

LEY DE ALQUILERES Y DESAHUCIOS:

PROPUESTAS LEGALES PARA
UN PARQUE DE VIVIENDA
EN EQUILIBRIO

Maridalia Rodríguez Padilla
y Denisse Härtling

JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA

Cecilia Palomo Caudillo

LA PERSONA:

ENTRE LA FRAGILIDAD DE LA
VIDA Y LA LEVEDAD DE LA
FICCIÓN

Édynson Alarcón Polanco





ENCUENTRA TODO EN UN SOLO LUGAR



Jurisprudencia



Legislación



Doctrina



biblioteca@enj.org



CONTENIDO

- 03 ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN**
Breve análisis comparado de la adopción homoparental entre Argentina y Colombia
Luis Hernando Castillo Restrepo
- 24 ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN**
El problema de la falta de plano de deslinde en el derecho inmobiliario y registral dominicano
Ariella Adames Rojas
- 37 ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN**
Juzgar con perspectiva de género: de la teoría a la práctica
Cecilia Palomo Caudillo
- 53 ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN**
Ley de alquileres y desahucios: propuestas legales para un parque de vivienda en equilibrio
Maridalía Rodríguez Padilla
Denisse Härtling
- 83 ENTREVISTA**
En esta entrevista, la magistrada Vicky M. Chalas Docen nos cuenta su experiencia tras realizar sus estudios de maestría en políticas de género como becaria del gobierno británico. Habla de los retos que enfrenta el país en este tema
Dilenia R. Hernández
- 91 ARTÍCULO DE OPINIÓN**
La persona: entre la fragilidad de la vida y la levedad de la ficción
Édynson Alarcón Polanco

DIRECTOR

Dariel A. Suárez Adames
Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ)

EDITORA

Dilenia Hernández Fernández
Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ)

CONSEJO EDITORIAL

Armando S. Andruet
Catedrático de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA)

Ana Jara
Profesora de la Universidad de Granada, España

David Ordoñez
Miembro de la red de expertos en derecho de la Unión Europea del Consejo General del Poder Judicial de España

Juan Proscopio Pérez Minyetti
Juez Coordinador Técnico de los Comités Responsables del Sistema de la Escuela Nacional de la Judicatura

Juan Francisco Puello Herrera
Miembro del Consejo Directivo de la Escuela Nacional de la Judicatura

COMITÉ CIENTÍFICO

Johanny Castillo Sabarí
Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ)

Sergio A. Palacio
Catedrático de la Universidad Nacional de la Plata, Argentina

Jorge Jiménez
Profesor colaborador de la Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales (RIAEJ)

Yadira de Moya
Jueza miembro de la Comisión Académica de la ENJ

COLABORACIONES EN ESTA EDICIÓN

Luis Hernando Castillo Restrepo
Ariella Adames Rojas
Cecilia Palomo Caudillo
Maridalía Rodríguez Padilla
Denisse Härtling
Vicky M. Chalas Docen
Édynson Alarcón Polanco

COORDINACIÓN

Dilenia Lorenzo

CORRECCIÓN DE ESTILO

Bismar Galán

DISEÑO DE PORTADA

Amaury A. Silva N.

DIAGRAMACIÓN

Víctor José Vargas Castaños

PERIODICIDAD

Bianual

Santo Domingo, República Dominicana 2021

CONTACTO

Escuela Nacional de la Judicatura ENJ
Tel.: (809) 686-0672
C/ César Nicolás Penson núm. 59, Gascue
Santo Domingo, República Dominicana
E-mail: saberyjusticia@enj.org
Web: <https://saberyjusticia.edu.do>
Registrados en el directorio Latindex.org

EDITORIAL

Dariel A. Suárez Adames

dsuarez@enj.org

Director Escuela Nacional de la
Judicatura

<https://orcid.org/0000-0002-1370-3982>



Obra bajo licencia
Creative Commons
Atribución-NoComercial-
SinDerivadas 4.0 Internacional

Vol. 1, núm. 19, junio 2021
ISSN (impreso): 2305-2589
ISSN (en línea): 2676-0827
Sitio web: <https://saberyjusticia.edu.do>

En nombre de la Escuela Nacional de la Judicatura, nos place presentar el número 19 de la Revista Saber y Justicia, primer número correspondiente al año 2021.

Como resultado del proceso de evaluación, los contenidos de esta publicación están orientados a las áreas del derecho civil y de los derechos humanos. En ella, destacados juristas y académicos de la República Dominicana, Colombia, España y México analizan la adopción homoparental, temas de derecho inmobiliario y registral, de género y propuestas sobre alquileres y desahucios.

Entre los temas tratados están: El problema de la falta de plano de deslinde en el derecho inmobiliario y registral dominicano; Ley de alquileres y desahucios: propuestas legales para un parque de vivienda en equilibrio; Análisis comparado de la adopción homoparental entre Argentina y Colombia; Juzgar con perspectiva de género, entre otros.

La publicación de trabajos de investigación en revistas científicas constituye una importante plataforma para la generación de nuevos conocimientos dentro de la comunidad académica y en las sociedades que las sustentan. En ese sentido, Saber y Justicia considera trascendental abrir espacios que permitan tanto la visibilidad como la discusión de dichos trabajos dentro el área del derecho.

Nuestra revista se fortalece con el reciente lanzamiento de la Biblioteca Virtual de la Escuela, como parte del Plan Estratégico Visión Justicia 20|24; pues cuenta con una canal de libre acceso que facilita la gestión de información útil para la generación de conocimiento en la toma de decisiones de los tribunales, y para su acceso por parte de los miembros de la comunidad jurídica.

Queremos destacar y también agradecer la gran labor realizada por el equipo de pares evaluadores y los autores. Sin su trabajo, esfuerzo y profesionalidad, la labor de revista no sería posible. La mayoría de los expertos que colabora en esta publicación ha compartido su conocimiento y experiencias en las aulas de la Escuela. Agradecemos, además, su disposición y diligencia para que una parte importante de sus ideas aparezca en Saber y Justicia.

Esperamos que el contenido aquí expuesto sea del interés de todas las personas que tienen acceso a esta publicación y que con el mismo aportemos a la edificación de la comunidad jurídica y de los lectores interesados en estos temas.

BREVE ANÁLISIS COMPARADO DE LA ADOPCIÓN HOMOPARENTAL ENTRE ARGENTINA Y COLOMBIA

Brief comparative analysis of homoparental adoption between Argentina and Colombia

Luis H. Castillo Restrepo

Universidad Libre. Facultad de Derecho
Santiago de Cali. Colombia
luisherca@yahoo.es

Artículo de investigación
Recibido: 3 de febrero 2021
Aprobado: 26 de abril 2021



Obra bajo licencia
Creative Commons
Atribución-NoComercial-
SinDerivadas 4.0 Internacional

Vol. 1, núm. 19, junio 2021
ISSN (impreso): 2305-2589
ISSN (en línea): 2676-0827
Sitio web: <https://saberyjusticia.edu.do>

Resumen

Generalmente se define el matrimonio igualitario como una institución que reconoce legalmente la unión civil entre dos hombres o dos mujeres, o parejas del mismo sexo. El término homoparentalidad establece la unión de hecho o de derecho en que se vincula a un menor de edad con una pareja LGBTI, pareja que ha logrado formalizar su unión civil de acuerdo a la legislación argentina para conformar, inmediatamente, una familia y, a futuro, la posibilidad de acrecentar el número de integrantes del núcleo familiar, avance significativo que trajo consigo la Ley 26.618, regulación recopilada en la nueva expedición del Código Civil Argentino.

Sin embargo, y a pesar de tener como ejemplo a Argentina, con grandes avances normativos en materia de regulación de los derechos de las parejas del mismo sexo y la posibilidad de adoptar, en Colombia, a través de los años y en especial en las últimas tres décadas, ha sido interesante el debate que gira en torno a la adopción homoparental. Como es visible, la mayoría de los derechos reconocidos a las parejas del mismo sexo se han logrado por vía judicial. No obstante, el legislador no se ha tomado la tarea de garantizar por medio de una normatividad clara los derechos de estos individuos.

Palabras clave

Adopción homoparental; Derecho comparado; Interés superior del niño; Matrimonio igualitario.

Abstract

Same-sex marriage is generally defined as an institution that legally recognizes the civil union between two men or two women, or same-sex couples. The term homoparentalidad establishes the de facto or legal union in which a minor is linked with an LGBTI couple, a couple that has managed to formalize their civil union according to Argentine legislation to form, immediately, a family and, in the future, the possibility of increasing the number of members of the family nucleus, a significant advance that brought with it Law 26,618, regulation compiled in the new issuance of the Argentine Civil Code. However, despite having Argentina as an example, with great regulatory advances in the regulation of the rights of same-sex couples and the possibility of adopting, in Colombia, over the years and especially in the last three decades, the debate around homoparental adoption has been interesting. As can be seen, most of the rights recognized for same-sex couples have been achieved through the courts. However, the legislator has not taken on the task of guaranteeing the rights of these individuals through clear regulations.

Keywords

Best interests of the child; Comparative law; Equality marriage; Homoparental adoption.

Introducción

El presente escrito, de plena actualidad, toda vez consultada la realidad jurídica de Argentina y Colombia a la fecha de su publicación, permite evidenciar que no se han registrado cambios tanto legislativos como jurisprudenciales que afecten las conclusiones que se formularan. Así, pretende exponer un análisis comparado de la adopción homoparental entre estas naciones, presentando los grandes avances en materia de regulación jurídica de la adopción homoparental en Argentina, frente a la crisis en materia de regulación jurídica que sobre la misma existe en Colombia. Se hace un análisis doctrinal acerca de la adopción homoparental, enfocándose la investigación en el asunto del matrimonio igualitario, las familias homoparentales, que se encuentra consagrado, especialmente, en la Ley 26.618 de 2010, así como el análisis que por vía judicial y jurisprudencial ha realizado Colombia en materia de matrimonio igualitario, además de resaltar la importancia de la prevalencia del interés superior del niño para establecer una familia.

El tema es de notoria importancia constitucional y jurídica, toda vez que involucra, en primera instancia, a la familia, considerada como la base fundamental de todo sistema social dentro de un estado o nación que ha sufrido transformaciones permanentes durante el trascurso de la evolución humana. Se parte de que el hombre, por naturaleza, para desarrollarse y vivir socialmente ha requerido de una permanente interacción cotidiana con sus semejantes. Con este artículo se pretende dilucidar comparativamente, desde la perspectiva constitucional, los avances y aportes realizados frente a la adopción homoparental entre las constituciones de Colombia y Argentina para

entender aspectos relevantes de rango constitucional y procedimientos jurídicos con los que se aborda la adopción. También, hasta dónde se corresponde con la realidad y cambios socioculturales de los mismos países. Es decir, se pretende identificar diferencias y semejanzas constitucionales de un fenómeno social tan sensible en nuestras naciones. Es importante referir que la adopción homoparental ha sido aceptada por unos estados, mientras que por otros no, situación un tanto compleja, por cuanto evidencia la existencia de ideas y sentimientos diversos entre las poblaciones, que se reflejan en sociedades donde prevalece la resistencia o animadversión ante la manifestación de la homoparentalidad; persisten paradigmas asociados a prejuicios culturales que se resisten a admitir cambios en las relaciones interpersonales y sobre todo en parejas homosexuales como opción de vida.

Actualmente, en Argentina el Código Civil contempla la adopción homoparental, para que sean más los niños, niñas y adolescentes que puedan vivir en familia. De esta manera los tribunales de familia de todo el territorio nacional argentino dan al traste con la homofobia sexual de la justicia. Infortunadamente, en Colombia aún se presentan dificultades para lograr una plena adopción homoparental, toda vez que, aún existe la necesidad de plantear y proponer una justicia más próxima al ciudadano, que sea restaurativa y no oclusiva de derechos, que convierta al ciudadano copartícipe y responsable directo en la resolución de fenómenos sociales que son generadores de conflictos, los cuales podrían llegar a superarse fácilmente a través de un marco constitucional y jurisprudencia que se adecue a las exigencias socioculturales de la época contemporánea.

Cómo citar:

Castillo Restrepo, L. H. (2021). Breve análisis comparado de la adopción homoparental entre Argentina y Colombia. *Revista Saber y Justicia*, 1(19), 03-23. <https://saberyjusticia.edu.do>

¿LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA EN MATERIA DE ADOPCIÓN HOMOPARENTAL RECONOCE LOS DERECHOS QUE EN TAL SENTIDO TIENEN LAS PAREJAS HOMOSEXUALES EN ARGENTINA?

En Argentina, como es sabido, la cuestión de la adopción homoparental y el matrimonio igualitario no son temas nuevos. El 15 de julio del año 2010, se hizo una amplia reforma al Código Civil para permitir el matrimonio entre parejas del mismo sexo y otras normatividades que gobiernan el régimen de derecho privado. De tal manera que esta nación se convirtió en el primer país de América Latina en reconocer este derecho. El primer antecedente legislativo tuvo lugar en la provincia de Buenos Aires, hace un par de años.

Por otra parte, la voluntad del legislador, al abrir las puertas al matrimonio igualitario, en virtud de la Ley 26.618, otorgó a las estas parejas el derecho de adoptar menores que necesitaban recuperar y restaurar el seno de un hogar, prevaleciendo así lo que la doctrina y los tratados internacionales conocen como “el interés superior del niño”.

Este es un avance significativo y de gran celeridad: Argentina fue decisiva al reconocer derechos a la comunidad LGTBI por medio del imperio de la ley (con soporte en los tratados internacionales y la constitución) y no en la jurisprudencia, como sí ha ocurrido en Colombia debido a la falta de voluntad política del cuerpo legislativo.

A continuación, en este marco teórico, se hará un análisis doctrinal acerca de la adopción homoparental, enfocándose la investigación en el asunto del matrimonio igualitario, las familias homoparentales, la cuestión del interés superior del niño y, por último, la reforma a la legislación argentina.

Matrimonio igualitario

Comúnmente se define el matrimonio igualitario como una institución que reconoce legalmente la unión civil entre dos hombres o dos mujeres, o sea, parejas del mismo sexo.

Como ya se dijo, Argentina fue el primer país latinoamericano en llevar a cabo la reforma al Código Civil que permitió a la comunidad LGBTI formalizar civilmente las uniones entre sus individuos. Fue Buenos Aires, en el año 2002, la ciudad autónoma que adelantaría el primer paso cuando se presentó un proyecto de ley de unión civil por parte de la CHA (Comunidad Homosexual Argentina). El proyecto de ley, cuando fue aprobado, se limitó, *strictu sensu*, a regir en la jurisdicción de la provincia de Buenos Aires. Se destaca que en Argentina los grandes procesos

de desarrollo jurídico y social siempre empiezan a partir de sus provincias; por ejemplo, la provincia de Tucumán fue la primera en optar por un código procesal constitucional, así como, unos años más tarde, en la jurisdicción de Tierra Fuego¹ se celebró el primer matrimonio igualitario en América Latina (La primera boda gay..., s/f).

Ciertamente, el gran impulso a nivel nacional se da entre los años 2007-2009, cuando la Federación Argentina LGBT realizó una intensa campaña con el objetivo de alcanzar la aprobación del matrimonio igualitario en todo el territorio nacional. Contó con el apoyo de varios parlamentarios oficialistas –entre ellos, los más destacados, Eduardo Di Pollina, Silvia Augsburger y Vilma Ibarra–, que llevaron al congreso el proyecto de ley propuesto por la organización. Contaron con todo el respaldo, por supuesto, de la expresidenta Cristina Fernández de Kchirner y diversos sectores.

Sin embargo, el debate en las dos cámaras siempre se tornó álgido, tanto en cámara como en senado pues, tratándose de un tema que propone un cambio en la sociedad civil, sería lógico que fuese totalmente rechazado por los sectores más conservadores y religiosos del país, sobre todo, por la postura de la Iglesia católica argentina, liderada en ese entonces por Jorge Mario Bergoglio (Papa Francisco), hoy máximo jerarca de la Iglesia católica a nivel mundial.

Entre tanto, finalmente, el proyecto se aprobó el 15 de julio de 2010, cuando fue promulgada la famosa Ley 26.618, que disponía reformas significativas al Código Civil, y que, para el presente caso, no se concedió solamente la posibilidad de contraer un matrimonio incluyente, sino también, derechos indispensables en una familia, como lo son la herencia y la posibilidad de adoptar. “Este avance se apuntaló en torno a las estrategias llevadas a cabo por el activismo LGTBI argentino, para la sanción del matrimonio igualitario, que cobró gran efectividad en la implementación de un discurso igualitario, más que diferencialista” (Linson, 2013, p. 114).

Los doctores Martin y Gagliesi (s.f.) sostienen que, optar por una legislación más incluyente para conceder derechos y obligaciones a una comunidad, que por mucho tiempo fue discriminada, resulta muy relevante porque “se amplían y equiparan derechos, posibilitando que los hijos de parejas de gays o lesbianas tengan los mismos derechos que los nacidos de parejas heterosexuales” (p. 11).

Otros autores (Feldstein de Cárdenas, y Scotti, 2011) afirman que:

El matrimonio en el mundo posmoderno se muestra como una construcción social y cultural, porque tradicionalmente en occidente esta institución siempre ha sido vista de una manera estricta en su forma de conformación, tomando así, como única y exclusiva posibilidad, la unión efectuada entre un hombre y una mujer; unión revestida de cierta solemnidad civil y, sobre todo, religiosa. (p. 72).

¹ En específico, en la ciudad de Ushuaia, situada a 3.500 km de Buenos Aires.

José Eduardo Jorge (Jorge, 2012) relaciona el desarrollo social de esta institución con el valor de la tolerancia que se ha ido construyendo bajo el arraigo de aceptación del pueblo argentino hacia las personas del mismo sexo. En Colombia, la doctrina denomina “aceptar al otro como diferente”, un tema que es muy relacionado con la corriente del pluralismo jurídico. Este autor afirma lo siguiente:

Aprobar el matrimonio igualitario ha sido objeto de análisis en todo el mundo. Un aspecto no suficientemente estudiado es que, de acuerdo con datos de encuesta, las actitudes de discriminación hacia la comunidad homosexual disminuyeron notablemente en Argentina desde la recuperación de la democracia. La evolución de estas actitudes, consideradas un indicador clave del valor de la tolerancia en cualquier sociedad, sugiere que al menos algunos componentes centrales de la cultura política pueden cambiar como producto del ejercicio democrático y la deliberación pública. (Jorge, 2012, p. 1).

Familias homoparentales

El término “homoparentalidad” establece la unión de hecho o de derecho que se vincula a uno o dos menores con una pareja LGBTI, “pareja que ha logrado formalizar su unión civil conforme a la legislación argentina para conformar, inmediatamente, una familia; y a futuro, la posibilidad de acrecentar el número de integrantes del núcleo familiar” (Nofal, 2010, p. 11).

Anteriormente el clásico concepto que se ha tenido en las sociedades occidentales, respecto de la institución de la familia, es que aquella, únicamente, puede ser conformada por un hombre y una mujer; y que, a *contrario sensu*, establecer una unión civil entre parejas del mismo sexo, resulta ser una aberración contra la voluntad de Dios², y por ende es *contra natura*. Esa es una postura que claramente va en defensa del Statu Quo, y más cuando en algún momento histórico, ha habido una clara vinculación de la iglesia católica con el Estado en virtud de una carta política.

Pero la anterior idea de rechazo radical a la comunidad homosexual y sus derechos, actualmente, ya no tiene mucha cabida, debido a la evolución del pensamiento en un mundo posmoderno que apunta a la consolidación de igualdad de derechos para todo tipo de persona “sin distinción de raza, edad, sexo, etc.”, postulado que inclusive, se comprende en tratados internacionales. Es por ese motivo, que la doctrina, en apoyo a la comunidad homosexual, cada vez más asienta la tesis que una familia también puede estar emparejada por un hombre y otro hombre o una mujer y otra mujer, variando así, el propio concepto de “familias tradicionales o convencionales” a “familias alternativas” (Nofal, 2010, pp. 9-10).

Respecto de la conformación de familias homoparentales, en virtud de la adopción, la Universidad de Belgrado (2010), en su texto “Tesis de Belgrano”, ha dicho lo siguiente:

En muchos casos el Estado pone trabas al homosexual a la hora de aprobar la adopción. La familia es la célula fundamental de toda

2 Idea que suelen sostener los sectores más conservadores y religiosos de la sociedad occidental, como los sectores cristianos y católicos.

sociedad. Dependiendo del concepto de familia que sostengamos, variará nuestra posición respecto de la adopción conjunta de menores por personas homosexuales. La validez empírica de la afirmación “la pareja homosexual atenta contra la familia tradicional” depende del concepto de “familia tradicional” que se utilice. (p. 9).

Por otra parte, hay que decir que la familia tiene como requisitos mantener la estabilidad, la complementariedad, permanencia y el compromiso de permitir el crecimiento y desarrollo de los hijos.

Al analizar a profundidad los elementos intrínsecos que componen la familia, concebida luego del vínculo paternofamiliar entre una pareja y sus hijos, se encuentran tres elementos importantes, a saber:

Parentesco, el cual se entiende como la posición dentro de la estructura familiar (padre, madre, hijo, etc.); b) Parentalidad, que es el ejercicio natural respecto de la posición del parentesco (educar, corregir, alimentar); y c) Filiación, como el hecho social que otorga al niño la categoría real de hijo, siendo inscrito dentro de un vínculo familiar. (SAP-Pediatría, 2010, p. 3).

Una de las necesidades de abrir la posibilidad de conformar familias homoparentales, acompañada de la institución de la adopción, se da por la razón científica debido a que las parejas del mismo sexo no pueden procrear sino es por medio de técnicas de alquiler de vientres, fecundación asistida o la inseminación artificial. Conforme a lo anterior, la jurista argentina Graciela Medina (Medina, 2000) argumenta que, en la realidad social, muchas veces algunas parejas no pueden recurrir a los señalados métodos científicos, ya sea por cuestiones económicas o legales, y por tal razón es que “la adopción se presenta como la única oportunidad de crear una familia y abrazar la idea de hijo propio” (p. 3).

Y continúa la jurista, citando a la autora Leslie Ann Minot, quien atestigua que los derechos y responsabilidades derivados de la paternidad –aunque varíen en cada *ordenamiento jurídico*– respecto del poder que tienen los padres son:

- a) Elegir dónde vivirá el niño, y asumir la responsabilidad de su cuidado diario;
- b) Tomar decisiones médicas con respecto al niño, autorizar tratamientos, ser consultado o informado acerca del tratamiento;
- c) Ser responsable de la educación del niño y otros aspectos de su bienestar;
- d) Obtener la tenencia al niño frente a una ruptura de la relación con el otro padre;
- e) Obtener la custodia del niño frente a la muerte del otro padre;
- f) Recibir créditos fiscales, exenciones o ayudas gubernamentales;
- g) Gozar de vacaciones o períodos de licencia autorizados por enfermedad del niño;
- h) Recibir asignaciones familiares;
- i) Llevar al niño de vacaciones;
- j) Cambiar legalmente el nombre del niño. (Medina, 2000, p. 4).

Es importante saber que la relación familiar, al ser un vínculo de filiación, es una relación de reciprocidad en cuanto a derechos y obligaciones, como se puede constatar en la cita anterior. En consecuencia, los derechos del menor también incluyen tener un sustento económico; acceso a la educación, a la recreación, a la herencia de sus padres, entre muchos otros.

Bajo la idea de una familia homoparental, uno de los principales soportes ideológicos que sostienen este tipo de unión, no es el derecho exclusivo de las parejas del mismo sexo a poder adoptar; sino el derecho prevalente del menor a tener una familia. Esta postura va muy acorde con el llamado “interés superior del niño”, tema que se tratará a continuación.

La cuestión del interés superior del niño

El postulado del “interés superior del niño” se ha convertido, en el transcurso del tiempo, en uno de los principales derroteros en miras a conceder la posibilidad de que un menor restablezca su hogar, como primacía de sus derechos inalienables consagrados, esencialmente, en la *Convención sobre los Derechos del Niño*³. Hay que aclarar que, en la nación argentina, los tratados internacionales tienen gran prevalencia dentro del orden jurídico, a disposición del artículo 75⁴ de su Carta Magna.

Se define “interés superior del niño” al principio garantista que asegura un conjunto de acciones y procesos dirigidos a asegurar un desarrollo integral que promueva el establecimiento de una vida digna, de condiciones afectivas y materiales, y a su vez, que permita el bienestar posible de los niños.

Giberti (2004) manifiesta que “el interés superior del niño es aquello que orienta y regula la adopción” (p. 4). La doctrina ha notado que la posibilidad de adoptar por parte de parejas homoparentales, más que un derecho civil para aquella comunidad, se ha transfigurado como un mecanismo idóneo que restablece los derechos de un menor. Incluso, la normatividad argentina, en el caso del Código Civil y de comercio (Ley 26.061), ha englobado la institución de la adopción dentro de la prevalencia de los intereses del menor, puesto que dicha institución tiene como objeto el de proteger los derechos de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no les pueden ser proporcionados por su familia de origen (art. 594).

Específicamente, los principios que asegura la Ley 26.061, atendiendo a los derechos del niño que es adoptado, ya sea por parejas homoparentales o heteroparentales, son:

- a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto por razones debidamente fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes; y f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años. (art. 595).

3 Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

4 “Corresponde al congreso: (...) 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.”

Frente a este tema, la perspectiva ideológica de varios autores termina polarizada y dividida, en cuanto a la cuestión del desarrollo integral de un menor bajo el seno de una familia homoparental. Por su lado, Sangali et al. (2015), afirman lo siguiente:

No es lo mismo matrimonio heterosexual que homosexual y tampoco es lo mismo familia heteroparental que homoparental. Sin embargo, la adopción (...) no establece impedimentos en orden a la orientación sexual de las personas, sino más bien en orden a la satisfacción de las necesidades del menor. Y es aquí donde colisionan los deseos de familias homoparentales con primarios derechos del menor. Pues, por más afecto y amor que dispongan los padres para ese niño, nunca podrán satisfacer la carencia paterno-materna en la misma familia. Siempre estará presente el vacío existencial de uno u otro progenitor, o faltará un padre o faltará una madre. (p. 4).

Otros autores, contrariando un poco las tesis conservadoras, respecto de la interpretación del ISN y la posibilidad de adoptar, manifiestan que:

Permitir la adopción por parte de parejas homosexuales es perfectamente compatible con el interés superior del niño y que de hecho es, precisamente, el interés superior del niño el que urge a considerar lo mejor para él, y así no guiarse por cuestiones de moralidad, religión, política, etc. (Sangalli et al., 2015).

La reforma a la legislación argentina: los cambios de la Ley 26.618

La legalidad de la adopción homoparental y el matrimonio igualitario ya es un hecho cierto en Argentina, desde el 15 de julio de 2010, fecha en la cual entra en vigencia la Ley 26.618, que modificó varios artículos del anterior Código Civil. El proyecto de ley reformativo finalmente se impuso en el parlamento argentino, con 33 votos a favor, 27 en contra y 3 abstenciones.

La presente ley modificó en total 3 normatividades: el Código Civil, reformando 27 artículos (Díaz-Cortez, 2010)⁵; la Ley 18.248⁶, con 5 artículos y, por último, la Ley 26.413, en la cual se modificó el inciso c del artículo 36.

En cuanto a la cuestión del matrimonio, el cambio más notable, dentro del Código Civil, fue el haberse sustituido los términos “hombre y mujer” por el de “contrayentes” en la forma de constitución de la unión solemne. Por tal razón, tanto las parejas homosexuales, como heterosexuales, tendrán exactamente los mismos derechos. Y como ya se ha dicho, el avance significativo de la Ley 26.618 fue traer acompañado el matrimonio igualitario con la posibilidad de adoptar menores, de tener derecho a una herencia y otros derechos sucesorios.

Cabe resaltar que, así como una norma otorga derechos, también impone obligaciones, y como la reforma invocó el derecho a la igualdad en todas sus aristas,

5 Artículos 144 – incisos 1, 172, 188, 206, 212, 220, 264, 272, 287, 291, 294, 296, 307, 324, 476, 478, 1275 – incisos 2, 1299, 1300, 1301, 1315, 1328, 1807 – incisos 2, 2560, 3292, 3969 y 3970.

6 Sobre “nuevas normas para la inscripción de nombres de las personas jurídicas”.

pues las parejas homosexuales también tienen las mismas obligaciones que las heterosexuales en lo que respecta al cuidado de un menor. Por ejemplo, se deja abierta la posibilidad de que cualquiera de los dos miembros pueda ser demandado por la falta de prestación de alimentos, cuestión que aquí, en Colombia, se conoce como “inasistencia alimentaria”.

Siguiendo el parámetro anterior, el nuevo ordenamiento civil reconoció los mismos derechos y obligaciones para los matrimonios entre homosexuales o heterosexuales y demandó que todos los señalamientos a la institución del matrimonio que abarca el ordenamiento jurídico argentino se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo como al conformado por dos personas de distinto sexo.

En el tema de la adopción homoparental, la Ley 26.618 dispuso el mismo derecho para los matrimonios homosexuales o heterosexuales, y puntualizó que el adoptado podrá llevar el apellido de los dos cónyuges y, si no hay acuerdo sobre cuál usar primero, se decidirá por orden alfabético. A su vez, la norma precavó que, en caso de separación en los matrimonios heterosexuales, el menor deberá permanecer con su madre hasta los cinco años; mientras que, en los constituidos por personas del mismo sexo, será el juez el que deberá resolver la patria potestad, teniendo siempre en cuenta el interés superior del menor.

Por otra parte, hay que aclarar que el Código Civil, que fue reformado en su momento por la Ley 26.618, actualmente, se encuentra derogado; pues, el 1º de agosto de 2015, entró a regir el nuevo “Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”, constituido por seis libros y un total de 2671 artículos. Lo importante del nuevo código es que vino a unificar toda la normatividad legal que imperaba en el orden jurídico de derecho privado argentino, adaptando, por supuesto, las reformas establecidas por la Ley 26.618, en lo que concierne a los derechos concedidos a la comunidad LGBTI (matrimonio igualitario y adopción homoparental).

Finalmente, cabe decir que el nuevo Código Civil y Comercial establece que ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo.

De esta manera, se deja en claro que todos los derechos y obligaciones que deriven de la unión marital aplican para todos los tipos de uniones, sin importar la orientación sexual o forma de composición de sus miembros.

MARCO TEÓRICO

ADOPCIÓN HOMOPARENTAL EN COLOMBIA

Tal vez el mayor punto de inflexión en el concepto “familia” empieza a darse en el momento en que las mujeres empiezan a tomar un rol más importante en la economía productiva de las sociedades modernas, la mayoría de las mujeres empiezan a empoderarse de sí mismas y el rol que desempeñaban en la casa empieza a ser sustituido por nuevas actividades.

Este concepto de familia no escapa a la dimensión jurídica en Colombia. El constituyente primario a través de la Constitución Política ha dicho, por medio del artículo 42, que: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

Además, el artículo 113 del Código Civil de Colombia establece que: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

Del mencionado artículo nace un conflicto referente al concepto familia basado en el triángulo padre-madre-hijo.

El reconocimiento del derecho de las parejas homoparentales a adoptar que realizan los Estados puede hacerse a través de la Constitución, la ley mediante voluntad del órgano legislativo o jurisprudencialmente a través de órganos de cierre judicial. En el Estado colombiano ese reconocimiento se ha verificado a través de los fallos que en tal sentido a proferido la Honorable Corte Constitucional en sentencias tales como: C-811 de 2007; C-075 de 2007; C-336 de 2008; C-029 del 2009; C-577 de 2011; C- 071 de 2015; y SU214-16.

En diferentes ocasiones, la misma Corte Constitucional ha exhortado, a través de sentencias al Congreso de la República, a legislar sobre este tema: Sentencia C-577 de 2011; Sentencia C-071 de 2015.

