



UNIVERSIDAD “JOSÉ MARTÍ” DE SANCTI SPÍRITUS
FACULTAD DE HUMANIDADES

**LA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA Y EL IMPACTO DEL PROCEDIMIENTO
TRIANGULAR ADMINISTRATIVO EN SEDE DE CESE DE CONVIVENCIA**

**TRABAJO DE DIPLOMA PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO**

Autor

Marianna Ventura Madrigal

Tutor

Yhovanni R. Reyes Castro

Sancti Spíritus, 2017

PENSAMIENTO

"El Estado al igual que el suelo sobre el que se halla situado, no es un patrimonio. Consiste en una sociedad de hombres sobre los cuales únicamente el Estado tiene derecho a mandar y disponer. Es un tronco que tiene sus propias raíces".

Enmanuel Kant.

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

La que suscribe a continuación, declara ser la autora del presente trabajo y reconoce a la Universidad de Sancti Spíritus los derechos patrimoniales de la misma, con carácter exclusivo y la autoriza a darle el uso que mejor considere para el desarrollo de la Ciencia Jurídica.

Para que así conste firmamos a los 3 días del mes julio del año 2017.

Marianna Ventura Madrigal
AUTOR

ESP. YHOVANNI R. REYES CASTRO
TUTOR

NOTA DE ACEPTACIÓN

PRESIDENTE

SECRETARIO

VOCAL

DEDICATORIA

A Orestes, mi abuelo, por guiar mis pasos hacia la justicia.

AGRADECIMIENTOS

A mimi, mi madre, quien no solo me dio la vida, sino que forjó mi voluntad, por su fuerza y amor eterno, por hacer de mí una mujer.

A papi, mi padre por su apoyo y comprensión, por brindarme su amor y confianza, por ayudarme a cumplir mis metas.

A Meli, mi hermana, por ayudarme en los detalles finales de esta investigación y por su apoyo.

A chuli, mi esposo, por ser mi sustento espiritual, compañero, amante y amigo.

A su familia, por aceptarme como a una hija y brindarme su apoyo incondicional.

A Yosvani, mi tutor, por su confianza, apoyo y entera dedicación.

A los profesores de la facultad, que tanto me han enseñado y contribuyen a mi formación y desarrollo profesional.

A mis amigos, quienes han estado en los momentos difíciles para darme su apoyo.

A todas las personas, sin excepción, que me apoyaron y ayudaron a vencer todas las pruebas que tuve en el camino, sin pedir nada a cambio.

A todos aquellos que hoy disfrutan mi éxito,

**Gracias,
Marianna.**

RESUMEN

Título: La autotutela administrativa y el impacto del procedimiento triangular administrativo en sede de cese de convivencia.

Autor: Marianna Ventura Madrigal.

Tutor: Esp. Yhovanni R. Reyes Castro.

Curso: 2016-2017.

La existencia de familias en situaciones o conflictos relacionados con la administración o disposición de una vivienda, específicamente lo regulado en los artículos 64 y 65 de la vigente Ley General de la Vivienda en sede de cese de convivencia y el impacto de un posible procedimiento contencioso administrativo como garantía jurídica a los sujetos que intervengan en este tipo de litigios no encuentran solución clara en la legislación vigente, lo que ha llevado al cuestionamiento de criticar la conveniencia de que se mantenga el ejercicio de la autotutela administrativa en este litigio relacionado con el ejercicio del derecho de propiedad sobre la vivienda. En consecuencia, el problema científico se centró en que la regulación actual sobre el ejercicio de la autotutela administrativa en sede de cese de convivencia, resulta indebido para las partes litigantes. Fijándose como objetivo general: demostrar que la regulación actual sobre el ejercicio de la autotutela administrativa en sede de cese de convivencia, resulta indebido para las partes litigantes. Se emplearon los siguientes métodos: análisis-síntesis, histórico-jurídico, jurídico-comparado, jurídico-doctrinal y dialéctico. Se comenzó por comprender las bases doctrinales en las que se sustenta la autotutela administrativa en las relaciones inter-privadas; luego se realizó un análisis sobre el cese de convivencia en la vigente Ley General de la Vivienda y por último, se apreciaron las consecuencias negativas que trae consigo la aplicación de la autotutela administrativa en las relaciones inter-privadas, lo que permitió arribar a las conclusiones y recomendaciones, encaminadas a dar solución a la problemática. Finalmente, se obtuvo un estudio de alto valor teórico, útil en el ámbito académico y práctico.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I: CONSIDERACIONES SOBRE LOS ELEMENTOS HISTORICOS QUE SUSTENTAN LA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA EN RELACIONES INTER-PRIVADAS.....	8
Epígrafe 1.1.Nociones generales de la autotutela.....	8
1.1.1. Aproximación conceptual a la institución de autotutela.....	8
1.1.2. La naturaleza jurídica de la autotutela administrativa.....	9
1.1.2.1Fundamentaciónjurídica.....	11
1.1.3 Tipología de la autotutela.....	13
1.1.3.1 La autotutela declarativa.....	13
1.1.3.2 La autotutela ejecutiva.....	14
1.1.4Los límites de la autotutela.....	15
Epígrafe 1.2.Nociones generales sobre la heterotutela.....	19
1.2.1. Aproximación conceptual a la heterotutela.....	19
1.2.2. Evolución histórica de la heterotutela.....	23
1.2.3. Fundamentación de la heterotutela.....	26
CAPITULO II: LA REGULACION ACTUAL DEL CESE DE CONVIVENCIA EN CUBA Y SUS CONSECUENCIAS.....	28
Epígrafe 2.1.La Ley General de la Vivienda como norma administrativa sui generis en materia inmobiliaria.....	28
2.1.1Antecedentes de la ley general de la vivienda.....	29
Epígrafe 2.2. El cese de convivencia en la vigente Ley General de la vivienda.....	30
2.2.1. Antecedentes del cese de convivencia en la legislación cubana....	30
2.2.2. Regulación actual.....	32
Epígrafe2.3. El procedimiento para determinar el cese de convivencia en la vigente Ley General de la Vivienda.....	36
2.3.1. El procedimiento triangular: partes o interesados.....	46
2.3.2. El procedimiento contencioso administrativo.....	47

