilitar el proceso de autenticación o para oponerse a la presentación de aquella evidencia que pueda carecer de garantías de confiabilidad.

proving untrustworthiness on the opponent, as the basic admissibility requirements are sufficient to establish a presumption that the record is reliable.”

The opponent, in meeting its burden, is not necessarily required to introduce affirmative evidence of untrustworthiness. For example, the opponent might argue that a record was prepared in anticipation of litigation and is favorable to the preparing party without needing to introduce evidence on the point. A determination of untrustworthiness necessarily depends on the circumstances.” Véase la página <http://federalevidence.com/node/1981>.

⁶⁷ Los incisos que se proponen añadir a la FRE 902 son:

Rule 902. Evidence That Is Self-Authenticating

The following items of evidence are self-authenticating; they require no extrinsic evidence of authenticity in order to be admitted:

...

(13) Certified Records Generated by an Electronic Process or System. A record generated by an electronic process or system that produces an accurate result, as shown by a certification of a qualified person that complies with the

certification requirements of Rule 902(11) or (12). The proponent must also meet the notice requirements of Rule 902(11).

(14) Certified Data Copied from an Electronic Device, Storage Medium, or File. Data copied from an electronic device, storage medium, or file, if authenticated by a process of digital identification, as shown by a certification of a

qualified person that complies with the certification requirements of Rule 902(11) or (12). The proponent also must meet the notice requirements of Rule 902(11).

Véase la totalidad de los documentos remitidos a la consideración del Congreso de los Estados Unidos el 27 de abril de 2017, en http://www.uscourts.gov/sites/default/files/2017-04-27-congressional_package_rev_4-25_final_final_with_signed_letters_and_orders_0.pdf a las páginas 126-123 sobre los cambios propuestos a la Reglas 902. y las páginas 139-144 para ejemplos sobre el impacto de los cambios propuestos al proceso de autenticación.

⁶⁸ Véase Amendments to the Federal Rules of Practice and Procedure: Evidence 2017—Self-Authenticating Electronic Evidence (Video Transcript), Federal Judicial Center, December 1, 2017, que puede ser accedido entrando a la página <https://www.fjc.gov/sites/default/files/2017/Evidence%20Rules%20902%2013%20and%2014%20Video%20Transcript.pdf>

Sobre el desarrollo del derecho probatorio es importante examinar los mecanismos que han adoptado en Canadá⁶⁹ para trabajar con los retos para el proceso de autenticar información electrónica. Las propuestas del Sedona Conference Project⁷⁰ sobre la información almacenada electrónicamente también son una fuente importante de información para el abogado postulante.⁷¹ Un aspecto a considerar debe ser el desarrollo y el alcance que puede tener el almacenamiento de datos y récorde en una nube y las consecuencias del almacenamiento externo y la posibilidad de modificación de los datos para el derecho de la prueba, tanto para el promovente como para la parte adversa que quiera conocer sobre el modo en que se elaboró y si ha ocurrido algún evento o incidente que pueda haber trastocado la compilación de datos o el récord que se ofrece en el caso.⁷² En el caso de la Regla local 805(f) de 2009 se debe proponer enmendar el enunciado para incluir una contra referencia a la regla sobre autenticación de récorde electrónicos cuando los mismos se hayan elaborado enteramente o se mantengan en un equipo electrónico en aras de proveer una guía más específica para el promovente y la parte contraria sobre el proceso de autenticación de estos récorde. El abogado postulante y la parte adversa deben prestar particular atención al proceso de autenticar los récorde de las actividades que se realizan con regularidad y las propuestas de cambio a las normas de autenticación en aras de facilitar la justa rápida y económica solución de las controversias, sin menoscabar los principios de confiabilidad que deben regir en los procesos judiciales, para que las determinaciones del Tribunal sean certeras y confiables.

⁶⁹ El Uniform Electronic Evidence Act de Canadá fue uno de los documentos examinados por el Comité Asesor para trabajar con los incisos sobre autenticación de récorde electrónicos.

⁷⁰ The Sedona Conference Commentary on ESI Evidence and Admissibility (Marzo 2008) disponible accediendo:

https://thesedonaconference.org/system/files/sites/sedona.civicaactions.net/files/private/drupal/filesys/publications/ESI_Commentary_0308.pdf

⁷¹ Para una explicación más detallada sobre la admisibilidad y autenticación de distintos tipos de evidencia electrónica véase Neptune Rivera, Vivian I., La evidencia electrónica: autenticación y admisibilidad (Ediciones SITUM) (2017)

⁷² Para una explicación más detallada sobre el almacenamiento de datos en la nube véase Luciana Duranti, Corine Rogers, Trust in Digital Records: An Increasingly Legal Cloudy Area, Computer Law and Security Review, 28 522-531 (2012)