Para el desarrollo de estas problemáticas, desde el punto de vista jurídico y social, es necesario dar un marco teórico que servirá de guía para la comprensión e interpretación en esta investigación. Este marco teórico se dividirá en tres temas de interés: 1) Matrimonio igualitario; 2) Familias homoparentales; y 3) La cuestión del interés superior del niño.

Matrimonio igualitario

A partir del 20 de junio de 2013, las parejas homosexuales pueden formalizar el matrimonio ante un juez o notario. Esto se da a partir de la decisión de la Corte Constitucional en su sentencia C-577 de 2011. De esta manera, la Corte encontró un déficit de protección a este tipo de parejas en el ordenamiento jurídico

colombiano, considerando además que las parejas del mismo sexo son familias. Al momento de pronunciarse en el fallo, el máximo tribunal constitucional exhortó al Congreso de la República, en el plazo de dos legislaturas, legislar sobre el tema, aquí se estaba configurando una clara omisión legislativa al respecto (Ramírez, 2014).

Pero existe una variedad de sentencias, las cuales habían empezado a tocar temas relacionados con las parejas del mismo sexo, puesto que antes el vínculo que utilizaban era la unión marital.

Empezaríamos a partir de la sentencia C-075 de 2007 referente a los efectos patrimoniales de la unión marital de hecho entre personas del mismo sexo. En la sentencia, la Corte encontró que en el sistema jurídico colombiano existía la siguiente situación:

Insuficiencia de la regulación en relación con el objeto de que le es propio, puesto que hoy, junto a la pareja heterosexual, existen y constituyen opciones válidas a la luz del ordenamiento superior, parejas homosexuales que plantean, en el ámbito patrimonial, requerimientos de protección en buena medida asimilables a aquellos que se predicán de la pareja heterosexual. (Sentencia C-075 de 2007).

Concluye que existía un régimen discriminatorio. Quinche (2015) expresa que:

No hay razón que justifique someter a las parejas homosexuales a un régimen que resulta incompatible con una opción vital a la que han accedido en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, ni resulta de recibo que la decisión legislativa de establecer un régimen que regula la situación patrimonial entre compañeros permanentes, se indiferente ante los eventos de desprotección a los que puede dar lugar tratándose de parejas homosexuales. (p. 202).

Otra de las sentencias referente a las parejas del mismo sexo es la C-811 de 2007, relacionada con el derecho de la pareja del mismo sexo a ser beneficiaria del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Quinche, 2015, p. 203). Asimismo, la sentencia C-376 de 2008, sobre el derecho de la pensión del sobreviviente para las parejas del mismo sexo.

Pero podríamos hablar de una sentencia que empieza a tratar el problema de la discriminación de las parejas del mismo sexo. Esto es la sentencia C-029 de 2009, que trata sobre la discriminación de estas parejas como un problema estructural. En esta, la Corte resuelve exequible la mayoría de la normatividad demandada, pero con la condición de que los derechos y beneficios que se encuentran contenidos en dicha normatividad deben ser extendidos a las parejas homosexuales.

Como es visible, la mayoría de los derechos reconocidos a las parejas del mismo sexo se han logrado por vía judicial. El legislador no se ha tomado la tarea de garantizar, por medio de una normatividad clara, los derechos de estos individuos.

Familias homoparentales

Las posturas que han dividido el tema de la adopción homoparental y, en efecto, de las familias homoparentales, como lo expresa Rengifo Rodríguez (2017), “han estado cimentadas en preceptos de tipo moral, consideraciones religiosas u opiniones carentes de fundamento; es decir, no se han basado en argumentos de carácter sociológico, normativo o jurídico” (p. 2).

Como en anteriores ocasiones se ha mencionado, en Colombia muchas de las luchas adelantadas por la comunidad LGTBI se ha dado por vía judicial para el reconocimiento de sus derechos como minoría, pues los proyectos de ley que se han presentado han sido frustrados y frustrantes.

A lo largo de los años, la Corte Constitucional ha evolucionado en su jurisprudencia, reconociendo más derechos para las parejas del mismo sexo. Pero como en todo hubo un principio, en las primeras decisiones de la Corte, se negaba el derecho a la adopción homoparental; ejemplo de ello fue la sentencia C-271 de 2003, en la cual definió a la familia como ...aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos.

Con esta definición podemos relacionar la decisión tomada en la sentencia C-814 de 2001, que declaró la exequibilidad de los artículos 89 y 90 del Código del Menor, donde señaló lo siguiente: La adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tener familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica (...).

Desde este punto de vista, al legislador no le resulta indiferente el tipo de familia dentro del cual autoriza insertar al menor, teniendo la obligación de proveerle aquella que le corresponde al concepto acogido por las normas superiores.

También se debe tener en cuenta que, en sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso “Atala Riffo y niñas contra Chile”, de 2012, se señala que la valoración social de la homosexualidad va cambiando y los Estados y sus ordenamientos deben ayudar a ese cambio social y no a legitimar y consolidar formas de discriminación lesivos de los derechos humanos (Martínez, 2014).

En esta sentencia, la Corte IDH condena a Chile por violar el derecho a la no discriminación, que se encuentra en el Pacto de San José de 1969, concluyendo además que “la Convención Americana sobre Derechos Humanos no protege a un solo modelo de familia” (Rodríguez, 2017). Es interesante esta sentencia puesto que se podría, en los estados que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH y que son parte de la CADH, aplicar un control de convencionalidad en protección de los derechos de estas minorías.

En este mismo sentido y, por último, es imperioso resaltar la opinión consultiva 24/17 de la Corte IDH (Pietrafesa y León, 2019), que reitera la obligación de los Estados respecto a generar mecanismos de protección a la no discriminación y protección de los derechos de las personas LGTBI, enfatizando:

La OC-24 afirma de forma categórica que la orientación sexual y la identidad y expresión de género son categorías prohibidas de discriminación bajo la CADH y, por lo tanto, protegidas dentro del marco normativo del SIDH5. Reiterando la jurisprudencia y los principios desarrollados previamente, la Corte IDH afirma que el principio pro homine –que surge tanto de las propias normas interpretativas de la CADH como de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados– determina que las categorías protegidas de discriminación bajo la CADH deben interpretarse teniendo en cuenta la alternativa más favorable a los derechos que se protegen en el tratado. En ese sentido, aun cuando no hayan sido mencionadas específicamente en el artículo 1.1., para la Corte IDH la orientación sexual, la identidad y la expresión de género son sin duda “otras condiciones sociales” protegidas por la Convención.

En este sentido, la Corte IDH hace un llamado a los Estados para que: “adopten medidas que pongan fin a la discriminación y violencia estructural que enfrentan las personas LGBTI, incluyendo la adopción de normas que prohíban expresamente la discriminación en razón de orientación sexual e identidad de género” (p. 24).

Finalmente, y dejando a un lado la jurisprudencia nacional e internacional, conviene mencionar, como lo afirma Blanco (2015) que “lo que afecta a hijas e hijos de personas homosexuales es el estigma y no la convivencia con la homoparentalidad” (p. 107).

La cuestión del interés superior del niño

La Honorable Corte Constitucional, en su sentencia T-587 de 1998 puntualizó, respecto del “interés superior del niño”, lo siguiente:

El interés superior del menor no constituye una cláusula vacía susceptible de amparar cualquier decisión. Por el contrario, para que una determinada decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, es necesario que se reúnan, al menos, cuatro condiciones básicas: 1) en primer lugar, el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real; es decir, debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; 2) en segundo término, debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos, encargados de protegerlo; 3) en tercer lugar, se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de interés en conflicto, cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio; 4) por último, debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor.

Es importante destacar que los derechos del menor prevalecen en el ordenamiento jurídico colombiano y en este sentido la Corte Constitucional, por medio de su sentencia T-510 de 2003, al respecto ha mencionado que: “El sentido mismo del verbo “prevalecer” implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización”.

Este principio del interés superior del niño se encuentra incluido en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia de 1991, el cual reza:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. (p. 21).

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás

Con base en lo citado anteriormente, el niño tiene derecho a una familia y, como anteriormente se ha mencionado, la CADH no solo protege un único modelo de familia, como es el caso de la heterosexual. Es así como se puede afirmar, según nuestro ordenamiento, que no es el derecho de las parejas de diferente sexo o del mismo sexo el que debe primar sobre la adopción, sino el derecho del niño a tener una familia, incluyendo la homoparental.

La American Psychological Association (2007) ha manifestado que “en las dos últimas décadas no se han podido apreciar diferencias de mayor entidad entre las aptitudes parentales varones gay y mujeres lesbianas que de las parejas heterosexuales” (p. 28). Incluso, han aseverado que, “las parejas conformadas por personas del mismo sexo tienen mayor conciencia de las responsabilidades frente al cuidado que necesitan los menores”. Estas afirmaciones se ven respaldadas también por Verduzco y Solorzano (2010), quienes afirman que las parejas homoeróticas realizan un mayor esfuerzo a la hora de tener hijos, reflexionando con mayor rigurosidad la decisión de ser padres o madres; es decir, el cariño al infante y el buen cuidado a este pueden estar garantizados en mayor medida que en lo observado en parejas heterosexuales que han expresado el deseo hacia la parentalidad. (p. 5).

En palabras anteriores se ha mencionado que no debe ser confundido el derecho de las parejas de heterosexuales u homoparentales a la adopción, frente al derecho del niño a tener familia. Este último tiene mayor prevalencia. Estas distinciones y transiciones se ven también en la bibliografía existente en cuanto al debate académico; Estrada Vélez (2011) ha dicho que:

Esta postura representa un giro argumentativo en el siguiente sentido: de una defensa de los derechos de las parejas del mismo sexo, bajo el generalizado argumento de la igualdad, se pasa a una defensa con base

en el deber del respeto de la diferencia (el derecho a ser diferente); del derecho de las parejas del mismo sexo a adoptar, a una defensa de los derechos fundamentales prevalentes de los menores a tener una familia, al amor y la protección (art. 44 de la C. P. y art. 22, Ley 1098 de 2006), situación esta en la que las parejas del mismo sexo deben ser vistas como facilitadoras del ejercicio efectivo de esos derechos fundamentales del menor. (p. 36).

En el caso “Atala Riffo y niñas vs Chile” del año 2012 abordado por la Corte IDH se ha dicho que la carga de la prueba debe ser invertida de modo que la presunta víctima (Karen Atala) no es quien deba probar que su conducta (homosexualidad) no perjudica a nadie, sino que “debe ser la autoridad que limita o restringe el derecho a no sufrir discriminación por orientación sexual quien debe mostrar el daño” (Piedrahita, L.J., 2017, p. 280).

CONCLUSIONES

El cambio en las instituciones sociales causa malestar en círculos tradicionales de pueblos y comunidades del mundo entero, sobre todo cuando se trata del círculo más inmediato o la estructura más pequeña del sistema. En la sociedad actual se considera que la familia es la célula de dicha estructura social. En el caso argentino, en las dos últimas décadas, se ha suscitado una transformación en donde muchas personas habrían deseado tal vez una estructura imperativamente uniforme para todas las familias. En dicho deseo hay una especie de nostalgia de las leyes antiguas, sobre todo en personas mayores que echan de menos ciertas prácticas familiares como el trato cara a cara y los encuentros vecinales que incentivaban la solidaridad y cohesión social en donde el control se ejercía entre todos, como miembros de una auténtica comunidad tradicional.

Lejos de utopías igualitarias del pasado, hoy los textos y contextos reformadores se han colocado a favor de la diversidad y de la pluralidad de los temperamentos. Han multiplicado las opciones. Han abierto la puerta a las convenciones privadas, como instrumento de diversificación, en campos que se podría creer que estaban censurados por el orden público. Este es el caso de la biotecnología y, de manera específica, el de la inseminación artificial in vitro, que ha puesto retos éticos y morales frente a la reproducción de la especie humana.

Es así como en Argentina, el Código adopta una solución transaccional, fundada en el valor solidaridad, para poder cubrir las modalidades existentes en la sociedad y hacer la vida común tolerable, y representar un paso importante en la evolución del derecho hacia soluciones más justas. Por lo demás, nadie puede negar el avance que supone pasar de un régimen que nada protege a otro que abre el camino de la protección; puede ocurrir que el tiempo muestre que sea necesaria mayor amplitud a la prevista o, por el contrario, que se acredite que debe dar más juego aún a la autonomía de las personas, sus familias y grupos sociales.

La familia ensamblada también llamada reconstituida, reconstruida o recompuesta, independientemente de las críticas que cada palabra pueda merecer, es aquella que se constituye después de una separación, divorcio o viudez, cuando uno o

ambos integrantes de la pareja tienen hijos de una unión anterior. Anteriormente, no sólo la literatura, particularmente la orientada a los niños, mostró adversidad hacia este tipo de familias -cuentos como “La Cenicienta” y “Blanca Nieves” y otros- (art. 308/97, 1997), Código Procesal Penal argentino, en su redacción original, disponía la pérdida del ejercicio de la patria potestad de la madre viuda que contrae nuevas nupcias, ejercicio que sólo recuperaba si volvía a enviudar.

En otras palabras, el Código permite llegar a la escena normativa a distintos tipos familiares; son varios jueces los que reconocen estos avances y expresan que Argentina es nación facilitadora, pluralista, dispuesta a respetar a alguien desconocido e incluso tolerante y protectora de la diversidad.

Aquí es oportuno hacer comparación entre el sistema jurídico argentino y los protocolos de la NASA, utilizados de manera instructiva, con el propósito de adiestrar a los astronautas para, en caso de hallarse en el espacio y al perder desde la tierra, encontraran objetos no identificados, cualesquiera que fuese su condición, deberán asumir una actitud prudente, responsable y con alto sentido de observación científica, para actuar bajo parámetros de no agresión y tolerancia frente a lo desconocido; todo esto con el máximo interés de acceder al conocimiento y descubrimiento de fenómenos y experiencias que posibiliten generar bienestar y desarrollo humano.

Con esto lo que se pretende es demostrar que no hay razón para temer a los cambios y a las circunstancias nuevas, como el caso de los matrimonios igualitarios, ese matrimonio de personas del mismo sexo y sus efectos en materia de filiación. En Argentina, al igual que en otros países, la ley fue el resultado de una larga lucha de aquellos que demandaron amparo a sus derechos fundamentales con minorías.

El tema interesa a todas las personas y parejas, hetero y homosexuales, pero es evidente que la cuestión tiene especial relevancia para la persona homosexual. De este modo, el uso de las técnicas de reproducción humana asistida sería un modo de acceder de manera originaria a una familia monoparental, de igual modo que acontece con la adopción por una persona sola permitida por la normativa vigente.

Sin embargo, la aceptación legal de la adopción homoparental ha sido una legislación que coloca a Argentina a la estatura constitucional y jurisprudencial de naciones evolucionadas en materia del reconocimiento de derechos humanos universales, que permite a ciudadanos de este planeta, disfrutar de disposiciones que proporcionan bienestar y felicidad, como una expresión de la mayor virtud humana conocida como justicia.

Para el caso colombiano, el historial de los derechos de las minorías en diversidad sexual tiene una trayectoria de varias décadas con constantes e insistentes luchas obteniendo muchos fallos favorables en los estrados judiciales. Sin embargo, la situación en el ámbito social es adversa, puesto que persiste la discriminación y rechazo en círculos familiares, educativos, laborales y comunitarios en donde los imaginarios sociales plasman a través del lenguaje y hechos agresivos de todo tipo, entre los que figuran hostigamientos, amenazas de muerte, homicidios y abusos de autoridades policivas, según lo ha reportado Colombia Diversa, organización que protege los derechos de los homosexuales.

Para la comunidad LGTB, los derechos que le han sido reconocidos por medio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en su mayoría, son un paso significativo en la construcción de una sociedad más incluyente y respetuosa con aquellos que son diferentes por motivos de su orientación sexual.

RECOMENDACIONES

La Corte Constitucional, de la mano de las organizaciones que representan la comunidad LGTBI, como minoría poblacional en ejercicio de sus derechos políticos y sujeto de derechos fundamentales, deben ponerse de acuerdo en la estrategia más adecuada para plantear, ante el legislativo, un proyecto de ley para que el Congreso de la República de Colombia legalice los derechos que tienen como colombianos y que no deben ser distintos, en esencia, a las parejas hetero-afectivas de este país.

En la actualidad, la situación del matrimonio entre personas del mismo sexo en Colombia es compleja, toda vez que no existen leyes que regulen de manera directa la unión de dichas parejas. Es cierto que, producto de varias sentencias proferidas por la Corte Constitucional, en el momento se encuentra en vigencia un mandato por el cual las parejas del mismo sexo pueden acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual; pero aún las interpretaciones sobre la naturaleza de este contrato son diversas y aún no han sido clarificadas por el congreso o por ninguna alta corte. De lo anterior surge la necesidad de que obliguen a los representantes de la sociedad colombiana, en el aparato legislativo, para que se comprometan, en forma responsable, para atender las demandas constitucionales de esta población en materia de adopción, de una manera explícita y transparente, tal y como lo demanda el sistema de democrático que rige a la nación.

REFERENCIAS

- Association, C. F. (2007). Application for leave to file brief amici curiae in support of the parties challenging the marriage exclusion and brief amici curiae of the American Psychological Association. *American P.* 28(1-72). Recuperado de https://www.courts.ca.gov/documents/Amer_Psychological_Assn_Amicus_Curiae_Brief.pdf.
- Blanco, M. E. (2015). Adopción igualitaria en Colombia, preceptos para un camino justo a un pacto de cuidado. *Cuadernos de Filosofía Latinoamericana*, 36(113), 103-123.
- Colombia. Corte Constitucional. (1991). *Constitución Política de Colombia de 1991*. (Edición especial preparada por la Corte Constitucional). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>
- Colombia. Corte Constitucional. (1998). *T-587 de 1998*. Interés superior del menor - Condiciones básicas. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-587-98.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. (2001). *C-814 de 2001*. La adopción es el procedimiento que establece la relación legal de parentesco paterno o materno filial entre personas que biológicamente no lo tienen. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-814-01.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. (2003). *C-271 de 2003*. Familia - Presupuesto de existencia y legitimidad de la organización sociopolítica del Estado. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-271-03.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. (2003). *T-510 de 2003*. Interés superior del menor. Concepto. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-510-03.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. (2007). *C-075 de 2007*. Régimen patrimonial de compañeros permanentes. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. (2007). *C-811 de 2007*. Régimen de seguridad social en salud de pareja homosexual - Aplicación. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-811-07.htm>

- Colombia. Corte Constitucional. (2008). *C-336 de 2008*. Compañero o compañera del mismo sexo. Forma de acreditar la condición de pareja para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-336-08.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. (2009). *C-029 del 2009*. Parejas homosexuales y parejas heterosexuales -Improcedencia de un pronunciamiento de carácter general por vulneración del principio de igualdad/Parejas homosexuales y parejas heterosexuales - Diferencias impiden dar tratamiento igual a unas y otras. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-029-09.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. (2011). *C-577 de 2011*. Homosexualidad - Orientaciones doctrinales/homosexuales y transexuales - Distinción/homosexualidad - Contenido y alcance de la expresión/ Parejas del mismo sexo-Contenido y alcance de la expresión/Homosexualidad - Acepciones. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. (2015). *C-071 de 2015*. Normas sobre adopción consentida o complementaria-Ámbito de aplicación también comprende las parejas del mismo sexo cuando la solicitud recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-071-15.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. (2016). *SU214-16*. Derecho a contraer matrimonio entre parejas del mismo sexo en condiciones de dignidad, libertad e igualdad. Fundamento. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm>
- Díaz-Cortez (2010). *Matrimonio civil. La Ley 26.618*. Recuperado de http://www.diazcortez.com.ar/2010/2_cuat/jt36/tp/ley26618.html
- Estrada Vélez, S. (2011). Familia, matrimonio y adopción: algunas reflexiones en defensa del derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia y de los menores a tenerla. *Revista de Derecho*, núm. 36. Barranquilla. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n36/n36a07.pdf>
- Feldstein de Cárdenas, S. L. y Scotti, L. B. (2011). El matrimonio igualitario en la República Argentina: impacto y perspectivas desde la mirada del derecho internacional privado. *Revista Científica de UCES*, 15(1), 52-75. UCES.
- Giberti, E. (2004). La adopción y la alternativa homosexual. En J. H. Raíces Montero (comp.). *Adopción. La caída del prejuicio*. Editores del Puerto.

- Jorge, J. E. (2012-06-14). *El Matrimonio igualitario: un análisis desde la cultura política Argentina*. Repositorio institucional de la UNLP-SEDICI. Recuperado de <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/45840>
- La primera boda gay en Latinoamérica se celebra en la Patagonia. (28 de diciembre de 2009). *El País*. Recuperado de https://elpais.com/sociedad/2009/12/28/actualidad/1261954817_850215.html
- Linson (2013). Parentalidades gays y lesbianas: el surgimiento de la temática en la Argentina. *Revista de Ciencias Sociales*, 44(1), 109-131. Recuperado de www.periodicos.ufc.br/revcienso/article/view/831
- Lozano-Verduzco, I. y Jiménez Solorzano, A. (2010). La homoparentalidad desde gays y lesbianas en la Ciudad de México. *Revista Digital Universitaria-Coordinación de Publicaciones Digitales*. 11(8). UNAM. Recuperado de <file:///D:/Users/Lenovo/Downloads/Homoparentalidadesdegaysylesbainas.pdf>
- Martin, J., y Glegliesi, P. (s.f.) Familias homoparentales. *Fundación Foro*. Recuperado de <https://www.fundacionforo.com/pdfs/familias-homoparentales.pdf>
- Martínez, F. R. (2014). Comentarios jurisprudenciales - Caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos "Atala Riffo y Niñas contra Chile" (24 de febrero de 2012). *Cuestiones Constitucionales*, núm. 30, ene-jun 2014. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932014000100010
- Medina, G. (2000). *La adopción por homosexuales en la jurisprudencia comparada*. Editorial Gaceta Jurídica: Lima.
- Nofal, L. (2010). *Adopción homoparental: derechos LGBT a la adopción* (tesis doctoral). Universidad de Belgrano. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.
- Piedrahíta, L. J. (2017). Adopción homoparental: Estudio de derecho comparado a partir de las perspectivas de los países latinoamericanos que la han aprobado. *Revista CES Derecho*, 8(2), 267.
- Pietrafesa, A. y León, N. (2019). La Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Centro por la Justicia y el Derecho Internacional*, 23.
- Quinche Ramírez, M. F. (2015). *Derecho constitucional colombiano*. (6.ª ed.). Bogotá: Editorial Temis.

- Ramírez, M. P. (2014). La sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia. *Revista Derecho del Estado* (31), 231-257. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3610>.
- Rengifo Rodríguez, L. Á. (2017). La adopción homoparental en Colombia. Consideraciones conceptuales y jurisprudenciales. *EBSCO*, 19(2), 1–16. Recuperado de <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=fap&AN=138349201&lang=es&site=ehost-live>
- Rodríguez, L. Á. (2017). La adopción homoparental en Colombia. Consideraciones conceptuales y jurisprudenciales. Inciso. *Derecho y Ciencia Política*, 19(2). Recuperado de <https://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/view/805>
- Sangalli, N., Ortiz, S. F., Wajsman, M., Sánchez, R., y Schmidt, C. (5 de agosto de 2015). El interés superior del niño en las adopciones. *Lecciones y Ensayos*, núm. 92, 2014, 217-231. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/92/el-interes-superior-del-nino-en-las-adopciones-homoparentales.pdf>
- SAP-Pediatría. (28 de junio de 2010). *Informe sobre el matrimonio del mismo sexo*. (Informe realizado por el Grupo de trabajo de Derechos del Niño). Comité Nacional de Familia y Salud Mental y Comité Nacional de Pediatría Ambulatoria. Recuperado de <http://www.sap.org.ar/docs/mmsexo.pdf>
- Verduzco I. L., & S. (1 de agosto de 2010). La homoparentalidad desde gays y lesbianas en la Ciudad de México. *Revista Digital Universitaria* 11(8). Coordinación de Publicaciones Digitales. DGSCA-UNAM. Recuperado de <http://www.revista.unam.mx/vol.11/num8/art77/>

EL PROBLEMA DE LA FALTA DE PLANO DE DESLINDE EN EL DERECHO INMOBILIARIO Y REGISTRAL DOMINICANO

The problems of the lack of land surveys in the Real Estate and Registry Laws of the Dominican Republic

Ariella Adames Rojas

Jurisdicción Inmobiliaria
Tribunal de Tierras
República Dominicana
aadamesrojas@yahoo.com

Artículo de investigación
Recibido: 20 de febrero de 2020
Aprobado: 26 de abril de 2021



Obra bajo licencia
Creative Commons
Atribución-NoComercial-
SinDerivadas 4.0 Internacional

Vol. 1, núm. 19, junio 2021
ISSN (impreso): 2305-2589
ISSN (en línea): 2676-0827
Sitio web: <https://saberyjusticia.edu.do>

Resumen

La existencia en la historia de nuestro derecho inmobiliario y registral de los terrenos o sitios comuneros y de las porciones de parcela amparadas en las constancias anotadas, evidencia que no siempre se ha cumplido cabalmente con el principio de especialidad en cuanto al objeto, lo que ha contribuido a innumerables fraudes y litis en materia inmobiliaria. De ahí el esfuerzo normativo que se ha realizado para eliminar, reducir y controlar la figura de las constancias anotadas que amparan el derecho de propiedad de porciones de parcela. Y, en consecuencia, exigir que el derecho registrado cuente con una correcta determinación e individualización, amparado en un plano aprobado por la Dirección Regional de Mensuras Catastrales.

Palabras clave

Constancias anotadas; Principio de especialidad; Porciones de parcela; Terrenos comuneros.

Abstract

The existence throughout the history of our real estate and registry laws of rights on land or “terrenos comuneros” (common land) and portions of land or parcels backed by the so-called “constancias anotadas” (which support real estate rights in portions of land), evidences how the “Principle of Specialty” as to the object has not always been duly observed. The lack of observance of the before-referenced principle has contributed to mass fraud, disputes and litigation in connection with real property boundaries. This is part of the reasoning behind the efforts being made to eradicate through regulations the Constancias Anotadas. Consequently, the goal is to seek that real property are afforded reliable individualization and specificity supported by proper surveys duly approved by the Dirección Regional de Mensuras Catastrales.

Keywords

Constancias anotadas; Principle of specialty; Portions of land; Common land.

Introducción

Es necesario remontarnos a la historia de nuestro derecho inmobiliario para estudiar los orígenes del derecho de propiedad y conocer las vicisitudes que, en su momento, debilitaron, en gran medida, el sistema de la propiedad inmueble, debido a la inseguridad que reinaba producto de los fenómenos de los terrenos comuneros y de las constancias anotadas. A estos fenómenos hubo que dar respuestas adecuadas para provocar el fomento y la circulación de las riquezas basadas en bienes raíces. Es de esta forma que abordaremos la propiedad inmobiliaria desde la época colonial, con el propósito de desvelar la existencia de los terrenos comuneros hasta abarcar el estudio de las porciones de parcela sustentadas en constancias anotadas; por ser estos dos fenómenos, a nuestro entender, los grandes retos que ha tenido que enfrentar el sistema inmobiliario registral dominicano para dar cumplimiento al principio de especialidad en cuanto al objeto.

La falta de plano de deslinde en nuestro derecho inmobiliario y registral se revela en la existencia en la historia de nuestro derecho de los terrenos o sitios comuneros, así como en las constancias anotadas. Esta falta de plano deja ver que no siempre se ha cumplido cabalmente el principio de especialidad, en cuanto al objeto, principio cardinal que rige la materia inmobiliaria y registral. Este principio consiste en que se encuentre determinado e individualizado el objeto a registrar, amparado en un plano debidamente aprobado por la Dirección Regional de Mensuras Catastrales, territorialmente competente.

La Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario define el principio de especialidad como: la correcta determinación e individualización de sujetos, objetos y causas del derecho a registrar. Esta definición abarca la determinación de los sujetos y la causa del derecho, pero en el presente trabajo nos referiremos únicamente a la determinación e individualización del objeto; es decir, al inmueble.

Cómo citar:

Adames Rojas, A. (2021). El problema de la falta de plano de deslinde en el derecho inmobiliario y registral dominicano. *Revista Saber y Justicia*, 1(19), 24-36. <https://saberyjusticia.edu.do>

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El principio de especialidad, en cuanto al objeto, no siempre se ha cumplido cabalmente en el derecho inmobiliario y registral dominicano.

El problema de la falta de plano de deslinde en el derecho inmobiliario y registral dominicano

El sistema inmobiliario y registral dominicano ha sido fruto de una larga evolución que se ha caracterizado por el esfuerzo en otorgar las soluciones adecuadas a los grandes retos que ha tenido que enfrentar ante los problemas de la tierra y su registro en el país. Estos problemas han tenido que ver con otorgar un régimen jurídico aplicable a los terrenos comuneros y en la adopción de medidas reglamentarias para lograr la eliminación, reducción y el control de las constancias anotadas.

Entre los problemas ocasionados por los terrenos comuneros, los cuales “constituían una forma de tenencia de la tierra que probablemente tuvo su origen en las reparticiones de tierras e indios y en las encomiendas que realizaban los conquistadores españoles en los tiempos de la colonia” (Ruíz Tejada, 1952, p. 21), podemos mencionar que estos terrenos “carecían de linderos claros que establecieran dónde comienza y termina cada finca o predio”(Vega, 2002, p. 92). “Los linderos solían ser el lindero de otro hato o algún accidente natural, como un río. Esta falta de precisión de los linderos ocasionaba dificultades a la hora de mensurar las fincas, por lo que se empezó a usar el valor del terreno, para entonces, calcular la porción que se traspasaba por venta o por sucesión” (Vega, 2002, p. 92).

Por su parte, entre los problemas ocasionados por las constancias anotadas se encuentran las innumerables litis suscitadas por problemas de linderos, incumpléndose muchas veces con el principio de especialidad, establecido en la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario y que consiste en “la correcta determinación e individualización de sujetos, objetos y causas del derecho a registrar”. Un problema típico de linderos es cuando se impugna el lindero de una parcela contigua por la ubicación de la colindante que realiza trabajos de campo (sentencia, 3ra. Sala SCJ, 20 de febrero de 2019, núm. 91), (sentencia, 3ra. Sala SCJ, 30 de octubre 2019, núm. 108, B.J. 1307).

Las vicisitudes que han ocasionado la existencia de los terrenos comuneros y de las Constancias Anotadas se deben a la falta de una correcta ubicación, determinación e individualización del inmueble.

Reseña de los orígenes del derecho de propiedad

Mediante la célebre *Bula Inter Caetera*, del 3 de mayo de 1493, otorgada por el Santo Padre Alejandro VI a los Reyes de España, “quedaban éstos investidos con el derecho de propiedad de las tierras descubiertas y por descubrir en el Nuevo Mundo” (Ruíz Tejada, 1952, p.5). Esta bula papal marca el inicio de la historia de

la propiedad inmobiliaria en el país, la cual se ha dividido, para su estudio, en siete periodos. El segundo periodo inició con la Ley de Amparo Real, del 20 de noviembre de 1578, mediante la cual los Reyes de España reivindican para la Corona Española el derecho de propiedad de las tierras descubiertas. En ocasión de la Independencia Nacional, el 27 de febrero de 1844, se inicia el tercer periodo, “pasando al patrimonio del Estado dominicano los derechos de propiedad de la Corona Española, sobre las tierras descubiertas, adquiridas desde el descubrimiento y la conquista” (Ruíz Tejada, 1952, p. 5). Durante este periodo se dictó la ley sobre Bienes Nacionales, del 2 de julio de 1845, mediante la cual pasarían a ser bienes nacionales todas las propiedades dentro del territorio de la República de las cuales no se conociera dueño. Asimismo, “pasarían a ser bienes del Estado, en virtud de esta ley, las propiedades que hubieran pertenecido a alguno de los gobiernos anteriores y aquellas que hubieran pertenecido a los haitianos refractorios a la proclama de la independencia” (Ruíz Tejada, 1952, p. 28). Con la Ley sobre División de Terrenos Comuneros, del 21 de abril de 1911, se inicia el cuarto periodo.

