

REVISTA DE LA ABOGACÍA

CONSEJO EDITORIAL

Presidente de honor

Prof. Danilo Rivero García

Miembros

María Teresa Benito Menéndez - **Presidenta**

Gabriel Pérez de Agreda

Yanet Souto Fernández

Gladys de los Ángeles Castro Rodríguez

Ana Isabel Zamora Sorí

Maritza de la Caridad McCormack Béquer

Miriam Velazco Mugarra

Vicente Alejandro Entrialgo León

René Alfara Leyva

Fermín Romero Alfau

El Consejo de Redacción no se responsabiliza
con la opinión emitida por los autores

Revisión

Fermín Romero Alfau

Emplane y diseño de cubierta

René Alfara Leyva

Obra editada e impresa en:

Ediciones ONBC

Vicepresidencia JDN/ONBC

Calle 41 no. 7208 entre 72 y 74, Playa, La Habana

72144208

jsuperacion@onbc.cu

RNPS 0491

ISSN 2308-2240

Organización Nacional de Bufetes Colectivos

Calle 41 no. 7208 e/ 72 y 74,
Playa, La Habana

- 3** Proceso y procedimiento
en la jurisdicción agraria

LIC. DANNY ARANDA GONZÁLEZ

LIC. LISNEYDI CASTAÑEDA ESQUIVEL

- 17** La reparación de los daños
y la indemnización de los perjuicios
en el Derecho Laboral cubano

OMNYS FAJARDO NÚÑEZ

- 25** La prevención situacional
del delito en la sociedad de riesgo

LIC. ROCÍO DE LOURDES CEBRIÁN BENITO

- 36** El *droit de suite* de los autores de obras
plásticas y el régimen jurídico del matrimonio.
Especial referencia a la realidad cubana

ANA MARÍA PEREDA MIRABAL

BÁRBARA TAMARA ÁGUILA DÍAZ

- 41** El control de orden público internacional
al Derecho extranjero en los procesos civiles
y de familia. ¿Función constitucional?

DRA. ODETTE MARTÍNEZ PÉREZ

- 48** Sentencia

- 56** Normas editoriales
Revista de la Abogacía

sumario



Proceso y procedimiento en la jurisdicción agraria

LIC. DANNY ARANDA GONZÁLEZ

LIC. LISNEYDI CASTAÑEDA ESQUIVEL*

Proceso agrario. Estructura y características del mecanismo de solución de los conflictos agrarios. Particularidades en Cuba y propuesta de actualización

El proceso agrario presenta un alto grado de especificidad a partir de estar compuesto por dos factores¹: en primer lugar, el principio *oralidad* que el proceso agrario ha encontrado como puntal para responder a las exigencias de la materia jurídica agraria, y en segundo escaño, formando parte de los ordenamientos jurídicos modernos, el alcance público y social del Derecho Agrario y su proceso. Es por ello, la necesidad de modernización del proceso, guiado por un juez y en el que exista debate entre las partes, hasta llegar a fallos contenidos en sentencias verdaderamente justas donde los sujetos procesales consigan hallar respuestas a sus necesidades. Partiendo de los factores antes mencionados, podemos caracterizar el proceso agrario basándonos en las actuales tendencias, fundamentalmente en cuanto a la modernización del proceso, los poderes del juzgador y las garantías concedidas a las partes en el proceso.

En cuanto a la modernización del proceso agrario se requiere que prime la *oralidad* teniendo como complemento la forma escrita. Se piensa en el desarrollo de un proceso en una o pocas audiencias, concentrando las actuaciones en el debate como momento principal de este, al primar la *oralidad* resultaría más humano, permitiría conocer los sujetos con su realidad y limitaciones de tipo culturales, económicas, sociales; pudiendo ser conocidos en el medio en el que viven. Dándole paso al principio de la *inmediatez* para que exista ese contacto directo e inmediato entre las partes y el juzgador. Así como el principio de la *concentración* para que el proceso se desarrolle

en una o pocas audiencias limitadas a un período de tiempo corto, proporcionando el ágil reconocimiento del resultado del juicio con la sentencia dictada.

Por otra parte, con los principios de oralidad, inmediatez y concentración, el proceso agrario satisface la aspiración de ser rápido, económico, poco fiscal, poco formal, coherente con la satisfacción de los intereses que están en juego.² Para lograr lo anterior, resulta preciso dotar al juez de los necesarios poderes, concediéndosele el suficiente poder discrecional, pudiendo realizar también el impulso procesal de oficio y adquiriendo este, por tanto, una función siempre más activa³ teniendo en cuenta el carácter social y público de la agricultura. Es también característico lo relacionado con las garantías concedidas a las partes en el proceso, si es el Derecho Agrario un Derecho de tutela, de alto contenido social, los sujetos deben estar garantizados procesalmente para la protección de sus derechos, lográndose el balance necesario entre las desigualdades y desproporciones que se pudieran presentar, mediante el desarrollo de instituciones jurídicas, concebidas para la defensa de la parte más débil en el plano real. La mayor o menor profundidad de cada una de estas características, estará determinada por el grado de importancia de las relaciones económicas, sociales, pero sobre todo políticas, y la tutela del sector agrario en el ordenamiento jurídico.

El tema de los principios del proceso agrario es uno de los más difíciles y de mayor importancia, pues en ellos se encuentra el respaldo científico de la autonomía del Derecho Procesal Agrario, por ello su análisis es muy amplio. En principio partamos de la definición de aquellas características y principios que resultan contrarios al proceso agrario;⁴ primeramente por la importancia que reviste la búsqueda y la declaración de la verdad de un proceso encargado de satisfacer intereses económicos-sociales, no resulta adecuado el principio *dispositivo*, que rige en otras sedes procesales como la civil, la contenciosa administrativa y la laboral, porque en estas últimas el impulso se encuentra reservado exclusivamente a las partes y no es conveniente en el proceso agrario que el juez actúe como espectador, indicando simplemente cuando exista alguna trasgresión, para restituir la igualdad en que deben estar las partes y luego dictar sentencia dentro de los límites marcados por

² *Idem.*, p. 397.

³ *Idem.*, p. 398.

⁴ *Vid.* Ricardo Zeledón Zeledón: *Derecho y proceso agrario*, op. cit., p. 397.

* Abogados del Bufete 1, Camagüey)

¹ *Vid.* Ricardo Zeledón Zeledón: *Derecho y proceso agrario*, p. 387.

estas y con las pruebas indicadas por ellas. No satisface el proceso civil tradicional, pues la razón de ser del proceso agrario se encuentra, precisamente, en la diferente inspiración filosófica de los demás instrumentos adjetivos que no alcanzan a cumplir los fines y objetivos buscados; no es en un proceso basado en la escritura, saturado de recursos y formalismos, caro, de larga duración, donde se deban discutir los problemas inherentes a la agricultura, sino todo lo contrario.

Los principios procesales ajustan adecuadamente al sistema procesal agrario, haciéndolo diferir sustancialmente de aquellos del proceso civil, del penal y del contencioso administrativo, porque deben indicar un conjunto de relaciones jurídicas y sociales muy diferentes a los de aquellos. El proceso agrario es realmente moderno, en el cual van a estar muy cerca el juzgador, las partes, los defensores, pero especialmente la prueba que se recibe con la presencia de todos en una o pocas audiencias, así, junto a la oralidad, también estarán presentes los principios de la inmediatez y la concentración, permitiendo la simplicidad y racionalidad de las formas. Por otra parte, el proceso agrario, dada la naturaleza de las relaciones jurídicas agrarias, ha adoptado el principio *inquisitivo* como modo de concederle al juez el impulso del proceso para la obtención de la verdad. Dentro de los principios procesales es posible distinguir los generales del Derecho de aplicación al proceso agrario, los comunes a todos los procesos, y también están los propios, que caracterizan al Derecho Procesal Agrario como una especialidad autónoma frente a otras disciplinas del ordenamiento jurídico.

Los principios generales del Derecho Procesal que rigen en materia agraria son: la legalidad; la igualdad de partes, referidas a la igualdad de los hombres ante la ley; igualdad formal, para la que no vienen al caso las características personales de cada sujeto; la defensa material; la verdad material, entre otros que también permiten su aplicación en el Derecho Procesal Agrario.

Proceso judicial y otros procedimientos en la solución de los conflictos agrarios

Hablar de *justicia* es hablar de un valor que todos los hombres consideramos de gran trascendencia, pero hablar de *justicia agraria* es tratar el tema de un valor que se engrandece. *Justicia* es dar a cada quien lo que conforme a derecho le corresponde, pero en materia agraria resulta muy complejo y amplio dicho término, puesto que las normas destinadas a la regulación de las relaciones jurídicas agrarias y su

aplicación han concebido, desde sus inicios hasta la actualidad, una multiplicidad de mecanismos y vías para la solución de los conflictos agrarios. El Derecho Procesal Agrario es el sistema de normas, principios e instituciones que tienen por objeto la realización de la justicia agraria, a través de la utilización de mecanismos y procedimientos como el juicio agrario, la vía administrativa, u otros tipos de procedimientos alternativos. Cualquiera de estos mecanismos que sean usados en la práctica por los diferentes ordenamientos jurídicos, necesita ajustarse a los planteamientos de la teoría general del proceso agrario,⁵ que engloba características y principios propios para la impartición de justicia en materia agraria.

Los mecanismos de solución de los conflictos agrarios son el modo o vía autónoma en los que se produce la solución de la reclamación o el conflicto agrario. En un sentido jurídico tales mecanismos permiten la resolución de las controversias jurídicas o litigios que se fundan en la legislación agraria. Sobre esta base, en la doctrina agrarista se han formulado diferentes propuestas, entre ellas el modelo administrativo o jurisdicción especial agraria, el modelo judicial o jurisdicción especializada y las vías de solución alternativa de los conflictos agrarios.

La jurisdicción administrativa o modelo administrativo se caracteriza por la facultad de atender las reclamaciones agrarias, atribuida a funcionarios del aparato ejecutivo. Este procedimiento, acogido en distintos ordenamientos jurídicos, ha devenido como un mecanismo retardado, complejo y poco eficaz, afectado por todos los problemas que caracterizan el funcionamiento de las administraciones públicas. La eficacia de tal modelo se derrumba dada su falta de garantías para la realización del citado principio de oralidad, inmediatez, celeridad e imparcialidad. Además de que la búsqueda de la verdad pudiera resultar enervada al producirse con cierta impunidad delitos de cohecho, soborno, y tráfico de influencia, así como actuaciones negligentes de los funcionarios en detrimento de la eficacia en la realización de la justicia y aun en el caso de que actúen bajo las mejores intenciones, estas administraciones se rigen por criterios políticos y administrativos.

⁵ A pesar de que en realidad esta teoría concibe la creación de nuevos procesos judiciales autónomos como mecanismo más idóneo de impartir justicia, debe entenderse que los ordenamientos jurídicos que no conciben dichos procesos, sino procedimientos especiales, deben ajustarse también a los planteamientos de esta teoría.

Es por ello que pese a la utilización de este mecanismo en la impartición de justicia agraria, en la actualidad se desarrolla todo un movimiento a favor de la creación de tribunales agrarios.⁶ El modelo judicial o jurisdicción especializada presenta ventajas fundamentales, porque se define por la existencia de tribunales agrarios, sean o no independientes del sistema de tribunales ordinarios, o la conformación de salas especializadas en la materia. La creación de una jurisdicción especializada agraria ofrece diversas mejoras jurídicas y sociales, entre ellas:

- a. La institucionalización de un proceso agrario moderno, con la construcción de métodos y procedimientos propios que permiten asegurar una justicia agraria efectiva.
- b. El establecimiento de mayores garantías en la concepción de un proceso eficaz en materia agraria, basadas en la gratuidad del acceso a la justicia, la igualdad de las partes, el carácter itinerante del juez, la imparcialidad y la inmediación.
- c. El desarrollo y enriquecimiento de la doctrina y la jurisprudencia, coadyuvándose en el plano científico, legislativo y didáctico de la materia agraria.

Organización de los tribunales y procesos agrarios

Los tribunales agrarios son órganos instituidos por el Estado, revestidos de la función jurisdiccional, es decir, tienen el poder-deber de administrar justicia en materia agraria, solucionando los conflictos entre particulares, o entre estos y los órganos del Estado o sus instituciones.

En el juicio agrario se conoce de todas las causas en cuya resolución debe ser aplicado el Derecho Agrario, para los cuales no exista una tramitación especial. Este proceso judicial tiende a buscar simplificaciones, evitar incidencias y formalidades, y dotar al juez de los poderes suficientes para el esclarecimiento de la verdad. El contencioso ha venido a especializar al procedimiento en su estructura para permitir la confluencia de los sujetos agrarios, que buscan la tutela de los derechos subjetivos con

la satisfacción de los intereses públicos y sociales,⁷ sin dejar de cumplir con el objetivo de superar el esquema tradicional incapaz de dar una respuesta a su existencia.

La tendencia en el Derecho comparado es a institucionalizar un proceso agrario común, general y varios procesos especiales, constituidos por audiencias que conforman las fases o estructura de estos procesos. Estas audiencias buscan superar completamente la técnica de la escritura, y están caracterizados por un sistema organizado que se considera más ágil, creativo y libre ante las exigencias propias del caso.

Los procesos agrarios estarán conformados por distintas fases, comenzando por la de interposición de la demanda y la audiencia preliminar para determinar el objeto de la litis, seguida por la fase demostrativa, el momento procesal más importante del contencioso agrario y constituido por la audiencia de pruebas. Termina dicho proceso con la fase conclusiva, en la que se da a conocer la sentencia que debe ser dictada inmediatamente después de concluida la audiencia de pruebas. El fallo dictado pone fin al proceso de primera instancia con autoridad de cosa juzgada, salvo que se interponga recurso en contra ante el tribunal superior.

La modernización procesal propone crear un sistema con única instancia y para la revisión procesal el recurso de casación. La forma como está concebido el proceso por audiencias crea todo un entorno favorable al diálogo y al entendimiento porque en ellas, los jueces junto a las partes, también deben sanear el proceso, impulsar la conciliación en diferentes momentos y a través de formas diversas, se reciben las pruebas, se ejerce el contradictorio, se emiten conclusiones ante los jueces y en general se contribuye a la búsqueda de la verdad dentro de las pretensiones formuladas por las partes.⁸

Como otra vía de solución de conflictos en materia agraria están los medios alternativos, la negociación, mediación, conciliación y arbitraje, procedimientos estos que siempre han sido practicados y se ajustan muy bien a las circunstancias y las características de la vida campesina. Son modos de proceder para solucionar los conflictos de vecindad en que desempeñan un papel protagónico las partes involucradas.

⁷ Alberto Germano: *El Derecho Agrario*, p. 507.

⁸ Vid. Ricardo Zeledón Zeledón: *El proceso por audiencias orales*, p. 10.

Consisten básicamente en el diálogo entre las partes en busca de soluciones en común y que sirvan por igual a las dos partes. No se trata de que el interés de una de ellas prime sobre la otra, sino de lograr satisfacción común respecto a lo más ventajoso para ambos. Es importante decir que en la modernización de los sistemas procesales de justicia, estos medios alternativos juegan cada vez un papel más preponderante, es la búsqueda de soluciones antes y durante el proceso, para evitar la confrontación y la litis.

La jurisdicción agraria autónoma en el Derecho comparado

Poco a poco ha ido cobrando validez en el mundo un movimiento que se ha dado a conocer con el nombre símbolo de *jurisdicción agraria*.⁹ Se desarrollan diferentes sistemas procesales agrarios, caracterizados tanto por la institucionalización de órganos agrarios con competencia específica para los conflictos de esta materia, como por la instauración de un procedimiento especial. Todo eso ha dado lugar al desarrollo doctrinal del Derecho Procesal Agrario con el objetivo de conseguir un instrumento adecuado para hacer justicia en el ámbito de la agricultura.

A partir de mediados del pasado siglo XX, en Europa comenzó a verse el establecimiento de instituciones judiciales especializadas en materia agraria,¹⁰ al separar asuntos agrarios de los tribunales civiles. El sistema procesal europeo es muy variado en cuanto a la naturaleza de sus órganos, el grado de amplitud de la competencia, tipos de procedimientos y principios que lo forman. Tomemos como ejemplo a Inglaterra, donde predominan los jueces especiales, sin preocupar al régimen político las cuestiones de unidad jurisdiccional, tan debatida en los países latinos. España mantiene el sistema coordinador de jurisdicción ordinaria, pero conserva tribunales especiales. Italia tiene dentro de los tribunales civiles una sección especializada agraria integrada por jueces juristas y por jueces laicos, cuya competencia se refiere al conocimiento de la contratación agraria. Pese a su especialización en cuanto a las personas integrantes de la sección, el procedimiento seguido y su competencia, la jurisdicción agraria italiana es de carácter especializada porque forma parte de un órgano judicial ordinario.

⁹ Vid. Ricardo Zeledón Zeledón: *Proceso Agrario comparado*, pp. 47-57.

¹⁰ Vid. Rolando Pavo Acosta: *La jurisdicción y los procedimientos agrarios en Cuba, Temas de Derecho Agrario Cubano*, t. 1, Ed. Félix Varela, La Habana, 2007, p. 500.

En Bélgica, Suiza y Grecia se crearon tribunales de jurisdicción ordinaria, regulados por sus respectivas leyes civiles comunes de enjuiciamiento, estándoles atribuidos los litigios agrarios sin mayores particularidades en cuanto al órgano, pero sí respecto a las normas de procedimiento por tratarse de procedimientos sumarios, breves y rápidos. Irlanda posee tribunales agrarios, creados desde 1881, cuya competencia consiste en la adquisición forzosa de terrenos y su posterior distribución entre los campesinos, fijando precio y forma de pago. En Portugal los problemas provenientes de los arrendamientos de fundos rústicos son conocidos por una comisión arbitral integrada por un juez de distrito (presidente), un representante del Ministerio de la Agricultura y de las organizaciones agrícolas, cuyas resoluciones tienen recurso de apelación.

En Norteamérica, especialmente en los Estados Unidos, como regla general «los litigios agrarios están atribuidos a los tribunales de la jurisdicción ordinaria, pero en algunos Estados existen jueces federales competentes sobre litigios referentes a tierras y fincas, a patrimonios familiares y a los arrendamientos rústicos».

La instauración de los sistemas procesales agrarios en diversas regiones del mundo es uno de los argumentos que permiten afirmar la tesis de la autonomía del Derecho Procesal Agrario. La experiencia vivida en estos ordenamientos jurídicos, marca la necesidad de un proceso capaz de satisfacer las exigencias de la agricultura en el plano de la tutela jurisdiccional y en las condiciones históricas actuales.

La evolución de la justicia agraria en América Latina ha sido muy rápida, y a pocos años de la creación de tribunales agrarios especializados, se afirma la existencia del Derecho Procesal Agrario como disciplina autónoma.

El proceso agrario en América Latina constituye el más moderno sistema procesal del Derecho Agrario del mundo, con características propias, con una clara organicidad, y con orientaciones novedosas que se muestran como directivas generales para los demás ordenamientos jurídicos del continente.¹¹ El Derecho Procesal Agrario alcanzó fuerza y desarrollo en Latinoamérica, dada la necesidad de una exclusiva jurisdicción agraria que resolviera los conflictos agrarios y se correspondiera con el desarrollo alcan-

¹¹ Vid. Ricardo Zeledón Zeledón: *Proceso Agrario comparado*, op. cit., p. 11.

zado por el Derecho Agrario. Los principios procesales tuvieron una orientación hacia el movimiento de la oralidad, reconociéndosele al juez poderes más amplios dentro del proceso y la obligatoriedad del principio de oficialidad, además de caracterizar al proceso agrario la gratuidad. Sin embargo, todo lo anterior no se ha logrado incorporar en la totalidad de los países de América Latina, lo que ha ido en detrimento de las exigencias de las causas agrarias en esta región. Tampoco se han establecido en todos los ordenamientos jurídicos mecanismos alternativos idóneos para lograr conciliar a las partes dentro del proceso agrario, y se le ha dado poca importancia a la tutela de los recursos naturales vinculados con el agro para lograr un desarrollo sostenible.

La jurisdicción agraria en América Latina muestra un modelo consolidado de justicia. Los sistemas procesales latinoamericanos, han sido calificados históricamente con una marcada personalidad y constituyen un paradigma para incorporar las novedades a los otros tipos de jurisdicciones especializadas.

Ejemplificando características de la jurisdicción agraria en América Latina, podemos señalar los siguientes casos: México, fue el primero en promulgar una normativa procesal agraria. Fue el primer país que dictó una Ley de Reforma Agraria, donde se instituyó por vez primera todo un sistema constitucional agrario, y donde se instauró una jurisdicción agraria; sentando así principios fundamentales del proceso en materia agraria y las bases para garantizar los derechos concedidos a través de procedimientos especiales,¹² además elabora una concepción nueva respecto al modelo español y estableció la creación de un proceso agrario autónomo. La Ley Orgánica de los Tribunales Agrarios estructura estos tribunales especializados por el Tribunal Superior Agrario y los Tribunales Unitarios Agrarios. Perú forjó una estructura de administración de justicia ágil, sencilla, en busca de la celeridad para resolver los procesos sin dilación. Se concibió un medio privativo agrario ubicado en Lima y juzgados de tierras distribuidos por todo el país. El *tribunal agrario* es el máximo órgano jurisdiccional, con carácter colegiado; mientras los juzgados de tierras son órganos unipersonales, formados por los jueces de tierra que actúan en primera instancia; para ambos casos, la ley exigió requisitos de especialidad e integridad, se quedó en dos instancias sin casación.

Uno de los aspectos más importantes fue la competencia, en el sentido de su ampliación, porque el legislador peruano, además de la normativa de Reforma Agraria, abarca todo el contenido del Derecho Agrario.¹³ La ley concreta esta competencia en dos tipos de procesos: el ordinario agrario y los especiales.

Venezuela organiza su jurisdicción agraria en 1976, a través de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios, donde se institucionaliza una jurisdicción especializada para el Derecho Agrario. Ahora esta Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios de 1976, presentó desde prácticamente sus inicios, serios problemas. Es por estas razones que se acude a una reforma de la Ley en 1982 y se perfila el inicio de una nueva etapa, influenciada por características tendenciales novedosas. La Ley reformada concibe a los tribunales agrarios en primera instancia, y a los tribunales superiores agrarios en segunda; esta reforma es superior en cuanto incorpora el principio de la oralidad, combinándolo con el de la escritura, amplía la competencia y tutela de lo ambiental, hay en ella manifestación expresa de las medidas cautelares atípicas que facultan al juez agrario. No obstante lo anterior, les falta una clara definición de las fuentes de Derecho Procesal y del Derecho Agrario en general, además son necesarios los mecanismos alternativos de solución de controversias agrarias.

El modelo de justicia agraria colombiano tiene características que lo hacen distinto a los del resto de los países de América Latina. En Colombia, desde 1936, está en la Constitución Política el principio de función social de la propiedad y sentadas las bases de la jurisdicción agraria. Se dispuso también en 1936 la creación de los juzgados agrarios para el conocimiento de todos los conflictos relacionados con la propiedad y posesión agraria, la extinción del dominio agrario por el no uso, entre otros. Aún cuando no llegaron a existir esos tribunales agrarios, el legislador de aquella época previó la institucionalización de la justicia agraria. Colombia es de aquellos ordenamientos que le dan un nuevo curso a la jurisdicción agraria, con la aprobación del *Estatuto de Jurisdicción Agraria* en octubre de 1989. Esta legislación concreta los aspectos más importantes del proceso agrario. La jurisdicción agraria de Colombia marca una nueva etapa evolutiva en la justicia

¹² Miriam Velazco Mugarra: *Teoría del Proceso Agrario. Tendencias actuales, Temas de Derecho Agrario Cubano*, t. 1, Ed. Félix Varela, La Habana, 2007, p. 514.

¹³ Ricardo Zeledón Zeledón: «Estado y evolución de la jurisdicción agraria en América Latina», en *Revista Desarrollo Rural en las Américas*, No. 3, 1977, p. 129.

agraria latinoamericana que se caracteriza por la incorporación de un proceso oral puro,¹⁴ con sus características sustanciales de inmediatez, concentración e identidad física del juzgador, la conciliación como forma alternativa de solución de los conflictos agrarios, la incorporación de un sistema de interpretación propio para el Derecho Procesal Agrario y la tutela de lo ecológico vinculado con lo agrario.

En Costa Rica también se ha constituido una jurisdicción especializada a través de la Ley 6.734 del 29 de marzo de 1982. Toda la estructura se encuentra ubicada dentro del poder judicial, se institucionalizaron juzgados agrarios para conocer en primera instancia, un tribunal superior con sede en San José para conocer en segunda, y recurso ante la sala de casación primera de la Corte Suprema de Justicia como tercera instancia rogada. Junto a los órganos judiciales se ha estructurado una sección para la defensa agraria dentro del Departamento de defensores públicos. La competencia otorgada a la jurisdicción es amplísima pues abarca todo el Derecho Agrario.¹⁵

El procedimiento agrario en Cuba

El tema agrario en Cuba se desarrolló bajo las condiciones de un régimen colonial y neocolonial,¹⁶ que comienza a través de las Capitulaciones de Santa Fe en 1520, iniciándose el proceso de mercedación de las tierras, siendo la primera forma de propiedad de los Reyes de España. Un paso de evolución fue la promulgación de las llamadas *Ordenanzas* de Alonso de Cáceres que establecieron normas jurídicas reguladoras de la vida civil de las comunidades urbanas durante más de dos siglos. Estas ordenanzas estuvieron vigentes hasta 1854, siendo el primer cuerpo legal hecho en y para Cuba que regulaba su vida y a la vez facultaba a los cabildos y ayuntamientos a autorizar a los vecinos al fomento de sitios de labor en las grandes haciendas y organizaba la penetración al interior de la Isla, lo que caracterizó al Derecho Agrario desde esta época hasta el siglo XVIII.¹⁷ Después de las guerras de

independencia de 1868 y de 1895, comenzó la intervención norteamericana en Cuba, que permitió la adquisición de grandes extensiones de tierra, incrementándose el latifundio en manos extranjeras. El marco jurídico de la intervención imperialista se desarrolló mediante la promulgación de gran cantidad de Órdenes Militares, que regularon aspectos económicos, políticos y sociales con especial énfasis en la materia agraria.

La etapa republicana iniciada en 1902 estuvo caracterizada, desde el punto de vista agrario, por repetidas crisis rurales, un clima creciente de fraudes, violencias y desalojos, siendo víctimas sobre todo los pequeños propietarios, arrendatarios, aparceros y precaristas.

