

EL IMPACTO DEL DERECHO SOBRE LA FAMILIA ACOSTA-VÉLEZ

CONVERSATORIO

*Esther Vicente**

Antes que todo quiero agradecer a la *Asociación Legal de Estudiantes Pro-Derechos LGBTT (A.L.E.P.)*, por haber organizado y coordinado esta actividad y por la atención que ha prestado a todos los detalles de este encuentro. También, agradezco a las profesoras Fernós y Reyes por aceptar formar parte de este panel.

Quiero reconocer muy especialmente a nuestra invitada Carmen Vélez por su presencia aquí esta noche y por la gran paciencia que ella y las demás integrantes de su familia han demostrado ante el sistema de justicia de nuestro país. La valentía de su familia al decidir presentar la petición de adopción en nuestro entorno jurídico, nos ha brindado la oportunidad de visibilizar la realidad que atraviesan muchas familias en nuestra Isla.

Aunque la petición particular que han planteado a la justicia todavía no ha sido atendida de manera positiva y beneficiosa para ambas madres y su niña, nuestra sociedad ha recibido muchos beneficios de la discusión pública que ha generado el caso. A pesar de que una mayoría del Tribunal Supremo se ha amparado bajo la sombrilla de la autolimitación judicial, es menester resaltar que cuatro de los nueve jueces del Tribunal Supremo se han expresado abiertamente a favor de reconocer los derechos de las integrantes de esta familia y la valiosa aportación que han realizado ambas madres en la crianza de una niña que se destaca entre sus pares.

Por ello, les tenemos que agradecer no solo su entereza para lidiar con un sistema de justicia que evidentemente pugna por crecerse y superarse ante los retos que los procesos de cambio social le lanzan y el conservadurismo refrido impulsado por líderes políticos y religiosos en la búsqueda de dar sentido y lustre a unas instituciones que los han perdido.

Comienzo pues mi planteamiento. El 26 de abril de 2011, en el caso *Laboy Roque v. Pérez y otros*, el Juez Asociado señor Kolthoff Caraballo emitió una opinión

* Catedrática de la Facultad de Derecho, Universidad Interamericana de Puerto Rico.

unánime del Tribunal Supremo en la que expresó lo siguiente: “Sin embargo, es necesario señalar que el Art. 297 sólo regula los casos en que toda la construcción recae en suelo ajeno”.¹

No se asusten. No es que se mezclaron mis notas del curso de Derechos reales con las del curso de Derecho de familia. Ya verán la pertinencia de la figura de la construcción en suelo ajeno con la figura de la adopción por el segundo padre o madre funcional.

Retomo la cita de la opinión escrita por el Juez Kolthoff Caraballo:

Nuestro Código Civil no ha previsto el caso en el que la construcción se realice en una finca propia pero excediendo sus linderos, por lo que el suelo sólo es ajeno en parte. Por consiguiente, es muy difícil aplicar las reglas relativas a la construcción en suelo ajeno a la construcción simplemente extralimitada. Por ejemplo, si el edificante ha actuado de buena fe no tendría sentido aplicarle el Art. 297 porque conllevaría a que el dueño del terreno ajeno adquiriese por accesión toda la edificación. Sin embargo, es evidente que lo anterior sería un absurdo porque no toda la construcción está sita en suelo ajeno. De igual forma, no tendría sentido que el dueño del suelo ajeno obtenga la titularidad de la porción extralimitada y así pase a ser copropietario de la edificación. Incluso, aplicar la normativa antedicha sobre la accesión a los casos del edificante de mala fe, implicaría la demolición de toda la estructura incluyendo la porción que se encuentra en suelo propio.

En fin, en el supuesto de una construcción extralimitada, ¿qué principios legales han de regir? ¿Qué obtendría el edificante y que obtendría el dueño del suelo ajeno? Para poder disponer de la laguna legal que encierra nuestro ordenamiento al respecto, es importante reconocer que en el Derecho comparado podemos encontrar algunas normas que han contemplado el asunto en controversia. Veamos.

El Código Civil de España, de donde proviene gran parte del nuestro, posee la misma laguna legal con relación a los casos de construcciones extralimitadas.

[L]a doctrina española ha propugnado la accesión invertida como la medida más justa para atender los casos de construcciones extralimitadas de buena fe. El Tribunal (Supremo de España), en su decisión de 1949, fundamentó su dictamen en los principios generales del Derecho, especialmente en razones de equidad.