El quinto periodo está marcado por la Orden Ejecutiva núm. 511, del 1ro de julio de 1920 (Ciprián, 2013, p. 158). Esta orden ejecutiva fue votada durante la ocupación militar norteamericana de 1916 y, con ella, se adopta el sistema registral australiano Torrens que nos regirá junto con el sistema ministerial francés hasta la actualidad. Dicha Orden Ejecutiva se convirtió en la Ley núm. 1542 sobre Registro de Tierras, marcando el sexto periodo (Ciprián, 2013, p. 158).

En cuanto al tercer período, “la doctrina” (Gómez, 2007: 39) está dividida en establecer si el mismo está marcado por la independencia nacional de 1844 o por la adopción de los Códigos Napoleónicos. Lo mismo ocurre con relación al cuarto período, que se ha establecido que está marcado por la independencia nacional. También, se ha establecido que el quinto período corresponde a la promulgación de la Ley sobre Terrenos Comuneros. Finalmente, el séptimo periodo está “marcado por la actual Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario” (Ciprián, 2013, p. 160) y los diversos reglamentos que la complementan.

Si bien son siete, con sus discrepancias, los periodos en los cuales se ha dividido el estudio de la propiedad inmobiliaria, podríamos hablar de un octavo periodo, marcado por las transformaciones tecnológicas y los cambios estructurales del sistema inmobiliario registral. “La historia de la evolución del derecho inmobiliario y con ello del derecho inmobiliario y registral, como rama del mismo, con vocación comparatista” (Manzano Solano y Manzano Fernández, 2008, p.69) muestra los hechos y acontecimientos históricos que, en su momento, y al día de hoy, han sido significativos para dotar al país de un ordenamiento jurídico inmobiliario y registral que brinde las soluciones adecuadas al problema de la tierra y su registro.

Los terrenos comuneros

A mediados del siglo XIX, los Terrenos Comuneros eran una clasificación o forma de dividir la propiedad. La Orden Ejecutiva núm. 511 define los terrenos comuneros a los cuales también se les conoce como Sitio Comunero:

Se entenderán que significan predios indivisos de terrenos que pertenezcan, o que se digan pertenecer, a dos o más personas, cuyos derechos estén representados en acciones denominados “pesos”, u

otras unidades que más bien guarden relaciones al valor o derechos proporcionales que al área del terreno perteneciente a dichas personas o reclamada por ellas...

El origen de los terrenos comuneros se remonta a la época colonial. Se han planteado diversas hipótesis que revelan que tal esquema de división de la propiedad inmobiliaria se debió a una realidad social y política de la época colonial hasta inicios del siglo XIX. Mediante la Ley sobre División de Terrenos Comuneros, de 21 de abril de 1911, se procuró organizar y dividir tales terrenos otorgándoles un régimen legal. Dicha ley, si bien no obligaba a la partición a los accionistas de un sitio comunero, era de orden público, ya que el legislador entendió la imperiosa necesidad de mensurar, deslindar, y partir tales terrenos. En ese sentido, en la sentencia de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, de fecha 26 de agosto de 1983 (B. J. 873), la Alta Corte estimó que, tratándose del saneamiento de un resto comunero de una parcela, los jueces del Tribunal de Tierras “tienen la facultad de examinar y hasta indagar de oficio la prueba, dentro de las limitaciones legales de ésta y el respeto al derecho de defensa para adjudicar los terrenos aún a personas” que, aunque no hayan sido reclamantes, resulten ser titulares, debido a que tales procedimientos son *in rem* y frente a toda persona a quienes pueda interesar.

Diversas hipótesis del surgimiento de los terrenos comuneros

La “primera hipótesis” (Ruíz Tejada, 1952, p. 22), plantea que los terrenos comuneros se originan en las mercedes o concesiones de los Reyes Católicos, las cuales se enmarcaban en los límites naturales, pero sin indicar el área del terreno. Siendo así que el terreno comprendido entre los límites así establecidos no era medido catastralmente. En este esquema, el peso de título facilitaba las ventas, donde lo que se tomaba en cuenta era el valor que el vendedor le asignaba al terreno y no el área del mismo, ya que el área era desconocida.

No obstante, el terreno comunero no era común como podría inferirse del nombre dado. No había estado de indivisión, sino que cada dueño podía disponer de su terreno, sin necesidad del consentimiento de los demás. Sin embargo, “los dueños del terreno comunero acordaban usar las monterías de forma común” (Vega, 2002, p. 92). De acuerdo al artículo 2265 del Código Civil, era necesario al que adquiriere de buena fe y a justo título invocar la prescripción por cinco o diez años, si el verdadero propietario vivía en el distrito judicial. En cambio, tratándose de constancias anotadas, no es necesario hacer valer la prescripción, ya que quien sustenta su derecho de propiedad en una constancia anotada, se le reconoce como propietario de la porción de terreno de que se trate, de acuerdo al artículo 2 del Reglamento para el Control y Reducción de Constancias Anotadas.

La “segunda hipótesis” (Ruíz Tejada, 1952, p. 20) está relacionada con la forma en que estaba dividida la propiedad inmobiliaria en la época colonial. A saber, en los siguientes grupos: la propiedad realenga, la propiedad eclesiástica, la propiedad de los colonos españoles y las tierras asignadas a los indios o comunidad indígena. La propiedad realenga era la propiedad perteneciente a los Reyes Católicos por motivo de la conquista, sancionada por la *Bula Inter Caetera*. La propiedad eclesiástica se refería a la propiedad perteneciente a la Iglesia, que vino a convertir a los taínos a la religión católica. La propiedad de los colonos españoles se conformó con los

repartimientos de indios con sus tierras y también a raíz de las encomiendas, que eran un repartimiento subsecuente de las reparticiones de aborígenes. Finalmente, las tierras asignadas a los indios o comunidad indígena consistían en asignación de tierras para la labranza.

La “tercera hipótesis” (Ruíz Tejada, 1952, p. 55) que trata de explicar el surgimiento de los terrenos comuneros es la de la convención a acuerdo particular en el cual el vendedor le atribuía un valor al terreno que pretendía vender, vendiendo una parte o porción de éste sin saber la extensión del mismo. Surgiendo luego, más ventas de porciones por parte de los adquirientes o herederos, fraccionando de este modo la propiedad y creando nuevos derechos a favor de adquirientes cuya posesión más que derecho de propiedad era a título de “familiaridad, de tolerancia o de conveniencia personal” (Ruíz Tejada, 1952, p. 55). Influyó de igual forma a la existencia de terrenos comuneros, la crianza libre que existía en la parte este de la isla española.

El proceso de partición de los terrenos comuneros era imperfecto y tortuoso, debido a que se corría el riesgo de que la demanda en partición no fuera notificada a todos los accionistas del sitio comunero, existiendo la posibilidad de no notificar a una persona que debía ser tomada en cuenta en dicho proceso (Ruíz Tejada, 1952, p. 27).

La Ley del 29 de junio de 1907, de acuerdo a su preámbulo, intentó evitar los fraudes y los desórdenes que ocasionaban los sitios comuneros, pero era imperfecta, ya que autorizaba a medir las porciones de los terrenos comuneros, sin contemplar un procedimiento de partición del sitio, que estableciera la cantidad de terreno que pertenecía a cada accionista. Entre las bondades de la ley de 1907 podemos mencionar que “prohíbe a los notarios levantar actos de ventas en terrenos comuneros, sino fueren previamente mensurados” (Ruíz Tejada, 1952, p. 31). Asimismo, “prohíbe a los encargados del registro registrar actos bajo escritura privada que se refieran a ventas en esas tierras, a menos que se les presente el plano de dichas tierras” (Ruíz Tejada, 1952, p. 31).

En una sentencia de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, de fecha 24 de junio de 1987 (B. J. 919), quedó establecido que el procedimiento de partición es el que otorga la titularidad sobre un sitio comunero o sobre parte de él: “El hecho de que en un procedimiento de depuración de títulos se reconozca a favor de un accionista del Sitio determinada cantidad de acciones, no otorga al accionista un derecho determinado en el terreno comprendido en el sitio comunero a que corresponden dichas acciones de pesos, mientras no se realiza la partición en naturaleza y se otorga a cada uno de los accionistas la porción que le corresponde en dicho terreno de acuerdo con su título”.

Las constancias anotadas

Otra problemática relativa a la falta de cumplimiento del principio de especialidad en cuanto al objeto es la existencia en nuestro derecho de porciones de parcela, amparadas en constancias anotadas. El criterio de especialidad está contenido en el principio II de la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario, consistente “en la correcta determinación e individualización de sujetos, objetos y causas del derecho a registrar”.

Las porciones de parcelas surgieron en nuestro país, desde muy temprano, de manera espontánea, quizá por la facilidad para la venta y el mejor precio que representaba vender en porciones, sin necesidad de realizar el debido deslinde y con ello la determinación e individualización de la porción vendida. Podemos afirmar que las porciones de parcela dibujan una sintomatología muy parecida a los terrenos comuneros, consistente en la fragmentación de la tierra en porciones que a su vez se transferían en diversas porciones más, no contando estas ventas de porciones con el debido soporte técnico que se expresa en el deslinde o subdivisión de la propiedad.

Lo cierto es que las porciones de parcela originan problemas de diversa índole en la tarea de ubicar, determinar y delimitar tales porciones, ocasionando con esto inseguridad jurídica en el comercio. Entre los problemas más comunes que deben enfrentar los dueños de porciones de parcela que tienen sus derechos amparados en constancias anotadas, cuando procuran deslindar su porción, se encuentra la falta del cumplimiento de las medidas de publicidad por parte del agrimensor. La jurisprudencia nos da algunos ejemplos en los cuales las medidas de publicidad no han sido cumplidas por el agrimensor (sentencia 3ra. Sala SCJ, 30 de enero 2019, núm. 45, B.J.1298; sentencia de las Salas Reunidas de la SCJ, 20 de febrero 2019, núm. 2, B.J. 1299; sentencia 3ra. Sala SCJ, 27 de septiembre 2019, núm. 26, B.J. 1306; sentencia de las Salas Reunidas de la SCJ, 14 de noviembre de 2018, núm. 7, B.J. 1296), lo cual se verifica al no notificar a los copropietarios, colindantes y ocupantes del inmueble, como establece el artículo 12 de la Resolución núm. 355-2009, sobre Regularización Parcelaria y el Deslinde.

De igual modo, las porciones de parcela originan problemas en lo relativo a si la porción que se quiere deslindar está siendo ocupada por el deslindante (sentencia de fecha 20 febrero 2019 de las Salas Reunidas de la SCJ, núm. 2, B.J. 1299; sentencia 3ra. Sala SCJ, 21 junio 2019, núm. 53, B.J. 1303; sentencia 3ra. Sala SCJ, 27 septiembre 2019, núm. 26, B.J.1306; sentencia 3ra. Sala S.C.J, 19 noviembre 2014, núm. 19, B.J. 1248).

Caso frecuente también es que al realizar el deslinde se tome terreno ajeno (sentencia de las Salas Reunidas, 20 febrero 2019, núm. 2, B.J. 1299; sentencia 3ra. Sala SCJ, 24 de enero 2018, Núm,5, B.J. 1286; sentencia 3ra. Sala S.C.J, 11 julio 2012, núm. 36, B.J. 1220; sentencia 3ra. Sala S.C.J, 9 octubre 2013, núm. 30, B.J. 1235; sentencia 3ra. Sala S.C.J, 2 julio 2014, B.J.1244). Las superposiciones o solapamiento de parcelas constituyen también inconvenientes que se presentan en la tarea de deslindar las porciones de parcela (sentencia 3ra. Sala SCJ, 20 febrero 2019, núm. 43, B.J.1299; sentencia 3ra Sala, SCJ, 14 marzo 2018, núm. 32, B.J. 1288; sentencia 3ra. Sala S.C.J, 19 marzo 2014, núm.13, B.J 1240). También se dan problemas a la hora de realizar el deslinde ya que la porción de terreno deslindada es distinta a la adquirida (sentencia 3ra. Sala S.C.J, 28 mayo 2014, B.J. 1242).

El origen de las constancias anotadas lo revela el artículo 170, párrafo de la derogada Ley núm. 1542 de Registro de Tierras:

Cuando se trate de un certificado de título que abarque porciones pertenecientes a distintos dueños, el duplicado de certificado de título que se expida a cada dueño podrá crear una constancia, extracto del certificado original, con los datos esenciales relativos a la parcela o solar de que se trate.

La constancia así expedida, de acuerdo al artículo 173 de dicha ley, hacía prueba del derecho de propiedad, a la vez que tenía fuerza ejecutoria en los tribunales de la República. El artículo 195 de la misma ley complementa lo establecido por el artículo 170, antes mencionado, al establecer que:

Si el acto de disposición transfiere solamente una parte alícuota, o una porción determinada de un inmueble registrado, el Registrador de Títulos hará una anotación al pie del certificado original y del duplicado del dueño disponente, y expedirá al adquiriente una constancia (...), hasta tanto se practique la subdivisión o el deslinde de la porción que le corresponde.

El párrafo I del artículo 2 del Reglamento para el Control y Reducción de Constancias Anotadas, instituido por Resolución núm. 517-2007, del 22 de marzo de 2007, Modificado por Resolución núm. 1737, del 12 de julio de 2007, se refiere a la porción de parcela, precisando que:

Independientemente de que los derechos sobre un inmueble estén consignados en un mismo asiento registral o en varios, cuando se consignan derechos sobre superficies determinadas a favor de una o más personas, se considera que hay una constancia anotada por cada superficie determinada, la que se denomina porción de parcela.

El Reglamento para el Control y Reducción de Constancias Anotadas, en el artículo 2, define, a su vez, la figura de la Constancia Anotada como “el documento emitido por el Registro de Títulos que, sin contar con designación catastral propia ni con un plano individual de mensura debidamente aprobado, acredita la existencia de un derecho de propiedad sobre una porción de parcela”.

De acuerdo al artículo 2, párrafo II del Reglamento para el Control y Reducción de Constancias Anotadas, se consideran como sustentados en constancias anotadas “los derechos sobre un resto de parcela que resultan como consecuencia del registro de ventas parciales (...)”. El mismo artículo indica, en el párrafo III:

Cuando, en función de las excepciones previstas en el presente reglamento, se acepte el ingreso de una transferencia parcial sustentada en un certificado de título, el Registro de Títulos competente procede a cancelar el duplicado del dueño correspondiente a la parcela de origen, emitiendo en consecuencia, una constancia anotada por la parte vendida y la otra por la superficie restante, deducida de la totalidad de las ventas parciales. La cancelación del duplicado del dueño no supone la cancelación del certificado de título original.

Señala en el párrafo IV:

Cuando, en función de las excepciones previstas en el presente reglamento, se acepte el ingreso de una transferencia parcial de derechos sustentados en una constancia anotada, el Registro de Títulos competente procede a cancelar tanto el original como el duplicado del dueño de la constancia anotada, emitiendo en consecuencia nuevas constancias anotadas, por la transferencia parcial y por el resto.

Por su parte, el artículo 7, párrafo II del Reglamento para el Control y Reducción de constancias anotadas, indica que “una porción está determinada, aunque no individualizada ni ubicada, cuando la misma está descrita sólo en unidades de medida de superficie y se encuentra amparada en una constancia anotada, sin el respaldo de un plano [aprobado por la] Dirección Regional de Mensuras Catastrales que la individualice”. De manera tal que, si la porción está determinada, aunque no individualizada, la misma estará amparada en una constancia anotada. De lo que se sigue que, cuando nos referimos a una porción de parcela determinada no necesariamente ésta se encuentra individualizada, pues para que esté individualizada deberá estar amparada en un plano de levantamiento parcelario debidamente aprobado por la Dirección Regional de Mensuras Catastrales competente. Es así como, para que las porciones de parcela estén individualizadas, deberán deslindarse.

Por su parte, el artículo 3 de la Resolución núm. 1419-2013, del 16 de mayo de 2013, establece:

A partir de esta resolución todas aquellas personas que tengan inmuebles amparados en constancias anotadas y de las cuales existan planos individuales aprobados por la Dirección Regional de Mensuras Catastrales, de conformidad con la Ley núm. 1542, de Registro de Tierras de 1947, deberán proceder al deslinde de sus derechos (...).

Se revela la clara intención de reducir la figura de las constancias anotadas y, por ende, las porciones de parcela en el derecho inmobiliario y registral dominicano.

Esfuerzos normativos para reducir las constancias anotadas

Se han realizado esfuerzos para la reducción y el control de las constancias anotadas. Prueba de ello es el Reglamento para el Control y Reducción de Constancias Anotadas, instituido por Resolución núm. 517-2007, del 22 de marzo 2007, modificado por la Resolución núm. 1737, del 12 de julio de 2007, que indica en su artículo 4 que el mismo “tiene por objeto suspender la emisión de nuevas constancias anotadas, controlar y regular las existentes, limitando su otorgamiento a casos de excepción y sentando las bases para que con el tiempo se logre la reducción del inventario de las existentes”. De igual forma, la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario prohibió, tal como se hace constar en el artículo 129, la expedición de constancias anotadas:

A partir de la promulgación y publicación de la presente ley se prohíbe la expedición de constancias, constancias anotadas y/o cartas anotadas de los inmuebles registrados. Quedan exceptuadas de esta disposición las constancias emitidas sobre inmuebles sometidos al régimen de condominio (...).

También el artículo 12 del Reglamento para el Control y Reducción de Constancias Anotadas establece una prohibición general de expedición de constancias anotadas al indicar que: “A partir de la vigencia del presente Reglamento no se admiten nuevas porciones de parcelas, salvo en los casos de excepción expresamente previstos”. El párrafo I de dicho artículo indica que: “Cuando se pretende transferir la propiedad de una parte de una parcela sustentada en un certificado de título, se debe previamente subdividir el inmueble o afectarlo al régimen de condominio, si fuere posible, según el propósito del propietario”.

En virtud del artículo 13 del Reglamento para el Control y Reducción de Constancias Anotadas, se otorgó un periodo de excepción de dos años a partir de su entrada en vigencia, para que los adquirientes de porciones de parcela en virtud de actos de venta parciales o de cualquier tipo de transferencia de derechos sustentados en un certificado de título o en constancias anotadas realizados con anterioridad a la entrada en vigencia de dicho reglamento, regularizaran su situación. En tales casos se permitió “por única vez la emisión de nuevas constancias anotadas, a las que se les agregaba la leyenda:

CONSTANCIA ANOTADA INTRANSFERIBLE Y SIN PROTECCIÓN DEL FONDO DE GARANTÍA: Para transferir los derechos consignados en esta constancia anotada, los mismos deberán individualizarse mediante un acto de levantamiento parcelario aprobado y registrado en la Dirección Regional de Mensuras Catastrales. Los derechos consignados en esta Constancia Anotada no cuentan con la protección del Fondo de Garantía conforme a lo dispuesto por la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario y sus Reglamentos.

Entre las excepciones previstas para la admisión de nuevas porciones de parcela, de acuerdo al párrafo II del artículo 12 del Reglamento para el Control y Reducción de constancias anotadas, es cuando se trate de una transferencia total de los derechos sustentados en constancias anotadas, caso en el cual se permitirá por única vez su registro, “siempre que la porción a transferir esté totalmente contenida en una única constancia anotada, registrada con anterioridad a la entrada en vigencia del presente reglamento”.

Por su parte, el párrafo III del artículo 12 del Reglamento para el para el Control y Reducción de Constancias Anotadas señala que: “No se registra ninguna transferencia parcial de derechos sustentados en una constancia anotada, sobre la base de actos realizados con posterioridad a la entrada en vigencia del presente reglamento”.

De lo dicho hasta ahora, vemos que la normativa inmobiliaria dominicana, tanto la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario, así como los reglamentos que la complementan, son claros en el sentido de prohibir la expedición de constancias anotadas, salvando las excepciones mencionadas anteriormente.

Sin embargo, algunos tribunales inmobiliarios han admitido la posibilidad de expedir constancias anotadas por el resto, de parcelas deslindadas parcialmente, apegados al carácter fundamental que la Constitución otorga al derecho de propiedad en el artículo 51. En ese sentido, el Tribunal Superior de Tierras, en fecha 2 de octubre de 2015 (núm. 20155124), dispuso que:

(...) No debe perderse de vista que el derecho de propiedad tiene rango constitucional y, por ende, mal podrían los tribunales erigirse en muros de contención que bloqueen el diáfano ejercicio de dicha prerrogativa sustantiva de las personas, en el sentido de permitir que dispongan parcialmente de su propiedad, al tiempo de identificar el resto de la titularidad.

De igual forma, se ha afirmado en doctrina que por el carácter fundamental del derecho de propiedad es razonable flexibilizar el artículo 129 de la Ley de Registro Inmobiliario, permitiendo la expedición de constancias anotadas por el resto de parcela deslindada parcialmente (Hernández Perera, 2016, p. 354). Algunos jueces admiten este criterio, otros no.

Para eliminar las porciones de parcela es preciso realizar el deslinde. El artículo 10 del Reglamento para la Regularización Parcelaria y el Deslinde define el deslinde como “el proceso contradictorio mediante el cual se ubican, determina e individualizan los derechos amparados en constancias anotadas”, quedando también definido este proceso por la sentencia de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, de fecha 16 de mayo 2012 (núm. 47, B.J. 1218), como “la delimitación que hace una persona de la propiedad inmobiliaria sobre la cual tiene un derecho registrado y sobre un área que corresponde a la que tiene derecho”. Asimismo, quien solicita un deslinde debe ser el titular de la porción a deslindar (sentencia de la 3ra. Sala de la Suprema Corte de Justicia, 23 de mayo 2007, núm. 28, B. J. 1158).

El registro de la propiedad da fe de la identidad individualizada del inmueble (Vásquez Asenjo, 1-22), y de todo aquello que sirva para identificar el inmueble, en aplicación del principio de especialidad. En el caso de derechos inscritos amparados en sus respectivos planos individuales, aprobados por la Dirección Regional de Mensuras Catastrales, la identidad del inmueble queda establecida por el Registro frente a todo el mundo.

CONCLUSIONES

La falta de plano de deslinde y, en consecuencia, el no cumplimiento cabal del principio de especialidad contemplado en la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario, ha ocasionado en la historia de nuestro derecho inmobiliario registral innumerables fraudes y litis, socavando con ello la seguridad jurídica que debe imperar en el comercio inmobiliario para garantizar las inversiones inmobiliarias.

Es debido a ello que se han realizado múltiples esfuerzos normativos para cumplir con el principio de especialidad en cuanto al objeto; es decir, en cuanto al inmueble. Entre los intentos normativos para cumplir con el principio de especialidad, podemos mencionar la ley del 29 de junio de 1907, que intentó evitar los fraudes y los desórdenes que ocasionaban los Terrenos Comuneros. También, la Ley sobre División de Terrenos Comuneros, de 21 de abril de 1911, que procuró organizar y dividir tales terrenos, otorgándoles un régimen legal. Asimismo, el Reglamento para el Control y Reducción de Constancias Anotadas, instituido por Resolución núm. 517-2007, del 22 de marzo de 2007, modificado por Resolución núm. 1737, del 12 de julio de 2007; la Resolución núm. 1419-2013, del 16 de mayo de 2013; el Reglamento para la Regularización Parcelaria y el Deslinde, instituido por Resolución núm. 355-2009, del 05 de marzo de 2009 y la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario.

Actualmente, los jueces inmobiliarios están divididos con relación a la flexibilización del artículo 129 de la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario, en el sentido de permitir la expedición de constancias anotadas por el resto de parcela deslindada parcialmente.

REFERENCIAS

- Atilio Cornejo, A. (2001). *Derecho registral*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Álvarez Sánchez, A. (1986). Estudio de la Ley de Tierras. (2.^a ed.). Santo Domingo: Editorial Tiempo.
- Álvarez Caperochipi, J. A. (2006). *Derecho inmobiliario registral*. (2.^a ed.). Granada: Editorial Comares.
- Blasco Gascó, F., Capilla Roncero, F., Clemente Meoro, M., Domínguez Platas, J., Estruch Estruch, J., López Beltrán de Heredia, C., López y López, A.M, Montés Penadés, V. L., Prats Albentosa, L., Roca i Trias, E. y Valpuesta Fernández, R. (2001). *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*. (2.^a ed.).Valencia: Tirant lo Blanch.
- Caicedo Escobar, E.(1997). *Derecho inmobiliario registral: registro de la propiedad y seguridad jurídica*. Bogotá: Editorial Temis.

- Ciprián, R. (2013). *Tratado de derecho inmobiliario (bases constitucionales y legales; Jurisprudencia, doctrina y procedimientos)*. (4.ª ed.). Santo Domingo: Stalin Ciprián/Fidel Ciprián.
- Gómez, W. (2007). *Derecho inmobiliario registral: introducción a su estudio*. (3.ª ed.). Santo Domingo: Editorial Claridad.
- Gómez, W. (2014). *Manual de derecho inmobiliario registral*. Santo Domingo: Amigo del Hogar.
- Guerrero, F. (1979). *La propiedad*. Biblioteca de Autores Cristianos.
- Hernández Hernández, G. (2007). *Registro de inmuebles*. Santo Domingo: Maxan.
- Hernández Perera, Y. (2016). La constancia anotada y la transferencia parcial a la luz de la Ley 108-05 sobre Registro Inmobiliario y sus reglamentos. *Gaceta Judicial*, julio.
- Manzano Solano, A. y Manzano Fernández, M. (2008). *Instituciones de derecho registral inmobiliario*. Madrid: J. San José.
- Ruíz Tejada, M. R. (1952). *Estudio sobre la propiedad inmobiliaria en la República Dominicana*. Ciudad Trujillo: Editora del Caribe.
- Sánchez Calero, F. J. y Sánchez-Calero Arribas, B. (2006). *Manual de derecho inmobiliario registral*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vásquez Asenjo, O. G. (s.f.). *Efectos identificativos y descriptivos de la finca registral*. Recuperado de <https://docplayer.es/3852658-Efectos-identificativos-y-descriptivos-de-la-finca-registral-por-oscar-g-vazquez-asenjo.html>
- Wenceslao Vega, B. (2002). *Historia del derecho dominicano*. Santo Domingo: Amigo del Hogar.

JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA

Judge with a gender perspective: From theory to practice

Cecilia Palomo Caudillo

Instituto de la Judicatura Federal de México
ceciliapalomo@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-5834-3802>

Artículo de investigación
Recibido: 18 de febrero de 2021
Aprobado: 26 de abril de 2021



Obra bajo licencia
Creative Commons
Atribución-NoComercial-
SinDerivadas 4.0 Internacional

Vol. 1, núm. 19, junio 2021
ISSN (impreso): 2305-2589
ISSN (en línea): 2676-0827
Sitio web: <https://saberyjusticia.edu.do>

Resumen

La perspectiva de género se abre campo dentro de la formación judicial en diversos países como herramienta metodológica para comprender y aplicar estándares nacionales e internacionales en materia de derechos humanos. Sin embargo, aún existe desconfianza respecto a su utilización. Es por ello que esta breve reflexión se enfoca en América Latina, con la pretensión de servir como una primera aproximación general a quienes imparten justicia, invitándoles a repensar los derechos humanos con perspectiva de género a través de casos prácticos, tomando como base el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, de la Suprema Corte de Justicia en México.

Palabras clave

Latinoamérica; Género; Judicatura;
Metodología

Abstract

The gender perspective opens up a field within judicial training in various countries as a methodological tool to understand and apply national and international human rights standards. However, there is still mistrust regarding its use, this is why this brief reflection focuses on Latin America with the aim of serving as a first general approach to the judiciary, inviting them to rethink human rights with a gender perspective through practical cases, based on the Protocol for Judging with a Gender Perspective of the Supreme Court of Justice in Mexico.

Keywords

Latin America; Gender; Judiciary;
Methodology

“Las mujeres nunca nos equivocamos cuando luchamos por nuestros derechos”.
Jueza Elizabeth Odio Benito

Introducción

La incorporación de la perspectiva de género en el ámbito jurídico ha motivado grandes esfuerzos desde la judicatura para comprender y aplicar adecuadamente los estándares nacionales e internacionales en materia de derechos humanos, sobre todo, cuando se ve vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación. Así, es posible encontrar múltiples cuadernillos, protocolos, guías y pautas para ayudar al poder judicial en esta difícil labor que durante muchos años fue considerada innecesaria, dado el “status quo” del Derecho como Ciencia pensado en términos masculinos.

Dentro de estos esfuerzos, es posible percibir que la preocupación por una impartición de justicia igualitaria está presente en diversos países, como España (C.G.P.J., s.f.), Colombia (Comisión Nacional de Género, s.f.), México [SCJN] (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006), Guatemala (OACNUDH, 2006), Argentina (Corte Suprema de la Nación, República de Argentina, s.f.), Bolivia (Protocolo para juzgar con perspectiva de género, 2017), e incluso se manifiesta en colaboraciones regionales, como las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Reglas de Brasilia, 2008); o el Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación de las Muertes Violentas de Mujeres por Razones de Género -femicidio/feminicidio (Oficina Regional de ONU Mujeres para las Américas y el Caribe, 2014).

Sin embargo, y a pesar de estos esfuerzos locales y regionales, las preguntas siguen colocadas sobre la mesa: ¿cómo se aplica la perspectiva de género en el ámbito judicial?, ¿su aplicación implica darle la razón siempre a las mujeres por el simple hecho de serlo?, y quizá la más importante, ¿cómo transitar de las palabras a los hechos? Es necesario tratar de dar respuesta a estas y otras interrogantes que giran en torno a esta metodología, porque más allá de nuestra labor profesional como juristas, la discriminación y violencia constituyen corrosivas pandemias sociales que impactan la vida de muchas personas en condición de vulnerabilidad, en especial mujeres y niñas.

Enfocaré la discusión a nivel regional, señalando grosso modo, el proceso de evolución constitucional en América Latina, y cómo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos nos ha llevado a repensar los derechos de las mujeres; posteriormente plantearé, con casos prácticos, la incorporación de la perspectiva de género en sentencias judiciales, siguiendo en esta parte como ejemplo ilustrativo, el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México; finalmente, puntualizaré algunos de los retos que enfrenta la judicatura en esta materia.

Cómo citar:

Palomo Caudillo, C. (2021). Juzgar con perspectiva de género: de la teoría a la práctica. *Revista Saber y Justicia*, 1(19), 37-52. <https://saberyjusticia.edu.do>

BREVE RECUENTO DE LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA EN LOS DERECHOS DE LAS MUJERES

El fenómeno de constitucionalización de los derechos humanos ha provocado avances en el reconocimiento de los derechos de las mujeres. Este proceso de evolución ha buscado equilibrar las relaciones de poder, tratando de incluir a quienes históricamente fueron relegadas de la vida pública en la construcción del derecho positivo. Dentro del derecho internacional, la situación evolucionó de la siguiente manera:

Primero se planteó un enfoque de *generalidad* en el que los primeros tratados tendían a homologar derechos sin reconocer particularidades de grupos en desventaja, reforzando así situaciones de discriminación. Ejemplos de esta primera aproximación los encontramos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (OHCHR), pues, aunque ambos aseguran de manera general un trato igualitario, al estar formulados de manera no específica, fallan en reconocer las necesidades específicas de colectivos de personas cuyos derechos humanos están expuestos a violaciones específicas o que requieren una protección reforzada (Peces-Barba, 1995, p. 181).