Otra etapa de la República neocolonial fue la marcada entre 1935 y 1958, período de gran importancia en el desarrollo del Derecho Agrario en Cuba antes del triunfo de la Revolución. En esta etapa se destaca la *Constitución de 1940*, Carta Magna elaborada y aprobada por los miembros de la Asamblea Constituyente, la cual tenía una relación estrecha con el Derecho Agrario ya que estableció la propiedad como un *derecho subjetivo*, prohibió la confiscación de bienes, estableció una indemnización en caso de expropiación y la limitó a las situaciones de necesidad pública e interés social, y además en su artículo 87 reconoció, por primera vez en Cuba, la función social de la propiedad. En la aprobación de la Constitución, se produjo una intensa lucha en relación con el problema agrario, particularmente se enfrentaron las ideas conservadoras, reformistas y radicales sobre el latifundio, el asunto quedó formalmente resuelto, mediante la reserva de ley que realiza el artículo 90 de la siguiente forma: «Se proscribe el latifundio y a los efectos de su desaparición, la Ley señalará el máximo de extensión de la propiedad que cada persona o entidad pueda poseer para cada tipo de explotación a que la tierra se dedique y tomando en cuenta las respectivas peculiaridades. La Ley limitará restrictivamente la adquisición y posesión de la tierra por personas y compañías extranjeras y adoptará medidas que tiendan a revertir la tierra al cubano».¹⁸ El precepto en cuestión pone de manifiesto una de las características no positivas frecuentes que se le señalan a esta Constitución: las reiteradas reservas de ley que se realizaron en todo su texto. En particular, en el artículo 90 aparecen tres de ellas, que de manera general supeditaron la pros-

¹⁴ Vid. Arts. 8, 63-71 del *Estatuto de Jurisdicción Agraria colombiano* aprobado por medio del Decreto 2303 de 7 de octubre de 1989.

¹⁵ Juan Valdés Paz: *Procesos Agrarios en Cuba 1959-1995*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2005, p. 4.

¹⁶ Cratilio R. Navarrete Acevedo: *Apuntes sobre Derecho Agrario Cubano*, MES, Ed. ENPES, La Habana, 1987, p. 9.

¹⁷ *Idem*, p. 10.

¹⁸ *Constitución de 1940*, Colección Legislativa, vol. II, 6ª. ed., Ed. Jesús Montero. Vid. Gaceta Oficial de 8 de julio de 1940.

cripción del latifundio a una ley posterior, por supuesto que nunca fue aprobada y el precepto quedó privado de toda eficacia. Después de amplias discusiones, se logró y quedó plasmado en la Disposición Transitoria Tercera de la Sección Segunda, Título Sexto lo siguiente: «Quedan en suspenso durante dos años a partir de la publicación de esta Constitución, los juicios de desahucios, en cualquier estado en que se encuentre el procedimiento, promovidos contra poseedores de fincas rústicas en concepto de precaristas en las cuales vivan no menos de veinticinco familias. Igualmente se suspenderán por ese término de dos años los juicios de desahucios, en el estado en que se encuentren, interpuestos contra los ocupantes de fincas rústicas que las disfruten por contratos de arrendamiento o aparcería, siempre que la finca no exceda de una extensión superficial de cinco caballerías y la demanda se hubiese interpuesto antes de la promulgación de esta Constitución».¹⁹ Durante dicho plazo de dos años el Congreso dictará la Ley reguladora de los contratos de arrendamiento y aparcería. El 10 de octubre de 1958 fue dictada la Ley 3, que se considera la primera ley revolucionaria agraria, antecedente de la Ley de Reforma Agraria de 17 de mayo de 1959.

Con el Triunfo de la Revolución y la promulgación de la primera Ley de Reforma Agraria el 17 de mayo de 1959, se produce un cambio radical en el sector agrícola en Cuba y su normativa jurídica. Aquí es donde podemos marcar el verdadero surgimiento del Derecho Agrario cubano. La primera Ley de Reforma Agraria constituye el primer antecedente legislativo cubano que prevé la creación de los tribunales de tierra, en su artículo 54, para el conocimiento y resolución de los procesos judiciales que se generaran por la aplicación de la ley, las relaciones contractuales agrícolas y la propiedad rústica en general.

De esta manera la aplicación de la ley dispondría de una jurisdicción propia, que quebraría la noción de unidad jurisdiccional e implicaría la creación de un tribunal especializado agrario, es decir, un modelo de justicia agraria con muy escasos antecedentes en ese entonces en Latinoamérica, y sin ningún precedente institucional en Cuba. La ley, por medio de su Disposición Transitoria Segunda, prohibió que continuaran los juicios de desahucio u otros procedimientos sobre desalojo que estuvieran siendo conocidos por los tribunales ordinarios, además estableció en su Disposición Transitoria Cuarta que: «En tanto no se organicen los tribunales de tierra a que se refiere el artículo 54 de esta Ley, continuarán conociendo

de los procesos que a los mismos se asignan, los tribunales ordinarios».²⁰ Con la Ley 588 de octubre de 1959,²¹ se especificaba cuál sería la competencia de los tribunales de tierra, atribuyéndole lo concerniente a la expropiación forzosa de fincas rústicas. Pero hasta tanto no se crearan estos tribunales serían competentes en esa materia el juez de primera instancia del lugar donde se encontraba la finca.

El establecimiento de los tribunales de tierra quedó a cargo del extinguido Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA), el cual fue creado también por la primera Ley de Reforma Agraria como entidad autónoma y con personalidad jurídica propia para la aplicación y ejecución de la ley. Sin embargo, los tribunales nunca fueron creados, debido a condiciones fundamentalmente políticas y de otra índole. Todos estos factores no permitieron organizar un sistema de justicia agraria, con órganos y principios propios que para ser efectivo tardaría el tiempo que no se tenía. Lo que en ese momento demandaban las necesidades era un mecanismo ágil para ejecutar la Ley de Reforma Agraria, determinando las tierras afectables y haciendo efectivo el derecho de los beneficiarios a recibir la propiedad de la tierra. Ese mecanismo autónomo fue el INRA, amparado jurídicamente en el artículo 48 inciso c) de la Ley de Reforma Agraria, que preceptuaba que tenía entre sus facultades y funciones la de tramitar y decidir con arreglo a esta ley todas las solicitudes o promociones que se dirigieran en relación con la colonización, dotación, distribución, régimen y demás aspectos de la reforma.

De esta manera el INRA sería competente para conocer de los procesos de expropiación forzosa de fincas rústicas y todo lo concerniente al uso y tenencia de las tierras agropecuarias y forestales, resolviendo los tribunales civiles lo referente a las transmisiones hereditarias y liquidación matrimonial de bienes agrarios. El Instituto Nacional de la Reforma Agraria no funcionó como un cuerpo único de modo uniforme, sino que creó comisiones en la zona oriental del país, conocidas como *Comisiones de Conflictos Campesinos*.

En la práctica judicial, el tiempo en que ejerció el INRA, los tribunales civiles mantuvieron un ámbito de competencia relativamente amplio en materia agraria, compartiéndose las competencias entre ambos, pero lo que ocurría con mayor frecuencia era que la tierra de propiedad individual, una vez

²⁰ Constitución de 1940, Colección Legislativa, op. cit.

²¹ Idem.

¹⁹ Idem.

fallecido el pequeño agricultor se traspasaba a sus presuntos herederos, sin que los implicados interesaran los trámites legales.

En virtud de la Ley 1323 de 30 de noviembre de 1976, Ley de la Organización de la Administración Central del Estado, se extingue el INRA, siendo su sucesor el Ministerio de la Agricultura (MINAG), el cual tendría la competencia para resolver los conflictos en materia agraria. Sin embargo, no fue hasta 1981, que se dispuso mediante los Acuerdos 147 y 160 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, dar cuenta al Ministerio de la Agricultura, de los procesos referidos a fincas rústicas o bienes de producción agropecuaria, a los efectos de ejercer los derechos que al respecto se estimaran, asistido en cumplimiento de lo establecido en último párrafo del artículo 555 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral,²² ya que estos trámites no se realizaban por las instancias judiciales correspondientes. Más tarde por el Decreto Ley 67 de 19 de abril de 1983, se derogó la Ley 1323/76 y se ratificó la existencia del Ministerio de la Agricultura.²³ Es en esta etapa donde comienza a regularse lo relativo a la herencia de la tierra y los bienes agropecuarios, a través del Decreto Ley 63 del 30 de diciembre de 1982,²⁴ complementarios del artículo 24 de la Constitución de 1976. Este decreto ley no realiza una clara sustracción del conocimiento de los tribunales acerca de estos trámites, transfiriéndolos por completo a la competencia del Ministerio de la Agricultura, sino que, siguió compartiendo la competencia al disponer la necesidad del trámite judicial de declaratoria de herederos y que luego los interesados realizaran los trámites del procedimiento de adjudicación por vía administrativa ante los funcionarios de las delegaciones territoriales del MINAG. Poco después, en 1984, se promulgó la Ley 50 “De las Notarías Estatales”, en virtud de la cual a los notarios se les transfiere la facultad de resolver los expedientes de declaratoria de herederos, de tal manera que comúnmente

los presuntos herederos de un pequeño agricultor fallecido tenían que realizar trámites primeramente en las notarías y luego ante las dependencias del MINAG. El citado Decreto Ley 63 fue derogado por el Decreto Ley 125 del 30 de enero de 1991 “Régimen de Posesión, Propiedad y Herencia de la Tierra y Bienes Agropecuarios”, a tenor del cual todas las cuestiones de derechos y reclamaciones relativas al uso y explotación de la tierra y bienes agropecuarios se resuelven únicamente ante los funcionarios del MINAG, impidiendo la posibilidad de acudir a la vía del llamado *proceso contencioso-administrativo* para impugnar resoluciones dictadas por los funcionarios del MINAG.

Tipos y etapas de tramitación de los procedimientos agrarios en Cuba

Como vimos anteriormente, en los distintos ordenamientos jurídicos, se manifiestan diferentes mecanismos para la solución de los conflictos agrarios. Las diferentes variantes han concebido desde una jurisdicción especial (modelo administrativo), hasta la llamada *jurisdicción especializada* (modelo judicial) a partir de la instauración de tribunales o salas especializadas en la materia agraria. Además, también se han establecido vías alternativas para la resolución de los conflictos agrarios.

En el caso de Cuba, existe una administrativización de los procedimientos para resolver los conflictos agrarios. No existe un procedimiento agrario común sino todo un conjunto extenso y diverso de los mismos, que recaen en la competencia del MINAG y de sus delegados territoriales según el Decreto Ley 125 de 1991. El procedimiento agrario cubano tiene características que logran ubicarlo como una especialidad autónoma frente a otras disciplinas normativas del ordenamiento jurídico. Es un procedimiento escrito donde no están previstas las audiencias orales, por lo que no contamos con los principios derivados de la oralidad, como la inmediación, la concentración y la publicidad. En nuestro procedimiento administrativo rige el principio de oficiosidad que faculta al MINAG y sus delegados a dirigir e impulsar de oficio la tramitación del proceso sin intervención de las partes. El interés público del Derecho Procesal impone limitaciones a la facultad dispositiva de las partes, con lo cual predomina el principio de oficiosidad en materia agraria, lo que se deduce de la Resolución 24/1991 del ministro de la Agricultura, Reglamento del Decreto Ley 125/1991, regulador del Régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra y demás bienes agropecuarios, pero se consagra el derecho de petición al reservar a las partes la solicitud de derechos e interpo-

²² Ley 7 de 19 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, de la Asamblea Nacional del Poder Popular.

²³ El art. 64 del Decreto Ley 67 fue modificado por el Decreto Ley 79 de 28 de marzo de 1984 en cuanto a las funciones del Ministerio de la Agricultura, y luego se dicta el Decreto Ley 147 de 21 de abril de 1994 que reestructuró el sistema de organismos de la administración central del Estado.

²⁴ «Decreto Ley 63 de 30 de diciembre de 1982, “Sobre la Herencia de la Tierra, propiedad de los Agricultores pequeños”», en *Gaceta Ordinaria Especial*, de 30 de diciembre de 1982.

sición de recursos administrativos. Los procedimientos agrarios se desarrollan ante las dependencias del MINAG, y por lo general en ellos se pueden apreciar tres etapas, -aunque muchas veces esta delimitación no se aprecia tan nítidamente- como son:

1. Formulación de la solicitud.
2. Conformación del expediente y práctica de las pruebas y demás diligencias.
3. Resolución del asunto.

En otros casos esta delimitación se perfila muy claramente, como en el procedimiento de herencia de tierras, pues el régimen jurídico vigente representado por el Decreto Ley 125/91 y su Reglamento la Resolución 24/91, ofrece una regulación jurídica más completa y bastante mejorada. Desde el punto de vista de su objeto, los procedimientos que se sustancian ante los órganos del MINAG pudieran denominarse y clasificarse como:²⁵

1. De herencia de tierras y demás bienes agropecuarios que son propiedad de los agricultores pequeños.
2. División y parcelación de tierras.
3. Liquidación de condominios y de comunidad sobre tierras y bienes agropecuarios.
4. Permuta de tierras.
5. Compraventa de tierras.
6. Integración de tierras de propiedad individual o la parte de la copropiedad al régimen de cooperativas.
7. De creación, fusión, división y disolución de cooperativas de producción agropecuaria (CPA).
8. Creación, división, fusión y disolución de una Unidad Básica de Producción Cooperativa (UBPC).
9. Reivindicación de tierras.
10. Mejor derecho a tierras.

11. Dotación de tierras en usufructo.
12. Nulidad de inscripción registral.
13. Resolución de contratos de usufructo de tierras.
14. Reclamaciones y controversias sobre deslinde, servidumbres y otros derechos reales sobre tierras.
15. Conflictos sobre el registro de tenencia de la tierra.
16. Cambio de la línea fundamental de producción.
17. Apelación de resoluciones de los delegados territoriales.
18. Revisión de resoluciones de los delegados y del ministro.
19. Declaración de utilidad pública y el interés social con fines de expropiación forzosa.

Los procedimientos normalmente son decididos en primera instancia, por los delegados territoriales, y en segunda, por el ministro de la Agricultura. Desde este punto de vista se presentan dos variantes fundamentales:²⁶

1. Procedimientos en los que la decisión sobre la reclamación o el conflicto corresponde en primera instancia a los delegados territoriales, siendo estos la gran mayoría.
2. Procedimientos en los que la decisión del conflicto en primera y única instancia se desarrolla ante el ministro, como los casos de: reconocimiento de derechos hereditarios a tenor de lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto Ley 125, acerca de las personas que no reúnan los requisitos establecidos en dicho texto legal, para adjudicarse la tierra por herencia, y algunos pocos más. Es oportuno señalar que se admite la facultad de impugnación de las partes cuando quien se considera perjudicado con lo resuelto por la representación territorial del Ministerio de la Agricultura, interpone recurso de apelación

²⁵ Rolando Pavo Acosta: *La jurisdicción y los procedimientos...*, op. cit., pp. 493-495.

²⁶ Rolando Pavo Acosta: *Mecanismos y procedimientos*, p. 78.

ante el ministro de la Agricultura, pero no se autoriza la intervención judicial. En cuanto al proceso de revisión se exige la existencia de presupuestos mediante causales numeradas. Es de significar que en materia agraria no es causal de revisión la congruencia del fallo con las pretensiones oportunamente deducidas puesto que la administración tiene facultad para resolver el fondo del asunto debatido en interés del campesino y la producción.

Además, existe un grupo de reclamaciones de carácter económico que se resuelven en la vía judicial, como las demandas de expropiación forzosa de la tierra y demás bienes agropecuarios, solo en cuanto a la inconformidad del demandado con la cuantía de la indemnización fijada, y las reclamaciones surgidas por incumplimientos de los contratos económicos concertados entre los productores agrarios y de estos con terceros. La mayoría de las reclamaciones y conflictos agrarios que resuelve el MINAG se tramitan mediante la aplicación del Decreto Ley 125 y su Reglamento,²⁷ que comprende, en sus distintas instancias, asuntos como: la declaración de herederos, partición, adjudicación de herencia y liquidación de la comunidad de bienes; declaración de utilidad pública o interés social sobre una unidad de producción agropecuaria; actos discrecionales; declaración de oficio de las infracciones de las obligaciones agrarias; ineficacia jurídica de los actos agrarios; y permutas de fincas; expedientes de pensiones; controversias surgidas respecto a la administración de tierra, entre otras cuestiones agrarias establecidas en el citado régimen legal.

La organización administrativa de la justicia agraria cubana cuenta con una estructura de base constituida por las delegaciones municipales de la agricultura, dentro de esta estructura administrativa para la solución de reclamaciones y conflictos, conoce en la primera instancia, los delegados territoriales y en la segunda el ministro de la Agricultura. Además, dentro de la organización administrativa, existen los órganos auxiliares y los consultivos. A esos efectos, en cada delegación territorial y a nivel central, existe un departamento o dirección jurídica, «cuya función no es decisoria sino de consultoría, asesoría y tramitación, encargándose de sustanciar los expedientes; controlar el cumplimiento de los términos y trámi-

tes; practicar nuevas pruebas en caso de ser necesario; elaborar las resoluciones que van a firmar los delegados y el ministro, y notificárselas a los interesados, lo cual suple la falta de conocimientos jurídicos en los funcionarios encargados de resolver, pero tiende a alejar a estos del contacto con las personas y del objeto del litigio». Así mismo, en los distintos niveles, existen las comisiones agrarias, que devienen órganos consultivos con funciones bien delimitadas y de vital importancia en la tramitación de los procedimientos agrarios. El traslado y análisis de los casos a las comisiones agrarias es un proceder que no se encuentra previsto en el Decreto Ley 125 ni en su Reglamento, pero está actualmente respaldado en la Resolución 333 de 13 de septiembre de 1999 del MINAG. Las comisiones se organizan a nivel nacional, territorial y municipal, evaluando periódicamente la aplicación de la legislación agraria, los problemas que afectan, las medidas para resolverlos y pronunciándose sobre cualquier otro aspecto de interés para el sector que requiera de una decisión colegiada. «Por la importancia de esta actividad se creó en el Ministerio de la Agricultura la Dirección de control de la tierra separada de la Dirección jurídica, que antes asumía las funciones de dirigir el Registro de tenencia de la tierra y controlar en lo que le compete las tierras destinadas a la producción agrícola no cañera, ganadera y forestal, estando en estos momentos al mismo nivel jerárquico, teniendo entre sus funciones, dirigir los Registros de la tenencia de la tierra y tractores; conocer y dictaminar sobre los procesos de herencia, propiedad, posesión de la tierra y otras temáticas agrarias, sometiéndolos a la consideración del ministro de la Agricultura; evaluar y proponer las normas jurídicas del organismo en cuanto a la jurisdicción agraria; así como las que son de aprobación del nivel superior; controlar la ejecución del sistema de control estatal sobre la tierra; realizar y controlar la inspección técnica en los territorios y municipios; garantizar la ejecución y presentación de la información establecida para la tierra; y fungir su director como secretario de la Comisión nacional de asuntos agrarios».

El modelo de justicia agraria existente en Cuba constituye un mecanismo administrativo y unipersonal, teniendo en cuenta que son los propios delegados y el ministro de la Agricultura los que emiten las resoluciones solucionando las reclamaciones y conflictos agrarios. Estos asumen la facultad de resolver los conflictos como parte de otras tantas funciones administrativas no requiriendo ser especialistas en Derecho. Hay que observar que tratándose de un organismo unipersonal, la decisión se establece a partir de un criterio unilateral; sin embargo, en aras de ofrecer mayores garantías en la decisión que se

²⁷ Vid. Miriam Velazco Mugarra: *Propuesta al legislador*, Premio del Concurso Anual de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, 1998, p. 11.

adopte, el Decreto Ley 125 dispone en su artículo 40 que constituye un acto obligatorio que en cada uno de los procedimientos, el funcionario facultado, antes de dictar la resolución, oiga el parecer de la Asociación Nacional de Agricultores Pequeños (ANAP) y de AZCUBA cuando proceda. La institucionalización de este proceder, en el Decreto Ley 125, pretende asegurar que se cumplan con mayor eficiencia los fines para los cuales ha sido concebido. No obstante, consideramos que el referido precepto resulta demasiado general y no precisa los aspectos más importantes, tales como los términos para el trámite, la trascendencia que debe tener lo “escuchado”, así como el contenido y forma del pronunciamiento que se debe emitir en los casos en los que la reclamación o el conflicto verse sobre tierras dedicadas al cultivo de caña de azúcar.

El MINAG actúa con una amplia facultad discrecional, mediante sus instancias provinciales y municipales, donde se conforman los respectivos expedientes y se inicia todo un análisis que va desde los casos de transmisiones *inter vivos* como *mortis causa* de la tierra agropecuaria y forestal; permutas; así como el correcto uso y explotación racional de los mismos; la concesión de usufructo; el otorgamiento de pensiones con cargo a la seguridad social a cambio de tierras y demás bienes agropecuarios que se integran al patrimonio estatal, posibilidad que escapa a la jurisdicción judicial, modificándose el principio de irrevocabilidad de los actos administrativos que hayan creado un derecho subjetivo.

Caracterización de las normas jurídicas procesales agrarias y su aplicación en Cuba

El Derecho Agrario, tanto en el mundo contemporáneo como en nuestro país, se caracteriza por tener una inmensa cantidad de normas de distintos grados de jerarquía que pretenden organizar las relaciones que se dan en los procesos productivos agrícolas, así como establecer la forma de dirimir los conflictos que se producen en torno a ellas. Esto trae como consecuencia la inestabilidad legislativa, la inexistencia de regulaciones para dar solución a determinadas situaciones que surgen en su aplicación, creándose lagunas legislativas o normas inferiores que contradicen otras de mayor rango; unido a la falta de un código que trace los principios fundamentales de la aplicación del Derecho Agrario, provocando que se dicten innumerables resoluciones, circulares, cartas, instrucciones, para dar solución a la gran cantidad de conflictos que se producen a la hora de iniciar los procesos productivos o en su propio desarrollo. De tal modo, una caracterización de las normas pro-

cesales agrarias cubanas nace de la falta de una ley orgánica u otro instrumento normativo general regulador del mecanismo de solución de los conflictos agrarios. El Decreto Ley 125/91 se creó partiendo de los mismos principios de las leyes de Reforma Agraria de 1959 y 1963, y dotó de una mayor unidad a la legislación agraria. Ese decreto ley tiene la virtud de que reúne en un solo texto legal, con apreciable criterio sistemático, materias que anteriormente aparecían reguladas en diversas disposiciones jurídicas, lo cual constituye un indiscutible logro en el proceso de sistematización de la legislación agraria cubana y de madurez de esta rama del Derecho. Sin embargo, dejó vigentes un numeroso grupo de disposiciones que acentúan la dispersión legislativa que caracteriza al régimen jurídico agrario en general. Ello se pone de manifiesto en el hecho de que existen más de treinta procedimientos distintos, disponiendo cada uno de ellos de una resolución aparte para regularlo, todo lo cual está comprendido en más de doscientos artículos. De esta forma podemos afirmar que la concepción normativa del aparato de solución de conflictos agrarios existente en Cuba, presenta una serie de deficiencias que impiden alcanzar la calidad requerida en la aplicación de dichas normas. En primer lugar, podemos citar la abundancia normativa que compone el régimen jurídico de los mecanismos y procedimientos agrarios, y al mismo tiempo la inexistencia de una regulación exhaustiva referida a la tramitación de los expedientes agrarios. Además, la carencia de regulaciones sobre los objetivos y principios rectores de la función de resolver los conflictos agrarios por parte del Ministerio de la Agricultura, y la escasez de normas específicas relativas a la competencia concreta de dicho organismo en este sentido.

También podemos señalar la inexistencia en el campo legislativo agrario de una formulación de los principios técnicos generales que inspiran a los procesos agrarios, y de una solución al problema de la vinculación sistémica entre el conjunto de normas de procedimiento agrario y el resto de las normas procesales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico. Resulta igualmente necesario referirse a las lagunas existentes dentro del sistema de los procedimientos, donde apreciamos que existen diferencias notables en cuanto a su regulación. En este sentido, se aprecian procedimientos que presentan un mayor grado de completamiento en su regulación, como es el caso de la herencia de tierras y bienes agropecuarios y el de compraventa de tierras, a la par de procedimientos en los que las normas agrarias dejan sin regular algunos de estos aspectos. Se puede señalar en tal dirección aquellos en los cuales no se fijan términos para que los delegados territoriales dicten

resolución en primera instancia, sin tener previstos legalmente todos los actos que deberán realizar los interesados y los funcionarios, los requisitos y efectos de esos actos, y términos en que habrán de realizarse, ejemplo de ello son los trámites de permuta. Existen normas de procedimiento que presentan términos demasiado abiertos, lo que unido al hecho de que estén mezcladas con las normas sustantivas, genera dificultades para saber si se está aludiendo a una legitimación para reclamar, a la simple facultad de promover la reclamación o a un derecho subjetivo a obtener lo que se reclama.

En los casos de procedimientos que tienen como primera y única instancia al ministro, tampoco se regulan suficientemente los términos y trámites en que deben realizarse. Lo mismo puede decirse del procedimiento de apelación de resoluciones de los delegados territoriales, donde no se fija el término para que el ministro resuelva. Otras lagunas residen en la ausencia total o parcial de regulaciones procesales sobre:

- Requisitos de los escritos promocionales.
- Capacidad de los interesados para reclamar y ser parte en un conflicto.
- Posibilidad de representación y de asistencia jurídica.
- Representación de incapaces.
- Acumulación de pretensiones y procedimientos.
- Desistimiento y renuncia.
- Abstención y recusación.

Salvo en cuanto a algunos actos específicos, no existen regulaciones generales, aplicables a todos los procedimientos sobre:

- Términos o plazos, modo de computarlos y posibilidad de prórroga.
- Práctica de notificaciones, emplazamientos y citaciones.
- Derechos de las partes y de los terceros (posibilidades de subsanar escritos, de hacer otras alegaciones posteriores al escrito promocional, solicitar el acceso al expediente, exigir responsabilidades por deficientes actuaciones de los funcionarios, a que se citen

y declaren obligatoriamente determinadas personas, a intervenir en la práctica de pruebas, a tachar testigos, medidas preventivas y embargos, transacción y conciliación).

- Medios de prueba, su eficacia, modo de practicarlas.
- Eficacia, nulidad y anulabilidad de los actos.
- Cosa juzgada.
- Ejecución de las resoluciones que ponen fin a los procedimientos.

Nuestro ordenamiento procesal debe responder a los fines y objetivos de la realidad económica y social de la agricultura, ofreciendo todas las garantías a los sujetos que intervienen en ella, lo que no resulta real en la actualidad, por lo que las normas agrarias deben ser inspiradas en los fines generales de la socialización del proceso agrario que permite reflejar equidad entre el interés público y el privado. El desarrollo alcanzado por el Derecho Agrario en Cuba impone la necesidad de la correspondencia con sus normas procesales, que son el instrumento apropiado para la tutela de sus fines. Por esta razón, es necesario superar las lagunas y otras deficiencias que inciden en la plenitud, coherencia y unidad sistemática de la materia procesal agraria, logrando un procedimiento que se inspire en los principios de la modernización procesal.

Análisis crítico del referido modelo administrativo de justicia cubano

En los últimos años, teniendo en cuenta los problemas que afectan la eficacia del mencionado modelo administrativo de justicia agraria vigente en nuestro país, se ha comenzado a debatir sobre ello, incluso algunos han planteado la necesidad de cambios institucionales, en tal sentido, existen dos posiciones bien diferentes: los que defienden la conservación del modelo administrativo y los que somos partidarios de asumir un modelo de jurisdicción agraria especializada atemperada a la realidad cubana.²⁸ No es errado insistir en la creación de tribunales de tierra y un procedimiento especial propio tal como lo concibió la primera Ley de Reforma Agraria, dado que sería el instrumento fundamental y el mecanis-

²⁸ Rolando Pavo Acosta: *Mecanismos y procedimientos...*, op. cit., pp. 71 y 72.

mo eficiente para lograr una adecuada administración de justicia en materia agraria. Esta idea puede encontrar apoyo en la Ley 82/1998 de los tribunales populares, que establece la creación de salas especializadas en asuntos que así lo requieran en el Tribunal Supremo Popular y en los provinciales, también faculta al Consejo de Gobierno del Supremo para la creación de más de un tribunal municipal y secciones especiales dentro del mismo. Nos inclinamos por el modelo judicial, partiendo de las limitaciones que ha demostrado tener el administrativo, señalando entre ellas la inexistencia de la norma jurídica capaz de regular integral y sistémicamente el ejercicio de la función del MINAG de conocer y resolver los conflictos agrarios. El sistema que hoy se emplea no permite el pleno ejercicio de los derechos agrarios al reducir su tramitación a la vía administrativa, privando a los ciudadanos de la necesaria imparcialidad y especialidad propia de la vía judicial. No se definen exactamente los límites de competencia del conocimiento de conflictos agrarios por el Ministerio de la Agricultura.