...

¹ 181 D.P.R. 718, 727 (2011).

En Italia, el Código Civil regula la construcción extralimitada y reconoce la figura de la accesión invertida.

...

Por otro lado, el Art. 1343 del Código portugués es similar al precepto italiano...

...

En el caso del Código Civil suizo, el Art. 674 también reconoce el que un constructor de buena fe pueda adquirir la propiedad de la porción de terreno invadido.

Por su parte, aunque en los casos de construcciones extralimitadas los Derechos romano y común aplicaban rigurosamente el principio *superficies solo cedit*, el Código Civil alemán rechazó seguir esa vertiente.

...

Como ya hemos visto, la tendencia que promueve el uso de la figura de la accesión invertida en supuestos de construcciones extralimitadas de buena fe ha sido ampliamente acogida en las jurisdicciones civilistas.

...

Ahora bien, en el caso de Puerto Rico, adelantamos que el Código Civil no regula dichos supuestos. **Por tal razón, ante el vacío legal existente, nos corresponde resolver la controversia conforme a la equidad y los principios generales del Derecho. (énfasis nuestro)**

...

Por tal razón, adoptamos la posición española que reconoce la accesión invertida por estimar que es la que mejor reconcilia los intereses en conflicto.²

Entonces, me pregunto, por qué los jueces del Tribunal Supremo no pudieron utilizar el mismo proceso de análisis y el mismo método de adjudicación que utilizaron con la laguna existente en el Código Civil de Puerto Rico en torno a la construcción extralimitada para atender la laguna existente en el mismo Código Civil con relación a la Adopción en familias no tradicionales o neo-parentales; como la familia que se encuentra al centro de la controversia presentada al Tribunal Supremo en el caso *Ex Parte AAR*.

Este caso resalta claramente un problema recurrente en los procesos de adjudicación del Tribunal Supremo de Puerto Rico en controversias relacionadas con asuntos de familia. En demasiadas ocasiones, ante asuntos que requieren al Tribunal Supremo reconocer los cambios que ha atravesado nuestra sociedad, una mayoría del Tribunal, ha utilizado la sombrilla de la autolimitación judicial expresada en la consabida frase: “le corresponde resolver este asunto a la Asamblea Legislativa”. Al amparo de esta sombrilla, en varias controversias de derecho de

² *Id.* págs. 727-738.

familia, el Tribunal Supremo ha rehusado ejercer su poder como intérprete de la constitucionalidad de las leyes y se ha negado a cumplir con el deber que tienen los jueces de resolver toda controversia aunque no exista ley aplicable al caso – en cuya situación han de recurrir al principio de equidad, según dispone el Artículo 7 del Código Civil de Puerto Rico.

Así, se han dejado desprotegidas personas transexuales que reclaman el derecho a cambiar el certificado de nacimiento para que refleje el cambio de sexo; personas en relaciones de hecho estables que quieren adoptar a una menor a quien han criado desde su nacimiento; personas que sufren actos de maltrato en la relación de pareja del mismo sexo y personas que quieren adoptar al hijo o hija de su pareja del mismo sexo.

En las opiniones que emite la mayoría del Tribunal en que se ha dejado sin protección a estos sectores de nuestra sociedad, se expresa que la familia matrimonial es la familia que promueve los mejores intereses de la sociedad. Ello, en desconocimiento de los datos estadísticos, los cuales demuestran que las familias matrimoniales solo representan menos de la mitad de las familias que existen en nuestro país y que al presente aquí ocurren más divorcios que matrimonios.

Estas posturas anquilosadas denotan una cerrazón a dos aspectos que hoy día son definitorios de las familias en nuestro país y en el mundo entero. De un lado, el impacto de los avances de la tecnología y de la emergencia de nuevos modelos de familias. Se trata de relaciones familiares forjadas mediante un proceso de filiación social a través del cual un adulto ejerce derechos o asume obligaciones en beneficio de un menor, independientemente de los vínculos legales o biológicos que puedan existir entre ambos. De otro lado, la concepción de género y del sistema sexo-género que informa estas decisiones. Estos aspectos ameritan atención en la formación no solo de los integrantes de la judicatura sino entre toda la profesión de la abogacía.