Éste sería el caso, entre otros, de las personas trabajadoras migrantes, refugiadas, con discapacidad, pueblos indígenas, niñas, niños y adolescentes y, por supuesto, también de las mujeres. La ausencia de un número importante de mujeres en los procesos de redacción de las primeras convenciones produjo un derecho neutro, que no reconoce particularidades ni contexto alguno (TEPJF, p. 38).

Luego se transitó a la *particularidad* en la que se hizo una división entre los tratados específicos que aplicaban a las mujeres y el resto de los instrumentos con aplicación general, provocando una especie de ruptura o división. Ejemplos de esta segunda aproximación los encontramos en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) y en el ámbito regional, la Convención Belém do Pará. En el caso de la primera, a pesar de ser uno de los tratados con mayor número de ratificaciones, también es el que tiene mayor número de reservas y explicaciones interpretativas (ONU, 2020). Esto hace notar que los Estados siguen utilizando excusas como la religión y la cultura para permitir la violación de los derechos de las mujeres (Tamés, p. 33).

El énfasis en la protección de derechos de particular importancia para las mujeres, como la igualdad, también generó asilamiento en su discusión. Se encontraron, por un lado, los tratados y órganos de protección de las mujeres y, por otro lado, los tratados y los órganos de protección generales y aplicables a todos los que no son mujeres. Esto generó la idea de que los derechos de las mujeres solo están en un par de tratados y que lo demás no le es aplicable (FLACSO México, 2016, p. 43).

Finalmente, los últimos esfuerzos tienden más a la *igualdad*, en palabras de Rebeca Cook. Este enfoque busca valorar las diferencias para re-caracterizar el derecho, aplicando tratados internacionales de manera universal, volviendo así a la generalidad, pero asumiendo además una interpretación que reconoce las particularidades y contextos en los que viven las mujeres (Cook, 1997, p. 9). Sin duda, como bien señaló Zagrebelsky, 2000, el derecho es un instrumento dúctil, cambiante, abierto y la perspectiva de género es un buen ejemplo para evidenciar la necesidad de aprovechar esta maleabilidad con el objetivo de corregir las situaciones de discriminación a las que niñas y mujeres se enfrentan todos los días.

Las primeras aproximaciones desde el derecho internacional, asumidas ahora en las Constituciones Latinoamericanas, han creado corrientes diversas en la manera en que los jueces entienden y aplican el derecho. Estas tensiones, a decir del constitucionalista italiano Giancarlo Rolla, parecen contradictorias:

Enfrentamos una inclinación a la distinción, pero al mismo tiempo una fascinación por la historia común; creemos en ideales liberales, pero también fomentamos prácticas antidemocráticas; manifestamos apertura a nuevas corrientes de pensamiento, pero buscamos preferentemente soluciones internas antes que acatar preceptos jurídicos internacionales. (Rolla, s.f.).

Esto, sin duda, no es más que el reflejo de nuestra historia continental que, atravesando por conquistas, sistemas monárquicos, dictaduras y movimientos independentistas, nos llevó al anhelado Estado “democrático” de derecho. el mismo sigue siendo democrático entre comillas, porque las mujeres seguimos sin estar incluidas en todos los procesos de toma de decisiones. Lamentablemente, los temas de violencia política contra las mujeres no han sido suficientemente discutidos y se han asumido desde el discurso del reconocimiento y las buenas intenciones, mas no desde una verdadera redistribución política del poder público. Es vergonzoso que, en pleno 2020, de los 35 países del continente americano, solamente tengamos a 3 mujeres como cabeza de gobierno frente a 32 hombres (Meléndez, 2020). A esta realidad irrefutable no podemos llamarla democracia.

A pesar de tal disparidad, el constitucionalismo latinoamericano se alza como estandarte de una nueva especie de integración jurídica que se traduce en la aplicación del llamado control de convencionalidad, mismo que ha puesto énfasis en afirmar que la dignidad humana no es un derecho, sino el fundamento de todos los derechos, independientemente del origen de la fuente jurídica que la proteja. Desde esta concepción universal de los derechos, las mujeres, por fin, parecen encontrar un espacio de visibilidad.

En este sentido, el jurista argentino Ernesto Sagües señala que el Control de Convencionalidad no es una teoría, sino una regla jurídica en vigor, que es resultado de una evolución jurisprudencial; por lo tanto, no es perfecta, ni tiene un desarrollo conceptual puro, sino que avanza y retrocede (Sagües, 2014). Por eso resulta vital el papel que desempeña la judicatura a nivel local en la aplicación de este enfoque de derechos humanos mediante la jurisprudencia, pues a través de ella continuará sentando las bases que habrán de garantizar un acceso igualitario a la justicia para todas las personas.

Este breve recuento, aunado al desencanto del poder político que ha puesto en jaque nuestros sistemas democráticos en la región (Mires, 2007, p. 144), coloca hoy a los encargados de impartir justicia como protagonistas, y les insta a interpretar y aplicar conceptos jurídicos que no fueron definidos por ellos, sino por el órgano legislativo, pero que han de ser llevados a la realidad de los justiciables a través de sus sentencias en cada caso concreto.

En esta ardua labor, el filósofo norteamericano Ronald Dworkin nos advierte sobre los peligros de idealizar al juez y verlo como un semidios, al estilo de Hércules (Dworkin, 1986, pp. 337-345), olvidándonos del resto de las circunstancias sociales y de los poderes que conforman el aparato estatal. Esta apreciación sesgada de la justicia constituye un error que nos impide seguir llevando a la práctica la perspectiva de género en las decisiones judiciales: el juez no es el perfecto intelectual con paciencia sobrehumana, dotado del don de la justicia y guardián de un sistema tradicionalista de derecho positivo, sino una persona normal, al que se le ha conferido la responsabilidad de dirimir controversias, inclinando la balanza de la justicia hacia aquellos que se encuentran en situaciones de desventaja o especial vulnerabilidad.

Es en esta concepción no positivista, ni idealizada del derecho, en la que se ve inserta la aplicación de la perspectiva de género.

LA INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LAS DECISIONES JUDICIALES

En México, la Suprema Corte asumió la labor de incorporar la perspectiva de género desde la formación de los futuros jueces, emitiendo el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006). Este protocolo ha sido tomado como referencia por la Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia de la Cumbre Judicial Iberoamericana y presenta una propuesta metodológica que permite detectar los estereotipos de género en el derecho para corregirlos al impartir justicia. Todo este apartado hará referencia, a manera de síntesis, agregando algunos comentarios personales sobre los contenidos más importantes de esta herramienta metodológica.

Para empezar, debemos hacer dos precisiones:

- a.- Juzgar con perspectiva de género no implica darles la razón a las mujeres siempre y bajo cualquier circunstancia, sino que implica identificar los factores estructurales que generan desventajas políticas, económicas, sociales y estructurales para las mujeres, impidiéndoles alcanzar una igualdad sustantiva de derechos.
- b.- La perspectiva de género no sólo es pertinente en casos relacionados con mujeres. Lo que determina si en un proceso se debe aplicar o no es la existencia de situaciones asimétricas de poder, o bien de contextos de desigualdad estructural basados en el sexo, el género, las preferencias u orientaciones sexuales, entre otros.

La propuesta metodológica que se ha instaurado en los tribunales mexicanos consiste en aplicar la perspectiva de género en 5 pasos: 1.- Cuestiones previas al proceso, 2.-Determinación de los hechos e interpretación de las pruebas, 3.- Determinación del derecho aplicable, 4.- Argumentación, y 5.- Reparación del daño.

Cuestiones previas al proceso

Hay que preguntarse si la víctima requiere medidas especiales de protección para evitar que sufra alguna lesión o daño.

El protocolo presenta el caso de una mujer con un puesto ambulante en el que fallan las medidas de protección a su favor. La demandada presenta un Amparo donde reclama el no ejercicio de la acción penal decretado por el Ministerio Público y confirmado por el Procurador de Justicia del Estado, por el delito de “abandono de obligaciones alimenticias”. La mujer sostenía que el progenitor se desentendió de sus hijos por 2 años y se negó a brindarles recursos para su supervivencia. La negativa del Ministerio Público a iniciar la acción penal se basó en que, al tener la madre un puesto ambulante de comida, a los niños no les faltaba alimento.

El Tribunal determinó la inconstitucionalidad del no ejercicio impugnado, tomando en cuenta, entre otras consideraciones, que estaba probado que el inculpado tenía en abandono a sus hijos (interés superior del menor) y que la supervivencia de los menores había estado a cargo de la madre. En este sentido, el Tribunal encontró que la resolución reclamada implicaba violencia en contra de la mujer, debido a que ella tuvo que hacerse cargo sola de sus hijos, cuando la responsabilidad era compartida, lo que evidenciaba un trato inequitativo para ella. (Carrillo de León, 2012, pp. 33-38).

Como podemos observar, el estereotipo aquí presente fue el de la mujer cuidadora, basado en la creencia de que es responsabilidad y obligación de las mujeres dedicarse a los cuidados, cuando la realidad es que dicho deber y derecho debe ser compartido entre quienes forman parte de una familia o comunidad, en lugar de recaer siempre sobre una sola persona, la mujer. Esto derivó en que la fiscalía minimizara y pasara por alto el incumplimiento de obligaciones parentales del padre de los niños.

Determinación de los hechos e interpretación de la prueba

Debe hacerse evitando contaminarse de valoraciones estereotipadas. Pero, ¿por qué es importante valorar los hechos y las pruebas conforme a la perspectiva de género? Aquí tomamos otro ejemplo:

Violencia sexual: La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana resolvió el siguiente caso:

“Dos mujeres jóvenes (de 18 y 20 años) fueron asaltadas en un parque por cinco hombres. Éstos se dieron a la fuga, salvo uno, quien, bajo la amenaza de “chuzarlas” (punzarlas, herirlas) obligó a ambas a realizar actos sexuales en un parque público.

La sentencia de casación determinó la inexistencia de la violación a partir de la siguiente lectura de los hechos: Antes de ingresar en el parque público, el acto inició en una calle transitada; el procesado presenta frágiles condiciones físicas, no estaba armado y no ejerció violencia física; el temor que sintieron las aparentes ofendidas no es suficiente para que doblegaran su voluntad; siendo que “lo razonable es que la víctima se resista a las agresiones” y que no medió ningún intento de defensa “como el forcejeo, la fuga, los gritos de auxilio, etc.”, el tribunal concluye que “la violencia que se predica se evapora frente a la regla de la experiencia que supone la acción beligerante, o por lo menos defensiva de la persona que está *ad portas* de ser agredida sexualmente”. (Recurso de Casación -Proceso 29308 - 13/05/2009-, 2009).

Tres magistrados se separaron de esta decisión, razonando los hechos desde la siguiente perspectiva:

“La baja estatura del victimario o la carencia de armas resultan insustanciales” debido a que el tipo de violencia que se ejerció en contra de ellas consistió en amenazarlas de muerte; resulta irrelevante ponderar si existió “desproporción de fuerzas, debido a que la comisión de delitos sexuales “no se encuentra condicionada ni legal ni fácticamente a la constatación de fuerzas entre víctima y victimarios”; Las mujeres válidamente supusieron “que los demás partícipes en el latrocinio anterior permanecían acechantes en el lugar.”; exigir a las víctimas la oposición de resistencia ante el agresor “comporta una revictimización de quienes soportaron la comisión del delito”. (Recurso de Casación-Proceso 29308 - 13/05/2009-, 2009).

Este caso evidencia cómo el comportamiento esperado de la víctima, derivado de una concepción estereotipada de cómo sucede la violación, genera impunidad. Si la perspectiva de género hubiera estado presente en la valoración de los hechos, tal como aparece en los votos minoritarios, la sentencia hubiera garantizado a las víctimas el acceso a la justicia. Se advierte, en este caso, una valoración de elementos subjetivos y estereotipados de cómo deben reaccionar víctima y agresor.

Análisis del contexto en que ocurren los hechos

En la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 16 de noviembre de 2009, por el caso González y otras vs. México, previo al análisis de las violaciones a derechos humanos, la Corte analizó el contexto en que se encontraban las mujeres asesinadas.

El punto VII de la sentencia dedica varios párrafos para hacer un análisis sobre la violencia y discriminación contra la mujer en este caso, analizando cómo es la vida en Ciudad Juárez, cómo es el fenómeno del feminicidio en esa ciudad, desde cuándo, cuántas muertes de mujeres han ocurrido, quiénes son las víctimas, cuáles son las modalidades del feminicidio; en fin, cómo es la violencia de género en esta población (Caso González y otras (“Campo Algodonero” vs. México. Fondo, Reparaciones y Costas), 2009, pp. párr. 113-144).

Este análisis contextual previo es de suma importancia, porque gracias a él se dimensiona la forma en que debió actuar el Estado a partir de ese contexto: no de forma abstracta, sino con base en ese contexto específico de violencia estructural en contra de la mujer.

También es relevante porque, en su análisis, la Corte determinó que el Estado mexicano no tiene responsabilidad por la privación ilegal de la libertad de las mujeres como acto inicial que terminará en el feminicidio. Pero —en cambio— sí es responsable de no haber realizado todas las diligencias posteriores a la primera noticia de la desaparición de mujeres con el fin de encontrarlas con vida; diligencias que, además, eran esperadas y para las cuales el Estado debía estar preparado, tomando en consideración este contexto de violencia contra la mujer.

Las violaciones a los derechos humanos observadas por la Corte provienen, en buena medida, del análisis de las víctimas en su contexto.

Determinación del derecho aplicable

Para aplicar el derecho con perspectiva de género es necesario considerar no solamente aquellos tratados dirigidos a las mujeres, sino a todos los tratados sobre derechos humanos. Muchos juristas se limitan, por ejemplo, a citar la CEDAW o la Convención Belém do Pará, y eso es insuficiente.

Por poner un ejemplo, veremos un caso de violencia doméstica hacia una pareja homosexual en Puerto Rico, que fue resuelto por el Tribunal Supremo: un homosexual fue golpeado por su pareja y presentó una denuncia por “maltrato agravado” en el marco de la Ley para la Prevención e Intervención con la Violencia Doméstica. Los hechos sucedieron cuando se encontraba vigente una orden de protección emitida por una jueza, ya que el acusado había agredido a su compañero en 3 ocasiones previas. El Tribunal Supremo resolvió que la conducta punible que se le imputa al peticionario, Sr. [xxx], no puede encausarse mediante las disposiciones de la Ley núm. 54, ya que éstas son aplicables únicamente a aquellos actos de violencia doméstica en la relación entre hombre y mujer. (Caso CC-2002-35, 2002).

La interpretación hecha por el Tribunal Supremo de Puerto Rico respecto del “sujeto” implicado en la norma se basó en derivar, de los debates legislativos, que la ley establece como sujeto de protección a la mujer maltratada en una relación de pareja conyugal. Esta conceptualización del sujeto protegido por la norma, basada en estereotipos de lo que es el paradigma de una pareja, trajo como consecuencia el desamparo para la persona que sufrió violencia.

Dentro del mismo Tribunal, hubo manifestaciones disidentes ante la sentencia. Estas manifestaciones, fundamentalmente, señalaron que:

[...] Interpretar la Ley núm. 54 de modo que la misma sólo proteja a parejas heterosexuales tiene el efecto de colocar al estatuto en cuestión al margen de la Constitución, en la medida en que se le niega a la víctima de autos la igual protección de la ley por la única consideración del

género de la persona que le agredió. El efecto de dicha interpretación es que se le da un trato discriminatorio a la víctima, y se deja impune a un maltratante por la única razón de su orientación sexual. Dicha conclusión no sólo es injusta para la víctima, sino que además es jurídicamente insostenible en nuestro sistema de derecho. (Caso CC-2002-35, 2002).

En este caso debe aplicarse la perspectiva de género, porque está presente un contexto de desigualdad estructural basado en la orientación sexual de quien sufre la violencia doméstica. La Ley 54 discrimina, con base en la categoría sospechosa de orientación sexual, debido a que el mismo tribunal, en ocasiones anteriores, ha protegido, por ejemplo, bajo la misma ley, a hombres que han sufrido violencia doméstica dentro del hogar, siempre y cuando la hayan padecido en una relación heterosexual (Caso CC-2000-922). Es precisamente esta distinción la que no encuentra justificación razonable, al tratar de manera desigual a personas que se encuentran bajo el mismo supuesto, únicamente por su orientación sexual.

Argumentación

La argumentación es un tema muy amplio que nos sitúa en el campo de la filosofía del derecho. En este sentido, Manuel Atienza señala que el obstáculo más grande con el que nos enfrentamos los juristas es el *formalismo jurídico* y lo define como la dolencia más perniciosa en los países latinos, una enfermedad endémica en nuestra cultura jurídica. Al respecto, debemos hacer, por lo menos, tres consideraciones sobre la Argumentación con perspectiva de género:

- a.- Aunque el *derecho* es, en gran medida, un fenómeno de *autoridad*, el abogado no debe sentirse solamente vinculado por el texto de la ley, sino por las *razones* en las que ellas se fundamentan (Atienza, 2011). Un ejemplo para ilustrar este punto lo encontramos en un caso de desaparición forzada en Guatemala. Se trata de otra sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de septiembre 2017 en la que se señala lo siguiente:

Las prácticas seguidas por los funcionarios a cargo de la investigación de la desaparición de Mayra Gutiérrez no son un hecho aislado, la tendencia de los investigadores a desacreditar a las víctimas y culpabilizarlas por su estilo de vida, o ropa, así como a indagar aspectos relativos a las relaciones personales y sexualidad para concluir que esas personas fueron responsables de lo que les pasó; denota la existencia de estereotipos y prejuicios de género en la investigación, que trasladaron la culpa de lo acontecido a la víctima y a sus familiares, cerrando otras líneas posibles de investigación sobre las circunstancias del caso e identificación de los autores.

Los prejuicios personales y estereotipos de género afectan la objetividad de los funcionarios estatales encargados de la investigación, distorsionan sus percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas, en lugar de hechos". (Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala. Sentencia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2017).

- b.- Hay que tener cuidado del *formalismo mágico* aplicado a la perspectiva de género: éste consiste en pensar que, la simple invocación del principio de

igualdad o la simple cita en una sentencia de la CEDAW –esto es, la simple mención formal, en la argumentación, de una fuente normativa “prestigiosa” en materia de equidad de género–, garantiza estar aplicando el derecho con perspectiva de género. El peligro es que quienes juzgan piensen que invocar esas hermosas “normas paragua”, como por arte de magia, bastan para convertir sus decisiones en sentencias dictadas con perspectiva de género (Pou Giménez, 2014).

Un ejemplo de este formalismo mágico son las sentencias donde, para argumentar la incorporación de la perspectiva de género, se dice: “porque hay una mujer involucrada”, “porque es mujer”, “las mujeres están en desigualdad”, “la violencia se ejerce contra las mujeres”, pero no se abunda en mayores explicaciones. Una sentencia concreta en este ámbito se dictó en el estado de Yucatán, México, en la que el Tribunal Superior de Justicia incorporó conceptos que no tienen referente o fundamento jurídico, y que, aun cuando intentan proteger a la persona, son creencias personales de quienes juzgan (EQUIS, 2019, p. 25).

Este caso es sobre una adolescente de 17 años que fue violada por un conocido de su padre y madre desde los 6 años. El abuso se repitió hasta 2015, cuando ella fue diagnosticada con VIH (enfermedad que había sido detectada en el agresor, desde el 2010). El Tribunal confirmó la sanción para el agresor; sin embargo, para justificar la sanción, probó como ciertos los hechos, porque una niña no puede “tener el deseo genético de querer entregarse voluntariamente” (EQUIS, 2019, p. 25). Pero, ¿a qué deseo genético se refiere?, ¿en qué investigación o ley se funda la existencia de ese deseo? (Sentencia 077/2017, 2017, p. 15).

- c.- ¿Qué implica argumentar con perspectiva de género? Requiere de un ejercicio que va más allá de la aplicación de una norma a un caso concreto/silogismo judicial subjuntivo, requiere cuestionar la supuesta neutralidad de las normas; determinar un marco normativo adecuado para resolver de la forma más apegada al derecho a la igualdad; revisar la legitimidad de un trato diferenciado y esgrimir las razones por las que es necesario aplicar cierta norma a ciertos hechos; conlleva, además, un compromiso judicial con la evolución del Derecho, con la lucha contra la impunidad y con la reivindicación de los derechos de las víctimas.

Parafraseando a Carlos Vaz Ferrerira, la lógica en el Derecho es siempre un instrumento vivo (Vaz Ferreira, 1963) y es deseable que los encargados de impartir justicia sean también intérpretes y aplicadores vivos/dinámicos en el aprendizaje constante de mejores formas de servir a quienes acuden a la judicatura en busca de justicia.

Reparación del daño

La apuesta, en cuanto a la aplicación de la perspectiva de género, es ampliar la visión de las posibilidades de reparación; es decir, pasar de las reparaciones restitutorias a las transformativas. En este punto, es importante tener en cuenta

que la medida de la reparación es la propia víctima, no existe una fórmula única, ni tampoco es deseable aplicar fórmulas tasadas según el supuesto.

La eficacia y precisión de las medidas de reparación implican, entre otras cosas, establecer plazos claros de ejecución de las medidas de reparación; determinar criterios que permitan definir cuándo se ha superado el “plazo razonable” en el cumplimiento de medidas que lo implican; articular y coordinar la ejecución entre las diferentes instancias de dar cumplimiento a lo ordenado; señalar indicadores de cumplimiento dependiendo el tipo de medida; y proveer herramientas que permitan la viabilidad del cumplimiento de las medidas (Reparaciones con perspectiva de género, p. 212).

Una decisión que reconoce la obligación de reparar más allá de la persona concreta, con la finalidad de garantizar un cambio social tendiente a erradicar violaciones estructurales, la encontramos en la sentencia de Valentina Rosendo Cantú, una mujer indígena que, siendo menor de edad, fue víctima de tortura sexual por militares mexicanos. En ese caso, la Corte Interamericana determinó, en una de las reparaciones, a manera de garantía de no repetición, lo siguiente:

21. El Estado deberá continuar brindando servicios de tratamiento a mujeres víctimas de violencia sexual, por medio del centro de salud de Caxitepec, el cual deberá ser fortalecido a través de la provisión de recursos materiales y personales [...]
22. El Estado deberá asegurar que los servicios de atención a las mujeres víctimas de violencia sexual sean proporcionados por las instituciones indicadas por México, entre otras, el Ministerio Público en Ayutla de los Libres, a través de la provisión de los recursos materiales y personales, cuyas actividades deberán ser fortalecidas mediante acciones de capacitación [...]
23. El Estado deberá continuar las campañas de concientización y sensibilización de la población en general sobre la prohibición y los efectos de la violencia y discriminación contra la mujer indígena [...] (Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 2010).

Ciertamente, el ámbito de competencia y materia de cada órgano judicial determinará las posibilidades del establecimiento de medidas de reparación. Independientemente de esto, las reparaciones que sean fijadas deberán hacerse con una perspectiva de género y, en su caso, tender al establecimiento de medidas transformativas del contexto y las estructuras que permitieron que la violación sucediera.

Así, el quehacer jurisdiccional se hace cargo, no sólo de resolver el caso concreto, sino de participar, a través de ellos y desde la independencia e imparcialidad judicial, en la consecución de una sociedad más justa.

CONCLUSIONES

¿Por qué es importante juzgar con perspectiva de género? Porque su resultado es el acceso a la justicia de quienes, por sus condiciones biológicas, físicas, sexuales, de género o de contexto, ven en peligro el reconocimiento de sus derechos. Además, la perspectiva de género logra reivindicar los derechos de las víctimas y evita su revictimización.

Las resoluciones y sentencias con perspectiva de género forman parte de una estrategia que combate la impunidad, la discriminación y la desigualdad, y envían un mensaje claro a la sociedad de que las violaciones a los derechos humanos se previenen, reconocen y reparan. De esta manera, el quehacer jurisdiccional asume un papel activo en las transformaciones necesarias para la consecución de una sociedad en donde todas las personas estén en condiciones de diseñar y ejecutar un proyecto de vida digna.

Algunos retos que enfrenta la judicatura en materia de perspectiva de género

- 1.- Conciliar posturas reticentes y activistas en cuanto a la aplicación de esta metodología: es común encontrarse con jueces y juezas que adoptan posturas extremas. Hay quienes se esfuerzan para encontrar, en todos los casos, elementos para juzgar con perspectiva de género; y quienes, por el contrario, piensan que esta metodología es un invento poco útil que, además, viola garantías procesales.

Me parece que el punto medio es la postura más deseable. Ciertamente, no todos los casos requerirán de la aplicación de esta metodología. Debe actuarse con cautela y según los hechos probados de cada caso concreto; por otra parte, manifestar una total aversión para aplicar este método puede cerrar muchas líneas de análisis y argumentación, e incluso derivar en responsabilidad individual e institucional. Sin duda, esta última, materializada a través de una discriminación institucional, ha sido materia de múltiples sentencias que atribuyen responsabilidad a los países, resultado de la negligencia de sus servidores públicos, que se cierran a la posibilidad de aprender y mirar desde otros enfoques.

- 2.- Comprender que los sistemas regionales de protección de derechos humanos y sus organismos, no son enemigos del sistema, y aunque tampoco deben ser idealizados, es importante reconocer que fijan estándares mínimos que coadyuvan en la impartición de justicia con perspectiva de género a nivel local.
- 3.- Conciliación entre vida laboral y personal. Aunque no es exclusivo de la judicatura, indudablemente, esta es una de las ramas laborales que con frecuencia se ve rebasada. Pareciera que, en ese contexto, pedirles formación judicial con perspectiva de género, representa un exceso; no obstante, al analizar más de cerca la situación, podemos darnos cuenta de que esa carga desproporcionada es resultado, también, de un mercado laboral, pensado

para personas que hace mucho dejaron de funcionar bajo los estándares tradicionales del mercado; pensado exclusivamente para la producción y nulamente para los cuidados y la vida familiar.

Quienes dedican su vida al servicio público desde la administración de justicia, también tienen una vida privada, y creo que la reciente pandemia de COVID19 y la dinámica del confinamiento serán catalizadores que llevarán a las instituciones públicas, a repensar la administración de justicia, echando mano de los avances tecnológicos y reflexionando sobre las tareas invisibilizadas que muchas mujeres realizan al interior de sus hogares, sin remuneración ni reconocimiento.

- 4.- Lograr una auténtica educación con perspectiva de género en todos los niveles, no solo en las instituciones de formación judicial, sino también en las facultades de derecho donde se está formando la abogacía que el día de mañana habrá de conocer, invocar y aplicar la perspectiva de género. Después de todo, la educación sigue siendo la vacuna contra el machismo y las múltiples formas de violencia y discriminación.

Concluyo con la misma frase con la que comencé esta reflexión, misma que fue pronunciada por la jueza Elizabeth Odio Benito durante la audiencia del caso Selvas Gómez y otras Vs. México, conocido también como “las mujeres de Atenco”. Este caso trata sobre violencia sexual militar que alcanzó el grado de tortura.

En una de las audiencias públicas del caso, la única mujer que conforma el tribunal interamericano le preguntó a una de las víctimas cómo había cambiado su vida personal, a raíz de la violencia padecida. Ella comenzó a expresar lo distinta que fue su vida después de ser brutalmente abusada por los militares mexicanos; habló de diversos aspectos: físico, laboral, emocional; pero en un momento se le quebró la voz y rompió en llanto cuando señaló que su padre no quería que ella fuera a dar su testimonio ante la Corte. Su padre creía que ella debería sentir pena o vergüenza por lo que le pasó. La jueza la escuchó, le agradeció por haber tenido el valor de estar ahí, y le dijo lo siguiente: “Las mujeres nunca nos equivocamos cuando luchamos por nuestros derechos”.

Que esta frase haga eco en las generaciones presentes y futuras para que el estigma social deje de colocar culpas sobre las víctimas y no sobre los victimarios, por una justicia con perspectiva de género que no deje a nadie atrás.

REFERENCIAS

- Argentina. Corte Suprema de la Nación. (s.f.). *Guía interactiva de estándares internacionales sobre derechos de las mujeres*. Recuperado de https://www.csjn.gov.ar/om/guia_ddmm/index.html
- Argentina. Corte Suprema de la Nación. (s.f.). Recuperado de https://www.csjn.gov.ar/om/guia_ddmm/index.html
- Atienza, M. (2011). Dos versiones del constitucionalismo. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 73-88.
- Bolivia. Tribunal Supremo de Justicia. (2017). *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*. Recuperado de http://tsj.bo/wp-content/uploads/2014/03/Protocolo-de-Genero-FINAL_Optimize.pdf
- Carrillo de León, G. H. (2012). *Voces sobre justicia y género del Poder Judicial*. Recuperado de https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/igualdad/libros/documento/2016-12/VOCES-II_0.pdf
- CIDH. (16 de noviembre de 2009). *Caso González y otros (Campo Algodonero) vs. México*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia 205C.
- CIDH. (24 de agosto de 2017). *Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia 339C.
- CIDH. (31 de agosto de 2010). *Caso Rosendo Cantú y otros vs. México*. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia 216C.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. (13 de mayo de 2009). *Recurso de Casación -Proceso 29308- 13/05/2009*. Recuperado de [https://icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csj_scp_29308\(13-05-09\)_2009.htm](https://icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csj_scp_29308(13-05-09)_2009.htm)
- Comisión Nacional de Género. (s.f.). *Lista de Verificación para la identificación e incorporación de la perspectiva de género desde el enfoque diferencial en las sentencias*. Recuperado de <https://www.ramajudicial.gov.co/web/comision-nacional-de-genero/lista-de-verificacion>
- Cook, R. J. (1997). Introducción: el camino a seguir. En Rebecca Cook (comp.), *Derechos humanos de la mujer*. Bogotá: Profamilia.

- Cumbre Judicial Iberoamericana. Secretaría Permanente. (2008). *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de discapacidad*. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. The Belknap Press of Harvard University.
- Equis, R. P. (2019). *Justicia*. Recuperado de <http://ciudadanizandolajusticia.org/noesjusticia.pdf>
- España. Consejo General del Poder Judicial (s.f.). *Guías y protocolos de actuación. Violencia doméstica y de género*. Recuperado de: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Guias/>
- Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. (2016). *Programa de apoyo a las y los profesores. Curso de formación y preparación de Secretarios del Poder Judicial de la Federación*. México.
- Meléndez, J. (3 de julio de 2020). América: sólo tres mujeres gobernantes. *El Universal*.
- México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2006). *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*. México.
- México. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (s.f.). *Equidad de género y derecho electoral en México*. Recuperado de https://www.te.gob.mx/publicaciones/sites/default/files//archivos_libros/Equidad_de_genero%20y%20derecho%20electoral%20en%20M%C3%A9xico.pdf
- México. Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje (s.f.) *Reparaciones con perspectiva de género*. Recuperado de <http://www.tfca.gob.mx/work/models/TFCA/Resource/219/1/images/CAPITULO%20VI.pdf>
- México. Tribunal Superior de Justicia de Yucatán (29 de septiembre de 2017). *Sentencia 077/2017*.
- Mires, F. (2007). Estado y política. La lucha por la democracia en América Latina. *Nueva Sociedad* (210), 141-155.
- ONU. (2020). *United Nations Treaty Collection*. Recuperado de https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=en

- ONU Mujeres. (2014). *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*. Recuperado de <https://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2014/8/modelo-de-protocolo-latinoamericano>
- ONU. Oficina del Alto Comisionado. (s.f.). Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/issues/women/wrgs/pages/wrgsindex.aspx>
- ONU. Oficina del Alto Comisionado. (2006). Recuperado de https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/Herramienta_DH-VSG_alta.pdf
- Peces-Barba M., G. (1995). Curso de derechos fundamentales. Teoría general. *Boletín Oficial del Estado*. Universidad Carlos III de Madrid.
- Pou Gimenez, F. (2014). Argumentación Judicial y perspectiva de género. Colección Doctrina Jurídica Contemporánea. En R. C. Juan A. Cruz Parceró. *Interpretación y Argumentación Jurídica en México* (p. 288). México: Fontamara.
- Puerto Rico. Tribunal Supremo. (s.f.). *Caso CC-2000-922*. Recuperado de <https://www.ramajudicial.pr/opiniones/2001/2001TSPR112.pdf>
- Puerto Rico. Tribunal Supremo. (2002). *Caso CC-2002-35*. Recuperado de <https://www.ramajudicial.pr/opiniones/2003/2003TSPR52.pdf>
- Rolla, G. (s.f.). *La concepción de los derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano*. Recuperado de: <http://www.crdc.unige.it/docs/articles/Rolla3.pdf>
- Sagües, N. P. (2014). Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. *Revista de Investigações Constitucionais*, 1(2), 23-32.
- Tamés, R. E. (s.f.). Recuperado de <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/igualdad/libros/documento/2016-12/Derechos-de-las-mujeres.pdf>
- Vaz Ferreira, C. L. (1963). Recuperado de <http://www.vazferreira.org/textos/011%20CVF%20-%20L%C3%B3gica%20viva.pdf>
- Zagrebelsky, G. (2000). *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. (10.^a ed.). Madrid: Trotta.