Se carece de las normas que establezcan los objetivos y principios de la actividad del Ministerio de la Agricultura en la solución de conflictos agrarios, ni las garantías de los sujetos en los procedimientos, ni vías alternativas para la solución de dichos conflictos. Resulta burocrático y excesivamente lento, sumándosele lo impreciso y omiso. La exclusividad del conocimiento de las reclamaciones agrarias por la administración, convierte a las facultades que se le conceden legalmente en *ilimitadas*, al ser el proceso puramente administrativo sin posibilidad alguna de recurso judicial, en contra de lo dispuesto en nuestra constitución y en el artículo 666 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. El ministro de la Agricultura declara la nulidad de sus propios actos con fundamento en la ineficacia de los actos jurídicos prevista en el Código Civil, sin tener en cuenta que este propio cuerpo legal exige para la declaración de nulidad un pronunciamiento judicial, según el artículo 6.6 en relación con el artículo 223.3, ambos de la Ley de Procedimiento Civil vigente.

Por todo lo antes mencionado, consideramos que los procesos administrativos previstos para la resolución de los asuntos agrarios no son los más eficaces, porque la esencia tan sensible propia de la materia agraria, requiere de mecanismos ágiles y efectivos, que causen el menor daño posible a los intervinientes. Consideramos que la solución más acertada sería a través de la vía judicial, con la creación de salas especiales, para conocer asuntos en esta materia.

En América Latina se ha desarrollado un sistema procesal agrario que ratifica su autonomía. Nosotros estamos obligados a trabajar en la redefinición de conceptos, naturaleza y contenido del proceso agrario cubano, los que deberán siempre estar vinculados a nuestra realidad social. La tendencia actual en la doctrina agraria apunta hacia criterios de especialización, los cuales deben ser asumidos en el Derecho Procesal Agrario cubano para una futura modernización procesal, partiendo de la intervención judicial en esta materia mediante la modificación de la legislación vigente.

Nuestro sistema de Derecho podría asumir los cambios que impone el moderno enjuiciamiento con la oralidad incidiendo directamente en las audiencias agrarias, esto nos permitiría disfrutar los beneficios que aporta el diálogo público con la inmediatez y la concentración de los actos procesales para acercar la justicia al campo, y de esta forma despojarla de esquemas formales. En mérito al desarrollo alcanzado por nuestro sistema de Derecho y en particular de la legislación agraria, resulta inoperante el mecanismo vigente para resolver las reclamaciones de derecho y solución de conflictos que se suscitan; no solo por la demora excesiva, sino por la necesaria imparcialidad y especialidad que debe poseer el que resuelve en favor de lograr los fines y objetivos de la actividad agropecuaria en beneficio de la producción y la colectividad.

También es importante incorporar en el mecanismo vías alternativas de solución de conflictos a nuestra justicia agraria con medios alternativos como la conciliación, la mediación y el arbitraje, que brindarían mayor rapidez en la solución de los litigios y evitarían la intervención administrativa. De cualquier forma insistimos en la propuesta de la creación de tribunales de tierras y un procedimiento especial propio, iniciativa prevista en la primera Ley de Reforma Agraria, y que encuentra respaldo en la Ley 82/1998 que facilita la estructuración de salas y secciones especiales que pudieran asumir asuntos exclusivos de la jurisdicción agraria.

La reforma procesal en nuestro país debe partir de la incorporación de un proceso judicial agrario que permita eliminar la burocratización y lentitud característica del vigente procedimiento administrativo, además de considerar todas las tendencias actuales de modernización del proceso agrario, que mucho podrían aportarle en la elaboración de su propia concepción. Consideramos que según nuestra Constitución, nuestra Ley de Procedimiento y la Ley de los tribunales populares, la competencia de los asuntos agrarios debe pertenecer a los tribunales po-

pulares. Por supuesto que en salas especializadas, con la presencia de jueces con una preparación suficiente para resolver tales asuntos, con un proceso autónomo agrario, diseñado según los principios orientadores de la modernización procesal, principalmente el de la oralidad, la inmediación, la concentración, los amplios poderes al juzgador y la incorporación de soluciones alternativas al proceso judicial.

Todo esto no conllevaría trascendentales gastos económicos, ni tampoco plantearía graves problemas de adaptación por parte de los destinatarios de tal cambio. Las nuevas salas o secciones propuestas no tendrían que ser independientes funcionalmente, sino que se insertarían dentro de la propia estructura de los tribunales populares, con una competencia especializada para conocer sobre controversias relativas al tema agrario teniendo en cuenta, en todos los casos, la dimensión ambiental del Derecho Agrario. Inicialmente, los asuntos se resolverían en única instancia ante las salas especializadas en materia agraria de los tribunales provinciales, habilitando para recurrir el recurso de casación ante la sala agraria del Tribunal Supremo, esto en aras de evitar la doble y la triple instancia que deforma el proceso, obstaculiza la celeridad y solo provoca una revisión excesiva. Se concebiría un proceso ordinario general para todas las cuestiones de carácter agrario que no

requieran de una tramitación especial, y varios procesos especiales, constituidos por audiencias que se desarrollarían en tres fases: audiencia preliminar, audiencia probatoria, y la audiencia para dar a conocer la sentencia.

Es importante que las salas estén integradas por jueces especializados en la materia y que las mismas puedan y deban conformarse incluso, en las localidades donde se está dando el conflicto. Además, no puede olvidarse el otorgamiento de amplias facultades al juzgador, incluido el poder cautelar que permite asegurar el objeto del proceso en caso necesario, este juzgador debe tener en cuenta las opiniones de los delegados municipales y provinciales, del MINAG y otras organizaciones agrarias, dada su relación directa con las cuestiones de esta materia, pero no serían los que decidirían el asunto sino el órgano juzgador en búsqueda de la mayor imparcialidad en la solución del conflicto. Finalmente, es importante la creación de un cuerpo legislativo que recoja toda la tramitación del proceso agrario, sentando las pautas generales, tomando como base los principios anteriormente mencionados, pero siempre dejando un margen de discrecionalidad al órgano jurisdiccional, en aras de ganar en flexibilidad y celeridad en un proceso con un carácter social tan marcado como es el agrario.

La reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios en el Derecho Laboral cubano

OMNYS FAJARDO NÚÑEZ*

Introducción

La Constitución es la madre de todas las leyes; es el proyecto político de la Revolución cubana y como tal debe ser respetada, por ello los estudios sobre sus preceptos no deben limitarse solamente al conocimiento del contenido íntegro de los mismos, sino también para conocer cómo se ordenan en la práctica jurídica y analizar la correspondencia entre ese ordenamiento y su comportamiento real.

Sobre esta base, pretendemos analizar brevemente el comportamiento actual de la reparación de los daños e indemnización de los perjuicios en la forma que establece la ley, a partir del artículo 26¹ de nuestra carta magna, particularmente vinculado al Derecho Laboral, teniendo en cuenta, tal como se reconoce en el artículo 45 de la propia Constitución, que «El trabajo en la sociedad socialista es un derecho, un deber y un motivo de honor para cada ciudadano».

En la praxis jurídica, tanto en Cuba como en el extranjero, la conceptualización del *daño* y el *perjuicio*, es motivo de continuas discusiones, clasificaciones e interpretaciones que conllevan a la confusión de estos términos, pero lo cierto es que hay un punto unánimemente coincidente desde su evolución y es el reconocimiento del daño y la justa indemnización. Por otra parte es abundante la literatura sobre el tema, aunque fundamentalmente se enfoca desde el ámbito Civil y Penal, pero también alcanza al Derecho Laboral, donde consideramos que debe seguirse profundizando en el estudio de su realidad, especialmente en Cuba.

En nuestro país, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios goza de reconocimiento constitucional, en correspondencia con las normas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como es el Convenio 158 “Sobre la terminación de la relación de trabajo” de 1982, específicamente su artículo 10.² Sin embargo no conocemos antecedentes de que este tema se haya estudiado a profundidad, en función de evaluar su comportamiento real, lo que implica no tener determinado en qué grado es efectiva y justa la reparación e indemnización en el Derecho Laboral por violación de los derechos de trabajo y por aplicación indebida de medidas disciplinarias, ya que el Código de Trabajo las limita solo al salario dejado de percibir, y en consecuencia, son diversos los criterios sobre la misma por falta de mayor claridad y amplitud normativa para su entendimiento y aplicación.

Teniendo en cuenta que el Derecho es expresión de la realidad, del que nace la vida y a la que tiene que servir, en el ámbito laboral, constituye una necesidad tener claro que todos los daños y los perjuicios derivados de la relación de trabajo que sufran las partes, especialmente la trabajadora, se deben reparar e indemnizar integralmente. Su forma y contenido requieren ser concretamente determinados por la ley y en su defecto, estimados judicialmente, siempre que estos sean causados por violaciones de los derechos de trabajo y por aplicación indebida de medidas disciplinarias, donde no solo resulte justamente reparado e indemnizado el trabajador, sino que también se exija responsabilidad individual al empleador cuando esto ocurra, precisamente para que dicha reparación e indemnización cumpla con el principio de integralidad.

Sobre esta base nos hemos propuesto, para la realización del presente trabajo, argumentar la necesidad de promulgar una disposición jurídica específica, para regular integralmente la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios en el Derecho Laboral cubano, por violación de los derechos de trabajo y aplicación indebida de medidas disciplinarias.

* Jefe de Asesoría Jurídica del Grupo Empresarial Cubaníquel.

¹ Constitución de la República de Cuba, art. 26: «Toda persona que sufre daño o perjuicio causado indebidamente por funcionarios o agentes del Estado con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos, tiene derecho a reclamar y obtener la correspondiente reparación o indemnización en la forma que establece la ley».

² «Art. 10: Si los organismos mencionados en el art. 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada», p. 209.

Pretendemos identificar las deficiencias normativas que regulan la reparación de daños e indemnización de perjuicios en el Derecho Laboral cubano, por violaciones de los derechos de trabajo y por aplicación indebida de medidas disciplinarias. Realizar propuestas dirigidas a promover la iniciativa para regular integralmente la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios causados indebidamente a los trabajadores.

La reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios en el Derecho Laboral cubano

Con el presente trabajo no queremos profundizar en referencias teóricas o doctrinales acerca de la reparación de daños e indemnización de perjuicios ocasionados ilícitamente, sino más bien realizar un breve estudio de su comportamiento real en el Derecho Laboral cubano, teniendo en cuenta lo establecido por la legislación vigente al respecto y algunos elementos teóricos y conceptuales que resultan necesarios para una mejor comprensión de esa realidad.

Sin entrar en detalles sobre la institución de la “estabilidad en el empleo”, ya que no es objetivo de este trabajo, sí consideramos importante significar que los derechos fundamentales del trabajador dependen de ella, y dentro de sus elementos más importantes se encuentran la reparación de los daños e indemnización de los perjuicios ocasionados cuando son vulnerados por el empleador sin justa causa, especialmente al imponerse la separación definitiva de la entidad o *despido injustificado*, como se conoce doctrinalmente.

En este sentido, para una mayor ilustración sobre la obligación que genera causar daños y perjuicios indebidamente al trabajador, consistente en reparar sus consecuencias y pagar una justa indemnización, que es nuestro tema objeto de análisis, hacemos referencia a la siguiente cita:

«Desde un enfoque teórico -pero sensato- podemos afirmar que la estabilidad laboral es la garantía fundamental del empleo en cuya virtud, un trabajador no puede ser despedido sin invocación de causa legítima y sin el desarrollo imparcial de un procedimiento -previo a la decisión patronal- en el que se observe el cabal ejercicio del derecho de defensa.

»Por las consecuencias que de ella se derivan, la estabilidad laboral puede ser absoluta o relativa.

»Es absoluta cuando la sanción judicial frente a su trasgresión, significará la reposición del trabajador en su empleo, además del reconocimiento de las remuneraciones caídas o devengadas y de los demás derechos laborales que se hubieren dejado de percibir durante el tiempo que duró el despido».³

En nuestra práctica jurídica laboral, sucede con mucha frecuencia que cuando procede la reparación material o indemnización de los daños y perjuicios económicos causados, fundamentalmente por aplicación indebida de medidas disciplinarias, sus elementos conceptuales se interpretan de diferentes maneras por parte de las personas o funcionarios encargados de su ejecución. Al respecto, también consideramos pertinente hacer referencia a las siguientes citas:

«En la doctrina hay quienes distinguen entre los conceptos *daño* y *perjuicio*, considerando que el *daño* es una “alteración material exterior”, es decir, un hecho que puede constatar; es la lesión en sí misma, la herida, el dolor, la enfermedad, etc.; mientras que el *perjuicio* es la consecuencia que se deriva del daño, es decir, el menoscabo que sufre quien padece el daño».⁴

«Uno de los principios bacilares en materia de resarcimiento de daños es aquel según el cual debe repararse *todo el daño, solo el daño y nada más que el daño*, términos en los que se expresa el principio de reparación integral del daño *restitutio in integrum*. Este principio supone que la víctima debe quedar en la situación más próxima a la que se encontraba antes de la ocurrencia del hecho dañoso, o, como lo expresa el profesor Henao, la reparación debe dejar indemne a la persona, es decir, como si el daño no hubiera ocurrido».⁵

³ A. Félix Charca León: *Estabilidad laboral, macroeconomía y protección social*, Ponencia presentada ante el VII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, desarrollado en Lima del 20 al 22 de junio de 2007, por gestión de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM. Cusco, Venezuela, abril de 2007.

⁴ Jorge Mario Pinedo Benítez: «La reparación del daño por violación de derechos fundamentales en el contrato de trabajo», Programa de doctorado en Derecho y Ciencias Políticas. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Barcelona, septiembre de 2015, p. 154. A su vez, esta referencia es una cita del doctorando sobre el autor Henao: «El daño: análisis comparativo», pp. 76-79 y 87.

⁵ *Idem.*, p. 198.

«En el campo de la responsabilidad, los ordenamientos de corte romano-germánico evolucionaron hacia el reconocimiento de la necesidad de indemnizar de manera pecuniaria a la víctima de un hecho ilícito, hasta llegar a exigir no solo los perjuicios materiales efectivamente provocados, sino también los perjuicios morales causados y probados, pero todo ello con un límite claro y preciso: dejar a la víctima (en la medida de lo posible, de acuerdo con la naturaleza del daño) exactamente en el mismo estado en el que se encontraba antes del perjuicio sufrido y evitar un posible enriquecimiento como consecuencia de la indemnización reconocida».⁶

El trabajo, desde su surgimiento, ha sido un derecho fundamental conquistado por el hombre que encontró posterior reconocimiento en normas jurídicas universales y nacionales, especialmente constitucional, razón más que suficiente para defender apasionadamente que ante su vulneración injustificada, debe ser reparado e indemnizado en la misma medida que se producen los daños y perjuicios.

Conforme a lo anterior y específicamente con respecto a los daños, es importante resaltar que la forma más natural de reparación, y la primera que debe utilizarse, debe ser la de restituir o reponer al trabajador al mismo estado en que se encontraba previo a la violación de sus derechos de trabajo o imposición indebida de una medida disciplinaria. En caso de que esta acción no resulte pertinente, lo justo sería proceder a la reparación en dinero mediante el pago de una indemnización, es decir, tiene prelación el hecho de la restitución o reposición. Solo cuando esta no pueda lograrse, se debe apelar a la indemnización como forma de reparación, teniendo en cuenta que ante la imposibilidad de devolver las cosas al estado normal previo al hecho violatorio, dicha indemnización se convierte en el único medio de reparación posible. Todo lo cual se traduce en que la reparación del daño debe comprender el restablecimiento del derecho afectado y la reparación adecuada de los daños producidos, lo que significa hacer desaparecer de la mejor forma posible, los efectos negativos de las violaciones cometidas por el empleador.

En esta misma línea de ideas básicas, tratamos de argumentar que la reparación e indemnización debe ser integral y para que así sea, nunca debe ser menor al daño y perjuicio sufrido por el trabajador, precedida de una rigurosa apreciación del caso concreto, condición opuesta a una reparación e indemnización en abstracto e injustamente limitada o tarifada, precisamente con el objetivo de garantizar que rija el principio de reparación e indemnización plena o integral del daño o perjuicio injustamente causado, para cuya determinación y cuantificación resulta sumamente importante, conforme a la siguiente cita doctrinal:

«La llamada *reparación integral* busca humanizar la indemnización y amparar mayormente a los injustamente damnificados. (...) No es una mera formulación de palabras vacías de contenido. Es necesario para hacerla realidad un equivalente indemnizatorio ajustado al daño producido en la víctima, pues “de nada sirve tener la sentencia mejor fundada, si ello no se refleja en una razonable cuantificación” (agregamos “reparación”). Es que la mejor valoración cualitativa del daño puede quedar desvirtuada, con inevitable secuela de injusticia, si no hay razonable correspondencia con su parámetro cuantitativo».⁷

Sobre el tema, nuestro Código Civil “Ley 59”, de fecha 16 de julio de 1987 en relación a los denominados *actos ilícitos*, que también son cometidos durante los procedimientos disciplinarios y de derechos de trabajo, en su artículo 82 establece: «El que causa ilícitamente daños o perjuicios a otro, está en la obligación de resarcirlos», y en su artículo 83 regula, entre otros aspectos, que «el resarcimiento de la responsabilidad civil, comprende la reparación del daño material y la indemnización del perjuicio».

El Código Civil dispone en su artículo 86, incisos ch) y d), respectivamente, que la indemnización de los perjuicios comprende el importe del salario correspondiente a los días dejados de trabajar por la víctima del acto ilícito y; otros ingresos o beneficios dejados de percibir. A nuestro modesto modo de entender, aunque no se refiere específicamente a las causales por violación de los derechos laborales y por imposición indebida de medidas disciplinarias, el inciso d) del citado precepto legal deja claro que,

⁶ Laura Victoria Matamoros García y María Lozano Herrera (investigadoras): *El concepto de los daños punitivos o punitive damages*, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, en <http://www.scielo.org.co/scielo.php?>

⁷ Martín A Frúgoli: *Daño: conceptos, clasificaciones y autonomías. El punto unánimemente coincidente. Resarcimiento*, pp. 12-13.

además del salario, el trabajador tiene derecho a la indemnización de todos los beneficios económicos no recibidos durante el período en que fue impedido de laborar o mantenerse en su cargo, como consecuencia de un acto ilícito del empleador, pero en la práctica jurídica laboral no se comporta de esta manera.

El propio Código Civil, al determinar la responsabilidad de las personas jurídicas y en correspondencia con el mandato constitucional, establece en su artículo 96 que «toda persona que sufra daños o perjuicios causados indebidamente por funcionarios o agentes del Estado con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos, tiene derecho a reclamar y obtener la correspondiente reparación o indemnización y; que dicha reclamación tiene como presupuesto que el acto ejecutado haya sido declarado ilícito por la autoridad estatal superior correspondiente».

La reparación e indemnización en nuestro ordenamiento jurídico laboral es consecuencia de los daños y perjuicios sufridos por el trabajador, como resultado de un indebido actuar del empleador en materia de disciplina y de derechos de trabajo, y en ese sentido se pronuncia el artículo 160 del vigente Código de Trabajo al regular que «el trabajador tiene derecho a recibir del empleador la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios sufridos por violación de sus derechos de trabajo y por imposición indebida de medidas disciplinarias».

Con este fin el artículo 161⁸ del propio Código de Trabajo rige, para su efectiva ejecución, el principio de indemnización tasada de los perjuicios causados. Es nuestro criterio que una indemnización legalmente tasada, no deja margen para que los órganos competentes estimen los elementos reales de los perjuicios ocasionados al trabajador por encima de lo previsto en la ley, y que dicho trabajador tampoco pueda reclamar ninguna suma de dinero adicional por el mismo concepto, especialmente por separa-

ción definitiva sin justa causa o despido injustificado, indemnizándose más bien por la extinción del contrato de trabajo y no por los perjuicios concretos que tal decisión pueda causar, es decir, la limitación de la cuantía solo al salario no tiene en cuenta la entidad real de los perjuicios causados. Igualmente tampoco nuestra Ley de Trabajo define el alcance de la reparación de los daños, que debe comprender todos los que el trabajador sufrió y logre acreditar como ciertos.

De conformidad con lo anterior, este autor considera necesario señalar que el Código de Trabajo limita la indemnización de perjuicios económicos ocasionados solo al salario dejado de percibir, según lo regulado en el citado artículo 161, sin considerar ningún otro beneficio monetario legalmente reconocido, cuyo alcance, tal como señalamos anteriormente, aun cuando las violaciones de los derechos de trabajo y la aplicación indebida de medidas disciplinarias no se determinan específicamente en nuestro Código Civil como causales a tales efectos, puede considerarse comprendido dentro del mismo, de manera particular en el citado inciso c) de su artículo 86 y por tanto debe ser reconocido a los trabajadores que resulten indebidamente afectados.

La norma civil, que como todos conocemos es supletoria de la Ley de Trabajo, se pronuncia con mayor amplitud conforme al concepto *indemnización de perjuicios*. Sin embargo, como hemos explicado, en la práctica jurídica laboral no se comporta de esa manera, ya que nuestra legislación vigente sobre la materia conforme a los comentarios anteriores, no precisa de esa manera el alcance de dicha indemnización, ocasionando las interpretaciones diversas que hacemos los encargados de aplicarla, cuando no debería ocurrir así, si tenemos en cuenta lo lesivo que resulta para los trabajadores ver afectados sus derechos por actos ilícitos del empleador, y los mismos no sean debida y justamente reparados e indemnizados.

Teniendo en cuenta las regulaciones contentivas del Código de Trabajo y su complementariedad con las del Código Civil, creemos necesario precisar que al momento de proceder con la indemnización de perjuicios económicos, entre otras razones, por extinción del contrato sin justa causa o aplicación indebida de medida disciplinaria, consistente en separación definitiva de la entidad o despido injustificado, además de la readmisión del trabajador en su centro y puesto de trabajo y el abono de los salarios dejados de percibir durante el período de tiempo en que estuvo impedido de trabajar. Resulta procedente que el empleador le abone los ingresos que por estimulación económica fueron percibidos por los trabajadores

⁸ «Art. 161. El órgano o autoridad competente para determinar la cuantía de la indemnización, tiene en cuenta lo siguiente:

- »a) Que la indemnización no puede ser nunca superior al salario que devenga el trabajador de encontrarse trabajando, deducidos de los salarios percibidos por actividades de trabajo realizadas durante el proceso.
- »b) El tiempo en que el trabajador dejó de percibir su salario o la cuantía en que este quedó disminuido» (Código de Trabajo, p. 28).

que se mantuvieron activos y otras remuneraciones legalmente establecidas; de la misma forma, también debe procederse a la reparación de los daños materiales ocasionados en la misma medida que fueron percibidos por el resto de los trabajadores que permanecieron activos en la entidad.

El derecho a la reparación de los daños materiales e indemnización de los perjuicios económicos causados por violaciones de los derechos de trabajo y por aplicación indebida de medidas disciplinarias, es un tema que debe ser precisado con mayor claridad e integralidad dentro del marco de nuestro ordenamiento jurídico laboral. Además de las limitaciones normativas, su comportamiento actual también obedece a que no pocos juristas dedicados a la labor de asesoramiento legal en la entidades estatales e incluso dentro de los propios tribunales municipales, ofrecen resistencia a su reconocimiento práctico con extensión a todos los beneficios materiales y económicos dejados de percibir por el trabajador afectado, sosteniéndose en algunos casos, el criterio de que no existe norma legal que lo disponga con suficiente claridad y amplitud, con franco olvido de lo establecido en el referido artículo 26 de la Constitución de la República de Cuba, posición quizás influenciada por la referida limitación establecida en el Código de Trabajo.

Esta posición obviamente no está fundada en una adecuada interpretación sobre el verdadero alcance del mencionado precepto constitucional y de los elementos conceptuales de la reparación de daños e indemnización de perjuicios, además tampoco considera que el Código Civil, tal como hemos apuntado, preceptúa con meridiana claridad que la indemnización comprende, no solo el salario, si no también otros ingresos o beneficios dejados de percibir. Por tanto, creemos que no es justo limitar la cuantía objeto de indemnización solo al salario dejado de percibir sin considerar que la estimulación, ya sea en moneda nacional o en peso convertible, también es un beneficio económico, y ambos deben ser indemnizados en la misma cuantía que son disminuidos o afectados por actuaciones indebidas del empleador.

Cuando insistimos en la reparación e indemnización de daños y perjuicios integralmente ocasionados por violación de los derechos de trabajo, y por imposición indebida de medidas disciplinarias, estamos tratando de que se comprenda cuáles son los elementos que deben considerarse, tales como: readmisión del trabajador al empleo; beneficios materiales recibidos por los trabajadores activos o su indemnización en dinero como forma de reparación, así como los gastos en que incurre durante el período que no se mantu-

vo laborando; salarios dejados de percibir conforme al artículo 109⁹ del Código de Trabajo, estimulación ya sea en moneda nacional o en pesos convertibles y exigir responsabilidad individual al empleador ante el Estado (indemnizatoria y disciplinaria).

Hoy los problemas que presentamos en dicho sentido están relacionados, específicamente, con la reparación de todos los daños sufridos por el trabajador y la indemnización de la estimulación, amparado el empleador en el Apartado Décimo¹⁰ del Acuerdo 5272, que ratifica la política de estimulación a los trabajadores mediante el pago de pesos convertibles, emitido por el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros (14 de octubre de 2004), donde se dispone que no tienen derecho a recibir la estimulación en el mes los trabajadores que, por cualquier causa tengan al menos una ausencia al trabajo, con algunas excepciones establecidas dentro de este propio precepto legal.

Este autor considera que la solución de la problemática objeto de análisis, debe ser ofrecida por nuestro propio ordenamiento jurídico laboral, mediante un procedimiento que defina con mayor claridad y amplitud los elementos requeridos para el reconocimiento integral de la reparación de daños materiales e indemnización de perjuicios económicos ocasionados a los trabajadores sin justa causa, y así uniformar la actuación del empleador en todas las entidades del país con respecto a su aplicación, y de

⁹ «Art. 109. Se considera *salario* la remuneración en dinero que el empleador paga al trabajador, atendiendo a la calidad y cantidad del trabajo realizado y al tiempo real laborado, según corresponda. Comprende lo devengado de acuerdo con los sistemas de pago por rendimiento o a tiempo, pagos adicionales, trabajo extraordinario, pago en días de conmemoración nacional y feriados, receso laboral retribuido, vacaciones anuales pagadas y otros que disponga la legislación» (Código de Trabajo, p. 20).