Ambos están entrelazados en la controversia que se presentó al tribunal en el caso *Ex Parte A.A.R.* En primer lugar, veamos el impacto de los avances de la tecnología en la emergencia de nuevos modelos de familias y las limitaciones del ordenamiento jurídico puertorriqueño ante estos desarrollos.

La petición de adopción presentada por AAR – la segunda madre de la menor – fue evaluada por los tribunales del país a la luz de la normativa que surge de las disposiciones sustantivas y procesales sobre Adopción. Estas normas resaltan que el fin principal de la adopción es el mejor bienestar del menor o la menor. Los artículos 137 y 138 del Código Civil establecen cuáles serán los efectos de la adopción.³ Contrario a lo que algunos jueces del Tribunal Supremo expresaron, no se trata de requisitos jurisdiccionales que implicarían que de no cumplirse, el Tribunal pierde jurisdicción para considerar la solicitud de adopción. Estos dos artículos se limitan a establecer cuáles serán los efectos de la adopción sobre la familia anterior de la persona adoptada. El Artículo 137 establece que la adopción por decreto final y

³ 31 L.P.R.A. §§ 538-539 (West 2012).

firme extinguirá todo vínculo jurídico entre el adoptado y su familia biológica o adoptiva anterior.⁴ El Artículo 138 dispone dos excepciones a esa regla general e indica que los vínculos con la familia anterior subsistirán: (1) cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante y (2) cuando el adoptado proviene de una única filiación y es adoptado por una persona de distinto sexo al del padre o madre que lo ha reconocido como su hijo o hija.⁵

En la petición de adopción presentada por la segunda madre de la menor, se aclaró que la madre que aparece en el Registro Demográfico consentía a la adopción siempre y cuando que sus vínculos con la menor se mantuvieran. Este es el eje de la controversia, toda vez que la persona que interesa adoptar no es de distinto sexo al de la madre jurídica. Ante esta controversia el Tribunal Supremo pudo haber adoptado una de varias estrategias para tomar una decisión que hiciera justicia a esta familia.

Primero, pudo optar por establecer que toda vez que el Artículo 138 solamente se refiere a los efectos de la adopción, no establece un requisito jurisdiccional, por lo que el Tribunal tenía jurisdicción para conceder la adopción. En torno a la subsistencia del vínculo jurídico de la menor con su madre jurídica, el Tribunal podía determinar que tratándose de una familia constituida mediante métodos y tecnologías de reproducción asistida noveles en los que el adoptado no cuenta con una familia anterior sino que nace en una familia constituida por la madre jurídica y una segunda madre, el Artículo 138 no es aplicable. Ante la falta de disposición legal específica, procedería entonces utilizar el principio de equidad contenido en el Artículo 7 del Código Civil de Puerto Rico y resolver conforme a los principios generales del derecho. Como lo hicieron en el caso de la construcción extralimitada. Allí no tuvieron empacho en incorporar una figura jurídica que no aparece en el Código Civil ni en ley especial puertorriqueña, para lo cual se remitieron a otras jurisdicciones para evaluar lo allí establecido.

Correspondería entonces hacer acopio de las prácticas y normas observadas en jurisdicciones similares a la nuestra en torno a la adopción en casos de familias constituidas mediante procesos de inseminación artificial. Este fue el proceso de análisis seguido por el Juez Estrella en su opinión disidente. Análisis que le llevó a determinar que lo procedente era aplicar la figura de la Adopción por el segundo padre o madre funcional (Second Parent Adoption) y permitir la adopción solicitada. Esto, siempre y cuando ello fuera cónsono con el bienestar y mejor interés de la menor. Este acercamiento evitaría un decreto de inconstitucionalidad del Artículo 138 y atendería los mejores intereses de los menores nacidos en familias constituidas mediante modelos de convivencia noveles.

Segundo, otra alternativa disponible al Tribunal para atender los mejores intereses de la menor involucrada en este caso era reconocer el discrimen por razón

⁴ *Id.* § 538.