LEY DE ALQUILERES Y DESAHUCIOS: PROPUESTAS LEGALES PARA UN PARQUE DE VIVIENDA EN EQUILIBRIO

Rent and eviction law: legal proposals for a balanced housing stock

■ **Maridalia Rodríguez Padilla**
Universidad Rovira i Virgili (URV)
España
maridalia.rodriguez@urv.cat
<https://orcid.org/0000-0003-2024-3168>

Denisse Härtling
Observatorio Judicial Dominicano
República Dominicana
d.hartling@ojd.org.do

Artículo de investigación
Recibido: 22 de julio de 2020
Aprobado: 26 de abril de 2021



Obra bajo licencia
Creative Commons
Atribución-NoComercial-
SinDerivadas 4.0 Internacional

Vol. 1, núm. 19, junio 2021
ISSN (impreso): 2305-2589
ISSN (en línea): 2676-0827
Sitio web: <https://saberyjusticia.edu.do>

Resumen

El más reciente intento de reformar el actual Decreto núm. 4807, de 16 de mayo de 1959, sobre control de alquileres de casas y desahucios, así como de un importante compendio de normativas sobre arrendamiento de inmuebles disperso en nuestra legislación, ha manifestado la importancia de un parque habitacional en equilibrio. Es por eso que en este trabajo destacamos algunos puntos que entendemos de suma importancia, mas, no abarcados en el Proyecto de Ley General de Alquileres de Bienes Inmuebles y Desahucios que reposa en el Congreso Nacional desde 2018. Además, se aprovecha la disposición del legislador de atender este tema para invitarle a explorar novedosas alternativas que podrían facilitar un óptimo desarrollo del mercado de arrendamientos de inmuebles, y especialmente de vivienda. De manera concreta, destacamos la necesidad de disponer de políticas de vivienda progresivas e integradas, que motiven un mercado equilibrado y contemplen la vivienda en alquiler como una opción de vivienda eficiente. Asimismo, señalamos posibles medidas de formalización e innovación del mercado de arrendamiento con el objetivo de contribuir a la reducción del alto déficit habitacional que afecta a la República Dominicana.

Palabras clave

Arrendamiento; Vivienda; Mercado inmobiliario; Inversión inmobiliaria.

Abstract

The most recent intent to amend the current Decree no. 4807, of May 16, 1959, on the control of house rentals and evictions, has revealed the necessity to create a unique property leasing regulation, as well as has showed the importance of a balanced housing park. Thus, in this work we highlight some points that we consider extremely important, that were not, however, covered by the “Project of the General Act on Rents of Immovable Property and Evictions” that has been deposited in the National Congress since 2018. In addition, taking into consideration the legislator’s intention to resolve this issue, we invite to explore new alternatives that could provide an optimal development of the property leasing market, and especially of the housing market. Particularly, we highlight the need of progressive and integrated housing policy that promote a balanced housing market and consider rental housing as an efficient housing option. Thus, we suggest some possible measures of formalization and innovation on the rental market with an objective to contribute to the reduction of the high housing deficit that affects the Dominican Republic.

Keywords

Lease; Housing; Real state market; Real state investment.

Introducción

La importancia de tener una vivienda en condiciones óptimas para su habitabilidad es tal que la mayoría de los países han configurado este derecho como constitucional y varios instrumentos internacionales le han dado un tratamiento de fundamental. Tales son los casos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25.1) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11.1). De tal manera que, la vivienda representa un derecho humano que tiene una importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales.

Ahora bien, visto desde el ámbito nacional, la realidad de la República Dominicana, apoyada en los datos de nuestro último censo de población y vivienda del año 2010, es que contamos con un parque habitacional precario. El país presenta un déficit habitacional que sobrepasa los dos millones (2,000,000) de unidades en aspectos cualitativos y cuantitativos. A esto le sumamos la deficiente legislación que rige en el ámbito de los arrendamientos, un marco normativo disperso y obsoleto, que destaca una eminente necesidad de reforma integral. Por ello, y a propósito del proyecto de ley que reposa en el Congreso, junto con el ánimo de corregir esta situación, nuestro trabajo pretende apelar y aportar algunas luces para lograr tanto el

fortalecimiento de las normas de alquiler residencial, como el incentivo a la inversión en este mercado.

Desde este punto, resulta necesario avanzar unas reflexiones hacia las políticas públicas, que nos permitan colocar los medios jurídicos-financieros para ampliar las posibilidades de acceso a la vivienda. Esto debe ir acompañado de una normativa que incentive el desarrollo inmobiliario de proyectos residenciales destinados al alquiler y/o a los instrumentos intermedios, mediante los aportes de pequeños, medianos o grandes inversores, nacionales o extranjeros, a través de la inversión en bolsa o fondos financieros, tomando en cuenta que dichos proyectos representan una oportunidad más para la solución de las demandas de vivienda, que no implica necesariamente la propiedad.

Para movernos al escenario de las soluciones, es importante analizar la situación actual sobre el inquilinato en nuestro país, establecer una fórmula jurídica adecuada que regule la relación contractual entre arrendatario y propietario e ir sumando respuestas viables a la incontestada pregunta ¿Cómo superar el problema del déficit habitacional en República Dominicana, apoyándonos en el arrendamiento?

Como citar:

Rodríguez Padilla, M. y Härtling, D. (2021). Ley de alquileres y desahucios: propuestas legales para un parque de vivienda en equilibrio. *Revista Saber y Justicia*, 1(19), 53-82. <https://saberyjusticia.edu.do>

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Situación actual del mercado de arrendamiento de vivienda en la República Dominicana

El reciente brote epidémico Covid-19, en diciembre de 2019, bajo la consigna de *quédate en casa* y las restricciones propias del estado de emergencia declarado en República Dominicana, el 18 de marzo de 2020, junto con otros factores que se vienen manifestando desde hace décadas, han vuelto a destacar la esencialidad de la vivienda. Una vez confirmada la consideración de la vivienda como escenario idóneo para la protección de la salud, resulta importante poner en discusión y reflexión la realidad de nuestro marco normativo en esta materia, con especial atención en el tema del inquilinato ya que, según datos del Banco Interamericano de Desarrollo, más del 31% de la población dominicana vive bajo el régimen de alquiler (Blanco y Volpe, 2015, p. 95).

El principal problema sobre los alquileres y las necesidades habitacionales es la dispersión de las normas que lo rigen y lo desactualizadas que resultan para satisfacer las necesidades de la sociedad de hoy. Un ejemplo claro lo vemos en el proceso de alquiler de bienes inmuebles, previsto en la Ley núm. 43-14, que regula la prestación y aplicación de los valores en el inquilinato, una norma que data del 20 de octubre del año 1945 y su modificación más reciente fue realizada hace 32 años, el 5 de febrero de 1988.

Asimismo, los aspectos legales establecidos para el proceso de desahucio están regidos por el Decreto núm. 4807, sobre control de alquileres y desahucio, emitido durante la Era de Trujillo, el 16 de mayo de 1959. Lo correspondiente a las tarifas de pago de alquileres de casas o apartamentos destinados a viviendas familiares está contemplado en la Ley núm. 38, del 24 de octubre de 1966 y el Código Civil Dominicano, del cual se suple la materia, que es del año 1845 y responde a una traducción al idioma español del Código Napoleónico de 1804.

Las normas en asunto atinentes al inquilinato resultan extemporáneas y sus posteriores modificaciones tampoco armonizan con la problemática de vivienda existente en el país. Esto se traduce en situaciones que vulneran los derechos de propietarios e inquilinos y permite que se normalicen algunas prácticas de la economía informal, como es el caso del cobro de sumas de dinero adicionales a las ya establecidas en la ley, como condición para tener acceso al alquiler de una vivienda.

Los estudios más recientes sobre déficit habitacional evidencian que los problemas cualitativos y cuantitativos afectan tanto a las distintas formas de tenencia de la vivienda, incluidas las que son habitadas producto de un arrendamiento, aunque en menor proporción que en las viviendas propias sin titulación; como a los diferentes grupos socioeconómicos, aunque con mayor impacto en los sectores más vulnerables económicamente. En este sentido, Morillo Pérez (2019), en un reciente estudio, comprobó que:

Los hogares en condiciones de pobreza extrema (ICV-I) registraron el mayor déficit habitacional total en 2010 (100.4%18) y en 2017 la

situación se mantuvo prácticamente sin mejorías, ya que la cifra fue de 98.9%. En los hogares en condiciones de pobreza moderada (ICV-II), el porcentaje disminuyó cerca de 10 puntos porcentuales, al caer de 75.0% a 65.8% de 2010 a 2017. Por su parte, en los hogares del estrato medio (ICV-III) disminuyó de 40.6% a 15.4%, una reducción de 25.2 puntos porcentuales. Por último, en el estrato alto (ICV-IV), que exhibe los menores niveles de déficit habitacional, disminuyó de 14.1% a 3.0%. En esa dinámica, la brecha por condición de pobreza multidimensional aumentó de 49.0 puntos porcentuales en 2010 a 95.9 puntos en 2017. (p. 88).

El referido autor destaca también que las brechas sociales se han incrementado en forma muy significativa, pues mientras que el déficit habitacional prácticamente se ha erradicado en los estratos de mejor condición socioeconómica, en los estratos de menor condición socioeconómica ha aumentado, lo que aleja aún más a estos grupos (p. 89).

Ante un panorama como este, queremos aprovechar para destacar los posibles aportes que pueden emanar de un mercado de arrendamiento bien resguardado, especialmente por su potencial para equilibrar nuestro parque habitacional. De esta manera, destacamos como punto principal la necesidad de mejorar los procedimientos que rigen el funcionamiento de los alquileres. También desde el equilibrio jurídico, pues se debe proteger tanto a propietarios como a inquilinos y aportar soluciones efectivas a las controversias que surgen en estas relaciones contractuales.

Las reformas que se introduzcan en nuestro compendio normativo deben promover la armonía de los derechos y obligaciones entre las partes contratantes, sin que desaparezca la función social que tiene la vivienda, pues las mediciones anteriores son un reflejo de la falta de políticas públicas que implementen programas encaminados a la reducción de las inequidades del sector, con enfoque en los grupos sociales más pobres y vulnerables.

En esencia, las políticas de vivienda han presentado problemas de singularidad en lo que tiene que ver con su concepción general. En materia de vivienda de interés social, en nuestro país las respuestas se concentran en algunos programas de tipo vivienda nueva en propiedad, y/o en pocos instrumentos, como el subsidio directo a la demanda, el ahorro de los hogares y la financiación del mercado. Son estos componentes los que concentran el debate conceptual y direccionan del monto y la aplicación del gasto público hacia la vivienda (Jaramillo e Ibáñez, 2002, p. 24). Por tanto, es en estos donde debe encontrarse un equilibrio para garantizar mejor y mayor acceso a la vivienda digna.

Diferencias entre alquiler habitacional y comercial

Rentar un inmueble con fines comerciales y uno con la finalidad de utilizarlo como vivienda son escenarios totalmente diferentes. Es por esto que, los contratos de arrendamiento deben regular diferentes aspectos de la relación entre arrendatario y propietario en el ámbito de cada necesidad. Sin embargo, más allá de las previsiones establecidas en la ley sobre la cantidad de depósitos que han de ser entregados en

cada uno de los casos anteriores, no encontramos otra distinción entre el alquiler habitacional y comercial, a pesar de que ambos versan sobre aspectos muy distintos.

El Estado, al garantizar la vivienda como derecho constitucional, debe asegurar a la ciudadanía que en ella estén disponibles todas las condiciones esenciales para su habitabilidad. Es decir, el derecho a la vivienda no solo se circunscribe a la obtención o alquiler de un habitáculo, sino también a los servicios y recursos que esta debe tener para desarrollar las actividades propias de su uso; tales como la recreación, el descanso, la alimentación o el desarrollo de relaciones interpersonales. De esta manera, una de las obligaciones primordiales del propietario de un inmueble frente a su inquilino es garantizar las condiciones de habitabilidad de la vivienda desde el inicio hasta la terminación del contrato.

Por su parte, el alquiler de un local con fines comerciales añade a la condición de habitabilidad una serie de requisitos que permiten realizar y gestionar una actividad determinada orientada al comercio para la prestación de bienes y servicios. En estos casos también se contempla la posibilidad de realizar cambios a la estructura física del mismo, ya que el espacio muchas veces necesita ser adaptado a la actividad que se pretende desarrollar, por lo que resulta conveniente identificar estos detalles y colocar de manera expresa la vía de autorización para las modificaciones que se realicen inicialmente y las que puedan tener lugar a futuro.

En este mismo sentido, es preciso destacar que, incluso en el alquiler de una vivienda, puede existir un ánimo meramente comercial y distinto del hábitat. Por ejemplo, no será lo mismo destinar una vivienda al arrendamiento familiar, donde dicho inmueble constituya la residencia principal o habitual de la familia, que destinar una vivienda al alquiler turístico o vacacional. En el primer caso, se configura claramente la necesidad que se pretende proteger a través del derecho a la vivienda consagrado en el artículo 59 de nuestra Constitución. En cambio, en el segundo caso, más que una necesidad la vivienda, viene a satisfacer una demanda comercial para la que no necesariamente tendrían que regir el mismo tratamiento jurídico que el aplicado a una vivienda habitual.

Es importante referirse en este punto a la posibilidad de que una nueva legislación en materia de alquileres no solo contemple de manera clara las distinciones existentes entre los contratos de alquiler (habitacional y comercial), sino que, como ocurre en algunos países latinoamericanos, los últimos puedan incluso regirse por la materia comercial. Tal es el caso de Colombia, donde los alquileres de locales comerciales son regulados por la normativa mercantil, el Código de Comercio y por cláusulas contractuales.

En cuanto a las viviendas que satisfacen una actividad empresarial de tipo servicio, como las de uso turístico o vacacional, estas también requieren un tratamiento diferenciado de la vivienda habitual que satisface una necesidad fundamental (lo que parece ser el espíritu de la Ley 38 de 1966, que regula la tarifa del alquiler de la vivienda familiar). Es evidente que no confluirán las mismas circunstancias para una familia que use una vivienda como lugar principal y definitivo, donde vive en sociedad, a otra que se auxilie de una vivienda secundaria y transitoria para un corto período de descanso.

Siguiendo la línea anterior, en Europa se han suscitado distintas polémicas respecto a la distinción entre la vivienda residencial y la de uso turístico, que van desde los efectos negativos que producen las viviendas turísticas no controladas (Nasarre Aznar, 2020, p. 561), como gentrificación, aumento de los precios del alquiler, interrupción al derecho a la ciudad, etc., hasta la necesidad de regular las actividades de economía colaborativa relativas a la vivienda, como las gestionadas mediante exclusivas plataformas en línea (Fernández Pérez, 2019, p. 80). Es así que, en España pueden verse distintas normativas autonómicas que se ocupan puntualmente de los alquileres de este tipo de vivienda (como las pronunciadas en Galicia, Madrid y Cataluña).

En general, dado el sistema que permite libertad contractual en los arrendamientos de locales comerciales que no se da en los alquileres de vivienda, como el sistema que diferencia entre el uso residencial o empresarial de la vivienda, resulta interesante profundizar en nuestro haber jurídico, especialmente dado nuestro atractivo turístico. En este sentido, será necesario que la legislación correspondiente establezca las reglas básicas para el cumplimiento de las condiciones de habitabilidad, pues el alojamiento de una vivienda digna, a diferencia de un local comercial, es una necesidad y un derecho constitucional cuya garantía corre por cuenta del Estado que siempre deberá estar sujeta al cumplimiento de unos estándares mínimos. Asimismo, el alojamiento turístico exige unas condiciones de muy distinta índole al residencial.

Algunos puntos sobre el Proyecto de Ley General de Alquileres de Bienes Inmuebles y Desahucios

Como ya hemos explicado antes, el problema esencial en la legislación que regula el inquilinato en la República Dominicana es la dispersión de las normas y la desactualización de las mismas. Han sido estos aspectos los que en el año 2018 dieron lugar a la presentación del *Proyecto de Ley General de Alquileres de Bienes Inmuebles y Desahucios*, con la finalidad de compilar en una sola norma, y acorde a los nuevos tiempos, los elementos necesarios para regular las relaciones jurídicas originadas en el alquiler de bienes inmuebles. En este sentido, el propio proyecto de reforma, además de señalar la necesidad de impulsar la participación privada, nacional y extranjera en el desarrollo del mercado de alquiler de inmuebles, señala que:

La legislación en materia de alquiler de bienes inmuebles está dispersa y contiene aspectos obsoletos y de no aplicabilidad en el tiempo actual, por lo que es necesario una actualización y concentración de toda la materia en un solo texto legal, a fin de adecuarla a las nuevas condiciones de la economía y otorgar la seguridad jurídica necesaria para las partes intervinientes en la relación de inquilinato. (Considerando primero, Proyecto de Ley General de Alquileres de Bienes Inmuebles y Desahucios, 2018, p. 1).

Se busca aportar una legislación que, en primer lugar, armonice con las demandas actuales en la materia y, en segundo lugar, contenga todas las disposiciones atinentes al tema y adecuadas a las nuevas condiciones de la economía, para con esto otorgar la seguridad jurídica necesaria que las partes intervinientes en la relación de inquilinato requieren. De la iniciativa podemos destacar varios aspectos, entre ellos:

1. Se propone la liberación de renta (libertad de precio), de manera que sea libremente estipulada por las partes. El pago de la renta será por períodos de un mes, salvo pacto en contrario. El pago se efectuará en el lugar y mediante el procedimiento que acuerden las partes.
2. El reajuste de precio por parte del propietario solo podrá realizarse de manera anual y no podrá exceder el 5%. Este punto resulta importante pues, en la práctica, la mayoría de los contratos establecen un aumento anual del 10% al que quedan sujetos los inquilinos desde el momento de rentar el bien inmueble hasta la finalización del contrato.
3. El arrendamiento termina por la llegada del término convenido o, a falta de término, por la denuncia de una de las partes; por la pérdida del inmueble alquilado; por falta del arrendador o el inquilino de cumplir sus obligaciones; o cuando el bien alquilado se utilice para la comisión de delito, al margen de los fines del contrato. En los casos que el inquilino o el propietario desean poner fin al contrato podrán hacerlo con la condición de informar a la otra parte. El plazo para esto es de un mes para el inquilino y seis meses para el propietario.
4. No se dará curso a ninguna solicitud, instancia o demanda dirigida al juzgado de paz, con fines de desalojo, o para el cumplimiento de obligación contractual o legal derivada del contrato, hasta que el demandante, propietario o inquilino presente el recibo original, o certificación del Banco Agrícola de la República Dominicana, mediante el cual se demuestre haber realizado el depósito previsto en el artículo 19 de esta ley.
5. Si durante la vigencia del contrato de alquiler, el inmueble alquilado se pierde o es destruido en su totalidad o en su parte principal por caso fortuito o por fuerza mayor, el inquilino podrá pedir la rescisión del contrato.
6. Toda sentencia en desalojo dictada por el juez competente en apelación será declarada ejecutoria, no obstante, cualquier recurso que contra ella se interpusiere. Sin embargo, el inquilino recurrente en casación podrá evadir la ejecutoriedad de la sentencia si probare haber consignado en el Banco Agrícola el duplo del monto de las condenaciones establecidas en la sentencia a recurrir.
7. Y finalmente, destacar que las empresas prestadoras de servicios de agua, energía eléctrica, comunicaciones o telecable, no podrán rehusar o negar la solicitud de apertura de nuevos contratos bajo el pretexto de facturas en atraso o contratos no cancelados por parte de propietarios o inquilinos anteriores.

A pesar de los detalles antes planteados, notamos una tímida propuesta que recoge, a grandes rasgos, las disposiciones contenidas en la legislación ya existente. Esto deja de lado elementos fundamentales que servirían para resolver la problemática real que afecta al inquilinato, tales como: a) las garantías personales que son solicitadas como requisitos para el alquiler; b) el establecimiento de los depósitos en el Banco Agrícola como requisito para acceder a la justicia; c) la ausencia de resoluciones alternativas de conflictos que puedan no solo hacer más expedito el proceso, sino también significar un desahogo para los tribunales, que se traduciría en reducción de la mora judicial; d) previsiones para escenarios de fuerza mayor

que imposibiliten el pago por parte del inquilino; y e) disposiciones que promuevan el surgimiento de inversores en el mercado de los alquileres.

El proyecto de reforma propuesto, sin duda, toca puntos esenciales para un buen funcionamiento del mercado de alquileres de inmuebles. Pero, no brinda los medios necesarios para ofrecer un escenario equilibrado entre las partes intervinientes y, por tanto, tal cual ha señalado Cedeño Brea (2019), “en vez de dinamizar el mercado de alquiler de viviendas, podría crear desabastecimiento y escasez”. El proyecto procura dinamizar y actualizar el mercado de alquiler de bienes inmuebles; sin embargo, contempla muy pocas novedades, continúa con las mismas medidas de las que ya se disponían y no ofrece soluciones efectivas que permitan un sano desarrollo del referido mercado o nuevas ofertas asequibles de viviendas (Rodríguez Padilla, 2019).

Con relación al establecimiento de los depósitos en el Banco Agrícola como requisito para acceder a la justicia, no puede olvidarse lo establecido en la Constitución dominicana en los artículos 69 y 149, donde se declara que toda persona tiene el derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita y que la justicia se administra a cualquier persona, incluso si no tiene los medios económicos para hacerlo. De tal manera que, este requerimiento impide, en múltiples casos, que se pueda acceder oportunamente a un escenario imparcial para dirimir los conflictos entre inquilinos y propietarios, convirtiéndose en óbice de la buena administración de justicia. Por tanto, en una nueva ley de alquileres es preciso observarse y reestructurarse el espíritu de este mandato.

Por otra parte, en relación a la forma de terminación del contrato de arrendamiento, el proyecto de reforma actual no ha hecho otra cosa que incluir lo ya resulto por nuestro Tribunal Constitucional a través de la sentencia núm. 174/14, de fecha 11 de agosto de 2014. En este sentido, la terminación del contrato por la llegada del término acordado entre las partes tampoco es una novedad propia del proyecto. La referida sentencia comprobó la eminente restricción del derecho a la propiedad que significaban las causales limitadas para lograr la resolución del contrato de arrendamiento conforme con el artículo 3 del Decreto 4807. Por cuanto, el tribunal procedió a eliminar este obstáculo al establecer que:

Las restricciones al derecho de propiedad que se derivan de la aplicación del artículo 3 del Decreto núm. 4807, si bien se justificaban a finales de los años cincuenta del siglo pasado y durante los siguientes años, no menos cierto es que en la actualidad resultan injustificables. Ciertamente, lo que demanda la realidad actual es una política inversa, orientada a fortalecer el derecho de propiedad, con la finalidad de incentivar la inversión de capitales en viviendas que luego de construidas podrán ser alquiladas o vendidas”. (Declarando como no conforme con la Constitución de la República el artículo 3 del Decreto núm. 4807 del dieciséis (16) de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve -1959-).

De manera puntual, el arrendamiento constituye un instrumento de suma importancia en el sector inmobiliario, que además permite completar el parque habitacional del Estado. Por ello, los responsables de las políticas públicas de vivienda deben consolidar intervenciones integrales para poder hacer frente a las

carencias cuantitativas y cualitativas que afectan al país (Banco Interamericano de Desarrollo, 2011, p. 6). Por lo que apelamos a un fortalecimiento de las normas de alquileres, así como al incentivo de la inversión en este mercado.

La situación provocada por los efectos de la pandemia del Covid-19 ha puesto en evidencia la necesidad de regular estos temas, así como de disponer de mayores previsiones que las contenidas en el Proyecto de Ley. La actual crisis sanitaria ha destacado, además, la ausencia de políticas públicas que permitan responder efectivamente a las necesidades económicas de la ciudadanía y suma incertidumbre en quienes deben permanecer en casa, pero no tienen las condiciones para sustentar sus servicios y el pago de la renta. Es menester incluir, dentro de la reforma en gestión, medidas que respondan a las necesidades de escenarios como el del Covid-19, eventos de fuerza mayor como catástrofes naturales e incluso, momentos de crisis económica.

Ante la inercia de esta reforma y la posibilidad de que el proyecto sea sometido a la próxima legislatura, entendemos que pueden aprovecharse, cuanto menos, algunas de las observaciones puestas de manifiesto en el presente trabajo. Aunque lo ideal sería componer una norma completamente nueva, que pueda entenderse conforme a los nuevos tiempos y necesidades, así como alejada de los acostumbrados parches o refritos de lo comprobado como ineficiente.

Vivienda social en régimen de alquiler

El artículo 59 de la Constitución dominicana establece que “toda persona tiene derecho a una vivienda digna con servicios básicos esenciales. El Estado debe fijar las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promover planes de viviendas y asentamientos humanos de interés social. El acceso legal a la propiedad inmobiliaria titulada es una prioridad fundamental de las políticas públicas de promoción de vivienda”.

Para dar cumplimiento a esta disposición y con ello garantizar el derecho a la vivienda, el Estado debe promover de manera efectiva los programas de asistencia social que hagan falta, incluyendo en la ecuación las destinadas al inquilinato. Las viviendas sociales, son aquellas que se alquilan o venden a precios muy por debajo de los que figuran otras viviendas similares en el mercado, poseen un enfoque que no radica en la obtención de beneficios por su uso, sino más bien en el ofrecimiento a personas con capacidades económicas limitadas para la adquisición de una vivienda propia.

En la actualidad, esta es una alternativa a la que acuden casi todos los países, como una opción que permite satisfacer poco a poco las necesidades existentes y corregir, en algunos casos, las insuficiencias del mercado inmobiliario. La media europea de viviendas sociales es del 18% (Inurrieta Beruete, 2007, p. 7), una cifra a la que deberíamos aspirar. El público ideal para este tipo de vivienda va desde estudiantes, parejas jóvenes y familias con niños hasta personas mayores o con necesidades especiales. Está pensado para hacer posible que estos ciudadanos mejoren su calidad de vida, por lo que, para acceder a este tipo de alquiler es necesario cumplir una serie de requisitos que variarán en función de cada país.

En nuestro caso, la mayoría de los proyectos de viviendas sociales desarrollados se destinan a la vivienda en propiedad (SAIP-SIP-39786) y pese a ello no han logrado organizar ni hacer avanzar las comunidades que los habitan. Por el contrario, con el tiempo, los espacios donde son construidos estos proyectos de vivienda sociales suelen convertirse en marginales “desvirtuados” (La Nueva Barquita) que impulsan a sus residentes originales a marcharse. Esto comprueba que, regalar o asignar en propiedad la vivienda pública, no es solución absoluta al problema de la deficiencia habitacional. El acceso a la vivienda digna puede lograrse a través de diferentes formas de tenencia, siendo lo esencialmente importante contar con políticas de vivienda integradas que garanticen un buen desarrollo de los barrios, que incluso deben ser pensados o reestructurados en base a medidas de acompañamiento social que garanticen su óptimo desarrollo.

En la República Dominicana se han visto pasar muchos programas de viviendas sociales, sin que se logre hasta el momento contemplar verdaderas opciones de viviendas de alquiler social como una regla. Es suficiente ver la experiencia de otros países y cómo han resuelto, en gran medida, el problema del parque habitacional, auspiciando con estas prácticas que se dinamice la inversión local y extranjera en viviendas sociales para el alquiler (Alemania es un gran referente). En tal sentido, es importante regular, con la mayor equidad posible, el acceso a la vivienda social y, de manera especial, concentrar los esfuerzos en crear una verdadera estructura de la política pública concertada de vivienda social, no solo para la vivienda en propiedad, sino que explore también otras formas de tenencia.

Profesionalización del mercado de vivienda en arrendamiento: distinción entre grandes y pequeños tenedores

En la República Dominicana las políticas públicas de vivienda, desde los años 60 y hasta la actualidad, se han concentrado en la propiedad como única forma de tenencia (Torres, Jovine, Rodríguez y Pujals, 2017, pp. 17-23 y 56-119). No obstante, en los últimos años, el alquiler ha ido en aumento, llegando a representar el 31% de la forma de tenencia para el año 2011 (Blanco y Volpe, 2015), una cifra que para los informes de estadísticas nacionales rondaba el 40.5% (ONE, 2011). Además, la vivienda en arrendamiento en el mercado dominicano suele ser de mayor calidad que la vivienda propia no titulada (Blanco y Volpe, 2015); una forma de tenencia que se ha consolidado como una importante solución de vivienda en nuestro país.

El arrendamiento, en la mayoría de las veces, es la opción de vivienda más recurrente para quienes no pueden acceder a una vivienda en propiedad. Sin embargo, esta solución puede verse afectada por la informalidad y la autogestión cuando son los propios arrendadores o sus representantes no profesionalizados, los que gestionan esta solución. La informalidad en el alquiler de vivienda, por lo general, es producto de la ausencia de contrato, y se distingue, principalmente, por el tipo de vivienda (autoconstrucción) y la nula declaración de los ingresos de esta actividad económica. En cuanto a la autogestión del arrendamiento, esta puede causar desconfianza e inseguridad en el mercado del alquiler de vivienda, debido a prácticas abusivas, tanto de arrendadores como de arrendatarios que solo respondan a sus propios intereses (Molina, 2018, p. 71). Unas problemáticas que derivan de un marco regulatorio rígido que desincentiva la inversión formal,

así como de los complejos procesos de reposición (Blanco, Fretes y Muñoz, 2014, pp. 31-35).

En nuestra legislación podría considerarse una medida de formalidad del arrendamiento la exigencia del registro de los contratos de alquiler en el Banco Agrícola dominicano junto con el depósito de los valores en concepto de garantía entregados por el arrendatario (Ley 4314 de 1955). Pero lo cierto es que el espíritu de este mandato no es el de agregar formalidad y garantizar el buen desarrollo de esta actividad económica, sino el de procurar canalizar recursos para el desarrollo del sector agropecuario. Un mandato de ley que, desde su inicio, no ha contado con una buena acogida, pues incluso motivó una reforma temprana (Ley 17-88 de 1988), aunque tampoco atinada, al convertir la consignación de los depósitos o fianza del arrendamiento en el instrumento habilitante de acceso a la justicia en caso de conflictos contractuales entre arrendadores y arrendatarios.

Es así que, de acuerdo con los datos del Banco Agrícola de la República Dominicana, la mayoría de los contratos de arrendamiento de vivienda se registran como paso previo a un conflicto judicial para cumplir el mandato de la referida Ley 17-88 (SAIP-SIP-000-39787), lo que supone un gran número de contratos operados desde la informalidad y de los que la Administración no dispone ni para datos estadísticos.