¹⁰ «DÉCIMO: No tienen derecho a recibir la estimulación en el mes los trabajadores que, por cualquier causa, tengan al menos una ausencia al trabajo, con excepción de los que estén movilizados para realizar tareas relacionadas con la preparación para la defensa, presten servicios como jueces legos, impartan docencia como profesores adjuntos en la universalización de la enseñanza superior o los beneficiarios de la Resolución 36/02 del MTSS y cumplan satisfactoriamente, las labores encomendadas, así como las trabajadoras, durante la licencia de maternidad pre y postnatal y los trabajadores que disfruten de las vacaciones anuales pagadas.

»El comité ejecutivo del consejo de ministros, en casos excepcionales, podrá incluir cualquier otra situación».

hecho eliminar las interpretaciones restrictivas que en la práctica jurídica actual causan estrago a los trabajadores, que de una forma u otra ven afectado o disminuido su patrimonio indebidamente.

Responsabilidad del empleador

Para el análisis de este importante aspecto, que completa el principio de integralidad de la reparación de daños e indemnización de perjuicios ocasionados ilícitamente, debemos partir haciendo referencia al artículo 10 de la Constitución de la República de Cuba, donde se establece que «todos los órganos del Estado, sus dirigentes, funcionarios y empleados, actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias y tienen la obligación de observar estrictamente la legalidad socialista y velar por su respeto en la vida de toda la sociedad» y al artículo 66 de la propia Carta Magna que dispone «el cumplimiento estricto de la Constitución y de las leyes es deber inexcusable de todos».

Actuaciones indebidas del empleador que, en menor o mayor medida afectan los derechos fundamentales de los trabajadores, las encontramos con bastante frecuencia en nuestras entidades laborales, especialmente por violación de los derechos de trabajo y por aplicación injusta de medidas disciplinarias, pero estas gozan de impunidad. Es de sobra conocido que cuando se produce algún reclamo o demanda de un trabajador por inconformidad con una decisión del empleador, ya sea en materia de disciplina o de derechos de trabajo, y resulta declarado “Con Lugar” o “Con Lugar en Parte”, mediante acuerdo del Órgano de Justicia Laboral o sentencia firme del tribunal popular competente, le corresponde la reparación e indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, al amparo de la legislación vigente en la República de Cuba.

Ahora, ante la indemnización de daños y perjuicios por violación de los derechos de trabajo y por aplicación indebida de medidas disciplinarias, hasta donde lo permite la legislación vigente: ¿quién indemniza?, ¿acaso lo hace quien actúa indebidamente? No lo hace el Estado o la entidad laboral, es decir, luego que se afecta material, económica y moralmente al trabajador es el Estado o la entidad quien asume la responsabilidad de reparar e indemnizar por los daños materiales y perjuicios económicos causados, lo que no podemos considerar justo.

Con respecto a la aplicación indebida de medidas disciplinarias, debemos resaltar que las consistentes en separación definitiva de la entidad, constituyen una

violación de un derecho fundamental, como lo es el derecho al trabajo, y por tanto una trasgresión de la Constitución de la República, que dada su supremacía sobre el ordenamiento jurídico del país, los actos de esta naturaleza son contrarios al derecho y por tanto ineficaces. Ante ellos, el empleador debe responder individualmente de cara al Estado, responsabilidad que significa un complemento necesario para que la reparación de daños e indemnización de perjuicios causados ilícitamente sea verdaderamente integral.

En opinión de este autor, no exigir responsabilidad individual ante actuaciones de tal naturaleza, es una limitación jurídica que no responde a las exigencias de nuestra Constitución y por tanto debemos plantearla enérgicamente, ya que en la actualidad, es real el hecho de un incremento sustancial de imposición de medidas disciplinarias consistente en separación definitiva de la entidad, sin justa causa o desproporcional con relación a la gravedad de la violación cometida por el trabajador y otros elementos de adecuación previstos en la ley. Sin embargo, el empleador no responde de nada ni ante nadie, a pesar de que existen normas jurídicas que en cierta medida tienen el objeto de poner límite a esta injusticia o arbitrariedad, sobre las cuales hacemos algunos comentarios más adelante. Situaciones de este tipo ocurren porque hasta hoy, dicha responsabilidad indemnizatoria es asumida por el Estado y no se exige de manera individual al responsable directo, como tampoco se exige responsabilidad disciplinaria.

La responsabilidad del empleador por actos ilícitos causados a los trabajadores, dentro del Derecho Laboral cubano, debemos potenciarla equitativamente, tomando como referencia lo establecido en el inciso c), artículo 87 del Código Civil, donde se define como una de las reglas a observar, que «la responsabilidad no desaparece por el hecho de que las prestaciones o gastos los asuman en todo o en parte la seguridad social u otras instituciones del Estado, o porque el centro de trabajo en que laboraba el perjudicado le haya abonado los subsidios por enfermedad o accidente correspondientes al tiempo dejado de trabajar a causa del acto ilícito».

En este precepto legal de nuestra norma civil, no se hace referencia de manera específica a la reparación e indemnización de daños y perjuicios económicos ocasionados como consecuencia de violación de los derechos de trabajo y por aplicación indebida de medidas disciplinarias, pero dicha regulación también debe alcanzar al Derecho Laboral o fijarse dentro de su ordenamiento jurídico, donde tampoco debe desaparecer la responsabilidad del empleador, ausente hasta hoy, ante sus actuaciones indebidas.

En esta misma dirección, el artículo 95.1 del propio Código Civil establece que «las personas jurídicas están obligadas a reparar los daños y perjuicios causados a otros por actos ilícitos cometidos por sus dirigentes, funcionarios y demás trabajadores en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio del derecho que les asiste de repetir contra el culpable». En el Derecho Laboral cubano, naturalmente las personas jurídicas asumen la reparación de daños e indemnización de perjuicios causados indebidamente a los trabajadores hasta donde lo permite su legislación, pero no se repite contra las personas naturales responsables o culpables de actos ilícitos de tal naturaleza. Este autor opina que toda reparación e indemnización por parte del Estado, debe acompañarse con el establecimiento de una justicia efectiva de castigo a los culpables o responsables que la originaron y con ello hacer realidad el principio de integralidad que las debe caracterizar.

A nuestro modesto modo de ver, la letra y el espíritu del referido artículo 95.1 del Código Civil, que como hemos dicho también debe alcanzar al Derecho Laboral, obedece al principio de que la justicia no debe mirar solo a una de las partes en contienda sino a las dos. En nuestro caso, al trabajador que tiene derecho a la reparación e indemnización integral por los daños y perjuicios sufridos y al empleador, quien debe responder ante el Estado por ocasionarlos indebidamente, esencialmente porque el equilibrio de la justicia es la búsqueda constante que debemos perseguir todos los juristas y con ello lograr, en la medida que nos resulte humana y jurídicamente posible, que no queden daños y perjuicios sufridos sin reparar e indemnizar, ni responsables de ocasionarlos indebidamente sin que se les exija responsabilidad, tanto indemnizatoria como disciplinaria. Solo así podremos lograr que la reparación e indemnización de daños y perjuicios sea integral y no meramente material o económica, pues no es suficiente con que el Estado se desprenda de un bien para reparar o indemnizar los daños y perjuicios ocasionados ilícitamente a otro por sus funcionarios o agentes, en el cumplimiento de las funciones de los cargos que ostentan.

Teniendo en cuenta los presupuestos analizados del Código Civil y los criterios valorativos formados en el fragor de la práctica jurídica laboral actual, puede considerarse que el día en que individualmente sea exigida responsabilidad indemnizatoria y disciplinaria al empleador, ante la reparación de daños e indemnización de perjuicios ocasionados indebidamente a sus trabajadores

y asumido por el Estado o la entidad, el número de actuaciones de este tipo disminuirá significativamente. Asimismo continuaremos fortaleciendo el ansiado sentido de justicia en cuanto al nivel de exigencia requerido para garantizar el estricto cumplimiento de la Constitución y de las normas que conforman nuestro ordenamiento jurídico en materia de trabajo, que en ninguno de sus preceptos faculta al empleador para proceder de manera caprichosa, negligente o de mala fe contra sus trabajadores y, cuando así ocurra, debe arremeterse jurídicamente contra los responsables.

Dicha responsabilidad, específicamente por la imposición indebida de medidas disciplinarias, solo es exigida formalmente mediante el artículo 297.1 y 2¹¹ de nuestro Código Penal, el que impone sanciones de multas y privación de libertad a quienes en el desempeño de sus funciones de dirección actúan ilegalmente contra sus trabajadores.

El citado precepto legal de nuestra Ley Penal, constituye una expresión formal de castigo a los culpables de este tipo de actuación indebida en el orden laboral, que indudablemente tiene como propósito supremo limitar el ejercicio del poder disciplinario del empleador, mediante el cual, más que castigar, su objetivo esencial es proteger los derechos del trabajador. En la práctica jurídica podemos decir que es letra muerta, quizás porque su efectividad depende de la formulación de una denuncia ante los órganos competentes, acción que resulta bastante difícil para los afectados, quienes deben fundamentar su pretensión con hechos concretos que permitan tipificar y probar la comisión de un delito de tal naturaleza, de conformidad con los elementos previstos en la ley a tales efectos. Al menos durante varios años de experiencia profesional, este autor no ha tenido conocimiento de alguna sanción penal impuesta por aplicación indebida de medidas disciplinarias en el orden laboral.

¹¹ Ley 62 "Código Penal", «Art. 297.1.2. El que sin estar legítimamente autorizado y estándolo, imponga a los trabajadores ilegalmente medidas disciplinarias, incurre en sanción de privación de libertad de meses a un año o multa de 100 a 300 cuotas». En su acápite dos, en artículo de la referencia establece: «Cuando la medida disciplinaria ilegal se imponga por enemistad, venganza u otro fin malicioso, la sanción es de privación de libertad de seis meses a dos años o multa de 200 a 500 cuotas» (p. 126).

En este sentido, también podemos citar la Ley 82¹² “Ley de los Tribunales” de 1997, particularmente su artículo 6,¹³ a través del cual se garantiza la posibilidad de accionar por las instancias judiciales cuando se detecten irregularidades en el ejercicio de la potestad disciplinaria, pero por la naturaleza de los conflictos que conocen las mismas, tal protección solo puede ejercerse en aquellos procesos en los que las medidas disciplinarias impuestas sean de las que cambien definitivamente el estatus laboral del trabajador; no es posible lo mismo, en aquellos procesos donde la situación laboral es afectada temporalmente o se impone otro tipo de medida disciplinaria.

En correspondencia con la norma anterior se pronuncia la Ley 83¹⁴ “Ley de la Fiscalía”, igualmente de 1997, al determinar en su Artículo 8¹⁵ las funciones de garante de la legalidad que le corresponden a la Fiscalía General de la República; pero su acción protectora y restablecedora de la legalidad quebrantada, para ser efectiva, si bien es cierto que puede ejercerse con independencia de la naturaleza de la medida disciplinaria impuesta, necesita del conocimiento de las infracciones cometidas, ya sea a través de los correspondientes tribunales populares, quejas debidamente fundamentadas por los propios trabajadores afectados o por la propia intervención de este órgano en el ejercicio de acciones de control y fiscalización. En la práctica cotidiana esto no alcanza garantizar la efectividad requerida, teniendo en cuenta que los supuestos hechos mencionados, no siempre pudieran estar presentes en la medida de lo necesario y lo más oportunamente posible.

Y por último tenemos el artículo 63¹⁶ de la Constitución de la República, donde se establece un derecho

de queja que obliga a todas las autoridades a su atención, entre otras cosas, dirigido a evitar el ejercicio arbitrario del poder.

Las regulaciones previstas en estos cuerpos legales tienen su función, pero para el tema en cuestión, no resultan suficientemente efectivas en el orden laboral, por lo que en opinión de este autor, se torna necesaria una norma jurídica específica, en función de exigir responsabilidad al empleador ante el Estado cuando incurra en violación de los derechos laborales de sus trabajadores y aplicación indebida de medidas disciplinarias.

Conclusiones

1. El ordenamiento jurídico laboral cubano, en correspondencia con la Constitución de la República de Cuba, reconoce la reparación de los daños e indemnización de los perjuicios económicos ocasionados a los trabajadores por violación de sus derechos de trabajo y por imposición indebida de medidas disciplinarias, pero limita la indemnización solo al salario que devenga el trabajador de encontrarse trabajando y no tiene en cuenta la entidad real de los perjuicios; tampoco define los elementos integrales del daño material ni el alcance de su reparación.
2. La limitación referida anteriormente, no deja margen a que los órganos competentes, para conocer y resolver los conflictos de trabajo, estimen todos los elementos reales de los perjuicios que deben ser indemnizados al trabajador por encima de lo previsto en la ley, y que este no pueda interesar ninguna suma de dinero adicional por este concepto; tampoco lo pueden hacer con relación a los daños materiales y su reparación.
3. Resulta vital brindar una solución normativa definitiva a las limitaciones que actualmente tiene nuestra legislación laboral vigente, para reconocer de forma integral la reparación de los daños e indemnización de los perjuicios ocasionados ilícitamente al trabajador y la responsabilidad individual del empleador ante el Estado por ocasionarlos.

¹² Ley 82 “Ley de los Tribunales”, de 11 de julio de 1997, en *Gaceta Oficial Extraordinaria*, No. 8, de 14 de julio de 1997.

¹³ Ley 82, «Art. 6. Los tribunales deben poner en conocimiento de la Fiscalía, las infracciones de la ley que adviertan durante la tramitación o examen de los procesos y actos judiciales, a fin de que aquella actúe para restablecer la legalidad».

¹⁴ Ley 83 “Ley de la Fiscalía”, de 11 de julio de 1997, en *Gaceta Oficial Extraordinaria*, No. 8, de 14 de julio de 1997.

¹⁵ Ley 83, «Art. 8. Comprende: la vigilancia del cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones legales, por los organismos del Estado, las entidades económicas, sociales y por los ciudadanos».

¹⁶ Constitución de la República de Cuba, «Art. 63. Todo ciudadano tiene derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades y a recibir la atención o respuestas pertinentes y en plazo adecuado, conforme a la ley».

Recomendaciones

1. A través del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, promover la iniciativa de promulgar una norma jurídica que:
 - Reconozca integralmente la reparación de los daños materiales e indemnización de los perjuicios económicos ocasionados a los trabajadores por violación de sus derechos de trabajo y por imposición indebida de medidas disciplinarias, y en consecuencia, detalle cuales son los elementos integradores y el proceder para su aplicación.
 - Exija responsabilidad individual, tanto indemnizatoria como disciplinaria, al empleador ante el Estado, por su conducta ilícita.

La prevención situacional del delito en la sociedad de riesgo

LIC. ROCÍO DE LOURDES CEBRIÁN BENITO*

Introducción

Una de las características más relevantes en nuestros días –al filo de otras no menos importantes–, es el elevado nivel de incertidumbre e inseguridad y la acusada sensación social de riesgo que envuelve a la sociedad.

Ambas circunstancias remiten definitivamente, a la relación de las políticas en las que se crea y diseña la criminalidad, respecto a las cuales lo verdaderamente relevante no es el nivel objetivo de inseguridad existente, sino la percepción social de la misma.¹ Como consecuencia, la finalidad de las políticas penales oficiales tiende a ser la reducción de la sensación social de inseguridad ante el delito, y no tanto, la mera limitación de las tasas de criminalidad.²

Es substancial asumir desde el comienzo que ambas dimensiones no tienen por qué coincidir. Del mismo modo que es desproporcionada la percepción subjetiva de inseguridad en relación con la entidad objetiva de los peligros,³ el temor subjetivo al delito no guarda correlación con los índices efectivos de

* Abogada del Bufete de E y 23, La Habana

¹ M. Pavarini: «Controlling Social Panic: Questions and answers about security in Italy at the end of the milenium», en R. Bergalli y C. Sumner (eds): *Social Control and Political Order*, Sage, London, 1997, pp. 79 y 81; J. M. Silva Sánchez: *La expansión del Derecho Penal*, 2ª. ed., Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 32.

² D. Garland: *La cultura del control*, Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 208 y ss.; Díez Ripollés: «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», en S. Baciagalupo y M. Canciomeliá (coords.): *Derecho Penal y política transnacional*, Ed. Atelier, Barcelona, 2005, p. 257.

³ R. Castel: *L'insécurité sociale*, Seuil/La Republique des Idees, París, 2003, pp. 7 y 22; B. Mendoza Buergo: *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 30; J. Young: *La sociedad 'excluyente'*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 122 y ss.

criminalidad o de victimización.⁴ En consecuencia, es necesario comprender que la inseguridad ante la criminalidad es una construcción social, en la que el efectivo riesgo criminal cumple un papel relativamente secundario. Esta es la razón por la cual el significado de *prevención* se hace cada vez más amplio, complejo, enigmático y en especial práctico, derivándose en distintos significados y variando su apariencia inicial hacia términos como *nueva prevención*, *prevención integrada* y *prevención situacional*.

Desarrollo

La *prevención* entendida –según una de las más recientes definiciones–⁵ como la interrupción del mecanismo que produce un evento delictivo, la sitúa en la solución para poner fin a la infravaloración del riesgo y el temor al delito, apaciguando los peligros que se han ido creando a su alrededor. Dejar de ser los primeros enemigos en la batalla contra la delin-

cuencia y los delitos constituye la primordial tarea contrario *sensu* a la sensación de miedo que retiene y evita la verdadera prevención.

¿Pero, qué significa exactamente *sociedad del riesgo*? Se define como la «fase de desarrollo de la sociedad moderna donde los riesgos sociales, políticos, económicos e industriales tienden cada vez más a escapar a las instituciones de control y protección de la sociedad industrial».⁶

El riesgo se ha generalizado y la categoría *grupos de riesgo* que aludía a aquellos que por determinadas características individuales y ambientales ofrecían un grado de mayor vulnerabilidad frente a la exposición de ciertos vectores, se ha reemplazado por *sociedades de riesgo*, lo que significa que nadie está exento de los peligros potenciales que nos asolan. Que exista el riesgo significa una extensión objetiva que incluye una subjetiva.

Se trata de comprender que una sensación social de incertidumbre ante una pluralidad multifactorial de peligros se transmuta cada vez más en una inseguridad tomada en un sentido mucho más estricto, esto es, en inseguridad ciudadana.

Irrebatiblemente debe delimitarse la importancia de la seguridad una vez establecido el concepto de *riesgo* y su significado en la sociedad, incluso debe ventilarse lo que representan ambas palabras en su conjunto, por lo tanto la solución a tan gigantescas problemáticas radica en la esencia de la prevención y en la mencionada prevención situacional.

El término *prevención* proviene del latín *praeventio* y no es más que la acción y efecto de prevenir, preparar con antelación lo necesario para un fin y anticiparse a una dificultad⁷. Prevención es, por tanto,

⁴ Algunos autores señalan que una de las circunstancias que distorsionan la relación *peligro objetivo de victimización-miedo al delito* es la propia selectividad con la que opera este sentimiento, centrado de modo casi exclusivo en delitos violentos contra las personas o de carácter patrimonial. K. Beckett y T. Sasson: *The Politics of Injustice*, 2ª. ed., Sage, Thousand Oaks, 2004, p. 107; T. Dias Neto: «En búsqueda de un concepto de “Nueva Prevención”», en *Revista Anthropos*, no. 204, 2004, p. 130; J. L. Fuentes Osorio: «Los medios de comunicación y el Derecho Penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, no. 7, 2005, pp. 23 y ss.; D. Garland: *La cultura...*, op. cit., pp. 184 y 208.

⁵ S. Lab: *Crimen Prevention: Approaches, Practices, and Evaluations*, Anderson Publishing, Waltham, Massachusetts. Definió la *prevención del delito* como aquella intervención en las causas de los hechos delictivos que reduce los riesgos de que se produzcan y/o la potencial gravedad de sus consecuencias. En él establece la *prevención* como cualquier medida encaminada a reducir tanto el nivel actual de la delincuencia como la percepción de miedo al delito. Jesús Sánchez Galindo: *La prevención del delito situacional y mediante el diseño ambiental: el caso del Metro de Barcelona*, Trabajo Final de Grado de Criminología Dirigido por Dr. Manuel Martín Fernández, Ed. Barcelona, 2013-2014, p. 10. En cuanto a la idea de prevención del delito, podemos afirmar, en un sentido amplio, que la prevención: «Consiste en preparar o disponer lo necesario anticipadamente, para evitar un riesgo o la materialización de un determinado evento en el futuro; en nuestro caso, la prevención sería la suma de políticas tendientes a impedir el surgimiento o avance de la criminalidad». Carlos Molina Arrubla: *Introducción a la Criminología*, 3ª. ed., Bogotá, Grupo Ed. Leyer, 2000, p. 36.

⁶ Definición según Ulrich Beck, sociólogo alemán, profesor de la Universidad de Múnich y de London School of Economics. Beck estudió aspectos como la modernización, los problemas ecológicos, la individualización y la globalización. En los últimos tiempos se embarcó también en la exploración de las condiciones cambiantes del trabajo en un mundo de creciente capitalismo global, de pérdida de poder de los sindicatos y de flexibilización de los procesos del trabajo, una teoría enraizada en el concepto de *cosmopolitismo*. Beck también contribuyó con nuevos conceptos a la Sociología alemana, incluyendo la llamada *sociedad del riesgo* y la *segunda modernidad*.

⁷ Nayivi López Leiva y Maikel Bodaño Gómez: *Consideraciones teóricas acerca de la prevención social*, Primer Módulo de

la práctica que se realiza de manera anticipada para reducir un riesgo, su esencia u objeto es el logro de evitar la concreción de un perjuicio eventual y en dependencia de la interpretación puede estar referida a un proyecto de orientación.

La prevención del delito puede definirse entonces como el conjunto de medidas e indicadores elaborados por el Estado, las organizaciones políticas, de masas, organismos o entidades estatales para disminuir el delito, sus causas y consecuencias, neutralizando sus efectos.

Las más recientes definiciones de prevención la precisan como «la interrupción del mecanismo que produce un evento delictivo»,⁸ tal mecanismo causal puede ser reconducido a tres elementos de fondo a los que ya se ha hecho mención a través de sus perspectivas: la estructura, la motivación individual y las circunstancias.

En la perspectiva estructural, la *criminalidad* es el producto de condiciones sociales y económicas y se deduce como actividad que incide sobre tales causas de fondo. Al entender al *delito* como producto de las propensiones humanas, la prevención se concentra en la intervención individual, de modo que se debe detener, controlar o rehabilitar a los autores reales o potenciales.

En fin, en base a la tercera perspectiva, la prevención puede llevarse adelante a través de una intervención sobre el contexto físico y social o, más bien, sobre las situaciones y la criminalidad –exactamente algunas formas de esta, no son más que el resultado de una serie de circunstancias y oportunidades.

Estas tres grandes perspectivas de fondo de interpretación de los fenómenos criminales, se articulan en una serie de teorías o simplemente, de enfoques interpretativos, que constituyen en la actualidad el marco de referencia de las medidas de prevención y de las políticas de seguridad, de modo que es la práctica quien guía a la teoría, lo que puede conver-

tirse en un vicio metodológico en el plano conceptual y operativo si se olvida la relación evidente de apoyo que existe entre ambas instituciones.

En este escenario de inseguridad se gesta la prevención situacional del delito, como forma idónea de colocar obstáculos o impedimentos al potencial comisor, partiendo de la idea de que el hombre es un ser racional y en la medida que sienta la imposibilidad de realizar la conducta prohibida, existirán menos posibilidades de que pueda ejecutarla.

Son cuatro las categorías que han sellado la historia preventiva en los últimos veinte años en Europa ya sea indistintamente o mezcladas:⁹

- La táctica social, que proviene de una visión positivista y pretende abordar las desigualdades existentes como mecanismos de reforma social tales como el empleo, la educación y el ingreso, entre otros.
- La táctica comunitaria que realiza prevención a través de la participación social orientada a un grupo humano o comunidad específica.
- La táctica del desarrollo o “prevención precoz” o de “prevención de los factores de riesgo”, que hace referencia a los distintos momentos de la vida de un individuo en los que la prevención puede desplegar sus efectos.
- La táctica situacional y ambiental, que apunta a la reducción de oportunidades para la comisión de acciones delictivas.

La prevención situacional

La prevención situacional surge durante el año 1976 en la unidad del *Home Office* británico cuando Ronald Clarke dirigía el departamento de investigaciones e hizo un estudio sobre suicidios, descubriendo que los cambios efectuados en el gas de uso doméstico en Gran Bretaña provocaron la caída del índice de estos suicidios. Lo que llevó a la idea de que si influía un cambio así en una decisión tan seria como el suicidio, podría influir también en actos delictivos.

la Maestría en Ciencias Penales y Forenses impartida por la Universidad de Las Villas “Martha Abreu” (se encuentra en la publicación digital de dicha maestría y en el FTP de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Villas en ed. digital, p. 2). Para ampliar, *vid.* C. Navarrete Calderón *et al*: *Criminología*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2006, pp. 124-128.

⁸ K. Pease: «Crime prevention», en M. Maguire, R. Morgan y R. Reiner: *The Oxford Handbook of Criminology*, 2ª. ed., Oxford, Oxford University Press, pp. 963-996.

⁹ En Europa del Sur, el modelo francés de prevención ha acentuado la prevención social y comunitaria. Los ingleses han preferido la prevención situacional y el conjunto de las medidas de carácter social y comunitario han confluído en el concepto *community safety*.

En los Estados Unidos Ray Jeffery desarrolló estudios sobre la «prevención criminal a través de la modificación del ambiente físico», cuyos resultados concluyentes, de conjunto con los de Clarke conformarían la «teoría de la prevención situacional del delito».

La realidad es innegable, el diario bregar, e ir y venir rutinariamente cada día convierte en *vulnerable* al ciudadano común —la víctima— y brinda oportunidades a presuntos delincuentes a la “ideación”, preparación y consumación de acciones delictivas.

La solución es hacerse tan inexpugnable como se pueda y evitar así nuestra propia victimización porque para la prevención situacional importa más el control informal que el control formal como forma de prevenir el delito.

Para algunos autores, el control informal es mucho más activo y eficaz contra la delincuencia que el formal y concluyen que como forma de prevenir el delito pueden ser útiles tanto los «sencillos consejos para eliminar determinados objetivos fáciles, hasta ambiciosos programas preventivos de amplio espectro».

Para medir la eficacia de dicha prevención cabe preguntarse ¿previene el delito la prevención situacional? La respuesta parte de la prevención misma.

La prevención del delito es un tema complejo, que al igual que una ecuación matemática presenta muchas variables que se transforman, conforme cambian las circunstancias a su alrededor, por lo que debemos tener claro que es una experiencia que requiere exploración constante, estudio y una mente capaz de cambiar conforme cambie la ecuación.

Lo ideal de prevenir mediante la situacionalidad es que sitúa en tiempo, espacio, ocurrencia y circunstancia, no suscribe a una idea estrecha, brinda elementos para innovar a partir de las debilidades propias, porque es la persona en sí la máxima responsable de su seguridad, de tal suerte un fallo en su aplicación no es más que un fallo en sí mismo, que obliga a instruirse en el arte de cuidarse realmente bien.

Con la prevención situacional se elimina la sucesión del delincuente motivado que encuentra a la víctima perfecta y el objeto deseado sin vigilancia, «incrementando el esfuerzo necesario para cometer un delito, minimizando las recompensas del delito y aumentando las probabilidades de ser detectado».¹⁰

De manera que su éxito radica en hacer casi imposible el éxito de la conducta delincuencia a partir de la modificación del ambiente que entraña que esta práctica sea bien difícil y arriesgada, y con ello se reduzca el éxito de la conducta delictiva,¹¹ lo que no hace atrayente a este por el esfuerzo demasiado elevado que demanda. Si se dificulta la vía al objeto, se opta por una manera eficaz de reducir el delito.