⁵ *Id.* § 539.

de nacimiento generado por la aplicación literal del Artículo 138 a su familia, en desconocimiento de los avances científicos en materia de reproducción humana y de los avances sociales, en materia de convivencia, existentes en nuestro país. Ello requeriría declarar inconstitucional dicho artículo. Nótese que al no autorizar la adopción por la segunda madre de esta menor se le priva de muchos derechos y beneficios de los que disfrutaban los hijos concebidos naturalmente, tales como: beneficios del plan médico de la madre adoptante, beneficios por incapacidad de la madre adoptante, beneficios del seguro social, derechos de sucesión por parte del adoptante, derecho a una pensión alimentaria, derechos de relaciones materno filiales y de custodia, derecho de la adoptante a tomar decisiones médicas y a consentir a tratamientos de salud cuando la madre jurídica no esté presente, entre otros. Lo anterior definitivamente crea una situación discriminatoria para los niños y niñas nacidas mediante tecnologías de procreación asistida y aquellos producto de procesos biológicos tradicionales. Sabido es que el discrimen por razón de nacimiento está prohibido en la Carta de Derechos de la Constitución de Puerto Rico.

Tercero, el Tribunal podía considerar que la excepción incluida en el Artículo 138 es discriminatoria por razón de sexo, pues limita la subsistencia del vínculo familiar previo a la adopción a que ésta se realice por una persona de distinto sexo al de la madre o padre jurídico del menor. Esta estrategia de análisis de la controversia fue la que utilizaron varios de los jueces disidentes. No discutiré los aspectos constitucionales, pues este tema será atendido en las presentaciones de las profesoras Fernós y Reyes. Sin embargo, sí deseo utilizar esta oportunidad para resaltar la importancia de incluir el estudio del género como parte de la educación jurídica.

La lectura de las ocho opiniones de los jueces del Tribunal Supremo deja ver claramente la falta de comprensión entre algunos de los ponentes de lo que es el género y de la importancia que tiene en la adjudicación de controversias sobre una infinidad de asuntos. Ello no solo en el ámbito del derecho de familia, sino también en temas de derecho laboral, derecho penal, derecho constitucional, derecho de sucesiones, entre otros.

En un sentido estricto, el término sexo se refiere a las diferencias biológicas entre los hombres y las mujeres y a características fisiológicas; a la suma de las características biológicas que define el espectro de los seres humanos como mujeres y hombres; o a la construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como niño o niña al nacer.

Desde la perspectiva del sexo, además de los hombres y las mujeres, se entiende que se alude a las personas intersex. Se ha definido la intersexualidad como todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al estándar de corporalidad femenina o masculina vigente.

La diferencia entre sexo y género radica en que el sexo se concibe como un dato

biológico y el género, como una construcción social. El término sexo se refiere a las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, mientras que el término género se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente sobre las mujeres y sobre los hombres, así como al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas. A esa identidad que se fundamenta en la asignación del rol masculino o femenino se le ha llamado **–identidad de género–** para diferenciarla de la determinación sexual basada únicamente en la anatomía.

Lo cierto es que en muchas instancias el discrimen que confrontan las mujeres está basado en las concepciones de género que se han construido socialmente. Por ejemplo, el reclamo de igual paga por igual trabajo, está basado en que en muchas ocasiones a las mujeres se les paga menos que a los hombres que realizan el mismo trabajo. La fuente de esta diferencia está en la concepción social y cultural de que los hombres son los proveedores del hogar y el salario de las mujeres es un mero suplemento. Ello por supuesto desconoce las realidades de muchas familias y de muchas mujeres al presente. El discrimen por razón de sexo está intrínsecamente atado a las concepciones de género que permean nuestra sociedad. Es decir, el sexo y el género están entrelazados. Por ello, resulta erróneo señalar que nuestra constitución solo prohíbe el discrimen por sexo y no el discrimen por género, pues se trata de concepciones que están intrínsecamente atadas. Así también lo está el discrimen por razón de orientación sexual.

La orientación sexual de una persona se ha definido como la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un sexo diferente al suyo, o de su mismo sexo, o de más de un sexo; así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. La discriminación por orientación sexual se refiere a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia de una persona por estos motivos y jurídicamente se ha subsumido en la categoría de discriminación por sexo o por condición social.

Trátese como una laguna o como un discrimen la falta de atención en nuestro ordenamiento jurídico a la multiplicidad de familias que conviven en nuestro país, lo cierto es que este caso resalta la necesidad de salir de esas posturas anquilosadas en un pasado mítico que nunca existió y acoger las nuevas formas familiares como anuncio de las posibilidades de una nueva sociedad y una nueva forma de ser en equidad y paz.