De acuerdo con la consulta núm. SAIP-SIP-000-39787, elevada al Banco Agrícola de la República Dominicana (Bagrícola), a través del Portal Único de Solicitud de Acceso a la Información (SAIP), de fecha 23 de agosto de 2020, la motivación principal para los registros de los contratos de alquiler de bienes inmuebles ante esta institución “varía según la necesidad del cliente, entre darle cumplimiento a la Ley núm. 17-88, hasta realizar el depósito a los fines de llevar un procedimiento legal”. Por otra parte, de acuerdo con el cuadro contentivo de registros o aperturas de certificados de alquiler, compartido por la referida institución, en el período de enero 2016 hasta agosto 2020, se registraron 19,692 contratos de alquiler, destacando un registro para el señalado período del año 2020, de apenas 2,159 contratos. Estas cifras invitan a revisar la efectividad del cumplimiento de la Ley núm. 17-88 y, si realmente se justifica el bloqueo al acceso a la justicia que supone su mandato de previa consignación de los depósitos de alquiler para dar curso a la resolución de un conflicto jurídico entre las partes.

Al respecto, una parte de la doctrina internacional sostiene que las asociaciones especializadas en inversiones inmobiliarias “podrían ser la solución para el alcance de un mayor equilibrio entre arrendadores y arrendatarios” (Méndez, 2007, pp. 13-14) y del propio mercado. Las asociaciones de inversión podrían contribuir a formalizar el sector, pues a través de estas se puede ofrecer mayor estabilidad a los arrendatarios, principalmente en cuanto a la prolongación en el tiempo de los arrendamientos, y mejor oportunidad de negocio para los arrendadores. Además, arrendadores profesionales o grandes tenedores (aquellos que gestionan un número significativo de inmuebles en alquiler, como actividad económica) podrían contar con mejores garantías ante las principales contingencias derivadas de esta actividad, como la falta de pago, la negativa a entregar la vivienda finalizado el plazo de contratación o el deterioro del inmueble; pues estos pueden recurrir al pago de primas de seguros contra riesgos arrendaticios.

Un ejemplo de los efectos de la profesionalización del arrendamiento es la posibilidad de que los arrendadores recurran a compañías aseguradoras para obtener indemnizaciones por los daños sufridos producto de relaciones contractuales como el arrendamiento, por medio de la subrogación del asegurador en los derechos del arrendador frente al arrendatario (Colina, 2014, p. 430), como funciona en España. Ahora bien, es importante señalar que la vivienda no debe verse como un simple producto de mercado y que en ningún sentido debe apartarse de su realidad social (Guarro, 2012, p. 62), lo que para esta actividad económica se puede lograr con una normativa equilibrada respecto a dos derechos enfrentados: el derecho de propiedad y el derecho a la vivienda (Méndez, 2007, pp. 38-39). En este sentido, entendemos que el más reciente proyecto de reforma de nuestra ley de alquileres no ha considerado un equilibrio de estos derechos, lo que puede considerarse un desincentivo para la inversión profesionalizada en este sector.

La profesionalización del mercado del alquiler es un punto importante a mejorar para el buen desarrollo del mercado inmobiliario (Corredor, 2018, p. 12). Se ha demostrado que las principales problemáticas derivadas de las relaciones contractuales arrendador-arrendatarios y de la actividad comercial o de inversión basada en brindar alojamiento de vivienda radican en la informalidad que puede superarse con una mayor competencia técnica del mercado. Una situación que “impide que los minoristas arrendadores puedan asumir los principales riesgos inherentes a la ejecución y aplicación de los contratos de arrendamientos” (Colina, 2014, p. 428), lo que se reduce cuando el arrendador es un ente profesional, con capacidad de asumir los riesgos que supone entregar una vivienda en régimen de alquiler. Ahora bien, la profesionalización recomendada debe ser regulada de manera que se pueda asegurar, también, una oferta de vivienda equilibrada y que en ningún caso se invite a la especulación o a la concentración de todo el mercado de vivienda en manos privadas, como ha pasado en la experiencia internacional con los llamados “Fondos Buitres” (Maíz, 2020, p. 47).

Es importante destacar que la profesionalización del mercado del alquiler no quiere decir que los pequeños tenedores (los que tienen el alquiler como medio de subsistencia personal o familiar) o inversores no puedan invertir en el sector inmobiliario destinado al arrendamiento de vivienda. Para los primeros, bien podrían aplicarse reglas especiales que garanticen su medio de subsistencia, y los segundos pueden invertir, incluso de manera más segura, a través de entidades profesionales (Trigo, 2014, pp. 859-860), como lo son los fondos de inversión inmobiliarios, los fideicomisos inmobiliarios dedicados al arrendamiento, o incluso ser parte de estructuras autónomas de desarrollo de proyectos inmobiliarios, inversores o meros adquirentes de títulos valores emitidos por estas entidades, con garantía en las rentas percibidas de la explotación de sus inmuebles. Esto les permitirá reducir, significativamente, los riesgos derivados del arrendamiento; desde la posición de arrendador, específicamente, podrán diversificar sus inversiones, sin la necesidad de comprar una propiedad en particular, al optar por proporciones de rendimientos de distintos inmuebles, lo que les liberaría de obligaciones fiscales propias de la tenencia de bienes inmuebles, y les permitiría el acceso a otras ventajas propias del mercado de capitales (Rodríguez Padilla, 2019, p. 562).

En este sentido, el fideicomiso en nuestro país (Ley núm. 189-11 de 2011) representa un catalizador potencial de desarrollo y profesionalización del mercado inmobiliario, del que incluso ya hemos visto aportes significativos. Sin embargo,

su regulación e incentivos están orientados, al igual que las políticas públicas de vivienda, hacia la cultura de la propiedad de la vivienda como única forma de tenencia, desaprovechando los potenciales aportes del arrendamiento.

Nuestra Ley de fideicomiso ha ignorado una de las más importantes contribuciones de esta figura jurídica: las asociaciones que se dedican, de manera prácticamente exclusiva, al arrendamiento de bienes inmuebles, con la finalidad de incrementar la oferta y mejorar la calidad del parque de vivienda (Nasarre y Rivas, 2009, pp. 11-12). Tal cual los Real Estate Investment Trust (en adelante REIT) estadounidenses (Tax Law de 1960) o los Fideicomiso de Infraestructura e Inversión en Bienes Raíces (en adelante FIBRAS) mexicanos (Ley mexicana de ISR), vehículos jurídicos considerados idóneos para el fortalecimiento del ahorro y las inversiones colectivas en bienes inmuebles, incluso sin la disposición de grandes capitales (Orti, 2009, p. 16), que brindan seguridad y reducen los márgenes de riesgos.

Los fideicomisos especializados en el arrendamiento suelen implementarse sobre un sistema fiduciario de inversión bursátil que estimula el mercado del alquiler inmobiliario mediante la adquisición de certificados bursátiles amparados en las rentas que produce el patrimonio inmobiliario del fideicomiso. Estas estructuras suelen beneficiarse de importantes exenciones fiscales, para lo que se les exige cumplir con un porcentaje mínimo de inversión en inmuebles destinados al arrendamiento (entre el 70% y el 90% de todo el capital), el mantenimiento de la inversión por un período mínimo (entre 3 a 4 años), emitir certificados de participación abierto al público inversor, y la distribución anual obligatoria de hasta el 95% de sus beneficios (Pérez, 2016, pp. 35 y 66). La finalidad principal de estas estructuras es fomentar el arrendamiento en el mercado inmobiliario, lo que no ha sido atendido en nuestra Ley 189-11, pues, aunque en su artículo 58 se hace mención de los fideicomisos inmobiliarios dedicados al arrendamiento, no dispone de un tratamiento especial que permita configurar como tal su estructura.

Es importante destacar que el impulso y profesionalización que se promueva mediante los REIT o los FIBRAS en el mercado del arrendamiento (Molina, 2018 p. 77; García, 2011, p. 323) ha de ser proporcional respecto a la demanda. Por lo tanto, en caso de que se regulen propiamente en nuestro país, sería necesario establecer un porcentaje mínimo de inversión en viviendas y, dentro de este a su vez, un porcentaje mínimo obligatorio de inversión en viviendas económicas. De lo contrario estas estructuras pueden concentrarse en otros sectores como el comercial (oficinas, locales, naves industriales o alojamientos turísticos), dejando fuera la vivienda y especialmente la social como pasa en España con las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario (SOCIMIS) (Lambeck, 2018, p. 412). La regulación especial de los REIT, con sus ventajas propias, contribuiría a la ampliación de la oferta de viviendas dignas en la República Dominicana, así como a la reestructuración de su parque habitacional y formalización del mercado de arrendamiento de inmuebles (Rodríguez, 2019, p. 522).

Canalización del ahorro hacia el mercado profesional del arrendamiento de vivienda

En coordinación con las políticas de vivienda enfocadas en la propiedad, se vienen impulsando instrumentos de financiación para la vivienda, que no atienden a un significativo grupo de la población, aquellos de ingresos bajos o débil capacidad de pago. Una situación ocasionada por los bajos salarios e informalidad laboral

(MIREX y MEPyD, 2016), la nula capacidad de ahorro, los rígidos criterios de selección de los prestatarios, las altas tasas de interés y los altos costes legales que posteriormente se traducen en exclusión financiera y encarecimiento de las unidades habitacionales (Bouillon, p. 60, 2012). A lo anterior puede añadirse la falta de programas que promuevan distintas formas de tenencia de la propiedad, inclusión y educación financiera temprana (Fernández, 2015, p. 186).

En nuestro país, ante la situación de que muchas familias no pueden acceder a la financiación de la vivienda de manera convencional, por falta de ahorros previos, historial crediticio y estabilidad de ingresos, han surgido diferentes estrategias financieras, coincidiendo la mayoría en programas combinados de ahorro, subsidios y préstamos, siguiendo la famosa fórmula ABC (ahorro, bono y crédito) aplicada en prácticamente toda América Latina (Benza y Kessler, 2020). En este sentido, podemos señalar la regulación de las cuentas de ahorro programado contenidas en la Ley núm. 189-11, para el desarrollo del mercado hipotecario y el fideicomiso (artículos 140 y siguientes), que parten de la necesidad de fomentar el ahorro para que este, a su vez, acompañado de un subsidio estatal, dé paso a la financiación hipotecaria de largo plazo, que por lo general solo cubre una parte del costo total de la vivienda.

La introducción de esta cuenta de ahorro como producto financiero se fundamenta en la necesidad de facilitar la reunión del importe inicial para la adquisición en propiedad de una vivienda, distinguiéndose de una cuenta de ahorro común por su carácter inembargable, por la posibilidad de programar deducciones directas de hasta el 30% del salario de sus titulares, por su consideración de tipo ahorro exclusivo, por la exención de impuestos y honorarios bancarios, así como por la habilitación de subvenciones públicas para aquellos proyectos bajo fideicomiso y la consecuente aprobación de la financiación hipotecaria basada en el historial de ahorro del futuro prestatario.

La iniciativa del ahorro programado, si bien puede considerarse una alternativa práctica para la reunión del capital mínimo exigido en la compra de una vivienda, y que permitirá al ahorrante, incluso, crear un historial de pago para una futura solicitud de financiación hipotecaria, no debe considerarse la panacea, pues tampoco logra romper con la exclusión financiera, tomando en cuenta que la apertura de esta cuenta se condiciona a unos estándares mínimos, como ser asalariado contribuyente de la seguridad social; no ser titular de una vivienda; y ser sujeto de crédito conforme con las normativas bancarias vigentes (artículo 7, literales b, c y d del Reglamento para las cuentas programadas, dictado por la Junta Monetaria).

Por otra parte, esta cuenta presenta debilidades, como el largo plazo que conlleva la reunión del importe inicial para la adquisición de una vivienda que ronda el 20% del total de su costo, tomando en cuenta que se pretende ahorrar solo hasta el 30% de los ingresos de la unidad familiar, que suelen ser muy bajos. Aunque, ciertamente, se prevé poder contar con los subsidios estatales de hasta el 10% del costo de la vivienda, pero deben tomarse en cuenta también los impuestos de transferencias inmobiliarias y gastos bancarios cargados al prestatario.

Debido a lo anterior, entendemos que este mecanismo de ahorro debe considerarse como una alternativa más del sistema, y no como una solución única, que debería

dirigirse principalmente a los jóvenes trabajadores desde su inserción en el mercado laboral, por el tiempo que supone la recaudación del importe inicial que da acceso a una vivienda. De tal manera que hace falta completar este método con otras opciones más efectivas para aquellos que no puedan esperar a disponer del 20% de inicial para la compra de una vivienda con financiación hipotecaria a largo plazo, lo que puede lograrse con instrumentos como el arrendamiento profesionalizado con opción de compra, el *leasing* habitacional (que se desarrollan en los apartados siguientes), la cesión de uso, la propiedad compartida, la propiedad temporal u otras medidas de aplicación internacional que funcionan como verdaderas alternativas de acceso a la vivienda, entre la compra y el arrendamiento.

El arrendamiento debe suponer una opción frente a la tenencia de la vivienda en propiedad, o al menos funcionar de manera eficaz como mecanismo de acceso a la vivienda en el mercado privado, tanto para aquellos que no disponen de ese 20% de inicial, normalmente requerido para la adquisición de la vivienda en propiedad, como para aquellos sin acceso a créditos hipotecarios (Nasarre, 2015, p. 210).

Por otra parte, también es necesario fomentar las “tenencias intermedias” que pueden identificarse entre la compra y el arrendamiento de la vivienda que, como señala Nasarre Aznar (2020) se encuentran contenidas en la Nueva Agenda Urbana de Hábitat III 2016, tras el compromiso de los estados participantes de “estimular diversas opciones de viviendas seguras, asequibles y accesibles”. De manera que, también se pueden aplicar mecanismos de ahorro para el acceso a la vivienda en propiedad que permitan el disfrute directo y desde su inicio del inmueble, aún sin la disposición de un importe de capital inicial y más allá del usufructo (Nasarre, 2020, p. 527).

Podemos encontrar un ejemplo de “tenencias intermedias”, próximo a nuestro derecho civil en el Código Civil catalán (CCC), que dispone en su artículo 556-1 de la propiedad compartida, una figura que permite la adquisición de la propiedad inmobiliaria de manera gradual (Lambea, 2017, p. 192), pudiendo el comprador (propietario material) acceder a una proporción del dominio del inmueble con su completa posesión, uso y disfrute, así como con la facultad de enajenar y gravar su proporción de propiedad; actuado como propietario absoluto de su parte y como arrendatario del resto que conserva el propietario formal, que, además, podrá ir adquiriendo en el tiempo, conforme a su disposición económica. Y la propiedad temporal (artículos 547-1 y siguientes del CCC), que facilita la adquisición de un bien (mueble o inmueble) por un plazo cierto y determinado, permitiendo la propiedad absoluta por un tiempo comprendido para los inmuebles entre diez (10) y noventa y nueve (99) años, retornando la propiedad a su génesis de manera automática al llegar a su término el plazo acordado entre las partes (Nasarre, 2017, p.56; Caballé, 2017, p. 459; Nasarre, 2020, p. 547).

Las mencionadas figuras catalanas fueron inspiradas en el derecho anglosajón e introducidas por la Ley 19/2015, y permiten el acceso a la propiedad desde un primer momento, sin incurrir en sobreendeudamiento, a través del fraccionamiento de la financiación (Nasarre, 2020, p. 543). Unas figuras, que también pueden aplicarse al desarrollo de políticas de viviendas sociales (García, 2017, p. 375) como solución a la dificultad de ahorro, siempre que la población a la que se dirija disponga de una capacidad mínima de pago.

De lo anterior, podemos colegir que, siendo de los principales problemas para el acceso a la vivienda, la falta de ahorro y el largo tiempo que supone la reunión del importe inicial para la compra, resulta necesario no solo dirigir el ahorro a la compra directa de la vivienda, sino también explorar tenencias intermedias profesionalizadas que, a través del arrendamiento, pueden suponer una solución de vivienda. Estos elementos deberían tomarse en cuenta en víspera de reforma de nuestra normativa de alquiler, de modo que queden los cimientos para la regulación de iniciativas novedosas y alternativas entre la propiedad y el arrendamiento, como lo suponen la propiedad compartida y temporal, el arrendamiento con opción de compra o *leasing* de vivienda aplicados en otras legislaciones como medidas ante la falta o imposibilidad de ahorro para el acceso a la vivienda (estas últimas medidas las veremos con más detalles en las líneas de los siguientes apartados). En definitiva, las tenencias intermedias, junto con los nuevos mecanismos financieros, deben procurar facilitar el ahorro para la vivienda, canalizados hacia el mercado financiero formal que a su vez supone mejores viviendas y sistemas de garantía.

Explorando otras alternativas de arrendamiento: contrato de arrendamiento con opción de compra, leasing o arrendamiento financiero

Nuestra actual Ley de alquileres y desahucios, como bien hemos señalado en líneas anteriores, es muy limitada. Por cuanto, no contempla estipulaciones específicas para contratos de arrendamientos especiales, tales como el arrendamiento con opción de compra, *leasing* inmobiliario o arrendamiento financiero u otras alternativas similares, lo que ha supuesto un tímido desarrollo de estos tipos de modalidades en el país, por las incertidumbres que pueden alcanzar a las partes contratantes ante posibles eventos judiciales. Aunque no entraremos a valorar estos contratos a profundidad, entendemos necesario al menos señalar algunos de sus elementos, a razón de su potencial contribución al mercado inmobiliario dominicano.

El contrato de arrendamiento con opción de compra es un contrato atípico (Sanciñena, 2003, pp. 11-12), producto de la combinación de un contrato de compraventa, regulado principalmente por el Código Civil, y un contrato de arrendamiento especialmente sujeto a las regulaciones de la Ley de alquileres y el Código de Comercio en caso de tratarse de un arrendamiento comercial, así como algunas leyes especiales, según la naturaleza del negocio (por ejemplo, Ley núm. 141-15 de 2015). Una convención que permite usar y disfrutar un inmueble (vivienda o local comercial) en condición de arrendatario, por un plazo acordado, el que una vez finalizado, además, habilita la posibilidad de ejercer la opción de compra del inmueble que se ha disfrutado y para lo que se ha de establecer previamente un precio determinado, del que se podrán descontar los cánones de arrendamiento previamente pagados o una parte de estos (prima de la opción). Una forma, también, de “tenencia intermedia” por su característica de facilitar el cambio del alquiler a la propiedad (Molina, 2018, p. 517).

La opción de compra no debe confundirse con una venta condicional de inmueble donde el derecho de propiedad no se adquiere hasta tanto se haya pagado la totalidad o una determinada porción del precio, o cumplido alguna condición señalada en el contrato y que produce bloqueo registral (Ley 596 de 1941). Tampoco debe confundirse con un contrato de promesa de venta, en el que las

partes se comprometen a firmar un contrato de compraventa definitivo en el futuro y que vale venta (Código Civil art. 1589). Pues, una opción de compra es una especie de precontrato, mediante el cual el propietario de un bien concede a otra parte el derecho de su compra (no la obligación), previas condiciones acordadas, quedando el concedente del derecho con la obligación de vender, tras la manifestación de su consentimiento, mientras que el optante o futuro comprador puede decidir entre perfeccionar la compra o desistir, pues este no manifiesta su consentimiento de comprar, sino hasta llegado el término señalado (Sanciónena, 2003, pp. 15-17). El contrato de opción de compra puede incluirse dentro del contrato de arrendamiento, permitiendo ejercer el derecho de compra al finalizar el plazo de arrendamiento, aunque la opción de compra puede entenderse como un verdadero contrato por sí mismo siempre que contenga la cosa y el precio, que se perfeccionará con el consentimiento del comprador, dado que se parte del consentimiento irrevocable del vendedor.

El contrato de alquiler con opción de compra tiene sus ventajas de las que, desde la perspectiva del arrendatario, destacan Cruz y González (2015, pp. 38-39), el poder disfrutar del inmueble mientras se prepara económicamente para comprarlo, el poder asegurar la adquisición del inmueble a un precio establecido que se mantiene en el tiempo, así como la liberación del pago de los impuestos de la propiedad mientras se disfruta el inmueble en condición de arrendatario. En cuanto al arrendador, este puede asegurarse la producción inmediata de ingresos a través de la renta mensual; trasladar los gastos de mantenimiento al arrendatario; y aprovechar la plusvalía en caso de que el inquilino no ejerciera el derecho de opción de compra. Aunque este contrato también tiene sus desventajas, respecto al arrendatario, este debe enfrentarse a rentas superiores a las normales para contratos de alquiler sin la opción de compra o a la pérdida de una parte de capital que podría haber sido para la adquisición del inmueble; en cuanto al arrendador, podría perder liquidez o enfrentarse a posibles deterioros e inconvenientes con los arrendatarios bajo el amparo de una normativa rígida. Las señaladas desventajas podrían disminuirse con una Ley de alquileres actualizada que incluya una regulación especial de estos contratos.

Legislaciones como la colombiana (Ley núm. 1787 de 2004, actualmente incorporada al Decreto 2555 de 2010) y chilena (Ley núm. 19.281 de 1993), han ido mucho más lejos al regular el arrendamiento con opción de compra, incluyendo el tipo financiero o *leasing* aplicado en viviendas. Se trata de una estructura inspirada en el *leasing* financiero inmobiliario angloamericano, mediante el cual una de las partes se obligan a adquirir o construir un inmueble conforme a lo señalado por la otra parte, quien lo recibe en uso por un período de tiempo y asume la responsabilidad de pagar al concedente, mediante un canon de arrendamiento, una indemnización calculada de acuerdo al capital invertido (Del Rosario, 2013, pp. 139-154) que puede servir, además, para amortizar la inversión, pudiendo el tomador adquirir la propiedad de la misma finalizado el término del contrato (Baena, 2014, pp. 63-64). Una operación financiera basada, de acuerdo con Pérez (2016), en:

La recuperación del importe invertido por el dador, que se logra a través del contrato de arrendamiento suscrito entre el dador y el tomador por un periodo que permita la amortización económica de la cosa dada en *leasing*, otorgándole al cliente la opción de compra al finalizar el contrato, por un precio residual. (p. 144).

A través del *leasing* inmobiliario, el banco, la institución financiera o el arrendador compra el inmueble señalado por el interesado y actuando como su titular se lo cede en alquiler por un tiempo determinado, dejando abierta la posibilidad de que el arrendatario, finalizado un plazo acordado, compre el referido inmueble. Lo anterior permite que el arrendatario y futuro comprador no tenga que entregar altas sumas de inicial para la adquisición de un inmueble y que el arrendador figure como propietario del bien, libre de procesos jurídicos para su adjudicación.

En cuanto al *leasing* habitacional destinado a vivienda familiar, la doctrina colombiana ha expuesto que se trata de un contrato de *leasing* financiero en el que una entidad entrega a un locador un inmueble para uso exclusivo de habitación, a cambio de un canon periódico por un plazo determinado que, una vez finalizado, habilita, bien la restitución del bien a su propietario o bien la adquisición de este por el locador de ejercer la opción de compra previamente pactada perfeccionada con el pago de su valor (Baena, 2014, p. 232).

El *leasing* nació como una opción financiera alternativa para aquellos que no contaban con capacidad de financiación o su capacidad era mínima frente a los importes requeridos para poder satisfacer las exigencias del sector industrial. Un escenario extrapolado al sector inmobiliario, debido a la realidad de muchos afectados por la débil capacidad de financiación bancaria; además, asociada a una mínima capacidad de ahorro y nulo historial de crédito. De manera que la aplicación de este producto financiero, auxiliado del contrato mixto de cesión de uso o arrendamiento y la opción de compra (Del Rosario, 2009, p. 153), representa una oportunidad de acceso a la vivienda al mismo tiempo que se construye historial bancario que daría acceso a una posterior financiación hipotecaria, de ser requerida.

En el caso dominicano, aunque si bien el contrato de *leasing* se puede desarrollar sobre las bases del principio de la autonomía de la voluntad, las disposiciones del Código civil y del Reglamento que regula las operaciones de arrendamiento financiero dictado por la Junta Monetaria, por mandato de la Ley 6-04 que crea el Banco Nacional de Fomento de la Vivienda y la producción, no contamos con una regulación específica para el *leasing* habitacional. De tal manera que, ante la ocasión y los ánimos de reformar nuestra Ley de alquileres, invitamos también a explorar una regulación específica del *leasing* de vivienda como alternativa de arrendamiento efectivo, que permita el acceso a la vivienda digna, al crédito hipotecario, a un mecanismo de ahorro factible, y posteriormente a la tan anhelada vivienda en propiedad.

Es importante destacar que las alternativas anteriores no podrán progresar ni generar los resultados esperados sin una normativa actualizada en materia de alquileres que pueda, cuanto menos, disminuir la incertidumbre que embarga tanto a arrendadores como a arrendatarios frente a litigios que resultan prolongados y costosos, sin mecanismos que puedan cubrir los deterioros de los inmuebles por causa del mal uso, más allá de los depósitos o fianza, y sin medios a los que puedan recurrir quienes se vean en peligro de desahucio o en situación de vulnerabilidad económica que les imposibiliten el pago del arrendamiento.

Aunque podría parecer que la posición del Tribunal Constitucional dominicano, en la sentencia núm. 0250/13, de 10 de diciembre de 2013, relativa a un contrato de opción de compra, y posteriormente confinada en la sentencia núm. 0125/14, de 16 de junio de 2014 relativa a un contrato de compraventa, supone una garantía de los procesos de desalojos cuando el inmueble es una vivienda familiar y puede verse amenazado el consagrado derecho a la vivienda, al establecer que:

Un desalojo de una vivienda familiar, que pudiera causar daños y perjuicios a las partes y su familia, al verse desalojados de la que ha sido su vivienda familiar –en virtud del contrato de compra-venta de inmueble–, pudiendo los mismos tornarse en irreparables, lo que haría que el recurso de revisión constitucional de decisión jurisdiccional, que ha sido incoado por estas partes, perdiera su finalidad, generándose así una imposibilidad o una gran dificultad de que estas familias pudieran volver a ocupar el referido inmueble. (STC 0125/14, p.12; STC 0250/13, p. 10).

La realidad es que este tribunal se ha referido a hechos excepcionales y cuya finalidad, como bien se expresa en las referidas sentencias, es la de evitar “las dificultades que acarrearía el volver a ocupar la residencia familiar en la eventualidad de que la sentencia recurrida fuere anulada o que el inmueble objeto del conflicto fuere traspasado a un tercero, de buena fe”. De tal manera, puede inferirse que la intención del tribunal no es sobreponer el derecho a la vivienda sobre el derecho a la propiedad o salvaguardar un debido proceso de desalojo, sino consagrar la regla de la suspensión de las sentencias relativas a desalojos de viviendas o locales comerciales dada la complejidad de la reposición del inmueble.

Esta situación nos arroja nueva vez a destacar la necesidad de una readecuación eficiente y actualizada del marco regulatorio dominicano en materia de alquileres de bienes inmuebles, donde se asienten bases firmes que apoyen posteriores regulaciones particulares de las alternativas expuestas en este apartado, pues en ningún sentido el mercado inmobiliario ha de considerarse rígido, sino capaz de promover la inversión en viviendas de alquiler como alternativa al imperante déficit habitacional que afecta al Estado.

El arbitraje inmobiliario como solución extrajudicial ante conflictos de arrendamiento de viviendas y locales comerciales

El arbitraje se ha convertido en una opción sólida frente a los medios tradicionales de resolución de los conflictos y ha alcanzado también al sector inmobiliario (Pérez, 2012, p.25); especialmente por la disminución de los dilatados procesos, en tiempo y gestión, que aporta este mecanismo frente a los tribunales de justicia que, en muchos de los casos, se encuentran colapsados debido al gran volumen de trabajo. Es un aliado del sistema judicial, rápido y eficiente, en el que predomina la voluntad de los contendientes; un medio que viene aplicándose, también, como solución extrajudicial entre arrendadores y arrendatarios, especialmente por ofrecer la posibilidad de solucionar los conflictos en un espacio de tiempo relativamente breve (Gásquez, 2014, pp. 554-561).

En principio, podría entenderse imposible la aplicación del arbitraje en materia inmobiliaria por la existencia de normas imperativas que se imponen a la

autonomía de la voluntad de las partes en una relación contractual (Pásaro, 2014, p. 612). No obstante, a modo de ejemplo, en la práctica española el arbitraje de los arrendamientos es posible, debido a que es una materia de libre disposición (Gásquez, 2014). En el caso dominicano, y de conformidad con el artículo 3 de la Ley núm. 498-08, sobre arbitraje comercial:

No podrán ser objeto de arbitraje: aquellos conflictos relacionados con el estado civil de las personas, dones y legados de alimentos, alojamiento y vestidos, separaciones entre marido y mujer, tutelas, menores y sujetos a interdicción o ausentes; aquellas causas que conciernen al orden público; y en general, todos aquellos conflictos que no sean susceptibles de transacción. (p. 568).

Por lo que, en principio, podría entenderse que la materia del arrendamiento en nuestra legislación escapa del arbitraje, pero justo la última disposición del mencionado artículo 3 de la Ley de arbitraje comercial aclara que esta excepción se refiere a “todos aquellos conflictos que no sean susceptibles de transacción”, lo que abre la posibilidad de la arbitrabilidad de los conflictos arrendaticios por tratarse de una materia de libre disposición.

El arrendamiento constituye una relación contractual susceptible de transacción, además, puede interpretarse que el artículo 3 de la referida Ley, cuando hace referencia al alojamiento, no se refiere propiamente a los negocios inmobiliarios, sino más bien que considera ciertos elementos de irrenunciabilidad en procesos de especial interés público (como los relativos al estado civil de las personas) y por cuanto, ajenos a la libre disposición. Por otra parte, la referida norma en su artículo 2, califica como objeto de arbitraje “todas las controversias sobre materias de libre disposición y transacción, conforme a las disposiciones civiles y comerciales aplicables”, dentro de las que propiamente caben las controversias derivadas de contratos de arrendamiento.

Ahora bien, entendemos que por la materia de que se trata y frente a la posibilidad de afectar derechos de orden público, de recurrir a un medio de resolución alternativa ante conflictos derivados de un contrato de arrendamiento, como el arbitraje, deberían respetarse las normas imperativas que regulan esta relación, e indistintamente del tipo de arbitraje que se aplique deberá contarse con una decisión motivada apagada a las normas imperativas que les afecten (Cremades, 2014, p. 75), así como garantizar los derechos de las partes intervinientes en el proceso.

Entendemos que puede animarse a la aplicación frecuente del arbitraje como alternativa a la justicia ordinaria y como medio sencillo de resolución de controversias relativas a las inversiones inmobiliarias, siempre que se cuente con una base jurídica sólida que guíe su práctica, especialmente para los arbitrajes inmobiliarios sobre vivienda habitual que conozcan procesos de desahucios, y se apliquen medidas que garanticen sus accesibilidades (especialmente respecto al costo). En este mismo sentido, es preciso también garantizar el reconocimiento de los laudos resultantes y la cooperación de la autoridad judicial para poder ejecutar los lanzamientos o desahucios resultantes dado a su *imperium* exclusivo, pues conforme con Cremades (2014) “ningún argumento existe para oponerse a que el lanzamiento del inquilino tenga lugar por decisión de la autoridad judicial en ejecución de un laudo arbitral”. Por otra parte, también resultan interesantes las orientaciones de Nasarre Aznar (2020, p. 585) de recurrir a la mediación

obligatoria y gratuita en materia de arrendamientos, para conflictos menores diferentes de las reclamaciones de impago o los procesos de desahucios, reservando el arbitraje para conflictos mayores, aunque de carácter voluntario.

En otro orden de ideas, la falta de reconocimiento no solo judicial, sino también social del arbitraje como alternativa al sistema de justicia ordinaria, podría ser una debilidad importante para este mecanismo. En el arbitraje inmobiliario, donde se procura la resolución de las controversias que puedan surgir de relaciones jurídicas en las que un inmueble es el objeto principal, como pueden ser los conflictos de contratos de arrendamiento a raíz de impago o moratoria, justamente la falta de reconocimiento de los laudos arbitrales ha sido un obstáculo.