Para reducir la delincuencia por medio de la prevención situacional, se requiere de *técnicas* a aplicar a través de *medidas* que no requieren ser absolutas, sino que sugieren un patrón marcado para actuar conforme a cada caso en particular:

- La primera técnica está compuesta por las siguientes medidas:
 1. «Incrementar el esfuerzo percibido», para lo que es necesario el endurecimiento de los objetivos como barreras físicas, candados, etc.
 2. «El control de acceso» que implica la delimitación de un espacio físico (oficinas, fábricas, residencias) a través del establecimiento de barreras como vallas, puertas o recepciones. Hoy es común el uso de contraseñas para acceder a cuentas privadas en servidores informáticos o en cuentas bancarias.
 3. «La desviación de transgresores» para reducir la convergencia en espacio y tiempo de delincuentes motivados.¹²
 4. «El control de facilitadores» que son los elementos que hacen más fácil la comisión de delitos, el más común de los ejemplos es la disponibilidad de armas de fuego.¹³

¹¹ Un ejemplo práctico es poner cristales en las tiendas y gasolineras de manera que las personas de fuera puedan mirar a los que están dentro, los teléfonos públicos con tarjetas sin monedas, etc.

¹² Citando a Clarke, es cerrar determinadas calles, retirar los bancos en que se pueden sentar vagabundos molestos e imponer una hora para el cierre de los bares, etc.

¹³ En Brasil la Ley 10.826 de 22 de diciembre de 2003 ha tornado el crimen de tener, portar, adquirir, mantener en depósito armas de fuego, no posible de obtener fianza y con pena de dos a cuatro años. En España las penas varían desde un año hasta tres años, arts. 563 y 564 del CP. En Cuba, en el Código Penal (Ley 62) está regulado en los arts. 211 y 212 con penas desde seis meses a dos años o multa de doscientas

¹⁰ D. Torrente: *Desviación y delito*, Alianza Ed., Madrid, 2001, p. 225.

- La segunda incluye las medidas:

1. «Incrementar el riesgo percibido», agregando conductas que tengan por objetivo principal aumentar el riesgo de que el delincuente sea sorprendido o identificado. Incluye los exámenes de control de acceso o salida.¹⁴
2. «La vigilancia formal», a través de guardias de seguridad o la policía y aparatos electrónicos como cámaras de circuito cerrado y de televisión.
3. «La vigilancia informal» que es la ejercida por medio de empleados.
4. «La vigilancia natural» que es la vigilancia que hacen los vecinos y los peatones que circulan por el área.

- La tercera encierra las medidas:

1. «La reducción de la ganancia o recompensa por el delito practicado».
2. «Desplazamiento del objetivo», a través del uso de dinero electrónico.
3. «Identificación de propiedad», en los automóviles por ejemplo.
4. «Reducción de la tentación».
5. «Eliminación de los beneficios», por ejemplo, las contraseñas en aparatos electrónicos sin las cuales no pueden funcionar.

- La cuarta y última técnica descansa en:

1. «Incrementar los sentimientos de vergüenza».

2. «Fortalecimiento de la condena moral o estimulación de la conciencia» a través de campañas institucionales, el aumento de la cultura jurídica de la población, el conocimiento de los actos que pueden ser constitutivos de delitos, su repudio por la transgresión social y las consecuencias e incluso más allá de la nación al adquirir carácter internacional: droga, tráfico de personas, entre otras.¹⁵

El crimen puede ser reducido cuando se reducen las oportunidades para que ocurra. Estas técnicas y medidas en unión a otras que el sentido común dispone, sin dudas conducen de manera efectiva a prevenir situacionalmente el delito.

Sin embargo, el hecho de educar a los niños para que se cuiden de extraños, el mantener seguro los carros y las casas, el guardar el dinero en el banco o en una caja de seguridad, el uso de tarjetas de crédito, el tener contraseñas y cuidar de la seguridad del vecindario no es bastante. Debe aplicarse también una política pública organizada con el fin de prevenir la delincuencia. La prevención situacional no es la única manera viable pero sí es una de las maneras.

Disminuir la delincuencia es posible también con un mejor control del ambiente a través de la arquitectura desarrollada con proyectos ambientales que favorezcan la prevención de delitos.¹⁶

a quinientas cuotas, o de dos a cinco años de privación de libertad según se califique la tipología delictiva. Para Ariza esta no es solamente una manera de prevenir la delincuencia sino también es una manera de prevenir el miedo al delito (p. 291). Juan J. Medina Ariza: «El control social del delito a través de la prevención situacional», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, no. 2, Ed. Época, 1998, p. 292.

¹⁴ Los escáneres de equipaje en los aeropuertos y sus controles, y las alarmas electrónicas que hay en las tiendas de ropas.

¹⁵ La base de estas propuestas fue la obra de Ronald Clarke: *Situational Crime Prevention: Successful Case Studies* (Albany, NY, Harrow and Heston, 1992). D. TORRENTE: *Desviación y delito*, Alianza Ed., Madrid, 2001. p. 226; y Juan J. Medina Ariza: «El control social del delito...», *op. cit.*, p. 282 (nota).

¹⁶ En la ciudad de São Paulo, Brasil, un estudio hecho por el Laboratorio de Habitación y Asentamientos Urbanos (LabHab) de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la USP en los tres barrios más violentos, ha demostrado la relación directa entre un sistema viario precario y el crimen organizado. El estudio ha detectado que la violencia generalizada de los homicidios se concentra en áreas donde no hay iluminación y es baja la circulación de peatones. Como forma de ayudar a resolver el problema, fue sugerido el surgimiento de pequeños centros de comercio, la mejora de las habitaciones de las personas, poniendo agua potable, saneamiento, colectando la basura y un planeamiento urbano para las calles del barrio. Tal estudio demuestra la relación entre el delito y el espacio físico, como una mejor arquitectura urbana, aliada a un desarrollo puede ayudar a prevenir delitos. *Jornal F de São Paulo*, p. C 1, São Paulo, 11 de enero de 2004. Esto es en verdad «prevención criminal a través de la modifi-

Cambiar el crimen a través del diseño del medio ambiente es un movimiento que intenta influir en el ambiente urbano para disminuir el crimen o el miedo a él «sin necesidad de recurrir a la fortificación de edificios con el consecuente deterioro de la vida urbana (...) no se trata solamente de la vigilancia del cumplimiento de la ley y del castigo, no se trata solo de guardias armados y observación, sino de la “restauración” del control social informal y de una forma de ayudar a los ciudadanos corrientes a “recuperar” el control y a responsabilizarse por su ambiente inmediato».¹⁷

Las teorías subculturales¹⁸ establecen que la desigualdad social es una de las causas de la delincuencia. Las sociedades más desiguales, no son las más pobres, sino las más fuertes. El delito es una de las formas de actuar ante la injusticia y la marginación, pero no es la más justa, lo que explica que se transformen cientos de domicilios, personas y bienes en los objetivos perfectos para el delito.

El hombre vive en sociedad, existe el delito, el quebrantamiento de normas legales, la afectación de unos, el aprovechamiento y la mejoría de otros que viven de manera inescrupulosa a costa de ello, y la propia existencia de estas conductas dentro de la comunidad genera una respuesta, que vista a través del prisma situacional no es más que prevenir eliminando oportunidades, cambiando el diseño creado por el criminal. Por tal motivo, la primera medida de prevención situacional tiene que aplicarse en la base del problema, situado siempre en los lugares donde las personas se sienten más cómodas, tranquilas, confiadas, razón por la cual se despreocupan de protegerse en los lugares que les son familiares (el vecindario, el trayecto al trabajo, el mercado donde adquieren regularmente sus productos etc.) y es allí donde se convierten en objetivos de la delincuencia.

Circunscribir la prevención situacional dentro de la prevención vecinal exige un sistema constructivo ha-

cación del ambiente físico», teoría desarrollada en EEUU por Ray Jeffery, *vid.* Juan J. Medina Ariza: «El control social del delito...», *op. cit.*, p. 290.

¹⁷ Tomado de Stanley Cohen: *Visiones de control social. Delitos, castigos y clasificaciones* [trad. Elena Larrauri], Barcelona, Ed. PPU, 1988, p. 314.

¹⁸ Teorías subculturales. Surgen en los 50, como repuesta a la problemática que plantaban, sobre todo en los EEUU, determinadas minorías marginales. Aporta tres ideas fundamentales: el carácter pluralista y atomizado del orden social, la cobertura normativa de la conducta desviada y, la semejanza estructural, en su principio del comportamiento regular e irregular.

bitacional que permite zonas de vigilancia en común, ampliamente iluminadas, o circunscritas por casas, muros, cercas, o con monitores que permiten una mirada permanente y exhaustiva sobre ellas¹⁹ así como el uso de alarmas, cerraduras,²⁰ pero importante es la participación ciudadana que no debe ser confundida con los modelos de la *vigilancia del vecindario* y el *vigilantismo*, términos que confunden al tratar el tema.

La vigilancia del vecindario son las formas de coordinación vecinal para realizar patrullajes o turnos de vigilancia lo que evita preocupaciones menores como extraños o merodeadores en el vecindario pues son prontamente detectados.

Este sistema debe ser estrictamente controlado, porque su aplicación podría desviarse a otras prácticas que conlleven a consecuencias peligrosas, como el uso de cercados electrificados o de perros violentos, lo que escapa de los marcos trazados y se encamina al *vigilantismo*, tendencia donde puede asumirse la justicia por mano propia, o arrastrar a la comunidad en una violenta “caza” que en ocasiones puede generar venganzas²¹ o luchas particulares generalmente más por el miedo al delito que por el delito en sí.

Estas peculiaridades de vigilatismo y espacios defendibles son consecuencia de la exagerada construcción del sentimiento de inseguridad humano, no son una solución del problema delictivo en términos generales porque nacen del encarecimiento y no tienen nada que ver con los modelos de aplicación situacional.²²

En la literatura sobre este tema emerge como ejemplo de solución situacional del delito la participación ciudadana en su prevención con los comités

¹⁹ Lolita Aniyar: «La participación ciudadana. Antecedentes, debates y experiencias», en *Capítulo Criminológico*, vol. 27, no. 2, Ed. Luz, Instituto de Criminología, Venezuela, 1999, p. 16.

²⁰ Alexis Romero *et al.*: «El miedo a la violencia y el guachimismo: Instrumentalidad versus Conformidad», en *Capítulo Criminológico*, vol. 29, no. 2, Ed. Luz, Instituto de Criminología, Venezuela, 2001, pp. 36 y 45.

²¹ Lolita Aniyar: «La participación ciudadana...», *op. cit.*, p. 14.

²² Cabría el análisis acerca de la vigilancia realizada en las calles de Cuba por los ciudadanos miembros de los Comités de Defensa de la Revolución, fundamentalmente en la guardia cederista, en la lucha contra el delito y las ilegalidades, así como en las zonas rurales la guardia que los Campesinos efectúan en las madrugadas para cuidar su ganado y sembrado que con el sentido preventivo bien pudieran valorarse con un enfoque situacional, toda vez que dirigen su actuar a la eliminación de oportunidades delincuenciales.

vecinales de seguridad, que se han formado en países como Argentina, Costa Rica y España integrados por vecinos que no son fijos, dependen del grado de voluntad para involucrarse, y de la disponibilidad de su tiempo, pero que necesitan cumplir con condiciones como ser un grupo de personas realmente interesadas en la seguridad y sin antecedentes penales.²³

Para que un modelo participativo vecinal tenga éxito, es necesario que la comunidad misma identifique cuáles son los problemas; que los objetivos y el liderazgo sean compartidos. Y, preferiblemente, que se cuente con la participación de jóvenes.²⁴

En la comunidad los jóvenes desempeñan un rol atractivo. Lo nuevo impacta y la moda es un medidor para decir y hacer lo que va en primer orden en el mundo, de manera que los grupos de jóvenes marcan espacios y crean tendencias que si son asertivas y proactivas, mueven en positivo a esta comunidad, contrario sensu traen consecuencias nefastas. Por eso es imprescindible el trabajo con los jóvenes.

El perfil del delincuente juvenil y la existencia de variables ambientales en los delitos cometidos por estos son dos factores a tener en cuenta para determinar el alcance de la prevención situacional en la delincuencia juvenil.

En investigación realizada en España en 2012, se obtuvo que existieron diecinueve mil cuatrocientos treinta y cuatro detenciones por infracciones penales en las que el detenido era menor de edad, o sea, menor de dieciocho años.²⁵

Los delitos en los que estas detenciones se efectuaron con más frecuencia fueron –en orden decreciente: robo con fuerza en las cosas, robo con violencia o intimidación, sustracción de vehículos, hurtos, homicidio/asesinato, lesiones, estupefacientes y delitos contra la libertad sexual; lo que arrojó el resultado de que los menores de catorce años cometieron un total de trescientos dieciocho delitos de los antes enumerados, los de la edad comprendida entre catorce y diecisiete unos diecinueve mil ciento dieciséis, los de dieciocho años unos dieci-

nueve mil cuatrocientos treinta y cuatro, y los mayores de dieciocho realizaron ciento ochenta y seis mil cuatrocientos setenta.²⁶

La mayoría de los delitos fueron cometidos por mayores de catorce años y en ningún caso, el número de detenciones de menores supera el de adultos. Sin embargo, cuando estas figuras se sopesan con las de la población, el número de detenciones de menores por cada cien mil habitantes es mayor que el de los adultos para tres tipos de delitos (robo con violencia o intimidación, sustracción de vehículos, y otros delitos en general).

Al excluir los menores de catorce años, la situación empeora considerablemente, con tasas de incidencia hasta aproximadamente cinco veces mayores para algunos delitos y 2,1 para el delito en general.²⁷

Si esta pauta se repite anualmente, una posible interpretación es que muchos de los comportamientos delictivos en la adolescencia cesan una vez que los jóvenes aumentan de edad, sin necesidad de intervención ninguna, fenómeno estudiado por Farrington,²⁸ donde en cuatrocientos delincuentes juveniles, observó que solo al 73 % de los menores procesados entre los diez y los dieciséis años de edad se les volvió a procesar entre los diecisiete y los veinticuatro, y la prevalencia bajó al 45 % de los veinticinco a los treinta y dos años.

Estas tasas varían según el tipo de delito, en los delitos contra la propiedad, en el último año la tasa fue del 20 % y al referirse a la comisión alguna vez del acto delictivo fue del 50 %; la violencia en el último año fue casi del 20 % y la cifra de estos delitos violentos cometidos alguna vez fue casi del 40 %; el vandalismo en el último año fue del 20 % y el cometido alguna vez fue casi del 60 %; y las drogas en el último año fueron casi del 20 % y la comisión alguna vez de este delito en la vida de los jóvenes fue mayor que el 20 %.

El hecho de que un porcentaje tan alto de menores participen en comportamientos delictivos es un argumento convincente para concentrar esfuerzos y

²⁶ Art. digital del Ministerio del Interior de España, 2012.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ D. P. Farrington: «Key results from the first forty years of the Cambridge study in delinquent development», en T. P. Thornberry y M. D. Krohn (coords.): *Longitudinal research in the social and behavioural science: An interdisciplinary series*, Ed. Kluwer/Plenum, Nueva York, 2003, p. 10.

²³ Lolita Aniyar: «La participación ciudadana...», *op. cit.*, pp. 22 y 23.

²⁴ *Idem.*, p. 24.

²⁵ Para Cuba serían 16 años de edad según art. 16.1 y 2 del Código Penal, Ley 62.

prevenir el delito, en vez de rehabilitarlos una vez que son identificados por el sistema judicial.

En un número enorme de los casos, la identificación de los jóvenes delincuentes ocurre cuando sus carreras delictivas están consolidadas, lo que tiende a afectar la efectividad de estas medidas de rehabilitación²⁹ por lo que lo ideal sería evitar que comiencen sus carreras delictivas y no tener entonces que reen-caminar sus vidas.

Al introducir la prevención situacional, se puede contribuir considerablemente a que los delincuentes menos decididos o transitorios desistan de cometer delitos, disminuir la intensidad con la que los más resueltos delinquen, y de esta manera asegurar que los que sean identificados por el sistema judicial son los que realmente se beneficiarán de los programas de rehabilitación ofrecidos.

Todos estos delitos por los que se efectúan detenciones de menores, constituyen problemas solucionables al prevalecer aspectos situacionales en ellos, que son susceptibles a intervenciones preventivas y a soluciones aplicables, siendo uno bien importante y que necesita atención especial los delitos asociados con la movida o juerga y las pandillas juveniles.

La *movida* está referida a la situación que se desarrolla cuando un número significativo de jóvenes sale a divertirse, generalmente los fines de semana en la noche y en zonas geográficas determinadas, porque es donde se encuentran las atracciones, fundamentalmente discotecas, plazas, etc.

Es un fenómeno latente en algunos países pero bien temido y público en otros según circunstancias y factores ambientales que pueden influir en la ocurrencia del delito. Tales factores incluyen la aglomeración dentro y fuera de los locales establecidos, el uso del alcohol, las drogas, y el alto grado de competición por determinados servicios y productos.³⁰

²⁹ T. P. Thornberry, D. Huizinga y R. Loeber: «The prevention of serious delinquency and violence», en J. C. Howell, B. Krisberg, J. D. Hawkins y J. J. Wilson (coords.): *Serious, violent and chronic juvenile offenders*, Ed. Trash, US National Institute of Justice, Washington DC, 1995, p. 90.

³⁰ I. Recasens, A. Brunet, y A. Rodríguez Basanta: «La violencia entre jóvenes en espacios de ocio nocturno: Resultados de un estudio comparativo», en *Boletín Criminológico*, no. 99, Madrid, 2007, p. 90.

Son numerosas las técnicas situacionales a utilizar para alterar la naturaleza de estos factores y reducir el delito, teniendo en cuenta que cada zona presenta determinadas características y situaciones que son las que facilitan las soluciones apropiadas en consonancia con los problemas existentes:

- La dispersión de locales de ocio y esparcimiento, fundamentalmente los fines de semana.
- Amplitud de estos locales para evitar la aglomeración.
- Los controles para evitar la venta de alcohol a menores y el uso de drogas.

Las experiencias relacionadas con la seguridad ciudadana y los nuevos enfoques en materia preventiva y policial, son cada vez más numerosos y sobre todo en el marco de la prevención situacional, sin embargo por la trascendencia social –que sitúa y define el futuro– aún resultan escasas las experiencias relativas a la prevención situacional de los factores de riesgo de la delincuencia juvenil.³¹

Reducir el delito recurriendo a la encarcelación puede costar hasta ocho veces más que optando por medidas preventivas. Para reducir el delito, las medidas de desarrollo humano y social son hasta cuatro veces más efectivas en términos de costos que la encarcelación, las medidas de reducción de oportunidades hasta siete veces más efectivas y los costos de las medidas alternativas en algunos casos hasta cinco veces más bajos que las consistentes en el recurso a la justicia penal oficial. Se asevera que los beneficios de la prevención para el gobierno son en algunos casos dos veces mayores que la inversión inicial³² unido a otros beneficios como:

³¹ Como las llevadas a cabo en Costa Rica, Chile y Colombia.

³² Juan Luis Londoño y Rodrigo Guerrero: «Violencia en América Latina: Epidemiología y costos», en Juan Luis Londoño: *Asalto al desarrollo. Violencia en América Latina*, Ed. Bid, Washington DC, 2000, pp. 11-57.

En Inglaterra (69 %), Canadá (61 %) y Estados Unidos (54 %), la población apoya las medidas situacionales en lugar de las punitivas y las iniciativas comunitarias en lugar de la cárcel como manera de enfrentar el delito: Francia (68 %), Bélgica (55 %), Suecia (50 %), Australia (46 %), Inglaterra (39 %), Canadá (30 %), Estados Unidos (23 %), Costa Rica (30,6 %), El Salvador (9,0 %).

En América Latina los costos del delito y su control equivalen

- Disminución de demandas de los servicios del sistema penal.
- Menor asistencia social.

De tal suerte los estudios arrojan que los ciudadanos favorecen más la inversión para prevenir el delito que una mayor aplicación de la ley y las sanciones penales.³³

Se impone en materia de prevención, incursionar o poner en marcha diversas tácticas modernas de prevención del delito, en las cuales se enrola la institución policial³⁴ con la aplicación de las estrategias de prevención situacional.

En las diversas técnicas de intervención ideadas para esta táctica de prevención, ocurre un «proceso de propagación de actores» con respecto al tradicional monopolio de la política de seguridad urbana por parte de la institución policial.

En esta emulsión de tácticas alternativas de prevención del delito, la institución policial debe, aparentemente, asumir un proceso de descentración en materia de diseño y ejecución de las políticas de seguridad urbana y convivir armónicamente con los procesos de multiplicación de actores.

Mientras las políticas de seguridad intervienen representando una respuesta más global, las políticas de prevención, en especial las de prevención situacional, se dirigen a la sintomatología específica de uno o varios fenómenos delictivos, teniendo en cuenta tres elementos:

- La localización exacta del área, siendo las urbanas las más concernidas, a partir de que la protección y la seguridad pueden mejorarse tanto en los entornos existentes, como en los nuevos y futuros.
- La identificación de los problemas relativos al delito, tanto presentes como futuros.
- La identificación de todos los sujetos interesados en la acción de prevención.

Visto lo anterior, la policía analizará el grado del problema, posibles causas, mejores remedios y proyección, a través de las variantes situacionales que facilitan esta labor y garantizan resultados satisfactorios medibles, a partir de estructuras policiales con personal equilibrado, preparado en las numerosas técnicas de prevención, y con un origen socio-cultural que refleje las distintas estructuras sociales.

Es importante que el policía conscientice lo imprescindible de su actuar en batalla contra la criminalidad, por lo que se apuesta, con matices en los diferentes horizontes culturales, a la generación de un profundo cambio en lo normativo, organizacional y cultural en la institución policial a fin de emerger y desarrollarse alternativas sustanciales de la prevención situacional.

Ejemplos de la aplicación situacional en el mundo

Colombia

En Bogotá,³⁵ la estrategia de seguridad reinante conminó incluir un componente de limpieza y recuperación de espacios abandonados, para reducir la criminalidad.³⁶

hasta el 14,2 % del PIB. Costo de diversos planes de reducción del delito 21 %. Un estudio clásico realizado por la Rand Corporation (EEUU) mostró el aumento de impuestos por hogar que se necesitaría a mediados de los años 90 para reducir el delito en un 10 %: mayor encarcelación para delincuentes habituales \$ 228, supervisión del delincuente juvenil libre \$ 118, capacitación de los padres \$ 48, incentivos para que los jóvenes terminen la escuela \$ 32. Costaría casi ocho veces más reducir el delito aumentando las penas privativas de libertad, que aplicando las estrategias de prevención situacional.

³³ Sobre este tema, *vid.* José Ma. Rico y Laura Chinchilla: *Las reformas policiales en América Latina: situación, problemas y perspectivas*, Ed. CIPC, Instituto de Defensa Legal y Open Society Institute, Lima, 2006, pp. 123-201.

³⁴ Tal como se ha expuesto en las prácticas de muchos países de América Latina, Europa y demás países desarrollados.

³⁵ Desde 1995 se observa en la ciudad de Bogotá una disminución espectacular de las formas graves de criminalidad, en especial del homicidio, cuyas tasas pasan cerca de ochenta por cien mil habitantes en 1993 a 28 en el 2002 (en las demás grandes ciudades, las tasas rondaban este último año los cien casos por cien mil habitantes). Una caída similar se observa con respecto a las muertes por accidentes de tránsito.

³⁶ Se trata de un llamado de Gina Parody en art. colgado en la página de internet ginaparody.com con fecha 21 de septiembre de 2011 y titulado: «La basura y los espacios abandonados también contribuyen a la inseguridad», donde hace referencia a las teorías situacionales, planteando un

Las estrategias situacionales de prevención se sitúan no solo en Bogotá,³⁷ sino también en Medellín, con un enfoque netamente integral y en barrios críticos, como la recuperación del sector “El Cartucho” y el parque de los Reyes de España, en la población Santo Domingo.

El deterioro de la ciudad contribuye sin dudas al camuflaje de las bandas criminales, facilitando la comisión de delitos como el robo de celulares y la venta de drogas. Una de las estrategias aplicadas correctamente ha sido luchar por el desmantelamiento de *puntos negros* (edificios, galpones, lotes), que no son más que espacios que sirven de base a las estructuras criminales, lo que genera inseguridad en su entorno sirviendo de refugio a estos, muchos de los cuales han sido convertidos en lugares de uso público como multicanchas y plazas, incrementando los campos visuales y la vigilancia natural de los usuarios.

plan para mejorar la seguridad en Bogotá y donde aseguró que el control de los grandes delitos, debe empezar por el control de los pequeños delitos.

³⁷ Importante en estos logros el liderazgo ejercido por tres administraciones municipales: Antanas Mockus (1995-1997, 2002-2003) y la de Enrique Peñalosa (1998-2000). Mockus puso en práctica un discurso político y una forma de gobernar desconocida, a través de la pedagogía y la comunicación, armonizaba los sistemas reguladores básicos de los ciudadanos y la sociedad: la ley, la moral y la cultura.

Considerando la defensa de la vida como una prioridad, y partiendo de una doble hipótesis (la violencia homicida era un fenómeno generalizado que tenía su origen en la intolerancia, el uso de armas de fuego y el consumo de alcohol; la violencia intrafamiliar y el maltrato infantil eran la reproducción de la “cultura de la violencia”), aplicó medidas para desarmar a sus conciudadanos —entre ellas, la entrega de armas a cambio de bonos para regalos y la restricción del porte de armas de fuego los fines de semana y festivos.

Propició el consumo responsable de bebidas alcohólicas (mediante operativos policiales para verificar que los establecimientos nocturnos de la ciudad cumplieran con la reglamentación vigente, limitó los horarios de venta de alcohol en la noche, inició campañas para incitar a los ciudadanos que hubiesen bebido a entregar las llaves del vehículo a alguien que estuviese sobrio). En su segundo mandato, Mockus siguió desarrollando sus propias iniciativas de cultura ciudadana a través de campañas masivas y las de Peñalosa en materia de defensa y ordenamiento del espacio público.

En el reforzamiento territorial y la participación comunitaria se realizaron procesos de consulta ciudadana y posterior colaboración de la población en las faenas constructivas, lo que aumentó el vínculo de pertenencia de los habitantes con el proyecto.³⁸

El *Transmilenio*,³⁹ implementación y puesta en marcha del primer sistema de transporte urbano de pasajeros en autobuses articulados para circular por vías exclusivas, conformadas por agentes reguladores y gestores, implementado en la ciudad de Bogotá en tres fases a lo largo de cinco años, es otro ejemplo de este tipo de prevención, al realizar un sistema público que ha logrado disminuir en un 83 % los robos en el interior de los buses y sus paraderos, debido a una mayor presencia policial y ambiente agradable, limpio e iluminado que conduce al orden.⁴⁰

A su vez, la construcción de bibliotecas de acceso público ha incrementado el entusiasmo sobre la cultura y la educación, transformando las áreas en puntos limpios de violencia, seguros y con diseños arquitectónicos adecuados a las nuevas tecnologías de circuitos cerrados de televisión, monitoreo a través de señales que permiten no solo la intervención de la policía, sino también la implementación de medidas para la incautación de bienes por parte de la Fiscalía y mejorar la seguridad ciudadana.⁴¹

³⁸ Vid. D. Sansfaçon et al: *De la connaissance aux politiques de prévention de la criminalité et de sécurité collective: quel rôle pour quelle évaluation?*, Ed. CIPC, Montreal, 2002, pp. 14-27.

³⁹ Con un índice de satisfacción del 74 % frente al servicio, según la calificación otorgada por los usuarios, *Transmilenio* avanza en la recuperación de imagen y posicionamiento que había logrado y que le mereció el calificativo de *orgullo capital* y patrimonio de los bogotanos. Se logró superar el indicador de 64 % registrado en el primer semestre de 2004 (Consejo de Bogotá, Informe Estado de la Región, 2004). José María Rico: *Experiencias exitosas en materia de seguridad ciudadana*, 2008.

⁴⁰ El sistema de locomoción de Bogotá fue modelo de varios en la región, incluyendo *Transantiago* implementado en Santiago de Chile en 2004.

⁴¹ Con respecto a la experiencia de Bogotá, vid. V. Llorente María y Á. Rivas: «La caída del crimen en Bogotá: una década de políticas de seguridad ciudadana», en Lucía Dammert: *Seguridad ciudadana: experiencias y desafíos*, Ed. Red 14 URB-AL, Valparaíso, Chile, 2004, pp. 311-341.

Desde 1994 se inicia estrategia situacional en escuela y comunidad, Liceo Les Canuts, Vaulx-en-Velin, para reducir la violencia escolar y movilizar a organismos de la comunidad para convertir a la escuela en parte de ella, al tratarse de enseñanza secundaria con cuatrocientos veintiocho estudiantes, la mayoría con dificultades educativas, económicas y sociales, situada en un área suburbana de cuatrocientos cincuenta mil habitantes de los alrededores de Lyon, con niveles elevados de violencia verbal, física, y muy mala reputación en la comunidad; el 16 % de los alumnos eran extranjeros, sobre todo de África del Norte.

Se establecieron normas escolares claras y de derechos, y responsabilidades para estudiantes, padres y adultos; mediación; proyectos específicos para ayudar a la integración escolar de nuevos alumnos; desarrollo de actividades entre alumnos y maestros para mejorar la cohesión de la clase; alianzas con organizaciones comunitarias para prevenir la exclusión de los jóvenes y promover el trabajo juvenil.

Sustentado en el respeto y obediencia al personal trabajador dentro de la escuela, escuchar a los alumnos, tomar en atención sus opiniones y solicitudes, acordarles una mayor autonomía y responsabilidad, mantener la energía y eficacia, y adaptarse a nuevas necesidades y problemas. Intervienen la policía, las autoridades locales y la comunidad.

Resultados ya en 1999 de reducción de hechos violentos en un (60 %), violencia física contra adultos en un (100 %) y abusos verbales en un (50 %); la dis-

minución de las incursiones delictivas dentro de la escuela y de las expulsiones; el aumento de las distribuciones para el trabajo y la modificación favorable de la reputación de la escuela.

Consideraciones finales

1. La *sociedad de riesgo* identifica la realidad del siglo XXI ante un riesgo concordante con la realidad social inédita de cara a un nuevo enfoque y estrategia, lo que entraña una nueva prevención dentro de la cual discurre con protagonismo la prevención situacional haciendo menos atractivas para los delincuentes las acciones delictivas.
2. La inseguridad ciudadana devenida de la sensación social de incertidumbre propicia la oportunidad, que se erige definitivamente junto a las causas personales y sociales en causa de delito, dando paso a políticas de prevención centradas en la reducción de oportunidad, desarrollando una criminología práctica y teórica mucho más útil al actuar en escenarios más próximos al acto delictivo lo que incide en su reducción inmediata.
3. Prevenir mediante la situacionalidad significa que la persona es la máxima responsable de su seguridad al hacer casi imposible el éxito de la conducta delictiva, lo que entraña conocer las debilidades propias, cambiando el entorno, dificultando la vía al objeto e impidiendo la conducta delictiva. Un fallo en su aplicación no es más que un fallo en sí mismo, que obliga a instruirse en el arte de cuidarse realmente bien. No está ceñida a una familia de delito, bien es aplicable a muchos y no solamente al delito "oportunisto" o relacionado con la adquisición de objetos, sino a delitos más calculados o motivados y aquejados por contingencias situacionales.
4. La crítica fundamental a la prevención situacional viene dada por el desplazamiento que ocurre una vez aplicadas las medidas de reducción de oportunidad, sin embargo este no significa que las mismas no hayan obtenido resultados y beneficios en la reducción del delito.

⁴² Vid. las siguientes publicaciones del Centro Internacional para la Prevención de la Criminalidad (en adelante CIPC), que contienen una abundante bibliografía sobre el tema: Daniel Sansfaçon y Brandon Welsh: *Digesto de la prevención del delito II. Análisis comparativo de políticas exitosas en materia de seguridad ciudadana*, dirigido por Irvin Waller, Ed. CIPC, Montreal, 1999, pp. 27-63; Margaret Shaw: *Invirtiendo en los jóvenes: políticas internacionales para prevenir la delincuencia y la victimización*, Ed. CIPC, Montreal, 2001; Margaret Shaw: *Promover la seguridad en las escuelas: acción y experiencias internacionales*, Ed. CIPC; Montreal, 2001; David Hicks y Daniel Sansfaçon: *Prevenir el desvalijamiento residencial y los robos con violación de domicilio*, Ed. CIPC, Montreal, 2001; y Olivier Barchecheat: *La prévention des cambriolages résidentiels: quelques enseignements tirés d'une approche comparée*, Ed. CIPC, Montréal, 2006. Estas publicaciones pueden ser consultadas en www.crime-prevention-intl.org.

El *droit de suite* de los autores de obras plásticas y el régimen jurídico del matrimonio. Especial referencia a la realidad cubana

ANA MARÍA PEREDA MIRABAL

BÁRBARA TAMARA ÁGUILA DÍAZ

1. El Derecho de Autor y la comunidad matrimonial de bienes

La estrecha relación entre las facultades que integran el Derecho de Autor es innegable, ambas facultades, morales y patrimoniales, se complementan. Sin embargo, pese a esta estrecha interrelación entre contenido económico y personal, no se debe considerar que tales facultades formen parte de la comunidad matrimonial de bienes, sin dejar de reconocer que no estamos ante un tema zanjado, principalmente en su arista patrimonial, por ser estas facultades las que en la práctica ofrecen más dudas con respecto a su inclusión o no dentro del patrimonio que los cónyuges mantienen en común.

Según Lacruz, el derecho de propiedad intelectual no puede ser considerado como un simple valor pecuniario, habiendo de tenerse en cuenta, al contrario, los estrechos vínculos que lo atan a la personalidad de su autor. Como fórmula práctica para conjugar los opuestos intereses del autor y del consorcio, cabe pensar que el derecho patrimonial de autor solo se hace común en el momento en que se traduce, para su titular, en consecuencias pecuniarias, y solo en cuanto a estas consecuencias, entendiendo que, una vez agotada, la obra ha vuelto a su estado de manuscrito.¹

«Y esa especial naturaleza es la que impone que la obra de creación espiritual no deba ni pueda ser incluida en la comunidad o sociedad conyugal, aunque sí su rendimiento económico, porque la obra intelectual está unida esencialmente al talento y al espíritu de su creador y, contemplada en su conjunto, es incomunicable».²

¹ Lacruz y Albaladejo: *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, p. 506.

² M. Batlle: «El Derecho de autor y la sociedad de gananciales», p. 210.

Afirma Doménech siguiendo el criterio de los autores anteriores que, el derecho propio del autor, el moral, así también los derechos de explotación exclusivos, como el de reproducción, son pertenencia del autor. Sin embargo el otro cónyuge puede participar de la existencia del derecho patrimonial en el momento en que este se traduce en beneficio económico, ya que dichos ingresos van a parar a la masa ganancial.³

Siguiendo la línea doctrinal de estos autores consideramos que al surgir el derecho del autor con el acto mismo de creación, si no se está ante un supuesto de coautoría entre cónyuges no es propicio alegar que por el solo hecho de la relación marital uno de los miembros de la pareja tenga que aprovecharse del trabajo de creación intelectual⁴ del otro, caso distinto sería considerar que los rendimientos de esta actividad intelectual se transmitieran o formaran parte de dicha comunidad, pues en tal supuesto englobaríamos las rentas y frutos provenientes del trabajo de creación intelectual y no de derechos autorales.

Este ha sido el criterio seguido por cuerpos normativos como el español, pues acoge la idea de que las facultades morales y patrimoniales son exclusivas del autor, al establecer en el artículo 1345 de su ley sustantiva que son privativos: los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles *inter vivos*, identificando dentro de la primera categoría a los derechos económicos o de explotación regulados en los artículos 17, 24 y 25 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, y en la segunda la facultades personales recogidas en el artículo 14 del propio cuerpo legal.

La legislación autoral cubana es omisa al respecto, limitándose en su artículo 11 a reconocer como *autor* al que crea la obra, a quien además le otorga la titularidad

³ J. Ortega Doménech: *Obra Plástica y Derecho de Autor*, p. 210.

⁴ Es pertinente precisar que los términos *trabajo intelectual* y *trabajo de creación intelectual* no son totalmente coincidentes, en el primer caso se refiere a la labor que realiza una persona desde el punto de vista intelectual, tarea que puede demandar una actividad técnica especializada, pero que no necesariamente implica un acto de creación, sino que es una faena que para realizarla precisa de ciertos conocimientos o destrezas. Por su parte el trabajo de creación intelectual también es realizado por una persona natural, pero difiere del antes explicado en el sentido de que el producto final es una creación original, que lleva implícita la impronta de su personalidad o sea un bien inmaterial que demanda protección por las normas de Derecho de Autor.

de las facultades previstas en el artículo 4, de lo que se pudiera interpretar que concede el carácter de *propio* a los derechos autorales.

Con respecto al régimen económico del matrimonio, de acuerdo con los elementos que lo caracterizan, doctrinalmente puede ser: de absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido, haciéndose este último propietario de todos los bienes de aquella; de comunidad de bienes, pasando a formar los bienes de ambos cónyuges un fondo común de propiedad absoluto -si se incluyen todos- o relativo -si se incluye una parte de ellos-; o de separación de bienes -si cada cónyuge continúa siendo propietario de sus bienes presentes e incluso de los que adquiera durante el matrimonio, pudiendo tener también el carácter de régimen absoluto o relativo. De acuerdo con su origen, este régimen puede ser: *convencional*, si los cónyuges pueden libremente decidir el régimen que regirá su matrimonio dentro de un límite más o menos amplio; *legal*, cuando es la ley la que impone el régimen que regirá el matrimonio sin que los cónyuges puedan sustraerse de ese mandato legal; o *mixto*, cuando los cónyuges pueden pactar el régimen matrimonial y en todo lo que ellos no previeron se atenderá a lo que establece la ley, teniendo esta última un carácter supletorio.⁵

El sistema mixto fue el que estuvo vigente en Cuba durante la aplicación del Código Civil español, hasta la entrada en vigor del Código de Familia en 1975. Cuerpo legal que, sin hacer un pronunciamiento expreso e interpretando sus preceptos no parece sustentar un criterio que tienda a considerar las facultades autorales como comunes, a saber habla de bienes muebles e inmuebles, dando idea en todo momento de la existencia de un derecho de propiedad, lo cual se aleja del objeto de protección de los derechos de propiedad intelectual que, como es sabido, son los bienes inmateriales; por otra parte cuando hace referencia a la administración de los bienes comunes, se señala que puede hacerse indistintamente por cualquiera de los cónyuges. En tal sentido conocido es que el autor goza de amplias facultades sobre su obra, de ahí que una administración del tipo que propugna este Código se opone a la libertad de ejercicio de las facultades autorales por parte de su titular.

Además, como señalan las profesoras Santana Calderín y Valdés Díaz el Código de Familia utiliza el

presente para describir los bienes comunes y esto es contradictorio con la futuridad que se refleja en los derechos de autor y otra razón que exponen es la contraproducencia.⁶

Llevado este análisis al plano de la obras plásticas podemos afirmar que la discusión se agudiza, por las especiales características que poseen tales obras, a saber la fijación de estas obras en un soporte material es esencial para acceder a la protección autoral, y así ha sido reconocido por el *Convenio de Berna* y por las legislaciones nacionales de los diferentes países.⁷ De ahí, una de las características más relevantes de la obra plástica: la *unicidad*, que significa la existencia de una íntima relación entre la creación como obra del intelecto humano y el soporte material en que esta se exterioriza, es decir entre el *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum*, como doctrinalmente se conoce.

Autores como Rogel Vide, Doménech y Rams Albesa hacen un análisis legislativo de lo preceptuado en el Código Civil español, artículos 1347-1346, y refieren el carácter privado de las obras plásticas. En tal sentido señalan que cuando la obra se crea en un momento anterior al comienzo de la sociedad, no existen dudas de que tales creaciones engrosan la fila de los llamados *bienes privados*, suscitándose las grandes dificultades en aquellos supuestos en que el trabajo creador hace que la obra surja en momentos en que el autor ya ha formalizado la unión.

La obra creada en constante matrimonio, debido a su unicidad que impide la separación entre la obra y el soporte so pena de que la misma se destruya, deberá ser considerada como un *bien propio*.⁸ El derecho de

⁶ *Idem.*, p. 202.

⁷ El *Convenio de Berna* en su art. 2.2 establece que se reserva a las legislaciones de los países de la Unión, la facultad de establecer que «las obras literarias y artísticas o algunos de sus géneros no estarán protegidos mientras no hayan sido fijados en un soporte material». La ley española regula en su art. 10 la protección de la obra expresada con la ayuda de cualquier medio o soporte, tangible o intangible, conocido actualmente o que se invente en el futuro. En este mismo sentido se pronuncian las legislaciones de Francia, Italia y Portugal en sus respectivos arts. L.112-1, 1 y 2. La ley autoral cubana señala en su art. 2 las obras a las que se refiere el derecho de autor que regulan sus preceptos «cualesquiera que sean sus formas de expresión».

⁸ Aun cuando rige el principio de *independencia* entre la obra y el soporte, el hecho de que la primera no pueda existir sin la segunda refuerza su carácter de *bien propio*.

⁵ M. A. Santana Calderín y C. del C. Valdés Díaz: «El régimen económico del matrimonio en el Derecho de Autor», pp. 196 y 197.

propiedad que se ostenta sobre el soporte material estará supeditado a los derechos de autor irrenunciables que el creador posee sobre su obra.

En Cuba la legislación (Código de Familia) es totalmente omisa, con relación al carácter (propio o común) de la obra plástica, tornándose más aguda la polémica a la luz de la presunción del artículo 31 sobre los bienes comunes, cuestión que se pudiera salvar a través del análisis de los caracteres de las obras plásticas y el tratamiento que a las mismas les da el artículo 21 de la Ley 14/77, en el que se establece que el adquirente de la obra solo ostentará la propiedad sobre el objeto material, conservando para sí el autor las facultades autorales.

«De acuerdo con el análisis de las características de la obra de arte y el tratamiento que en la ley especial se le concede, está en el espíritu aunque no en la letra de la ley, una suerte idéntica a la de los derechos que genera su existencia».⁹

No se debe olvidar en estos casos el principio de *subrogación real*, si una obra plástica es vendida, el dinero será bien propio y no común, en ningún caso deberá considerarse el precio de la obra enajenada como un fruto o renta, simplemente se está sustituyendo un bien por otro, por lo que si el bien que se transfiere tiene el carácter de *propio* la suma dineraria obtenida no tiene porqué no tener igual categoría.

Este parece ser el sentido del artículo 1346.3 del Código Civil español que consagra el carácter de *privativos* a aquellos bienes «adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos» y, del artículo 32.2 del Código de Familia cubano donde se lee: «Los adquiridos durante el matrimonio por cada uno de los cónyuges, (...) sustitución de un bien por otro».

Compartimos el criterio de las autoras Santana Calderín y Valdés Díaz sobre la delimitación y alcance en sede autoral de lo preceptuado en el artículo 30.1 del Código de Familia, el cual establece como *comunes* cualquier clase de ingresos que ambos cónyuges o uno de ellos obtenga durante el matrimonio producto del trabajo.

«Sobre el particular las autoras refieren que las facultades de explotación del autor y los ingresos que se derivan de la utilización de la obra no son ingresos producto del trabajo, ni tampoco en este caso frutos

que la obra produce, sino que resultan ser ingresos que se obtienen por un principio de subrogación por adquisición, es decir el dinero o el crédito se genera a costa de un bien propio del autor».¹⁰

Caso distinto es el de la persona que compra el soporte material de una obra plástica, a quien la adquisición del soporte material no le confiere ninguna de las facultades patrimoniales que ostenta el autor para la explotación de la obra, pues como se ha descrito solo obtiene un bien material. Es por ello que si el soporte lo adquiere mediante un contrato de compraventa (ya sea concertado directamente con el autor o un tercero), por tratarse de una adquisición onerosa, lógicamente pertenecerá a la Comunidad Matrimonial de Bienes (artículo 30.2 del Código de Familia) a tenor de lo establecido en el artículo.¹¹

Ni en el Código de Familia ni en el Civil existe precepto alguno que coadyuve a la protección del Derecho de Autor de forma específica, lo que denota la falta de previsión legal sobre cuán importante resulta la regulación adecuada de los derechos sobre bienes inmateriales para el desarrollo sociocultural, jurídico y familiar de la sociedad.

2. Apuntes generales sobre el *droit de suite* o derecho de participación de los autores de obras plásticas

El *droit de suite* es una facultad patrimonial inalienable del autor de obras plásticas o sus sucesores *mortis causa* que les permite obtener una parte o porcentaje del valor que alcanza la obra original después de su primera enajenación por las sucesivas reventas de la misma en subasta públicas o siempre que tales transmisiones se produzcan con la intervención de un comerciante.

Aun cuando históricamente esta facultad no fue otra cosa que una respuesta jurídica a las circunstancias desventajosas en que se encontraban los pintores como creadores de las obras, en la actualidad su fundamento y finalidad se han redimensionado pues no solo se benefician de él los autores menos

⁹ M. A. Santana Calderín y C. del C. Valdés Díaz: *Op. cit.*, p. 207.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ El art. 30 del Código de Familia dispone que se considerarán *comunes* «los bienes y derechos adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición por la comunidad o para uno de los cónyuges».

solventes y sus familiares, sino que se ha entendido como un derecho inalienable del creador intelectual con independencia de su situación económica.

En cuanto a su naturaleza jurídica como facultad patrimonial de simple remuneración que nace en cabeza de los autores de obras plásticas, partimos de reconocer que resulta indiscutible el beneficio económico que este derecho aporta a sus titulares, por lo que somos del criterio de que continúa siendo una construcción patrimonial por estar en estrecho vínculo con la explotación económica de la obra y no con el creador propiamente dicho.

Este carácter patrimonial le viene atribuido de igual forma no porque el autor directamente proceda a la explotación de su obra, como suele suceder con el derecho de reproducción o el de transformación, sino por el aprovechamiento que de ellas hacen terceras personas, resultando procedente que los autores, por el solo hecho de haber creado la obra, se beneficien con los dividendos que se deriven de la explotación económica que de la misma se haga.

La titularidad de este derecho será en consecuencia del autor de la obra y en su defecto de sus herederos, al menos en principio, pues nada obsta para que se produzca la transmisión *mortis causa* de tal facultad a otros sucesores testamentarios como pueden ser los legatarios.

«La doctrina sostiene que el obligado a pagar o sujeto pasivo en la relación jurídica será el vendedor, quien en su calidad de propietario de la obra sufre una limitación en lo que atañe al derecho de disposición de la misma».¹²

No obstante, muchos países para facilitar y simplificar la recaudación del derecho de participación han regulado en sus normas la posibilidad de responsabilizar únicamente a los profesionales que intervienen en la operación, es decir trasladar la responsabilidad de cumplimiento de la obligación a esos agentes o titulares de establecimientos mercantiles o subastadores que participan en la reventa, en aras de lograr que el vendedor no se encuentre en la obligación de tener que responder ante el artista por una cantidad que no percibe.

En sentido general se puede argüir que al igual que el resto de los derechos de autor y siguiendo las pautas trazadas por el *Convenio de Berna*, en su artículo 7 en

relación con el 14, la protección conferida a los autores para gozar de las prerrogativas del *droit de suite* así como al resto de los titulares del mismo (entiéndase *causahabientes*), estará vigente toda la vida del autor más el plazo de protección que *post mortem* reconozcan las legislaciones nacionales a sus causahabientes.

Reflexiones sobre la pertinencia o no de considerar el *droit de suite* un derecho integrante de la Comunidad Matrimonial de Bienes en Cuba

Atendiendo a lo antes expuesto cabe preguntar: ¿Se puede considerar el *droit de suite* un derecho integrante de la Comunidad Matrimonial de Bienes?

El *droit de suite* es un mecanismo económico compensatorio que se erige como una facultad patrimonial del autor de obras plásticas, está intrínsecamente ligado a la creación intelectual y a la persona del autor, como se ha explicado. Este derecho de participación permite al autor obtener ganancias porcentuales de las reventas públicas sucesivas que de su obra se haga en subastas, galerías o con la intervención de un marchante, de lo cual se colige que hay un incremento de valor que será percibido por el autor o sus causahabientes. Nada más parecido a un fruto civil.

Partiendo de este análisis es válido considerar que ese por ciento que obtiene el autor por las ventas sucesivas de su obra es un *fruto civil*¹³ que produce un bien propio. De ahí que podamos considerar tales ganancias, no así la facultad que estará siempre en cabeza del autor, como un bien común perteneciente a la comunidad matrimonial de bienes.

En el contexto nacional, este derecho no tiene reconocimiento legal en la Ley 14/77, no obstante de reconocerse y atendiendo a la cuestión analizada, la naturaleza común de estas ganancias obtenidas por el artista plástico puede encontrar respaldo legal en el artículo 30 inciso c del Código de Familia, es decir tales ingresos no son producto del trabajo de los cónyuges, ni deben ser enmarcados dentro de la categoría *trabajo intelectual* y con ello pertenecientes a la comunidad, pues sabemos que no toda labor que se realice con el intelecto deriva en una creación, sino que los dividendos monetarios que se obtienen en virtud del *droit de suite* parten de la

¹² C. Mouchet y S. A. Radaelli: *Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas*, p. 102.

¹³ Vid. O. Rivero Valdés: *Temas de derechos Reales*, p. 90.

explotación económica de un bien que es propio del autor (la obra plástica), configurándose como frutos percibidos o devengados durante el matrimonio.

Bibliografía

- Batlle, M.: «El derecho de autor y la sociedad de ganancias», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, t. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1976, p. 210.
- Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y artísticas*, Publicaciones OMPI, No. 223 (ss), Ginebra, 1999.
- Código Civil de la República de Cuba*, Ley 59 de 16 de julio de 1987, vigente desde 12 de abril de 1988, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1988.
- Código de Familia de la República de Cuba*, Ley 1289 de 1975, vigente desde 8 de marzo de 1975, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1999.
- Lacruz y Albaladejo: *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Ed. Bosch, Barcelona, 1963.
- Lacruz Berdejo, J. L. et al: *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. Parte general. Teoría general del contrato*, vol. 1º., 3ª. ed. (revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández), Dykinson, Madrid, 2003.
- Lazarte Alvarez, C.: *Principios de Derecho Civil*, t. 4, 7ª. ed., Ed. Reus, Madrid, 2007.
- «Ley sobre Derecho de autor cubana, Ley 14 de 28 de diciembre de 1977», en *Gaceta Oficial*, Edición Ordinaria, La Habana, 1977.
- Mouchet, C. y S. A. Radaelli: *Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas*, t. 2º., Ed. Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1948.
- Ortega Doménech, J.: *Obra Plástica y Derecho de Autor*, Ed. Reus y Aisge, Madrid, 2000.
- Pérez De Castro, N.: *El derecho de propiedad sobre obras de arte y el derecho de autorial respecto de la obra*, AC, 1987.
- Rivero Valdés, O.: *Temas de derechos reales*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2003.
- Rodríguez Tapia, J. M. (coord.): *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Texto Refundido, Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril*, Ed. Arazandi, Pamplona, 2007.
- Rogel Vide, C.: *Estudios completos de propiedad intelectual*, vol. 3º., Ed. Reus, Aisge y Aseda, Madrid, 2000.
- Roselló Manzano, R.: «Las obras plásticas con pluralidad de autores», en Carlos Rogel y Caridad Valdés (Dirs.): *Obras originales de autoría plural*, Ed. Reus, Aisge y Aseda, Madrid, 2012, pp. 66-69.
- Sánchez Calero, F. J. et al: *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de Familia y Sucesiones*, 3ª. ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Santana Calderín, M. A. y C. del C. Valdés Díaz: «El régimen económico del matrimonio en el Derecho de autor», en *Selección de Lecturas de Derecho de Autor*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2005, pp. 189-208.
- Serrano Gómez, E.: *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*, Ed. Reus y Aisge, Madrid, 2000.
- Vicente Domingo, E.: *El droit de suite de los artistas plásticos*, Ed. Reus, Madrid, 2007.

El control de orden público internacional al Derecho extranjero en los procesos civiles y de familia.

¿Función constitucional?

DRA. ODETTE MARTÍNEZ PÉREZ*

Reflexiones iniciales

El Derecho Internacional Privado¹ desde un punto de vista normativo recurre, para determinar el Derecho aplicable, a la totalidad de normas que lo integran: indirectas o de conflicto; directas o materiales y las internacionalmente imperativas o de policía; para la aplicación o no del Derecho extranjero en aquellos casos que se trate de relaciones jurídicas privadas internacionales.

Puede ocurrir que el resultado que brinda el Derecho extranjero no sea compatible con los principios económicos, políticos y sociales de determinado ordenamiento jurídico. Por lo tanto, surge la interrogante de si se admite la aplicación de leyes de otros Estados cuando su contenido es incompatible con el Derecho del foro. De ahí la necesidad de adaptar la solución brindada por la norma de DIP en acoger o no el Derecho extranjero para dar solución al caso en cuestión, sin que ello represente vulnerar intereses estatales.

Es el caso de la aplicación de la excepción de orden público internacional, que evita el funcionamiento de la norma indirecta porque la solución de la ley extranjera es contraria al Derecho del país que conoce del asunto. Esta constituye una excepción que opera para proteger la organización y valores de determinada sociedad, contenidos solo en las normas constitucionales. A tal efecto, el orden público internacional solamente interviene en atención al caso concreto una vez que ha quedado probado el Derecho extranjero, y para verificar el posible efecto negativo que pudiera producir su aplicación.²

A partir de un estudio comparado preliminar se constató que en determinados países no está previsto el control judicial al Derecho extranjero con un enfoque de orden público. Los órganos que ejecutan el control constitucional, se encargan de la constitucionalidad de los tratados, obviando el tema del Derecho extranjero. De lo contrario, se realiza el control constitucional del mismo sin que los diversos sistemas de control lo permitan, teniendo que someter a un proceso de constitucionalidad diferente al que se presenta en el caso del Derecho extranjero, la cuestión de orden público a lo que Cuba no escapa, solamente el del *judicial review*, permite un efectivo control de orden público.

Por ello en este artículo nos proponemos analizar las funciones constitucionales desde una perspectiva teórica, para luego estudiar el orden público internacional desde la perspectiva del DIP, y como contenido de las normas constitucionales para finalmente abordar el control de orden público como función constitucional.