En derecho comparado, algunos tribunales se han negado a ejecutar los laudos en materia arrendaticia sobre todos aquellos productos de arbitraje de equidad, obligando a iniciar el proceso por la vía judicial, como ha pasado en España (Audiencia Provincial de Madrid, Auto Civil núm. 29/2008). Una situación que puede llegar a revertir el efecto de rapidez del arbitraje y hacerlo incluso mucho más prolongado que el proceso judicial ordinario, al tener las partes que agotar primero un proceso que puede considerarse nulo, para luego iniciar el que se supone como proceso judicial original o primario.

Los tribunales españoles han mostrado distintas posturas respecto a la arbitrabilidad de los arrendamientos urbanos, entre estas: a) los que no admiten el arbitraje en ningún caso y bajo ninguna modalidad; b) los que únicamente admiten el arbitraje de derecho; y c) los que admiten el arbitraje arrendaticio incondicional (posición resumida en la el auto de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Castellón, núm. 69/2011, de 11 octubre, con cita del Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.^a, de 19 de julio de 2011, que señala la sentencia núm. 49/2013 del Tribunal Superior de justicia de Madrid), empezando a consolidarse como doctrina y jurisprudencia la tercera postura.

Siguiendo las líneas anteriores, en el derecho dominicano también se han planteado discusiones sobre la arbitrabilidad en materia inmobiliaria, aunque en lo relativo a la competencia exclusiva de los tribunales nacionales. La Ley núm. 544-14, sobre Derecho Internacional Privado, en su artículo 11, establece que, para determinadas acciones, como las de derechos reales y los arrendamientos de inmuebles, se prevé la competencia exclusiva de los tribunales nacionales, lo que se ha fundamentado en la necesidad de salvaguardar los elementos del Estado; en este caso, el territorio y la fuente presencia de interés público (Virgós y Garcimartín F., 2007, pp. 255-256). Distintas sentencias se han pronunciado al respecto (SSCJ 1226/2013 y SSCJ 49/2005), reafirmando la exclusividad de los tribunales nacionales en materia de derechos reales registrales y bajo el amparo de lo establecido en los artículos 3 y 10 de la Ley 108-05 de registro inmobiliario.

Ahora bien, la jurisprudencia no ha desconocido la posibilidad de arbitrar en materia inmobiliaria, pues las discusiones se han concentrado en la obligación de que se conozcan, instruyan y decidan en territorio dominicano los asuntos relativos a derechos reales y sobre arrendamiento de inmuebles, y no si se hace por vía judicial o arbitral (Alarcón, 2018). Lo anterior deja margen para explorar el arbitraje como medio de resolución de conflictos arrendaticios de manera más activa en

la República Dominicana, así como para aprovechar su potencial de reducir la dilatación procesal que afecta a la inversión inmobiliaria y especialmente ante un ambiente regulador que promueve la actualización y modernización de nuestra Ley de alquileres y desahucios.

CONCLUSIONES

Como hemos podido confirmar, además de las eminentes reformas que requiere nuestra Ley de alquileres y desahucios es importante destacar que los problemas que afectan al mercado del alquiler de inmuebles no se resolverán solo con un nuevo instrumento normativo. La nueva ley de alquileres debe ir acompañada de políticas públicas que garanticen cuanto meno: cohesión social, oportunidad de desarrollo económico, igualdad, diversificación en las formas de tenencia de la propiedad, acceso a la ciudad, y eviten el desarrollo de burbujas especulativas en el mercado inmobiliario.

Las políticas de vivienda han presentado problemas de singularidad, en lo que tiene que ver con su concepción general, dado que no siempre puede identificarse una trazabilidad integral. En materia de vivienda de interés social, la política pública se concentra únicamente en programas de viviendas nuevas en propiedad. Una situación que obstaculiza que el arrendamiento pueda entenderse como un medio seguro de acceso a la vivienda, más accesible que la compra, o incluso como un verdadero instrumento alternativo para el acceso a la vivienda digna y adecuada. En tal sentido, destacamos la necesidad de erradicar las políticas dispares en relación a las tenencias, pues no deben existir políticas públicas procesales o fiscales que incentiven una forma de tenencia por encima de otra.

En cuanto a la reforma de nuestra Ley de alquileres, entendemos como eje central la necesidad de erradicar el trato más favorecido para el sujeto considerado más débil en la relación contractual. En el caso de los contratos de arrendamiento esta intervención resulta palpable cuando se coloca al arrendatario en una posición de cierto privilegio frente al arrendador, que se considera en mejor posición, especialmente económica, dado su derecho de propiedad; cuando lo óptimo es poder garantizar de manera equilibrada los derechos de ambas partes, alejados de las prácticas jurídicas paternalistas, sobre todo al tratarse de dos derechos constitucionalmente reconocidos encontrados en una misma relación contractual: el derecho a la vivienda y el derecho a la propiedad.

De continuar con la aplicación de normas que puedan considerarse desproporcionales entre arrendadores y arrendatarios, seguiremos dando vueltas en círculo y sin aprovechar los beneficios del arrendamiento. Por ello, defendemos una regulación que, sin ir en detrimento de los arrendatarios, garantice a los arrendadores la protección de sus derechos, la aplicación de medios expeditos de reposesión y una mayor colaboración pública, para que estos puedan sentirse seguros al momento de invertir en vivienda de alquiler. Esto a su vez supondrá un aumento de soluciones de viviendas privadas de calidad para nuestro parque habitacional. En tal sentido, calificamos el actual *Proyecto de Ley General de Alquileres de Bienes Inmuebles y Desahucios* como insuficiente, carente de innovación e incapaz de satisfacer las necesidades de la sociedad actual.

Nuestra calificación negativa al proyecto la basamos en que toda reforma o regulación propia de alquileres y desahucios que llegue a consolidarse en nuestro país debería, cuanto menos, poder resolver las principales problemáticas del arrendamiento al día de hoy: a) las garantías personales que son solicitadas como requisitos para el alquiler; b) el establecimiento de los depósitos en el Banco Agrícola, como requisito para acceder a la justicia; c) la falta de alternativas expeditas para la resolución de los conflictos entre arrendador y arrendatario; d) previsiones para escenarios de fuerza mayor que imposibiliten el pago por parte del inquilino y e) disposiciones que promuevan la inversión y participación del sector privado en el mercado de los alquileres. En definitiva, hace falta una Ley de alquileres fresca, novedosa y al compás de los nuevos tiempos.

De manera adicional, en víspera de una reforma también integral de nuestro marco normativo en materia de arrendamientos de inmuebles, recomendamos lo siguiente:

1. Sentar las bases legales para la introducción de nuevas figuras jurídicas, de tipo tenencias intermedias, transitorias o de adquisición gradual de la propiedad, como el contrato de arrendamiento con opción de compra, el *leasing* habitacional, la propiedad compartida, la propiedad temporal, etc.
2. Incentivar la profesionalización del mercado de alquiler de inmuebles, a través de esquemas especializados que incentiven la participación de pequeños, medianos y grandes inversores, nacionales y extranjeros, especialmente en el mercado de vivienda. Esta propuesta, incluso, puede lograrse a través de la existente figura del fideicomiso.
3. Explorar una posible regulación de medios alternativos más expeditos para la resolución de conflictos en materia de arrendamiento, tal cual la mediación obligatoria para conflictos menores o el arbitraje voluntario para conflictos mayores. Lo que puede lograrse, incluso a través de un órgano judicial especializado, con una regulación especial para este tipo de arbitraje o por medio de subvenciones públicas que permitan estos procesos sin costos para las partes.

REFERENCIAS

- Alarcón, É. (2018). Derecho inmobiliario y arbitrabilidad objetiva. *V-Lex*, (1-9).
- Baena Cárdenas, L. G. (2014). *El leasing habitacional: un instrumento para financiar la adquisición de la vivienda*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Banco Interamericano de Desarrollo (2011). Un espacio para el desarrollo de los mercados de vivienda. *IDEA*, 26, 1-16.
- Benza G. y Kessler G. (2020). *La ¿nueva? estructura social de América Latina, cambios y persistencias después de la ola de gobiernos progresistas*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Blanco, A. y Volpe, F. (2015). *Alquiler en números: la tenencia de vivienda en América Latina y el Caribe*. New York: BID.
- Blanco, A., Fretes V. y Muñoz, A. (2014). *Se busca vivienda en alquiler. Opciones de política en América Latina y el Caribe*. New York: BID.
- Bouillon, C. (2012). *Un espacio para el desarrollo: los mercados de vivienda en América Latina y el Caribe*. Washington: BID.
- Caballé Fabra, G. (2017). Límites en el acceso del titular sucesivo (propiedad temporal) y del propietario formal (propiedad compartida) al bien objeto de propiedad. En S. Nasarre (dir.). *La propiedad compartida y la propiedad temporal* (pp. 457-502). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cedeño Brea, E. (2019). Cómo crear una crisis de viviendas. *Lex Mercatoria*. Acento.com.do. Recuperado de <https://acento.com.do/opinion/crear-una-crisis-viviendas-8654847.html>
- Colina Garea, R. (2014). Los seguros de protección de alquileres o de alquileres de viviendas. En R. Colina (dir.), *La protección del arrendador como instrumento para dinamizar el mercado del alquiler de viviendas* (pp. 425-551). Navarra: Aranzadi.
- Corredor Sierra, B. (2018). El alquiler residencial estable como forma prioritaria de acceso a la vivienda en el contexto poscrisis. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 37, 9-17.
- Cremades Sanz-Pastor, J. A. (2014). *El arbitraje privado en España*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Cremades V., Sanabria Martín A., Prats Albentosa L., Nasarre Aznar S., García Teruel R. y Vall Rius A. (2016). *Vivienda y financiación: la oferta del crédito en el nuevo mercado hipotecario y otras formas de acceso a la vivienda*. Zaragoza: ADICAE Servicios Centrales.
- Cruz Rambaud, S. y González Sánchez, J. (2015). El alquiler con opción de compra en España. Valoración de sus principales alternativas. *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa*, 24, 35-46.
- Del Rosario Díaz Romero, M. (2009). *Leasing inmobiliario y transmisión de la propiedad en Europa*. Madrid: Cuaderno de Derecho Registral.
- Del Rosario Díaz Romero, M. (2013). *El leasing mobiliario como garantía en operaciones financieras*. Madrid: Civitas.
- Fernández, A. (2015). Educación e inclusión financiera. Algunos apuntes sobre su interrelación en la República Dominicana. En *La cultura del ahorro en la República Dominicana. Del Situado a la banca*. Santo Domingo: Superintendencia de Bancos.
- Fernández Pérez, N. (2019). Las viviendas vacacionales: ¿entre la economía colaborativa y la actividad mercantil? una reflexión desde el prisma del derecho mercantil. En I. González Cabrera y M. Rodríguez (coord.). *Las viviendas vacacionales. Entre la economía colaborativa y la actividad mercantil* (pp. 71-95). Madrid: Dykinson.
- García Garnica, M. y Álvarez Manzaneda, R. (2011). Las sociedades cotizadas de inversión inmobiliaria: un nuevo instrumento impulsor del mercado inmobiliario y de alquiler en España. En S. Nasarre (dir.). *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis* (pp. 307-324). Madrid: Edisofer.
- García Teruel, R. (2017). El fomento de la propiedad compartida y de la propiedad temporal en las políticas sociales de vivienda. En S. Nasarre (dir.). *La propiedad compartida y la propiedad temporal* (pp. 373-413). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gásquez Serrano, L. (2014). Cláusulas arbitrales y el contrato de arrendamiento urbano. En R. Colina (dir.). *La protección del arrendador como instrumento para dinamizar el mercado del alquiler de viviendas* (pp. 553-598). Navarra: Aranzadi.
- Guarro, B. (2012). La discriminación de las personas inmigrantes en el acceso a la vivienda. En S. Pérez y R. Tello (dir.). *¿Derecho a la vivienda?* (pp. 51-62). Barcelona: Bellaterra.

- Inurrieta Beruete, A. (2007). *Mercado de vivienda en alquiler en España: más vivienda social y más mercado profesional. Documento de trabajo 113/2007*. Madrid: Fundación Alternativas.
- Jaramillo, S. e Ibáñez, M. (2002). *Elementos para orientar una política estatal sobre alquiler de vivienda urbana en Colombia*. Centro de Estudios Sobre Desarrollo Económico.
- Lambea Llop, N. (2017). Comentarios a la propiedad compartida. En S. Nasarre (dir.). *La propiedad compartida y la propiedad temporal* (pp. 192-204). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Lambea Llop, N. (2018). La gestión de vivienda en alquiler social una perspectiva comparada. En E. Muñiz, S. Nasarre, E. Rivas y Á Urquizu (dirs.). *Reformando las tenencias de la vivienda* (pp. 39-63). Tirant lo Blanch.
- Nasarre Aznar, S. (2015). La eficacia de la Ley 4/2013, de reforma de los arrendamientos urbanos, para aumentar la vivienda en alquiler en un contexto europeo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 747, 205-249.
- Nasarre Aznar, S. (2017). *La propiedad compartida y la propiedad temporal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nasarre Aznar, S. (2020). *Los años de la crisis de la vivienda*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nasarre Aznar, S. y Rivas Nieto, E. (2009). La naturaleza jurídico-privado y el tratamiento fiscal de las nuevas sociedades cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario (SOCIMI) en la Ley 11/2009. *Revista de Contabilidad y Tributación (CEF)*, 321, 3-66.
- Maíz, R. (2020). Desigualdad, pre distribución y vivienda digna. En N. Paleo (ed.). *Políticas y derecho a la vivienda gente sin casa y casas sin gente* (pp. 29-51). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Méndez Serrano, M. del M. (2007). *Los fondos de inversión inmobiliaria y los arrendamientos urbanos: otra alternativa al problema de la vivienda en España*. Madrid: La Ley.
- Ministerio de Relaciones Exteriores y Ministerio de Economía, Planificación y Desarrollo (2016). *Informe nacional sobre vivienda y desarrollo urbano sostenible*. Santo Domingo: MIREX; MEPyD.
- Molina Roig, E. (2018). *Una nueva regulación para los arrendamientos de vivienda en un contexto europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Morillo Pérez, B. (2019). *El déficit habitacional en la República Dominicana: Niveles, tendencias y componentes, 2002-2017*. Santo Domingo: Ministerio de Economía, Planificación y Desarrollo.
- Oficina Nacional de Estadística (2011). *Encuesta Nacional de Hogares de Propósitos Múltiples ENHOGAR-2008*. Santo Domingo: ONE.
- Orti Vallejo, A. (2009). Principios y funciones de las instituciones de inversión colectiva inmobiliaria. En A. Orti (dir.). *Estudio de los fondos de inversión inmobiliaria* (pp. 15-30). Navarra: Aranzadi.
- Pásaro Méndez, I. (2014). Validez y eficiencia de los pactos de sumisión a arbitraje en los contratos de arrendamiento urbano. En R. Colina (dir.). *La protección del arrendador como instrumento para dinamizar el mercado del alquiler de viviendas* (pp. 599-673). Navarra: Aranzadi.
- Pérez Martínez, V. (2016). *El entorno fiscal de las FIBRAS*. Italia: Amazon.
- Pérez Miralles, J. A. (2012). *Arbitraje y mediación inmobiliaria. Especial referencia a la propiedad horizontal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pérez Paputsachis, W. (2016). El leasing financiero, un medio para mejorar los resultados de la industria. *Fides et Ratio*, 11, 139-154.
- Rodríguez Padilla, M. (2019). El doble filo del proyecto de reforma de Ley de alquileres de inmuebles. *Acento*. Recuperado de <https://acento.com.do/opinion/el-doble-filo-del-proyecto-de-reforma-de-ley-de-alquileres-de-inmuebles-8739811.html>
- Rodríguez Padilla, M. (2019). *La inversión extranjera a través del fideicomiso inmobiliario para mitigar el déficit habitacional en la República Dominicana* (tesis doctoral). Universidad de Barcelona.
- Sanciñena Asurmendi, C. (2003). *La opción de compra*. Madrid: Dykinson.
- Torres, J., Jovine, R., Rodríguez, J. y Pujals, B. (2017). *Las marcas de la política habitacional. Vivienda, derechos humanos y fiscalidad en República Dominicana 2000-2016*. Santo Domingo: Ciudad Alternativa.
- Trigo García, B. (2014). La supresión de la sociedad pública de alquiler de viviendas. Balance de su actividad y soluciones alternativas. En R. Colina (dir.). *La protección del arrendador como instrumento para dinamizar el mercado del alquiler de viviendas* (pp. 835-888). Navarra: Aranzadi.

Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J. (2007). *Derecho procesal civil internacional, litigación internacional*. Navarra: Aranzadi.

Normas citadas:

ONU. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. París.

ONU. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

República Dominicana. (1884). *Código Civil de la República Dominicana*.

República Dominicana. (s.f.). *Código de Comercio de la República Dominicana*.

República Dominicana. (2015, 13 de junio). *Constitución de la República Dominicana 2015*. Gaceta Oficial núm. 10805, 10 de julio de 2015.

República Dominicana. (1941). Ley núm. 596, que establece un sistema para las ventas condicionales de inmuebles, de fecha 31 de octubre de 1941. *Gaceta Oficial* núm. 5665.

República Dominicana. (1955). Ley núm. 4314, que regula la prestación, aplicación y devolución de los valores exigidos en los depósitos por los dueños de casas a sus inquilinos, de fecha 22 de octubre de 1955. *Gaceta Oficial* núm. 7904.

República Dominicana. (1988). Ley núm.17-88, que modifica varios artículos de la Ley núm. 4314, del 22 de octubre del 1955; de fecha 05 de febrero de 1988.

República Dominicana. (2004). Ley núm. 6-04, que convierte el Banco Nacional de la Vivienda en Banco Nacional de Fomento de la Vivienda y la Producción, de fecha 11 de enero de 2004. *Gaceta Oficial* núm. 10249.

República Dominicana. (2005). Ley núm.108-05, sobre Registro Inmobiliario en la República Dominicana, de fecha 23 de marzo del 2005. *Gaceta Oficial* núm. 10316.

República Dominicana. (2008). Ley núm. 489-08, sobre arbitraje comercial en la República Dominicana, de fecha 19 d diciembre del 2008. *Gaceta Oficial* núm. 10502, del 30 de diciembre de 2008.

República Dominicana. (2011). Ley núm. 189-11, para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana, de fecha 13 de julio del 2011. *Gaceta Oficial* núm. 10628.

República Dominicana. (2012). Ley núm.1-12, sobre la Estrategia Nacional de Desarrollo de la República Dominicana hasta el año 2030, de fecha 25 de enero del 2012. *Gaceta Oficial* núm. 10656.

República Dominicana. (2014). Ley núm. 544-14, sobre Derecho Internacional Privado de la República Dominicana, de fecha 02 de diciembre del 2014. *Gaceta Oficial* núm. 10787.

República Dominicana. (2015). Ley núm.141-15, de reestructuración y liquidación de empresas y personas físicas comerciantes, que deroga los artículos del 437 al 614 del Código de comercio y la Ley núm. 4582 del año 1956, sobre declaración de estado de quiebra, de fecha 7 de agosto de 2015. *Gaceta Oficial* núm. 10809.

República Dominicana. (2011). Reglamento para las cuentas de ahorro programado para la adquisición de viviendas de bajo costo, dictado por la Junta Monetaria, en fecha 20 de septiembre de 2011.

República Dominicana. (2011). Reglamento que regula las operaciones de arrendamiento financiero y descuento de facturas realizadas por las entidades de intermediación financiera, dictado por la Junta Monetaria, en fecha 20 de septiembre de 2011.

República Dominicana. (2012). Reglamento núm. 95-12, para la aplicación de la Ley núm. 189-11, para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso, de fecha 2 de marzo del 2012. *Gaceta Oficial* núm. 10665.

Otras normas:

Chile. (1993). Ley núm. 19.281, que establece normas sobre arrendamiento de vivienda con promesa de compraventa, de fecha 27 de diciembre de 1993. *Diario Oficial* núm. 34.749. Modificada por las leyes núm. 19.401, (D.O. de 28.08.95); núm.19.623, (D.O. de 26.08.99); núm.19.705, (D.O. de 20.12.00); núm. 19.877, (D.O. de 31.05.03).

Colombia. (2004). Decreto núm. 1787, que reglamenta el *leasing* habitacional, de fecha 3 de junio de 2004 por medio del cual se reglamentan las operaciones de *leasing* habitacional previstas en el artículo 1° de la Ley 795 de 2003. *Diario Oficial* núm. 45569.

Colombia. (2010). Decreto 2555 de 2010, por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones, de fecha 15 de julio de 2010. *Diario Oficial* núm. 47771.

España. (2015). Ley 19/2015, sobre la incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código civil de Cataluña, de fecha 29 de julio del 2015. *BOE* núm. 215, de 8 de septiembre de 2015.

España. (2019). Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler. *BOE* núm. 55 de fecha 5 de marzo de 2019.

México.(2002). Ley del Impuesto sobre la Renta, del 1 de enero de 2002.

México. (2013). Ley del Impuesto Sobre la Renta, del 11 de diciembre de 2013.

México. (2017). Ley sobre Impuesto Sobre la Renta 2017, artículos 187 y ss., capítulo III.

Jurisprudencia:

España. (2008). Audiencia Provincial de Madrid. Auto Civil núm. 29/2008, Sección 21, Rec. 504/2007, de 22 de enero de 2008.

España. (2013). Tribunal Superior de justicia de Madrid. Sentencia núm. 49/2013, del de 01 de julio de 2013.

República Dominicana. Suprema Corte de Justicia. Tercera Sala. (2013). Sentencia núm. 1226, de 30 de enero de 2013.

República Dominicana. Tribunal Constitucional. (2013). Sentencia núm. 0250/13, del 10 de diciembre de 2013.

República Dominicana. Tribunal Constitucional. (2014). Sentencia núm. 0125/, del 16 de junio de 2014.

República Dominicana. Tribunal Constitucional. (2014). Sentencia núm. 174/, del 11 de agosto de 2014.



“Las universidades son espacios sumamente importantes para generar conocimientos en áreas calificadas como trascendentales, debatir ideas, promover el pensamiento crítico y reflexionar sobre nuevos modos de lograr que una sociedad funcione de manera satisfactoria y supla las necesidades de sus habitantes”.

Vicky M. Chalas Docen

Entrevista a:

Vicky M. Chalas Docen



Obra bajo licencia
Creative Commons
Atribución-NoComercial-
SinDerivadas 4.0 Internacional

Por: Dilenia R. Hernández (DH)

Vol. 1, núm. 19, junio 2021
ISSN (impreso): 2305-2589
ISSN (en línea): 2676-0827
Sitio web: <https://saberyjusticia.edu.do>

Jueza del Segundo Juzgado de la Instrucción de La Romana, egresada de la Maestría en Género, Políticas y Desigualdades de la London School of Economics and Political Science.

En esta entrevista, la magistrada Chalas nos cuenta su experiencia tras realizar sus estudios de políticas de género como becaria del gobierno británico. Habla de los retos que enfrenta el país en este tema. Expresa que: “urge que la República Dominicana adapte su legislación nacional a los compromisos internacionales que ha asumido de respeto a los derechos de las mujeres y a nuestra propia Constitución, que tiene como valor, principio y derecho fundamental el respeto a la dignidad de las mujeres como sujetos de derechos”.

DH:

Magistrada Chalas (M. Chalas), recientemente usted finalizó una maestría en Género, Políticas y Desigualdades de la Universidad The London School of Economics and Political Science (LSE), a través de un programa de becas que otorga el gobierno del Reino Unido. Cuéntenos, por favor, ¿por qué le interesaron, precisamente, los estudios en género?

Mgda. CHALAS:

Yo diría que mi interés por los temas de género e igualdad se remontan a mi niñez, pues desde allí iniciaron mis cuestionamientos sobre las dinámicas relacionales de poder y subordinación entre hombres y mujeres, que se presentaban como naturales y legítimas, pero que, para mí no tenían sentido. Cosas como la división de los espacios públicos y privados, la asignación de los cuidados como tarea esencialmente feminizada, que corresponde exclusivamente a las mujeres; las diferencias de trato y acceso a oportunidades y recursos, la belleza como condición femenina. En síntesis, la asignación de roles en función del género, lo que se espera y se exige socialmente de un hombre y de una mujer, sin importar su propia subjetividad, me generaban muchas preguntas y pocas respuestas razonables.

Mas adelante, durante los años de mi formación académica, empiezo a tener contacto con el feminismo, algunas de las teorías que lo sustenta y la lucha por la igualdad, y encuentro allí muchas respuestas a las preguntas que tenía desde hace años. Y así surge lo que he asumido como un compromiso ético y una responsabilidad social que no es más que aportar desde mi plataforma a la lucha por la igualdad, y continuar mi formación académica en temas de género facilitan en cierto modo el acceso a recursos educativos y permiten una mejor articulación y entendimiento sobre el género y las distintas categorías que lo atraviesan y las estrategias necesarias para lograr una verdadera sociedad inclusiva.

DH:

Usted estuvo un año en Londres. ¿Qué particularidades de esa sociedad llamaron su atención? Además, ¿cómo fue su proceso de adaptación y la interacción con sus compañeros?

Mgda. CHALAS:

Definitivamente fue un año de muchas emociones, de mucho aprendizaje y, sobre todo, mucho crecimiento a nivel personal y académico. Al inicio todo fue emoción: haber sido admitida por una de las mejores universidades del mundo, tener la oportunidad de tener como docentes académicos de renombre y sobre todo compartir

el aula con personas de todas partes del mundo, gente brillante. Ya luego llegó el invierno y se intensificó la carga académica y, aunque la emoción continuaba, igual me golpearon fuerte todos los cambios que se dieron en cuestión de semanas.

Me enamoré de Londres y lo que, para mí, representa la ciudad; pero igual, debo reconocer que el choque cultural, las barreras del idioma, el clima y enfrentar un modelo educativo diferente al que estaba acostumbrada no fue fácil. Con todo, agradezco la oportunidad de haber conocido personas tan increíbles, empáticas, humanas, respetuosas, tan abiertas, y no solo otros estudiantes o becados, sino también los profesores. Me siento muy agradecida por la oportunidad, por el acompañamiento que tuve de amigos y profesores. Recuerdo con mucho cariño cada clase, conversación, cada encuentro, paseo en bicicleta, cada salida y el tremendo apoyo emocional. Sin ellos, sobrevivir la pandemia Covid-19 mientras terminaba el master, habría sido casi imposible. Sí, porque justo cuando empezaba a sentirme más cómoda dentro de mi proceso de adaptación llegó la pandemia y en cuestión de horas cambió todo abruptamente, cerraron las universidades, cerraron algunos alojamientos estudiantiles, y las fronteras de muchos países, incluyendo República Dominicana. No tuve la oportunidad de despedirme de manera personal de mis profesores ni de muchos compañeros. Fueron momentos de mucha incertidumbre y de decisiones difíciles, pero lo logramos, así que estoy muy orgullosa de mí y de todos mis amigos, compañeros y profesores. Fue puesta en prueba nuestra resiliencia y pasamos la prueba.

DH:

¿En qué consistía el programa de estudios y cuáles fueron los contenidos que más le interesaron a usted?

Mgda. CHALAS:

Se trata de un programa de estudios avanzados en género, política y desigualdades, como el nombre de la maestría indica, y básicamente pone el centro [en] las teorías de género y su aplicación en la política social, desde la planificación hasta la puesta en práctica, usando el género como categoría de análisis para examinar las desigualdades que se dan en términos de acceso a políticas sociales y sus resultados.

De las cosas más interesantes del máster, una de ellas lo era su carácter o abordaje interdisciplinario. De modo que pude tener contacto con teorías y críticas súper interesantes en una basta diversidad de campos científicos: derecho, sociología, economía, política, psicología, entre otros. Y me pareció sumamente interesante la infinidad de aportes que los estudios de género han realizado en diferentes campos y cómo los han revolucionado en muchos casos.

Particularmente, los contenidos que más me interesaron fueron aquellos relacionados con raza, decolonialidad y derechos humanos. Tal vez porque los entendí como los más importantes para comprender al contexto dominicano que yo conozco y con el cual tengo mayor contacto, y mi propia subjetividad como mujer negra, impactada por un legado colonial que sigue muy presente en nuestra sociedad.

DH:

¿Qué diferencias encontró entre la sociedad inglesa y la dominicana?

Mgda. CHALAS:

Hasta donde sé, solo la universidad INTEC tiene programas de estudios de género. Y desde ahí pues, ya vamos teniendo una idea de la importancia que a nivel de sociedad se le da este tema. Decidí hacer la maestría en LSE por diversas razones, entre ellas, la solidez del programa, su estructuración, su prestigio a nivel internacional y el hecho de que la universidad contaba con un departamento de género. Pero no fue mi única opción, revisé varios programas de distintas universidades de Reino Unido. Y creo que dice mucho. Las universidades son espacios sumamente importantes para generar conocimientos en áreas calificadas como trascendentales, debatir ideas, promover el pensamiento crítico y reflexionar sobre nuevos modos de lograr que una sociedad funcione de manera satisfactoria y supla las necesidades de sus habitantes. De modo que, es vital que, además de que se incluya un enfoque de género en el pensum académico de absolutamente todas áreas del conocimiento, que se incluyan programas específicos sobre temas de género, que permita la formación calificada de los futuros líderes y es tiempo que más universidades dominicanas incluyan en sus planes de estudios el tema del género y así no solo visibilizar una problemática que desde hace siglos nos aqueja y que una gran parte de la sociedad reclama su solución, sino también ir creando espacios y condiciones para lograr la igualdad impulsados desde el ámbito educativo.

DH:

¿Qué es lo que más inquieta a los británicos sobre la igualdad de género?

Mgda. CHALAS:

Continúan siendo temas importantes las brechas de género en las posiciones de liderazgo, la disparidad salarial entre hombres y mujeres, el alto porcentaje de mujeres ocupando puestos de trabajo de paga menor, la violencia de género e intrafamiliar, la discriminación y las desigualdades estructurales que limitan el acceso

de mujeres, personas racializadas y no binarias a recursos y oportunidades. Se han logrado muchísimas conquistas y de hecho, Reino Unido ocupa la posición número 21 del índice global de brechas de género 2020. A la fecha, ningún país del mundo ha logrado cerrar completamente las brechas de género. Ahora bien, hay algunos países que están mejor encaminados que otros y que cuentan con más recursos para hacer frente a las desigualdades existentes.

DH:

Desde su punto de vista, ¿cuáles desafíos inmediatos enfrenta la República Dominicana acerca de la lucha por la igualdad de género?

Mgda. CHALAS:

Como país son varios los desafíos. Solo mencionaré algunos que destacan por ser controversiales, pero igual, creo que es sumamente importante no solo que sean visibilizados como problemática, sino que además, iniciemos el diálogo con miras a su abordaje y solución desde el género y la necesidad de la eliminación de desigualdades.