I. Las funciones constitucionales desde una perspectiva teórica

La determinación de las funciones de la Constitución no es solo un problema doctrinal, afecta directamente la realización de sus postulados normativos. Si la acción social de un fenómeno está directamente condicionada por su propia esencia, el análisis de la Constitución en su integridad, en tanto fenómeno complejo o múltiple, nos lleva a admitir que, además de prescribir el deber ser jurídico-político, actúa además en lo ideológico-cultural, social y económico, lo que la hace ser peculiar respecto a las disposiciones normativas infraconstitucionales y marca además la singularidad de sus funciones respecto a los ordenamientos jurídico-políticos y la sociedad civil en general.

La definición de sus funciones no ha de limitarse a las esferas posibles de influencia jurídica, sino respecto a las acciones sociales que puede y debe desarrollar a fin de conservar su supremacía en el ordenamiento político-jurídico de la sociedad, como norma viva, práctica, de aplicación directa.³

* Licenciada en Derecho. Profesora Auxiliar de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente. Dr. Ciencias Jurídicas

¹ En lo adelante DIP.

² Alfonso Luis Calvo Caravaca, y Javier Carrascosa González: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª. ed., 2011/2012, p. 434.

³ Funciones de la Constitución. Martha Prieto Valdés. Consultado en https://www.nodo50.org/cubasigloXXI/politica/prieto6_301102.htm, 15/11/2016, 10:30 am.

Ciertamente el objetivo de los primeros textos y declaraciones fue fijar límite al ejercicio del poder.⁴ Además de organizar jurídicamente el aparato de poder y establecer sus funciones y facultades, al definir el ámbito de actuación legal de los individuos en la sociedad constituye un límite formal respecto a las facultades y atribuciones que se le reconocen a las partes de la relación Estado-individuo, por cuanto las define.

La Constitución, es el documento superior y tope de la pirámide del ordenamiento jurídico, carácter que la diferencia del resto de las disposiciones existentes en una determinada sociedad, como tal han de ser asumidos sus contenidos normativos, principios y valores por los creadores y operadores del Derecho, así como por la población en general. Esta noción de la Constitución como límite formal la reafirma en su supremacía normativa e incide directamente sobre la eficacia del ordenamiento jurídico.

De otra parte, en tanto parte especial del fenómeno jurídico, las Constituciones, a través de su preceptiva, al definir jurídicamente las relaciones, instituciones y actores que son básicos en esa sociedad fijan mandatos de ineludible cumplimiento so pena de vulnerar el orden jurídico en general. Estimamos que más que límite material, actúa como límite a la vez que garantía formales, lo cual permite emplearla como instrumento para el control jurídico del juego de poder,⁵ o respecto al cumplimiento de las facultades constitucionalmente previstas para cada uno de los órganos de poder estatal,⁶ así

como también en cuanto al nivel de desarrollo de las relaciones sociales en las esferas político y económicas, o al ámbito de realización de la personalidad humana.

Por ello, la consideración de la Constitución como fenómeno jurídico supraordenador, teniendo en cuenta los contenidos propiamente constitucionales, lleva a reconocerle la función de guía respecto a las demás ramas del Derecho, aportando los criterios para la creación y los hermenéuticos orientadores para la interpretación del Ordenamiento jurídico en su conjunto.

De ahí que autores como Fernández Rosas y Sixto Sánchez Lorenzo,⁷ conciben las normas constitucionales como el referente para la elaboración de las normas conflictos y para la interpretación de los casos en materia de DIP, como detentoras de valores, principios y normas que constituyen el orden público internacional, que solamente es activado al amparo de las normas constitucionales.

En ese sentido, es que Prieto Valdés explica se desarrolla como *parámetro*⁸ que determina el contenido de las leyes ordinarias y, por lo tanto, una vía para el control del legislador y de la administración por los órganos especialmente reconocidos para ello. Asimismo, por los jueces durante el proceso de aplicación de las leyes en cuanto detectan las antinomias existencias o los vacíos legales. Aquí las Constituciones, en cuanto a sus valores y principios, aportan las pautas para la solución de los casos que conocen, tanto por vía de aplicación directa del texto fundamental como mediante los recursos y cuestiones de constitucionalidad. Ciertamente, no puede obviarse que ella es condicionada, pero también condiciona un determinado orden a través de los contenidos propiamente constitucionales, de ahí la importancia que tiene la forma en que esos contenidos se regulen, por cuanto ello obliga a la consideración de estos factores en el momento de su interpretación por los órganos de poder en el acto de creación jurídica, como por el aparato judicial en la solución de conflictos.

⁴ *Idem*.

⁵ M. Aragón: «El Control como elemento inseparable del concepto de Constitución», en *Revista española de Der. Constitucional*, pp. 15-52. Destaca que este carácter aparece en la doctrina anglosajona desde sus orígenes, no así en la continental europea, lo cual fija después de la segunda postguerra y se fundamenta en Hesse, quien admite este carácter para las constituciones que se quieran dotar de operatividad y en Böckenförde cuando afirmó que tal función se corresponde con un tipo específico de Constitución y para lo cual reclama una teoría del control constitucionalmente adecuada. Kelsen: ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, p. 5. Apuntó que el reclamo político jurídico de garantía de la Constitución responde al principio de máxima juridicidad de la función estatal, lo cual debe ser asegurado mediante el control que anule los actos contrarios, debiendo crearse una institución especial de manera que dicho control no pueda ser transferido al órgano cuyos actos deben ser controlados.

⁶ Aún cuando el reconocimiento de tal función tuvo como fundamento la división de poderes, como garantía de la libertad individual y reflejo de la existencia de una Constitución que

estableciera los límites (ver DDHyC de 1789, art. 16 y Constitución EEUU, art. 3), nada niega que pueda ser utilizado en sistemas con diseños políticos diferentes.

⁷ José Carlos Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lorenzo: *Curso de Derecho Internacional Privado*, p. 24.

⁸ Función reconocida por K. Hesse: *Escritos de Derecho Constitucional* (selección), pp. 50-54.

Coincidiendo en ese punto *ius* privatistas y constitucionalistas, visto desde esta perspectiva y al concebir las normas constitucionales como las depositarias del orden público internacional, es menester analizar si el orden público internacional pudiera concebirse como una nueva función constitucional o es absorbida por las anteriores, que muchos han definido como: *protectora, jurídica e ideológica*. Ciertamente, para el Derecho Internacional Privado es válida la denominada *función jurídica* y puede definirse a la función constitucional de orden público internacional, como la norma contenedora que ampara la aplicación de la excepción de la misma.

II. El orden público internacional desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado

En síntesis, más allá de sistemas de reconocimientos, el DIP hipermoderno posee como eje cardinal el principio en defensa de los derechos humanos, con sus características nuevas de: abandono del principio de armonía internacional de soluciones en función de una metodología ecléctica, la relativización axiológica de las soluciones, la neutralidad, la flexibilidad, la especialización, materialización y a su vez concebido como canal intercultural, planteándose el eclipse del principio de orden público internacional. Los *ius* privatistas más destacados, guardan el mismo y las normas Constitucionales, con el control e inciden en la construcción de los ordenamientos jurídicos *ius privatistas* de cada Estado, sentando criterios de interpretación y aplicación.

En el DIP, la noción de orden público impide:

- Aplicación de leyes extranjeras.
- Que se reconozcan ciertos actos celebrados en el exterior.
- Que se ejecuten sentencias dictadas en otros países.

La noción de *orden público*, debe tener un acotado ámbito de vigencia, porque la no aceptación del Derecho extranjero en un Estado, involucra un reproche en dogmática jurídica y una censura a los derechos humanos de una persona, puesto que todo sujeto tiene derecho a la protección de sus derechos subjetivos, en cualquier nación donde resida, transite, consuma o comercie.

Jacob Dolinger⁹ señala que desde un punto de vista universal, se justifica ese funcionamiento del Derecho interno sobre el extranjero a efectos de garantizar determinadas reglas jurídicas; es decir, que no sean derogados principios esenciales de un ordenamiento jurídico por otro ordenamiento foráneo o por voluntad de las partes. Las materias, donde se localiza la exclusión del Derecho extranjero, por vía del orden público, están referidas a protección de menores, actos de los incapaces, aspectos de familia, de economía nacional y en general institutos civiles y comerciales que constituyen la publicización del Derecho privado. En suma: hay ciertas áreas privadas en las que el Estado brinda una protección especial y no admite que se la derogue por vía de la ley extranjera o voluntad particular.

El orden público internacional tiene por función, defender los valores del Derecho propio contra el extranjero que en sí resulta aplicable según las normas del DIP. Puede ser que se considere aplicable el Derecho propio referente a determinados temas (aplicación *apriorística*) o puede ser que se examine desde el punto de vista de la compatibilidad de sus valores con el Derecho propio, rechazando el primero y aplicando el segundo en el caso de incompatibilidad (aplicación *a posteriori*).¹⁰

Esa tesis, tiene su fuente en la escuela italiana de Pascual Mancini,¹¹ quien concebía la noción del orden público, como una competencia propia de cada nación y que era absolutamente normal y razonable que así funcionase. Por otro lado, estaba Carlos Federico Savigny,¹² para quien el orden público no era un elemento fundamental ni prioritario, por el contrario lo juzgaba como un remedio excepcional, que excluía el Derecho extranjero a supuestos graves que conmovieran los principios del ordenamiento jurídico de un Estado.

En el DIP actual aunque una ley extranjera esté designada para regular una situación privada internacional, no por ello resultará competente, pues será objeto del test de coexistencia o de compatibilidad, es decir, su necesaria evaluación con respecto a principios

⁹ Jacob Dolinger: *Direito Internacional Privado. Parte General*, p. 404.

¹⁰ Werner Goldschmidt: *Derecho Internacional Privado. Derecho a la Tolerancia*, p. 246.

¹¹ Humberto Fernando Ruchelli y Horacio Carlos Ferre: *El Orden Público. En general y en el Derecho Internacional Privado*, pp. 36 y 37.

¹² *Idem*.

informadores y formadores del ordenamiento jurídico nacional y de Derechos fundamentales contenidos en la Constitución Nacional.¹³

Cuando la ley extranjera afecta el orden público internacional se presenta el problema cuál es el Derecho aplicable. Ese inconveniente debe ser analizado con mucho cuidado, porque no corresponde que toda incompatibilidad sea la causa para excluir el ordenamiento jurídico extranjero, sino que la afectación debe ser grave y en un aspecto importante.

Es así que se identifica como *limitación* a la aplicación del Derecho extranjero, es decir, que al una norma contradecir el orden público, no puede ser aplicada y ha de buscarse una solución en pos de ello. En ese caso, puede adoptarse alguna de las siguientes medidas:

- a. Buscar en el Derecho extranjero otra solución que no afecte el orden público o indagar un Derecho más adecuado pudiendo recurrirse a la costumbre o *lex mercatoria*.¹⁴ Es decir, respetando la extraterritorialidad del Derecho Extranjero, dar una solución prescindiendo del Derecho doméstico y aplicar otra regla próxima de fuente extranjera u otra con fuente en un tratado interna-

¹³ María Susana Najurieta: *Orden público internacional y Derechos fundamentales del niño* (Ley 1997-B, 1436). Raúl Ramayo y Perugini De Paz y Geuse: *El control de constitucionalidad y el Derecho extranjero aplicable. Un enfoque normativo* (Ley 1988-A, 968).

¹⁴ Entre los autores que siguen la primera tesis encontramos: Werner Goldschmidt: *Derecho Internacional Privado. Derecho a la Tolerancia*, p. 246. Alfredo Mario Soto: *Temas Estructurales del Derecho Internacional Privado*, p. 116. Nadia Araujo: *Directo Internacional Privado. Teoría e Prática Brasileira*, p. 100. Con más precisión, lo que indica la profesora Araujo es que debe establecerse con racionalidad, por medio de la teoría de la argumentación y de derechos fundamentales como elementos de guía, una norma aislando la perturbación que hace al orden público. Cecilia Fresnedo de Aguirre: *Curso de Derecho Internacional Privado*, p. 277; mientras que la segunda es la preferida por Inés Weinberg: *Derecho Internacional Privado*, p. 143. Jacob Dolinger: *Direito Internacional Privado. Parte General*, p. 408. Mario Ramírez Necochea: *Derecho Internacional Privado*, p. 125. Ramón Silva Alonso: *Derecho Internacional Privado*, p. 147. Carlos Espugues Mota y José Luís Iglesias Buhigues: *Derecho Internacional Privado*, p. 199. José Carlos Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lorenzo: *Curso de Derecho Internacional Privado*, p. 485.

cional que ordene la materia en cuestión, dejándose como solución última acudir al Derecho nacional.

En esta tendencia destacamos la opinión de Araujo, que precisamente conecta el asunto con la constitucionalidad y explica que la noción de *orden público internacional* se encontraba en estado de casi extinción y que se producía por tres razones: (a) porque la globalización planetaria generaba una mayor tolerancia para aceptar soluciones jurídicas no solo distintas a las nacionales sino aún desconocidas; (b) esa tolerancia se traduce en admitir nuevos paradigmas culturales y jurídicos y (c) específicamente en el mundo de los negocios los grupos empresarios imponen sus prácticas.

- b. Un segundo criterio alude a recurrir al Derecho nacional para reemplazar el extranjero apartado.

En este sentido el reconocimiento de los derechos y principios constitucionales debe ser la guía de información e interpretación de lo que será considerado como *orden público*, asentando la superioridad de los derechos humanos y principios constitucionales como base teórica que desarrollan efectos horizontales en los contenidos del ordenamiento jurídico.¹⁵

La plenitud de acceso al ordenamiento jurídico, debe juzgarse con criterios de actualidad y aplicando todo nuevo principio o regla jurídica que sea eficaz.

El otro de los dilemas en que teoría y práctica se unen es en el momento en que actúa el orden público: ¿*A priori* o *a posteriori*?

Criterios prevalecientes en la doctrina para determinar su actuación *a posteriori* o *a priori*, son los siguientes:

- Concepción territorialista del Derecho (fiel reflejo de la teoría de Mancini): Otorga una preponderancia excesiva a la ley del foro de manera tal, que el orden público internacional no actúa como excepción sino como regla general. Se trata de una aplicación *a priori*, a partir de disponer la aplicación de una especie de correctivo institucional (el orden público) a un catálogo de determinadas instituciones, por lo que la excepción actúa sin que sea ne-

¹⁵ José Carlos Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lorenzo: *Op. cit.*, p. 485.

cesario un análisis de la ley extranjera ni de sus efectos, sino que basta que se trate de una de las instituciones “jurídicamente privilegiadas” para que sea excluida la posibilidad de la aplicación del Derecho extranjero. Este ya ha sido abandonado por casi todos los Estados.

- Concepción universalista de Savigny: El orden público actúa *a posteriori*, o sea, luego de reconocer la indicación de la aplicabilidad de la ley extranjera, y de la comparación de sus efectos eventuales con los principios fundamentales del sistema jurídico del foro. La excepción de orden público es, por tanto, una verdadera excepción y no una regla general, su actuación se determina *a posteriori* y no *a priori*. La que se sigue en la práctica en casi todo los ordenamientos y la más atinada a nuestro juicio.

En materia de DIP el orden público internacional es la excepción y su concepto es diametralmente opuesto al de orden público interno, que comprende todas las disposiciones coactivas que no pueden ser dejadas de lado por voluntad de las partes. No es lo mismo que una norma deba ceder ante la voluntad de las partes que ante la aplicación de un Derecho extranjero. El orden público internacional es la manifestación de la voluntad del Estado cuando la ley extranjera contraría un interés superior.

De ahí que pueda considerarse al orden público como la función constitucional que permite, que con la aplicación del Derecho extranjero no se vulneren los principios económicos, políticos y sociales de determinado ordenamiento jurídico previstos en la Carta Magna, y a su vez, es pauta interpretativa en su aplicación. Esta es diferente a la función jurídica de la Constitución que consiste en concebirla como la norma básica del ordenamiento jurídico, ello significa que toda la estructura normativa tiene su fundamento en la Constitución. A su vez es el principal parámetro de validez jurídica y se vincula con la función protectora, que es la que la hace aparecer en los distintos campos de regulación del Derecho como un orden coherente y compacto a pesar de las contradicciones que puedan existir entre intereses contrapuestos.

Las principales líneas técnicas en su estudio vinculadas a la Constitución se relacionan con el control, y los debates se encuentran en si este control de orden público se realiza atendiendo a la constitución del ordenamiento donde se inserta el Derecho extranjero o la del ordenamiento de donde proviene el mismo.

III. El control constitucional: la piedra angular para hacer efectiva la función de orden público

Con la decisión de John Marshall, se reconoció judicialmente la posibilidad que tenían los jueces de interpretar la Constitución y de rechazar la aplicación de toda ley contraria a esta, a través del *judicial review*, génesis normativa del control difuso. Tal des aplicación solo opera en el caso concreto y no tiene efectos *erga omnes*, como normalmente sí los tiene el control concentrado.

Por ello decimos que es el modelo ideal para el ejercicio de la función constitucional de orden público, al someterse un caso concreto a control constitucional y desaplicar su uso en la misma, o sea, permite hacer el test de coexistencia de compatibilidad, por lo que debe el juez remitirse a la solución de aplicar una variante internacional o el derecho del foro.

Con respecto al *control concentrado*, consiste en la posibilidad que tiene un órgano específico de velar por la integridad de la Constitución, lo cual, *a prima facie*, lo distingue de ese control difuso. Lo que interesa, entonces, es la vigilancia objetiva –en el sentido constitucional– del Derecho. En otras palabras, existe una velación de la integridad normativa, siendo el encargado de ello un órgano especializado, que si bien debe ser un tribunal, corte o sala “constitucional”, facultado ya no para desaplicar, como es el caso del control difuso, sino para anular con efectos *erga omnes* la disposición contraria a la Constitución, nulidad esta que comúnmente se logra con el recurso de inconstitucionalidad. Como puede observarse es un modelo que en su mecanismo *per se*, impide que en los procesos donde se aplique el Derecho extranjero se realice el control de orden público, sino que ha de promoverse una cuestión de constitucionalidad independiente al proceso.

Otro de los modelos es el *control legislativo*, que resulta cuando el órgano encargado de la elaboración de las leyes realiza a su vez de manera preventiva la constitucionalidad de las mismas. Este es el caso de Cuba, el menos idóneo para el control del Derecho extranjero, pues desde su concepción está restringido a la legislación interna y excepcionalmente a los tratados internacionales, por oficio del legislativo, si apareciere en sus funciones. El modelo anterior resulta totalmente ineficaz para el control de constitucionalidad de las leyes.

De ahí que la primera cuestión a resolver para el control de orden público, sea deslindarse del control de constitucionalidad en aquellos países que no po-

sean un sistema difuso de control, crear en las leyes procesales la facultad para jueces, notarios y registradores del control de orden público internacional, para ejercer *a priori*, en los procesos donde haya de aplicarse el Derecho extranjero.

¿La aplicación del Derecho extranjero es una cuestión objetiva o sustantiva? En nuestra opinión, mayormente *sustantiva* que, si bien tiene cabida en un procedimiento –cuestión per se adjetiva– no es absorbida por este. Y es que, puede entenderse que el acto de aplicación es procesal, en el sentido de que es un acto que tiene lugar dentro del procedimiento sin que esto signifique un carácter propiamente adjetivo, por el contrario, es el fondo o mérito del asunto. De forma similar, el cómo se resuelve esa controversia es también, en nuestra opinión, una cuestión de fondo o sustantiva.

Aquí surge la disyuntiva de si el control de la constitucionalidad del Derecho extranjero, se realiza en base a su propia Constitución y no a la del juez que aplicará el Derecho. Y es que de nuevo, este control es sustantivo, siendo la aplicación del Derecho una actividad sustantiva que se desarrolla en el procedimiento, pero no para este, sino que, por el contrario, está para aquella, el control de la constitucionalidad como aspecto inherente y –si así lo permite el Derecho aplicado obligatorio de la aplicación, es tan sustantivo como esta última, pudiendo por tanto controlarse la constitucionalidad de un Derecho extranjero, en base a su Constitución, o lo que es igual, a la Constitución de ese Derecho foráneo.

El control de la constitucionalidad del Derecho extranjero es con base a la Constitución extranjera. Hasta ahora se ha precisado que se puede controlar la constitucionalidad del Derecho extranjero y que –con igual vehemencia– el juez extranjero puede controlar la constitucionalidad del Derecho nacional. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el control se hace en base a la Constitución del Derecho aplicado, no del Derecho del foro. Recordemos las nuevas tendencias del DIPRI del principio pro derecho. Esto quiere decir que si un juez foráneo controla la constitucionalidad del Derecho patrio, debe hacerlo a tenor de la Constitución de este país.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que los principios de todo país extranjero (y también el propio) están supeditados casi siempre a cuestiones culturales.

En consecuencia, si ese Derecho extranjero establece la posibilidad al juez de ese país homólogo de aquel que está conociendo el caso, para controlar la constitucionalidad del Derecho, este deberá (más

que podrá) hacerlo, ya que tal control deriva del principio *iuranovit curia*, y, por ende de su aplicación ex officio, independiente de que las partes en conflicto así lo pidan, o incluso, contribuyan a ello.

Visto que es casi imposible analizar el control de la constitucionalidad que todo juez extranjero, y, por ende, todos los sistemas mundiales de Derecho distintos del nuestro puedan. A nuestro juicio, todo tribunal en aplicación del Derecho, si observara «contraste entre la Constitución y una norma de cualquier rango que fuera, se inaplicará la norma en cuestión, en beneficio de la aplicación de la disposición constitucional. Esta potestad de inaplicación de la norma puede ser realizada por cualquier tribunal, aun de oficio, en cualquier tipo de causas».

IV. Orden público y Constitución en Cuba

En nuestro país tenemos un control de tipo *legislativo*, por lo que resulta imposible el control de orden público como función constitucional en la praxis actual, porque el artículo 244 de la LPCALE permite traer el Derecho extranjero al proceso cuando la norma de conflicto cubana así lo autorice, probando su validez y eficacia con la vigencia de ley correspondiente.

De igual forma, el Código de Bustamante en sus artículos 3, 4, 5 y 8 recoge el orden público y el artículo 21 del Código Civil cubano lo esboza como principio.

Sin embargo, no existe la facultad en las leyes procesales o en la propia Carta Magna para que los funcionarios realicen este control ante la aplicación del Derecho extranjero en las normas procesales, teórica y legislativamente estamos lejos de plantearnos la realización del test de compatibilidad, el principio de armonización con ordenamientos jurídicos extranjeros.

VI. Reflexiones finales

PRIMERA: La definición de las funciones de la Constitución no debe limitarse a las esferas posibles de influencia jurídica, sino también respecto a las acciones sociales que puede y debe desarrollar a fin de conservar su supremacía en el ordenamiento político-jurídico de la sociedad, como norma de aplicación directa. Hay dos maneras en que la doctrina visualiza las funciones constitucionales: función protectora, función jurídica, función organiza-

tiva y función ideológica y los que las enumeran de la siguiente manera: garantía de las libertades fundamentales, función constitutiva del Estado, de estabilización, de racionalización (del poder al separar las funciones), de legitimación del poder político, de propaganda y educación política, de cohesión social, de unificación del ordenamiento jurídico, como base fundamentadora del sistema jurídico.

SEGUNDA: Para el DIP, el orden público internacional tiene por función: defender los valores del Derecho propio contra el Derecho extranjero que en sí resulta aplicable según las normas del DIP.

TERCERA: Cuando del control de orden público se deriva que el Derecho extranjero no puede ser aplicado, pueden adoptarse dos soluciones: 1) buscar en el Derecho extranjero otra solución que no afecte el orden público o indagar un Derecho más adecuado, pudiendo recurrirse a la costumbre; o 2) recurrir al Derecho nacional para reemplazar el Derecho extranjero apartado.

CUARTA: El orden público no se identifica desde la perspectiva de los autores del DIP con los problemas que en este orden se debaten en relación al control constitucional del Derecho extranjero. En ese sentido, el eje teórico más discutido se refiere a si el control constitucional del Derecho extranjero es a tenor de la Constitución extranjera o la propia. Sin embargo, en este artículo quedó demostrado que a partir del carácter de orden público internacional que tienen las normas constitucionales, el orden público comienza a cumplir los criterios de función constitucional, solo se necesita su implementación teórica como tal.

QUINTA: El control de la constitucionalidad del Derecho extranjero por un juez del foro, donde el juez pueda –si es necesario– controlar la constitucionalidad de ese Derecho, siempre que los principios que rijan en tal país extranjero así lo permitan y de forma que no se contraríen los objetivos de las normas de conflictos nacionales. Estos “objetivos” no se refieren a la norma conflictual concreta, sino a la teleología básica de todas ellas, a saber: la obtención de la justicia material del caso en cuestión. Tomando como referente la función de control constitucional, en su matiz interpretativa, es decir, siempre ha de tenerse en cuenta que la ley aplicable contravenga los principios constitucionales del ordenamiento interno, los que obligan realmente al funcionario actuante, a partir del ángulo interpretativo de la Constitución nacional, a hallar el vértice común con la Constitución foránea, porque indudablemente, la decisión que se tome afectará ambos ordenamien-

tos jurídicos; o sea, no se trata de realizar el control teniendo una sola Constitución en cuenta, sino de realizar un control constitucional que se atempere a la interculturalidad actual.

SEXTA: En nuestro país resulta imposible el control de orden público como función constitucional en la praxis actual. No existe la facultad en las leyes procesales o en la propia Carta Magna para que los funcionarios realicen este control ante la aplicación del Derecho extranjero. Teórica y legislativamente estamos lejos de plantearnos la realización del test de compatibilidad.

VII. Sugerencias legislativas

A la Asamblea Nacional del Poder Popular, modificar la Constitución en el Capítulo VII:

«Artículo 67: Se faculta a los funcionarios públicos a realizar el control de orden público en los procesos judiciales y administrativos, así como en los procesos de reconocimiento de actos extranjeros, resolviendo la aplicación o no del Derecho extranjero atendiendo a lo dispuesto en esta Constitución, en el respeto a los principios económicos, políticos y sociales de los ordenamientos jurídicos donde surtirán efectos los mismos, si no resultan lesivos a lo dispuesto en esta Carta Magna».

VIII. Bibliografía

- Aragón, M: «El Control como elemento inseparable del concepto de Constitución», en *Revista española de Derecho Constitucional*, no. 19, CEC, Madrid, 1987.
- Araujo, Nadia: *Direito Internacional Privado. Teoría e Prática Brasileira*, Ed. Renovar, Río de Janeiro y San Pablo, 2003.
- Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Javier Carrascoso González: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª. ed., 2011/2012.
- Dávalos Fernández, Rodolfo: *Derecho Internacional Privado*, 2ª. parte, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 1990.
- Dolinger, Jacob: *Direito Internacional Privado. Parte General*, Ed. Renovar, Río de Janeiro, 2003.
- Esplugues Mota, Carlos y José Luís Iglesias Buhi-gues: *Derecho Internacional Privado*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- Fernández Rozas, José Carlos y Sixto Sánchez Lorenzo: *Curso de Derecho Internacional Privado*, 2ª. ed., Ed. Civitas S. A., Madrid, 1994.

- Fresnedo de Aguirre, Cecilia: *Curso de Derecho Internacional Privado*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2004.
- Goldschmidt, Werner: *Derecho Internacional Privado. Derecho a la Tolerancia*, 1ª. ed., Ed. Abeledo Perrot.
- Hesse, K.: *Escritos de Derecho Constitucional* (selección), 2ª. ed., CEC, Madrid, 1992.
- Kelsen, Hans: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.
- Najurieta, María Susana: *Orden público internacional y derechos fundamentales del niño*, La Ley 1997-B, s.d.e.
- Prieto Valdés, Martha: *Funciones de la Constitución*, consultado en https://www.nodo50.org/cubasigloXXI/politica/prieto6_301102.htm, 15/11/2016 10:30 am.
- Silva Alonso, Ramón: *Derecho Internacional Privado*, Ed. Intercontinental Editora, Asunción del Paraguay, 1989.
- Ramayo, Raúl y Perugini de Paz y Geuse: *El control de constitucionalidad y el Derecho extranjero aplicable. Un enfoque normativo*, La Ley 1988-A, 968, s.d.e.
- Ruchelli, Humberto Fernando y Horacio Carlos Ferrer: *El Orden Público. En general y en el Derecho Internacional Privado*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.
- Weinberg, Inés: *Derecho Internacional Privado*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.

**Sala Segunda. Sentencia 167/2015,
de 20 de julio de 2015
(BOE no. 200, de 21 de agosto de 2015)**

STC 167/2015

La sala segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Adela Asua Batarrita, Presidenta, don Fernando Valdés, don Juan José González Rivas, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY
la siguiente**

Sentencia

En el recurso de amparo 6203-2013, promovido por doña María del Carmen Mateos Pérez, representada por el Procurador de los tribunales don Andrés Peralta de la Torre y asistida por el Abogado don Miguel Pérez de Yrigoyen e Yrigoyen, contra el Auto de 20 de septiembre de 2013 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 5 de Jerez de la Frontera, dictado en procedimiento de ejecución hipotecaria 2135/2009. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha comparecido el Banco Popular Español, S.A., representado por la Procuradora de los tribunales doña María José Bueno Ramírez y asistido por el Abogado don Miguel Sanmartín Fenollera. Ha sido Ponente el Magistrado don Juan José González Rivas, quien expresa el parecer del tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este tribunal el día 23 de octubre de 2013, el Procurador de los tribunales don Andrés Peralta de la Torre, en nombre y representación de doña María del Carmen Mateos Pérez, interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial que se cita en el encabezamiento.
2. Los hechos de los que trae causa la demanda, relevantes para la resolución del recurso, son, en síntesis, los siguientes:

- a. A instancias de la entidad Banco Popular, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 5 de Jerez de la Frontera inició procedimiento de ejecución hipotecaria 2135-2009 por Auto de fecha 7 de octubre de 2009, contra los ejecutados Juan Luis Hurtado Zariana y la ahora demandante de amparo María del Carmen Mateos Pérez.

La ejecución se interesó como consecuencia del incumplimiento del contrato firmado por ambos demandados, que se encontraban en régimen económico-matrimonial de gananciales, para garantizar la adquisición de la vivienda sita en la calle Oloroso, 18, bajo C, de la barriada de Icovesa de Jerez de la Frontera (Cádiz), que se había otorgado notarialmente el 3 de junio de 2005.

En el citado documento notarial se citaba como domicilio a efectos de notificaciones el anteriormente mencionado de la calle Oloroso.

- b. En fecha 16 de octubre de 2009, el Servicio común de notificaciones dejó en el buzón del citado domicilio de la calle Oloroso nota de citación para que los ejecutados comparecieran en el Juzgado el 20 de octubre de 2009.

El 19 de octubre de 2009 se produjo la notificación personal al entonces marido, Juan Luis Hurtado, del requerimiento de pago y del Auto de despacho de ejecución, con diligencia negativa de notificación a la recurrente en la que se hizo constar textualmente que el marido «confirma que la persona por la que me intereso, arriba referenciada, abandonó el domicilio conyugal en el mes de agosto del presente año. No conociéndose, asimismo, su nueva dirección particular».

- c. A solicitud de la parte ejecutante, el Juzgado recabó información domiciliaria de la recurrente en la Tesorería General de la Seguridad Social y en el Instituto Nacional de Estadística, donde figuraba como su domicilio la finca hipotecada.

Por diligencia de ordenación de fecha 10 de marzo de 2010, el Juzgado requirió a la parte ejecutante para que instara lo

que a su derecho correspondiera al no haberse agotado los medios de averiguación del domicilio de la codemandada.

En fecha 16 de marzo de 2010, la parte ejecutante solicitó que se librara oficio a la policía local para la localización de la Sra. Mateos, sin que el Juzgado resolviera sobre dicha petición.

- d. Por diligencia de ordenación del Secretario de fecha 29 de junio de 2010 se requirió a la parte ejecutante para que instara lo que a su derecho correspondiera, a la vista de lo establecido en el art. 686 de la Ley de enjuiciamiento civil, quien solicitó la notificación por edictos.

Por diligencia de ordenación de 8 de noviembre de 2010, se acordó la notificación por edictos a la ejecutada, del Auto de despacho de ejecución y de los requerimientos de pago.

- e. Por diligencia de ordenación de 15 de febrero de 2011 se acordó la subasta del inmueble hipotecado, fijándola para las 10:30 horas del 6 de abril de 2011, que se intentó notificar a Juan Luis Hurtado Zarzana en la calle Oloroso, constando ausente en horas de reparto, y de nuevo se intenta el 21 de marzo de 2011, resultando asimismo infructuosa, informando al notificante la vecina del piso 2 izquierda que el interesado se había marchado de su vivienda hacía un año. La notificación de la subasta a la recurrente se practicó por edictos.

- f. La subasta del inmueble se llevó a efecto en la fecha señalada del 6 de abril de 2011, no compareciendo ningún postor, por lo que el Banco Popular por escrito de 9 de mayo interesó que se le adjudicara en pago esa vivienda.

Efectuada la tasación de costas el 24 de noviembre de 2011, fue aprobada por decreto del Sr. Secretario judicial de fecha 9 de enero de 2012 y por otro de 3 de abril de 2012 se le adjudicó la vivienda de la calle Oloroso al Banco Popular.

Se intentó la notificación personal del decreto de adjudicación de 3 de abril de

2012 al ejecutado, en rebeldía, pero no a la demandante de amparo, a la que se notificó directamente por edictos.

- g. En fecha 26 de junio de 2013, al practicarse el lanzamiento, la comisión judicial encontró en la vivienda de la calle Oloroso no. 18, bajo C, de la barriada de Ibovespa, en Jerez de la Frontera, a la Sra. Mateos Pérez, quien afirmó que residía en la vivienda con sus hijos y con su madre minusválida e interesaba que se le concediera un plazo para desalojar la vivienda, ante lo cual el Juzgado suspendió la diligencia de lanzamiento, acordando posteriormente concederle un mes de prórroga y fijando como nueva fecha para el lanzamiento el 30 de julio de 2013 a las 10:30 horas.
 - h. Por escrito presentado en fecha 19 de julio de 2013, la representación procesal de la demandante de amparo, formuló incidente de nulidad de actuaciones por no haber tenido conocimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria, pues en la fecha del emplazamiento existía Sentencia firme de condena del marido por malos tratos, orden de protección y alejamiento, por lo que no tenía su domicilio en el de la finca hipotecada y no tuvo en ningún momento oportunidad de defenderse. Asimismo, aportó certificado de empadronamiento en otro domicilio de Jerez acreditativo de haber residido con sus hijos desde el día 22 de enero de 2010 hasta el día 13 de noviembre de 2012.
 - i. Tras admitirse a trámite el incidente, fue desestimado por Auto de fecha 20 de septiembre de 2013 por no apreciarse defecto procesal alguno en la tramitación del procedimiento. El Juzgado suspendió el lanzamiento por aplicación de la Ley 1/2013.
3. En su demanda, la parte recurrente aduce que se ha vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y del derecho a un proceso con todas las garantías y derecho de defensa (art. 24.2 CE), al no haber sido emplazada ni requerida de pago la demandante en su domicilio, alegándose que en las fechas en que se inició el procedimiento de ejecución hipotecaria la demandante había tenido que abandonar el citado domicilio familiar de la calle

Oloroso por malos tratos de su ex marido, que fue el único que tuvo conocimiento del procedimiento sin comunicárselo a la recurrente, por lo que solicita que se dicte Sentencia declarando la vulneración de los derechos fundamentales contenidos en los arts. 24.1 y 24.2 CE y, en consecuencia, se anule el Auto de 20 de septiembre de 2013 recurrido, con retroacción de actuaciones al momento del emplazamiento y requerimiento.

Mediante otros, en la propia demanda de amparo se solicitó que se dejara en suspenso la ejecución del procedimiento hipotecario.

- 4. Por providencia de 20 de enero de 2015 la Sección Tercera de la sala segunda acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), requerir al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 5 de Jerez para que el plazo de diez días remitiera testimonio del procedimiento hipotecario 2135-2009, interesándose al tiempo que se emplazara a quienes fueron parte en el procedimiento, a excepción de la recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional.
- 5. En la misma providencia de 20 de enero de 2015 se acordó la apertura de la correspondiente pieza separada para la tramitación del incidente de suspensión, concediéndose un plazo común de tres días a la recurrente y al Ministerio Fiscal para que formularan alegaciones sobre el particular, conforme a lo previsto en el art. 56 LOTIC. Evacuado dicho trámite, mediante Auto de 2 de marzo de 2015, la sala segunda acordó denegar la suspensión solicitada, por estar ya suspendido el lanzamiento en aplicación de la Ley 1/2013, y ordenar la anotación preventiva de la demanda de amparo en el Registro de la Propiedad.
- 6. Por diligencia de ordenación de 4 de marzo de 2015 del Secretario de Justicia de la sala segunda se tuvo por personada y parte a la Procuradora doña María José Bueno Martínez, en nombre y representación del Banco Popular Español, S.A., y se acordó, a tenor de lo dispuesto en el

art. 52 LOTC, dar vista de todas las actuaciones del presente recurso de amparo en la Secretaría de la sala, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieran.

7. La representación procesal de la recurrente presentó alegaciones reproduciendo sustancialmente las de la demanda de amparo.
8. La representación procesal de Banco Popular Español, S.A., presentó su escrito de alegaciones, en el que solicitó que se inadmita o, subsidiariamente, se deniegue el amparo.

Como causas de inadmisibilidad, opone que en la demanda de amparo la recurrente no absuelve correctamente la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso y que, en todo caso, el recurso carece de trascendencia constitucional.

En cuanto al fondo, alega que no hubo indefensión porque la parte recurrente tuvo pleno conocimiento del proceso, o bien pudo conocer con facilidad, tanto el estado de su préstamo impagado reiteradamente, como el inicio de la ejecución judicial, y que había recibido aviso de su marido sobre este extremo. Asimismo aduce que no notificó cambio de domicilio y que la actuación del Juzgado fue correcta.

9. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó sus alegaciones interesando el otorgamiento del amparo, con declaración de nulidad del Auto impugnado de fecha 20 de septiembre de 2013, y retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior al requerimiento de pago a la demandante de amparo, con el fin de que se le comunique el despacho de ejecución en legal forma.

El Fiscal alega que el Juzgado conocía por manifestaciones del propio ex esposo de la Sra. Mateos Pérez con el que había convivido en el domicilio de la calle Oloroso, no.18, que ella había abandonado esa vivienda desde el mes de agosto de 2009, lo que se ratificaba en la documentación

aportada por la demandante como anexo al escrito planteando el incidente de nulidad de actuaciones. Además, el Juzgado conoció la causa, y grave, por la que la demandante abandonó ese domicilio, que no era otra sino una continuada situación de malos tratos por parte de su ex cónyuge lo que se evidenció en sentencias condenatorias y órdenes de alejamiento. Finalmente, y si bien la demandante recibió una nota manuscrita de su ex marido, ello se produjo en medio de una situación de maltrato e incumpliendo su ex esposo la orden de alejamiento sin más constancia oficial, por lo que no puede considerarse como enervante de la falta de diligencia exigible al órgano judicial acerca de inquirir otros posibles domicilios de la demandante de amparo, citando la STC 136/2014, de 8 de septiembre.

Concluye el Fiscal solicitando la estimación de la demanda de amparo por lesión del derecho a la demandante a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

10. Por providencia de 16 de julio de 2015 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 20 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se dirige contra el Auto dictado en fecha de 20 de septiembre de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 5 de Jerez de la Frontera, en procedimiento de ejecución hipotecaria que, de una parte, acuerda la suspensión del lanzamiento de la vivienda de la calle Oloroso no. 18 y, de otra, deniega el incidente de nulidad de actuaciones.

En la demanda de amparo se imputa a la resolución recurrida la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y el del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al haberse practicado el emplazamiento edictal sin haber agotado las posibilidades de comunicación, alegando que la parte demandante estaba ausente del domicilio designado para notificaciones como consecuencia

de los malos tratos que padecía por su ex marido, del que se divorció por Sentencia de 16 de febrero de 2010, dictada por el Juzgado de Violencia sobre la mujer no. 1 de Jerez de la Frontera y quien nunca le comunicó nada sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria.

El Ministerio Fiscal interesó la estimación del recurso por entender que concurre la vulneración denunciada, en tanto que la representación del Banco Popular se opone al recurso, alegando, con carácter previo, la inadmisibilidad por falta de justificación y por inexistencia de la especial trascendencia constitucional [arts. 49.1 y 50 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)].

2. Debemos analizar en primer lugar los óbices procesales aducidos por la representación procesal del Banco Popular relativos a la falta de justificación e inexistencia de especial trascendencia constitucional del recurso.

Este tribunal ha venido distinguiendo entre la justificación de la especial trascendencia constitucional, y la existencia misma de la especial trascendencia constitucional, que es una apreciación que corresponde al tribunal.

- a. Respecto del primero de los requisitos procesales, hemos indicado que el art. 50.1 a) LOTIC establece que la admisión del recurso de amparo exige el cumplimiento de los trámites fijados en los arts. 41 a 46 y 49 LOTIC, estableciendo este último precepto en su apartado primero *in fine*, de forma inequívoca –«en todo caso»–, que la demanda ha de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso. Para satisfacer esta exigencia, es preciso que «en la demanda se disocie adecuadamente la argumentación tendente a evidenciar la existencia de la lesión de un derecho fundamental –que sigue siendo, obviamente, un presupuesto inexcusable en cualquier demanda de amparo– y los razonamientos específicamente dirigidos a justificar que el recurso presenta especial trascendencia constitucional» (STC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2).

En el presente caso, la demanda razona específicamente sobre la especial trascendencia constitucional del recurso, con cita expresa de la STC 155/2009, de 25 de junio, concretándola en el apartado f), al entender que se produjo una negativa del Juzgado a acatar la doctrina constitucional en materia de emplazamiento edictal.

Por tanto, y con independencia del acierto que las alegaciones recogidas en la demanda puedan merecer, cabe apreciar un esfuerzo argumental de la parte recurrente destinado a cumplimentar la carga impuesta en el art. 49.1 LOTIC, al haberse disociado suficientemente en la demanda de amparo los argumentos destinados a probar la existencia de las lesiones de los derechos fundamentales, de aquellos otros encaminados a justificar la especial trascendencia constitucional del recurso en términos que coinciden con los criterios que tenemos asentados en nuestra doctrina antes citada.

- b. En relación a la especial trascendencia constitucional de esta demanda de amparo, hemos declarado, entre otras muchas, en la STC 127/2013, de 3 de junio, FJ 2, que «corresponde únicamente a este Tribunal Constitucional apreciar en cada caso la existencia o inexistencia de esa “especial trascendencia constitucional”, esto es, si el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo, atendiendo, conforme al art. 50.1 b) LOTIC, a “su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales” (entre otras, STC 95/2010, de 15 de noviembre, FJ 4)».

En el presente caso, este tribunal considera que el presente recurso de amparo plantea una faceta nueva en materia de emplazamiento, puesto que sobre la norma procesal se produce una interferencia derivada de la existencia de una conducta de violencia de género, problema este de innegable repercusión social, lo cual justifica la admisión del recurso al encajar en el apartado b) del fundamento jurídico 2 de la STC 155/2009, de 25 de junio, por lo que los óbices opuestos deben ser desestimados.

3. Este tribunal ha declarado que el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) garantiza a todos los que puedan resultar afectados por la decisión que se dicte en un proceso judicial el derecho a conocer su existencia, a fin de que tengan la posibilidad de intervenir en él, ser oídos, y ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos, y en este sentido es reiterada la doctrina constitucional sobre la importancia de los actos de comunicación para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

La doctrina constitucional se resume en la STC 122/2013, de 18 de junio, FJ 3, al afirmarse que «el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) garantiza a todos los que puedan resultar afectados por la decisión que se dicte en un proceso judicial el derecho a conocer su existencia, a fin de que tengan la posibilidad de intervenir en él, ser oídos, y ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos. Un instrumento capital de esa correcta constitución de la relación jurídico procesal, cuya quiebra puede constituir una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) es, indudablemente, el régimen procesal de emplazamientos, citaciones y notificaciones a las partes de los distintos actos procesales que tienen lugar en el seno de un procedimiento judicial, pues solo así cabe garantizar los indisponibles principios de contradicción e igualdad de armas entre las partes del litigio. De tal manera que la falta o deficiente realización del emplazamiento a quien ha de ser o puede ser parte en el proceso coloca al interesado en una situación de indefensión, lo que vulnera el referido derecho fundamental (SSTC 219/1999, de 29 de noviembre, FJ 2, y 128/2000, de 16 de mayo, FJ 5). Ello implica que el órgano judicial tiene no solo el deber de velar por la correcta ejecución de los actos de comunicación procesal, sino también el de asegurarse de que dichos actos sirven a su propósito de garantizar que la parte sea oída en el proceso. Ello comporta, en lo posible, la exigencia del emplazamiento personal de los afectados y, desde otra perspectiva, la limitación del empleo de la notificación edictal a aque-

llos supuestos en los que no conste el domicilio de quien haya de ser emplazado o bien se ignore su paradero. En este sentido hemos declarado que, cuando del examen de los autos o de la documentación aportada por las partes se deduzca la existencia de un domicilio que haga factible practicar de forma personal los actos de comunicación procesal con el demandado, debe intentarse esta forma de notificación antes de acudir a la notificación por edictos (por todas, SSTC 40/2005, de 28 de febrero, FJ 2; 293/2005, de 21 de noviembre, FJ 2, y 245/2006, de 24 de julio, FJ 2)».

En consonancia con ello, hemos afirmado en la STC 136/2014, de 8 de septiembre, FJ 2, que «cuatro son los presupuestos que venimos analizando para acreditar la vulneración de este derecho fundamental por falta de emplazamiento personal: 1) La titularidad por el demandante de amparo, al tiempo de la iniciación del proceso, de un derecho e interés legítimo y propio, susceptible de afectación por la causa enjuiciada, en las resoluciones judiciales recurridas. La situación de interés legítimo resulta identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida; 2) La posibilidad de identificación del interesado por el órgano jurisdiccional; 3) El cumplimiento por el órgano judicial de su obligación constitucional de velar para que los actos de comunicación procesal alcanzasen eficazmente su fin, lo que significa, entre otras cosas, concebir los emplazamientos edictales como modalidades de comunicación de carácter supletorio y excepcional (STC 126/1999, de 28 de junio) o no presumir sin más que las notificaciones realizadas a través de terceras personas hayan llegado a conocimiento de la parte interesada cuando la misma cuestiona con datos objetivos que así haya sido (STC 113/2001, de 7 de mayo); y 4) Por último, que el recurrente en amparo haya sufrido como consecuencia de la omisión del emplazamiento una situación de indefensión real y efectiva, lo que no se da cuando el interesado tiene conocimiento extraprocesal del asunto y, por su propia falta de diligencia, no se persona en la causa. El conocimiento extraprocesal del litigio ha de verificarse mediante una

prueba suficiente, que no excluye las reglas del criterio humano que rigen la prueba de presunciones (por todas, SSTC, 102/2003, de 2 de junio, FJ 2; 102/2004, de 2 de junio, FJ 3; 207/2005, de 18 de junio, FJ 2; 246/2005, de 10 de octubre, FJ 3, y 124/2006, de 24 de abril, FJ 2)».

4. La aplicación de la doctrina constitucional expuesta al caso enjuiciado ha de conducir a apreciar la existencia de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) denunciada.

Tal como se ha expresado en los antecedentes, el Juzgado conocía por manifestaciones realizadas por el propio ex esposo de la Sra. Mateos Pérez, al ser emplazado, que la demandante había abandonado esa vivienda desde el mes de agosto de 2009, esto es antes de que se dedujera por el Banco Popular, el día 2 de octubre de 2009, la demanda de ejecución hipotecaria contra ambos esposos.

Aunque en un principio el Juzgado recabó información, lo cierto es que, ante el resultado infructuoso de los oficios librados a la Tesorería General de la Seguridad Social y al Instituto Nacional de Estadística, el mismo órgano judicial estimó que no se habían agotado los medios de averiguación, por lo que requirió a la parte ejecutante a que instara lo que a su derecho correspondiera, por diligencia de ordenación de fecha 10 de marzo de 2010. En respuesta a este requerimiento, la parte ejecutante solicitó que se oficiara a la Policía Local para la localización del domicilio, petición que no fue resuelta por el Juzgado.

Posteriormente y sin practicar ninguna otra averiguación, por diligencia de 8 de noviembre de 2010 se acordó la comunicación edictal y no se intentó ninguna otra comunicación personal a la ejecutada en el curso del procedimiento de ejecución.

Finalmente, al plantearse el incidente de nulidad y por la documentación aportada por la recurrente, el Juzgado conoció la causa, y grave, por la que la Sra. Mateos Pérez abandonó ese domicilio, que no era otra sino una continuada situación de malos tratos por parte de su ex cónyuge

Sr. Hurtado Zarzana lo que se evidenció en sentencias condenatorias y órdenes de alejamiento.

Asimismo, la ejecutada acreditó que estaba residiendo en otro domicilio de la localidad de Jerez con sus dos hijos, estando empadronada desde enero de 2010, por lo que cabe pensar que se le hubiera podido localizar fácilmente de haberse empleado una mínima diligencia a la hora de realizar la averiguación del domicilio.

Por tanto, la falta de comunicación del proceso a la ejecutada trae causa, en primer lugar, de una falta de diligencia del órgano judicial a la hora de realizar las averiguaciones sobre el domicilio de la demandante, puesto que no agotó los medios de localización, pese a que la parte ejecutante había solicitado expresamente que se oficiara a la Policía local, petición que quedó sin resolver.

Lo antes expuesto determinaría la estimación del presente recurso de amparo sin más que aplicar nuestra doctrina repetidamente establecida en materia de notificaciones.

Sin embargo, lo que justificó la admisión del presente recurso de amparo por su especial trascendencia constitucional era la conveniencia de adecuar nuestra doctrina a los casos en que el desconocimiento del domicilio de la ejecutada responde a la necesidad de eludir una situación de violencia de género.

Y a este respecto hemos de declarar que, con independencia de que el juez haya agotado todas las posibilidades de investigación del domicilio de la ejecutada, cuando esta comparezca en el procedimiento e interponga incidente de nulidad de actuaciones en el que ponga de manifiesto que el desconocimiento de un domicilio, a efecto de llevar a cabo en él las correspondientes notificaciones, se debió a la situación de violencia de género que estaba padeciendo, dicha circunstancia debe ser objeto de una especial ponderación por el juez, valorando, en cada caso, la necesidad de salvaguardar el deber de confidencialidad debido a la situación de la víctima.

La aplicación de tales criterios a la cuestión examinada permite concluir reconociendo que, en este caso, no se protegió eficazmente a la ejecutada, víctima de malos tratos, pues si bien cabe argüir que el Juzgado no conoció la situación de violencia en el momento del emplazamiento, lo cierto es que tal situación fue puesta de manifiesto en el incidente de nulidad de actuaciones sin que fuera debidamente ponderada por el órgano jurisdiccional, lo que resulta a todas luces incompatible con la doctrina de este tribunal en cuanto a la subsidiariedad de la comunicación edictal en el contexto en que se produce el intento de emplazamiento, por lo que se estima la procedencia del reconocimiento de la vulneración del art. 24.1 CE.

5. Las consideraciones precedentes permiten concluir que se ha producido la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) que se denuncia en la demanda, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 55.1 LOTC, procede otorgar el amparo que se solicita, declarando la nulidad del Auto impugnado y retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al requerimiento de pago a la recurrente, para que se le comunique en legal forma el despacho de ejecución.

la solicitud de nulidad de las actuaciones practicadas a partir del requerimiento de pago acordado por Auto de fecha 7 de octubre de 2009 en el procedimiento de ejecución hipotecaria 2135-2009.

3. Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al requerimiento de pago a la demandada para que se le comunique el despacho de ejecución en legal forma.

Publíquese esta Sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

Dada en Madrid, a veinte de julio de dos mil quince.

Fallo

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por doña María del Carmen Mateos Pérez, y, en su virtud:

1. Declarar que ha sido vulnerado el derecho fundamental de la demandante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).
2. Restablecerle en su derecho y, en consecuencia, declarar la nulidad parcial del Auto de 20 de septiembre de 2013 dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 5 de Jerez de la Frontera, en el pronunciamiento desestimatorio de

Normas editoriales Revista de la Abogacía

1. Los artículos serán enviados al Consejo Editorial de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, quienes decidirán su publicación.
2. Serán presentados en papel 8½ x 11 cm, en letra Arial 12 puntos a espacio y medio y una copia en soporte digital en Word.
3. Cada artículo no excederá de las 10 páginas.
4. El título de cada capítulo irá en mayúscula y en negrita, y a continuación el nombre o nombres de los autores con los dos apellidos, unido a un asterisco, que a pie de página mostrará su categoría profesional y donde labora.
5. Las expresiones en latín o en cualquier otro idioma se harán en cursiva.
6. De llevar notas se ubicarán a pie de página, al igual que las referencias bibliográficas, donde aparecerán solo el autor (nombre y apellidos), obra y página (p.) o páginas (pp.) consultadas, pues los demás datos los recogerá la bibliografía.

Ejemplo:

² H. Devis Echandía: *Teoría general del proceso civil*, pp. 34-42.

7. El párrafo de los textos se hará del tipo español (con sangría la primera línea), en tanto las notas y referencias bibliográficas en párrafo francés (todas las líneas sangradas menos la primera).
8. Se emplearán las comillas angulares o españolas (« ») y las inglesas (“ ”) de haber un entrecorillado interior en las anteriores (« “ ” »).

Ejemplo:

«El juez puede considerar los cargos oficiales del testigo como “justo motivo” para dispensarlo de declarar».

9. Al final cada artículo incluirá una bibliografía, ordenada alfabéticamente por el primer apellido de autor, y en el que incluirá los siguientes datos, con el signo de puntuación que se indica:
 - a. Apellidos y nombre del autor (:)
 - b. Título de la obra (en cursiva) (,)
 - c. Título del artículo (entre comillas) y a continuación la obra (en cursiva) de donde es tomado (,)
 - d. Tomo (t) (de llevarlo) (,)
 - e. Edición (ed.) de ser más de una (,)
 - f. Editorial (Ed.) (,)
 - g. País (,)
 - h. Año (.)

Ejemplos:

Devis Echandía, H.: *Teoría general del proceso civil*, t. II, 3.^a ed., Ed. Universidad, Argentina, 1995.

Rivero García, D.: «La defensa penal en la fase preparatoria: momento de intervención del defensor y aseguramiento del imputado», en *Boletín ONBC*, La Habana, no. 48, abr.-jun. 2013.

Nota: Aquellos artículos que no cumplan con estas Normas Editoriales correrán el riesgo de ser rechazados.