- Debe existir un abordaje integral y multidisciplinario de la violencia de género e intra-familiar que no solo se enfoque en sancionar, sino también en prevenir, acompañar a las víctimas y reparar la violencia sufrida, un abordaje realmente interseccional que permita reconocer los tipos de violencias que sufren las mujeres atravesadas por distintas estructuras de opresión (género, raza, estatus migración, orientación sexual, identidad de género, condición de discapacidad, clase, religión, etc.) y otras categorías marginadas; de modo que se puedan brindar respuestas que se ajusten a sus necesidades, las particularidades y complejidades del tipo de violencia y de las personas que la sufren.
- Integración de enfoque de género y desigualdades en la educación desde la educación primaria hasta la universitaria, es fundamental empezar por allí, para lograr el cambio cultural al que tanto aspiramos.
- Implementación de políticas públicas orientadas a garantizar el respeto de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Actualmente, el Congreso dominicano se encuentra inmerso en la discusión sobre la permisión del aborto frente a tres causales; cuando el embarazo represente: 1. Riesgo para la vida de la mujer; 2. Sea producto de una violación o incesto; 3. Exista malformación congénita incompatible con la vida. Solo cinco países en toda Latinoamérica tienen penalizado el aborto completamente y República Dominicana es uno de ellos. Esta penalización absoluta implica una grave afectación de los derechos humanos de las mujeres a las que les he negada toda posibilidad de interrupción del embarazo aun cuando se presenten las causales mencionadas previamente y, en los casos, de mujeres empobrecidas, niñas, mujeres migrantes y atravesadas por otras

estructuras de opresión, el grado de vulnerabilidad en el que se les posiciona es aun mayor. Lo que en ocasiones provoca, a modo de ejemplo, que las más empobrecidas tengan que recurrir a métodos clandestinos, poniendo en riesgo su salud. De hecho, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos ha calificado como trato inhumano y cruel obligar a mujeres y niñas a llevar a término un embarazo que ha sido producto de una violación. Urge que la República Dominicana adapte su legislación nacional a los compromisos internacionales que ha asumido de respeto a los derechos de las mujeres y a nuestra propia Constitución, que tiene como valor, principio y derecho fundamental el respeto a la dignidad de las mujeres como sujeto de derechos.

- Reconocimiento real y visibilización de los trabajos de cuidados, efectuados mayormente por mujeres, y asignación de una pensión digna.
- Eliminación de las formas de discriminación sistemáticas y estructurales contra migrantes haitianos y dominicanos de descendencia haitiana.
- Lograr más mujeres sensibilizadas con temas de género, raza y clase en posiciones estratégicas de liderazgos .

En general, diseño e implementación de políticas aborden los desafíos y necesidades reales de las personas en los márgenes (pobreza, acceso a vivienda digna, salud y educación de calidad, empleo y otros).

Todos estos son temas pendientes que requieren de intervención urgente y de la elaboración de políticas públicas para su abordaje y solución. Se quedan otros que por razones de espacio no puedo desarrollar.

DH:

En otro orden, usted presentó una disertación donde realizó un análisis feminista de política del enfoque de violencia de género, adoptado por el Ministerio de la Mujer de República Dominicana. ¿Cuáles fueron sus conclusiones?

Mgda. CHALAS:

Así es, mi trabajo de disertación estuvo centrado en el análisis crítico de diversos documentos de políticas públicas elaborados por el Ministerio de la Mujer, a fin de establecer si su discurso oficial sobre violencia de género es interseccional. La teoría de la interseccionalidad cuestiona la utilización de métodos de análisis que solo

se centren en el género, ignorando las distintas dimensiones y aspectos políticos y estructurales que co-constituyen la violencia de género y provee un marco teórico para producir conocimiento acerca del individuo y las complejidades de los sistemas de raza, género, colonización y clase que convergen y trabajan en conjunto para crear jerarquías de poder y producir experiencias de violencias específicas de acuerdo a las intersecciones que atraviesen al o la individuo.

Los resultados del estudio arrojaron un abordaje limitado de los fenómenos de violencia de género, violencia en contra de las mujeres, sobre las identidades en intersección de las mujeres y violencia en contra de la comunidad LGBTQ y personas no binarias y migrantes. Aunque se evidenciaron algunos avances en cuanto al reconocimiento de las mujeres como una categoría heterogénea, no se advirtió un cuestionamiento real a la interconexión de los sistemas de opresión y desigualdades que intensifican la violencia que sufren particularmente las mujeres maginadas, personas de la comunidad LGTBQ y personas no binarias y que les exponen a mayores niveles de violencia. Un enfoque realmente interseccional va más allá de identificar la intersección de diferentes categorías sociales marginadas. Además, requiere identificar las relaciones de poder que crean, reproducen y refuerzan locaciones sociales desiguales.

DH:

¿Cómo cree que impactarán estos estudios en los operadores jurídicos dominicanos?

Mgda. CHALAS:

Para los operadores jurídicos dominicanos, quienes intervienen en menor o mayor medida en la difícil tarea de impartir justicia, es crucial entender cómo opera el género, los estereotipos de género, cómo afectan la interpretación de las leyes, cómo naturalizan y legitiman discriminaciones y desigualdades, para de esta manera poder tener un buen desempeño de sus funciones. La incorporación de una perspectiva de igualdad de género en todo el quehacer jurídico, en lo administrativo y lo jurisdiccional, es vital no solo para lograr los cambios transformadores que nuestra sociedad necesita; también para frenar o hacer frente a las desigualdades sustentadas, en muchas ocasiones, en concepciones limitantes sobre el lugar que corresponde a una persona en razón al género asignado a su sexo, su clase social, estatus migratorio, orientación sexual, identidad y otras categorías. “Las universidades son espacios sumamente importantes para generar conocimientos en áreas calificadas como trascendentales, debatir ideas, promover el pensamiento crítico y reflexionar sobre nuevos modos de lograr que una sociedad funcione de manera satisfactoria y supla las necesidades de sus habitantes”. Esto es parte de lo que demuestran los estudios de género, por eso son tan importantes y allí, radica su poder disruptivo.

DH:

Estos estudios de género que ha finalizado constituyen una plataforma motivante para otros que deseen liderar proyectos o simplemente aportar desde sus áreas de trabajo como servidores judiciales. ¿Qué recomendaría a nuestros estudiosos de la igualdad de género en el país y servidores judiciales, en general, a este respecto?

Mgda. CHALAS:

Pues yo, la verdad, a penas comienzo en estos caminos, así que probablemente sean ellos quienes tendrían que hacerme algunas recomendaciones. Pero si tengo que compartir algún mensaje sería mantener la esperanza, seguir la resistencia y mantener siempre una actitud crítica, aun de nuestros propios privilegios y promover la integración de las distintas voces que dan sentido a la lucha por la igualdad desde abajo hacia arriba.

LA PERSONA: ENTRE LA FRAGILIDAD DE LA VIDA Y LA LEVEDAD DE LA FICCIÓN

The person: among the fragility of life and the lightness of fiction

Édynson Alarcón Polanco

Comisión Académica de la
Escuela Nacional de la
Judicatura
República Dominicana
ealarcon@poderjudicial.gob.do

Artículo de opinión



Obra bajo licencia
Creative Commons
Atribución-NoComercial-
SinDerivadas 4.0 Internacional

Vol. 1, núm. 19, junio 2021
ISSN (impreso): 2305-2589
ISSN (en línea): 2676-0827
Sitio web: <https://saberjusticia.edu.do>

Palabras clave

Ficción; Derecho a la vida; Nacer; Persona.

Introducción

Siendo el derecho, en sentido subjetivo, la prerrogativa que asiste a su titular de exigir a los demás, prestaciones, abstenciones o, si cabe, el respeto de un estado factual que le aprovecha, la persona, en ese contexto, no solo se revela como el centro de todo un sistema legalmente organizado que da forma al tejido conjuntivo del cuerpo social, sino, más aún, como su razón de ser. Aunque también, la misma sociedad le impone, a manera de contraprestación, someterse a un importante catálogo de deberes. De ahí que podamos afirmar que, en la República Dominicana, fieles a la tradición civilista napoleónica, la persona, en la vida jurídica, es “actor de sus propios actos” y, en cuanto tal, sujeto de derechos y obligaciones.

La persona, pues, encarna la posibilidad de actuar en el derecho y asumir, activa o pasivamente, la titularidad de una proyección en el ámbito jurídico. Por oposición a las personas físicas o naturales, que son los seres humanos, el legislador, por extensión, y como una ficción de amplio espectro, contempla las llamadas personas morales con un propósito marcadamente pragmático y utilitario; vale decir, la consecución

Keywords

Fiction; Right to life; Born; Person.

de objetivos y metas que el hombre, por sí solo, individualmente, no podría cumplir de modo satisfactorio. ¿Acaso no se hace más fácil gestionar un contrato si, de una parte, solo firma una persona y no un colectivo de cincuenta? Si el Estado dominicano tuviera que tomar un empréstito o sacar adelante una negociación internacional, ¿no sería más factible que, en representación del país, firmara una sola persona y no más de diez millones o alguien a quien esos diez millones tuvieran que extender un mandato expreso? Si el ayuntamiento, por ejemplo, no fuese una persona jurídica, sería prácticamente imposible acometer un contrato con un concesionario para el servicio de recogida de basura.

La ficción es un instrumento que permite, en este caso, la creación de un sujeto jurídico distinto y autónomo con relación a quienes lo integran, dotado de la aptitud legal requerida para contraer obligaciones y exigir derechos. El objetivo, finalmente, es la simplificación del tráfico mediante la unificación de relaciones plurales en una sola entidad con visión de conjunto capaz de concitar todos los derechos y deberes implicados en el nexo.

Como denominador común de las personas, sean estas físicas o morales, su existencia jurídica es hechura del legislador. Prima, en conclusión, la idea de que la personalidad siempre es un atributo de la ley, sin importar de qué o de quién estemos hablando. Solo el legislador puede definir su disposición, sus cualidades o su naturaleza.

Personas físicas

¿Quién, entonces, puede ser considerado persona? No por casualidad Santo Tomás, en su Suma teológica, alude al ser humano como la substancia individual de naturaleza racional, porque ni los animales, las plantas o los objetos tienen el don del raciocinio ni las cualidades morales e intelectuales que diferencian al hombre del resto de las criaturas vivientes y las cosas inertes. Si nos referimos, por tanto, a la persona natural, solo el hombre, el “ser animado racional”, dispone de esta condición y de los atributos que le son inherentes. Ella es titular primordial de la capacidad jurídica, punto de partida para la imputación de voluntades y la adjudicación de responsabilidades.

Es persona, en otras palabras, todo “hijo de mujer” nacido vivo y viable, sin importar que haya sido inscrito o no en el registro civil. Naturalmente, la falta de inscripción o asiento de su alumbramiento en el registro público representa un hándicap y un gravísimo problema de acreditación que este, con miras al ejercicio de sus derechos y a la demostración misma de su existencia, deberá afrontar con base en el ejercicio de una acción de estado. Lo anterior comporta que la capacidad jurídica, aunque no plena, como veremos más tarde, se adquiere con el solo hecho del nacimiento, siempre que la criatura esté viva y sea viable.

Lo de haber nacido “viable” puede dar lugar en la práctica a serios desencuentros y quebraderos de cabeza, sobre todo si en presencia de una herencia que espera ser reclamada, el niño designado como sucesor del causante –su progenitor, por ejemplo– también ha fallecido, poco tiempo después de su llegada al mundo. Lógicamente, si sobrevive la madre y se admite que el infante, ahora muerto, nació viable, operaría una transitividad del patrimonio del padre al del hijo y desde este al de su madre que, por aplicación del art. 731 del Código Civil (en lo adelante CC), le sucede en el segundo orden hereditario. De lo contrario, si se asume que la criatura no nació viable, esta jamás habrá sucedido a nadie y los bienes nunca llegarían a manos de la madre, ya que, según la ley, para heredar es preciso existir en el momento de apertura de la sucesión y no están, por consiguiente, en aptitud de hacerlo ni el que no ha sido concebido ni el neonato inviable (art. 725 CC).

Cómo citar:

Alarcón Polanco, E. (2021). La persona: entre la fragilidad de la vida y la levedad de la ficción. *Revista Saber y Justicia*, 1(19), 91-98. <https://saberyjusticia.edu.do>

Queda entonces entendido que la capacidad jurídica, principal atributo de la personalidad, se adquiere con el nacimiento, pero queda condicionada, en su operatividad, a que el niño no solo nazca, sino a que lo haga vivo y viable. Más todavía, el sujeto apenas concebido, no nacido, es protegido por la Constitución del Estado en los siguientes términos: Art. 37.- Derecho a la vida. El derecho a la vida es inviolable desde la concepción hasta la muerte...

La legislación penal, a través de la criminalización de prácticas abortivas, también refuerza el sistema de protección integral de la persona desde la concepción, en lo que constituye, sin duda, una solución peliaguda, acremente debatida y muy criticada por sectores liberales, quienes la tildan de oscurantista y poco realista. En lo civil, la vigencia del viejo apotegma *infans conceptus pro nato habetur*, conforme se infiere del art. 725 CC, arriba citado, impacta, significativamente, a efectos sucesorios y se erige en un adelantamiento ficticio al pleno desarrollo de la capacidad de suceder. En efecto, si se parte del hecho de que para suceder *mortis causa* a una persona hay que sobrevivirla, ese requisito, desde luego, no podría cumplirlo el concebido, de no ser por la ficción legal de tenersele por nacido. Ergo, si no nace, nunca habrá sido heredero, pero si nace se reputa que estaba vivo al quedar abierta la sucesión.

Hay quienes, incluso, dan una dimensión más ambiciosa al adagio *infans conceptus* y extienden sus efectos más allá del plano estrictamente sucesorio. ¿Cómo? Pues abriendo la puerta para la concertación de acuerdos o transacciones a favor de un concebido no nacido, asistido por alguien que, de ya existir el niño fuera del vientre materno, le representaría, y manteniéndose la adquisición o el negocio realizado en un estatus de interinidad, mientras se produce el parto.

En resumen, el ser humano, desde la concepción, goza de una especie de personalidad condicional, sujeta a que su nacimiento se realice *in futurum* y a que el producto de ese evento sea una criatura viable, con un real potencial fisiológico para vivir y desarrollarse.

Como ha escrito Galindo (1991):

la persona es el centro imprescindible alrededor del cual se desenvuelven otros conceptos jurídicos fundamentales, como la noción y la existencia misma del derecho objetivo o el derecho subjetivo, la obligación, el deber y la concepción de toda relación jurídica... conceptos básicos en la dogmática y en la realidad del derecho [que] no podrían encontrar una adecuada ubicación, sino a través del concepto de persona. (p. 306).

Los derechos y atributos que efluyen de la personalidad, tales como el nombre, la nacionalidad o el domicilio, presentan rasgos bastante expresivos. He aquí algunos de ellos:

- a) su temperamento personalísimo, en la medida en que conforman un importante factor de individualización;
- b) su esencialidad, toda vez que garantiza el desarrollo integral y social del hombre;

- c) su adjudicación originaria, o sea, que llegan con el nacimiento;
- d) su naturaleza irrenunciable, inalienable e indisponible, porque no es algo que esté en el comercio o que pueda cederse, transmitirse o negociarse, salvo la situación particular del nombre en su esfera patrimonial y la posibilidad de que un artista de prestigio, una celebridad deportiva, académica o científica, pueda, en este ámbito, dar su consentimiento para que otros lo exploten comercialmente, mediante la inscripción de una marca, la promoción de un producto o la denominación de un establecimiento abierto al público.

Tratadistas como Reyes Vásquez (2015) destacan la necesidad de no confundir la capacidad con el estado civil, términos que, no obstante ser vecinos, tienen connotaciones jurídicas distintas. “El estado civil –apunta– versa sobre los vínculos con el entorno social, nacional y familiar, cuyo resultado es la individualización entre los distintos entes integrantes del tejido social. Por el contrario, la capacidad es la facultad de disfrutar y ejercer las prerrogativas acordadas por las leyes” (p. 23). Añade, en robustecimiento de su planteamiento, que, aunque todas las personas tienen un estado civil, algunas –los incapaces– carecen de capacidad.

Otra nota distintiva clásica podríamos hallarla en las personas morales que, pese a estar dotadas de capacidad jurídica, no tienen estado civil. La capacidad personal, si bien se obtiene automática y originariamente por el solo hecho del nacimiento, no llega a su titular con el suficiente empuje como para que este pueda de inmediato hacer uso de ella sin restricciones o cortapisas. Todos, desde el instante en que vemos la luz del mundo, somos sujetos de derechos, tanto para captarlos como para perseverar, en lo adelante, como sus titulares.

Tenemos, pues, capacidad de goce, pero no de ejercicio, lo cual significa que el individuo, hasta determinada edad, no administra sus derechos por sí mismo ni con total autonomía; en la tarea intervendrán sus padres, o uno de ellos, bajo régimen de tutela, en caso de que el otro haya fallecido o si, por algún motivo, se encuentra inhabilitado. Si ambos progenitores han muerto, la ley organiza un procedimiento especial de designación de un tercero como tutor, quien, con la colaboración del consejo de familia, ejercerá una suerte de autoridad “fiduciaria” orientada a la seguridad del menor y a la preservación de sus bienes, hasta la fecha en que este adquiera capacidad plena y, de suyo, la autogestión de su patrimonio y de su vida civil.

La tutela, por ende, tiene por objetivo puntual proteger al menor de sí mismo, del efecto nocivo de su propia inexperiencia, mientras alcanza la edad biológica que permita presumirlo maduro, apto mentalmente para manifestar su consentimiento, en particular tratándose de obligaciones a futuro, de contraer nupcias o de la enajenación de propiedades de valor.

El estado civil de una persona define su emplazamiento jurídico de cara al derecho privado. Es un reflejo de su personalidad que informa sobre su alumbramiento, nombre, domicilio, estatus familiar, fallecimiento, etc. Su situación, en otros términos, en el espacio vital comprendido entre el nacimiento y la defunción. El estado civil es indivisible, inalienable, imprescriptible y único: solo se dispensa uno por persona. Todo lo concerniente al tema, por razones obvias, interesa al orden público.

Con el deceso natural llega, inevitablemente, el fin de la personalidad. Con él también desaparecen los derechos y obligaciones del *de cuius*. La República Dominicana no contempla en su legislación sanciones penales como la muerte civil ni ninguna otra de efectos similares. Lejos de eso, la Constitución del Estado, en su art. 38, consagra la dignidad humana como derecho fundamental y enfatiza, en ese marco, su carácter sagrado e intransferible; que “su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencial de los poderes públicos”.

Se admite que la muerte tiene lugar cuando no existe manifestación alguna de signos vitales. Hay, sin embargo, circunstancias en las que la persona y su capacidad se extinguen no ya por muerte natural oficialmente constatada o recogida en una partida de defunción, sino por vía judicial, a través de una declaración terminante de ausencia o de desaparición, casos en los que el legislador conjetura un desenlace fatal por el largo espacio de tiempo transcurrido sin noticias sobre el paradero del ausente, máxime si su absentismo obedece a circunstancias de tal naturaleza que, por su gravedad, aunque no haya un cuerpo, permiten casi afirmarlo: un accidente aéreo en medio del océano, por ejemplo.

Personas morales o jurídicas

Ya habíamos expresado que la ficción consiste en la creación de un sujeto de derecho autónomo y separado de los elementos individuales que lo integran; que con ello se busca una simplificación del tráfico mediante la unificación de múltiples relaciones jurídicas en una sola de la que es titular un sujeto de base colectiva, el cual concentra los derechos y los deberes que el vínculo trae aparejados.

Huelga, acaso, la puntualización de que solo pueden existir los tipos de personas morales taxativamente previstas y autorizadas por el legislador. Son, en definitiva, el producto más emblemático de una ficción legal en todo el sentido de la palabra: una o más personas naturales, al amparo de la ley, crean un ente jurídico con personalidad distinta, dotado de capacidad de obrar, cuyas actuaciones, en condiciones normales, salvo soluciones traumáticas y excepcionales, como el levantamiento del velo corporativo, no comprometen la integridad ni el capital de sus asociados.

De no existir la personalidad jurídica, ni los estados podrían asumir compromisos internacionales ni defenderse eficazmente los particulares contra los poderes públicos y sus eventuales desmanes. Pero las ficciones, traducidas en entes plurales o corporativos, tienen sus límites. El más importante consiste en la técnica del levantamiento del velo, aludida precedentemente. En ella los tribunales atribuyen responsabilidades a los miembros del colectivo social si se establece que la creación del órgano o su gestión han tenido por finalidad la defraudación de terceros:

Art. 12, Ley núm. 479-08 sobre Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada. Podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad, cuando ésta sea utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros. A los fines de perseguir la inoponibilidad de la personalidad jurídica se deberá aportar prueba fehaciente de la efectiva utilización de la sociedad comercial como medio para alcanzar los fines expresados.

Por igual, prerrogativas de esencia personalísima, tales como el derecho a contraer matrimonio, al ejercicio del voto ciudadano o la patria potestad, jamás podrían ser conferidas a personas jurídicas. Los atributos de la personalidad moral son básicamente los mismos reconocidos a las personas físicas, con excepción del estado civil, aunque se rigen por disposiciones legales particulares y especializadas.

Las sociedades comerciales constituidas en el país, en sujeción a nuestras leyes, tendrán *ope legis* la nacionalidad dominicana, aun cuando esta particularidad no se deje sentada en el contrato social. Si la empresa ha sido creada en el extranjero, se le reconocerá de pleno derecho en la República Dominicana, previa comprobación de su existencia a cargo del organismo oficial competente. Si este fuera el caso y la entidad decidiera hacer negocios en el territorio nacional, tendría que matricularse obligatoriamente en el Registro Mercantil y en el Registro Nacional de Contribuyentes de la Dirección General de Impuestos Internos. Ostentaría, al menos en principio, los mismos derechos y obligaciones atribuidos a las sociedades nacionales.

Como no son capaces de voluntad y entendimiento, dada su naturaleza artificial, las personas morales actúan en el devenir comercial mediante acciones emprendidas por personas físicas. A diferencia de los seres humanos, las empresas de lícito comercio y las asociaciones incorporadas requieren de una ordenación establecida de antemano en su carta fundacional o en sus estatutos, según corresponda. Sus elementos de organización se denominan órganos y evidentemente son desempeñados por personas naturales.

Las personas morales se clasifican, atendiendo a su origen y a su finalidad, en personas jurídicas de derecho público y de derecho privado. La persona moral de derecho público por excelencia es el Estado. A la lista se incorporan, asimismo, los ayuntamientos, los municipios, el Banco Central de la República Dominicana, la Dirección General de Aduanas, la Universidad Autónoma de Santo Domingo, etc. Las de derecho privado, como su nombre lo indica, tienen un cometido privado, no de derecho público.

A su vez, las personas jurídicas de derecho privado se subdividen en agrupaciones sin fines de lucro, llamadas asociaciones; y sociedades de capital que, en cambio, persiguen ganancias pecuniarias en provecho de sus socios o accionistas.

Las asociaciones, de acuerdo con el art. 2 de la Ley núm. 122-05, son agrupaciones que integran no menos de cinco personas físicas o jurídicas “con el objeto de desarrollar o realizar actividades de bien social o interés público con fines lícitos y que no tengan como propósito u objeto [la consecución de] beneficios pecuniarios o apreciables en dinero para repartir entre sus asociados”. Dicho de otro modo, la asociación es el tipo general de todas las personas jurídicas privadas, de base personal, que no estén constituidas para promover distribución de ganancias. No es que no puedan desempeñar actividades económicas propiamente entendidas; lo que no pueden es hacerlo movidas por el lucro, es decir, por el designio de producir y repartir riquezas entre sus miembros.

La obtención de un registro de incorporación supone, para los fundadores de la asociación, la presentación por escrito de su impetración, acompañada del soporte documental necesario, ante las autoridades de la Procuraduría General de la República, si se tratare del departamento judicial de Santo Domingo, o de la Procuraduría General de la Corte de Apelación del departamento judicial correspondiente, para solicitudes fuera del Gran Santo Domingo. Una asociación incorporada se disuelve por voluntad expresa de las $\frac{3}{4}$ partes de sus integrantes “o por haber llegado al término previsto para su duración” (art. 54, Ley 122-05). En este caso, se designa a uno o más socios para que procedan a la liquidación del patrimonio y se decide, por mayoría absoluta, a cuál otra entidad similar donar cualquier excedente, ya cubiertas las deudas y compromisos de la institución. Si no hubiere consenso sobre este particular, el Estado, de pleno derecho, pasa a ser propietario.

Las asociaciones responden de sus obligaciones con todo su patrimonio, tanto presente como futuro. Los asociados no lo hacen personalmente por las deudas del grupo. Los miembros o titulares de los órganos directivos y de representación sí son económicamente responsables ante los asociados y ante terceros por los daños infligidos y las deudas, cuando unos y otras provengan del ejercicio de sus funciones o de los compromisos que contrajeran.

A su turno, las sociedades comerciales o de capital, según el art. 2 de la Ley núm. 479-08, son aquellas cuyos integrantes se obligan “a aportar bienes con el objeto de realizar actos de comercio o explotar una actividad comercial organizada, a fin de participar en las ganancias y soportar las pérdidas que produzcan”. Si un grupo de personas físicas o jurídicas tiene como propósito la adquisición y prorrateo de dividendos, existe, así sea en estado de latencia, un contrato de sociedad. Ellos cumplen haciendo sus respectivos desembolsos de capital en dinero o en especie.

Los aportes proceden del patrimonio individual de los socios, dejan de responder por las deudas de estos, los cuales, por su parte, tampoco se hacen responsables de las obligaciones sociales más allá de las cuotas pagadas. La sociedad responde personalmente frente a sus acreedores con sus fondos propios. El socio, con vistas a lo que sería una inminente restitución de aportaciones, no es acreedor de la empresa. En tal virtud, no cobra intereses como si mediara un préstamo.

Al tenor de la ley que en la actualidad rige la materia (Ley 479-08), las sociedades de responsabilidad limitada (S.R.L.) han sido concebidas con una configuración cerrada, mientras que las sociedades anónimas (S. A.) funcionan en formato abierto. Una empresa se considera cerrada cuando el número de socios es limitado –hasta cincuenta en nuestro caso– y la pertenencia al grupo se determina en función de atributos relacionales o se cualifica por rasgos personales intransferibles.

Es propio de este sistema (el de las S.R.L.) que todos sus afiliados aparezcan, de un modo u otro, implicados en la gestión social, que el tránsito entre asamblea y administración sea difuso y que la calidad de socio sea substancialmente intransferible o traspasable con restricciones, solo bajo ciertas condiciones.

En la entidad abierta, patrón en que se inscriben las sociedades anónimas dominicanas, se pretende que la condición de accionista sea básicamente transferible, como si se tratara de cualquier otra clase de bien mueble puesto en el comercio. Las acciones, por tanto, pueden emitirse al portador por su condición de cosa mueble comercializable. El número de posibles socios o tenedores de acciones es ilimitado.

El art. 5 de la Ley núm. 479-08 reconoce a las sociedades, en general, plena personalidad jurídica a partir de su matriculación en el registro mercantil. En ellas suelen cohabitar imprescindiblemente dos órganos, uno de gestión o administración para enfrentar las contingencias de la cotidianidad, y otro deliberativo o de control: la junta o asamblea. El cuerpo de administración opera bajo un modelo plural o singular, a cargo de un consejo, el presidente o un gerente externo.

La disolución o extinción de la sociedad comercial se decreta por mayoría de votos de su asamblea general o por cumplimiento del término de duración fijado en los estatutos. Podría ser, además, por imposibilidad manifiesta de llevarse a cabo el objeto social o a consecuencia de pérdidas económicas importantes que hayan erosionado la sostenibilidad del negocio.

REFERENCIAS

Galindo, I. (1991). *Derecho civil. Parte general*. México: Porrúa.

Reyes Vásquez, R. (2015). *El registro de estado civil*. Santo Domingo: Editora Judicial.

Obra disponible en la Biblioteca Virtual de la Escuela Nacional de la Judicatura: <https://biblioteca.enj.org/>



ESTAMOS EN LÍNEA

<https://saberyjusticia.edu.do>

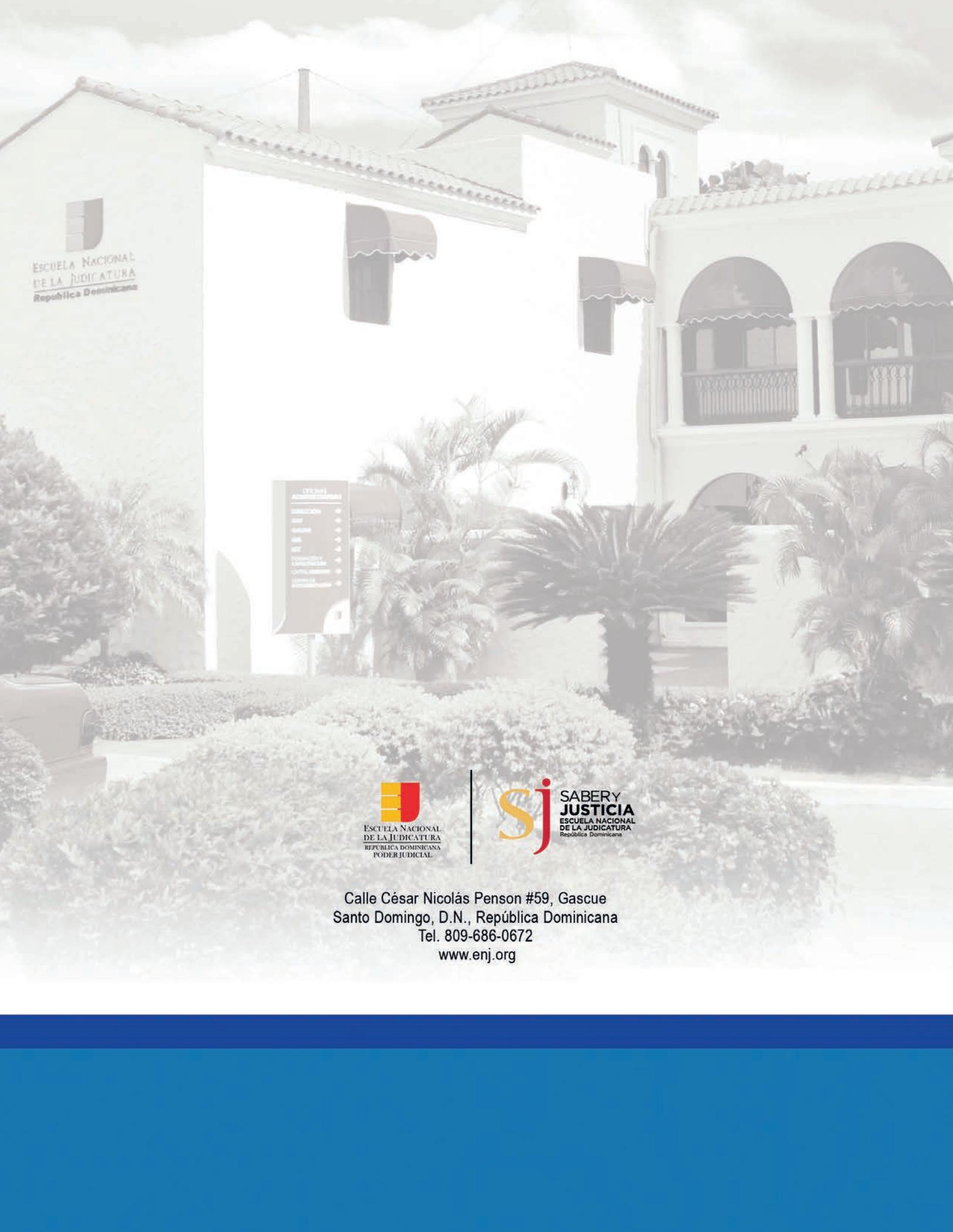
**Puedes
descargar los
contenidos**



Estamos calificados por Latindex

Sistema de información sobre las revistas de investigación científica, técnico-profesionales y de divulgación científica y cultural que se editan en los países de América Latina, el Caribe, Es[paña y Portugal.





ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
República Dominicana

SECRETARÍA
ADMINISTRATIVA
DIRECCIÓN
SECRETARÍA
SECRETARÍA
SECRETARÍA
SECRETARÍA
SECRETARÍA
SECRETARÍA
SECRETARÍA



Calle César Nicolás Penson #59, Gascue
Santo Domingo, D.N., República Dominicana
Tel. 809-686-0672
www.enj.org