Epígrafe 2.4.Análisis del decreto – ley 322/2014 modificativo de la ley general de la Vivienda.....	52
Epígrafe 2.5.El impacto negativo de la aplicación de la autotutela en sede de cese de convivencia.....	55
CONCLUSIONES.....	58
RECOMENDACIONES.....	60
BIBLIOGRAFÍA.....	61

INTRODUCCION

Las transformaciones sociales y culturales del mundo corren hoy de manera veloz y como consecuencia de ello el Derecho Administrativo, derecho regulador por excelencia de servicios públicos y de normas de comportamientos entre los ciudadanos y los diferentes resortes del mecanismo estatal, se encuentra en constante transformación, no solo de sus normas, sino al mismo tiempo de sus métodos de estudio, teorías y reglas generales de aplicación que lo informan.

El Estado nace de la necesidad del hombre por organizarse en una comunidad que permita, gracias al esfuerzo conjunto, alcanzar el bien común. Para organizarse es necesario crear un sistema normativo que permita a sus integrantes ejercer sus libertades garantizando el bienestar general. Con el propósito de cumplir con los fines para lo que fue creado el Estado debe ejercitar una actividad irrenunciable que le permita alcanzar esos fines, actividad que se le conoce con el nombre de Administración Pública la cual está estructurada orgánicamente conocido como aparato estatal. Para que la Administración pueda ejercer sus poderes es necesario limitar el accionar tanto de los gobernantes como de los gobernados, limitante que es concedida por la Ley.

Una de las principales formas de expresión de la Administración Pública consiste en los actos administrativos, declaraciones unilaterales de voluntad en ejercicio de la función administrativa. Así, una de las instituciones que contribuye a darnos una idea más certera de la posición real de la Administración Pública y de sus poderes es la de la autotutela.

A través de ella se observa cuáles son esos poderes que hacen que la Administración Pública sea capaz de comportarse en su actuar de forma muy distinta a como lo hacen los ciudadanos, de modo que si éstos nunca pueden tomarse la justicia por su mano, aún cuando tenga la razón de fondo, la Administración Pública es capaz de imponer su voluntad e incluso de ejecutarla sin necesidad de acudir a los jueces y tribunales para imponer sus decisiones.

Es normal que los ciudadanos tengan que acudir a un tercero¹, por ejemplo tribunales, para tutelar y hacer valer sus derechos, pero la Administración Pública puede, por sí misma,² establecer lo que es conforme a Derecho, declararlo, imponer unilateralmente derechos y obligaciones a los ciudadanos y hacerlos ejecutar sin necesidad de acudir a un tercero, los Jueces y tribunales. Todo ello lo hace por sí misma.

La institución de la autotutela muestra así, una dimensión distinta a la que ofrecía la institución del principio de legalidad. Muestra la cara poderosa y exorbitante de la Administración.³

La práctica diaria de los operadores del derecho vinculada directamente con la atención a la población evidencia la existencia de familias en situaciones o conflictos relacionados con el ejercicio del derecho de propiedad sobre una vivienda.

La familia moderna sufre un fenómeno que algunos psicólogos han denominado como atomización, en los procesos de divorcio o separación, generalmente el propietario del inmueble exige el abandono del mismo por parte del excónyuge o concubino, que al mismo tiempo, en no pocas ocasiones, es el padre o la madre de un menor/es que convive en el inmueble. La situación de los menores, de forma directa o indirecta, no es ajena a lo anterior, todo se hace más complejo al superarse la concepción tradicional del menor como un sujeto absorbido por la patria potestad, hasta llegar a una concepción donde se entiende que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente su protección, es promover su autonomía como sujeto.

Esto ocurre dentro de una preceptiva legal aplicable principalmente a otras materias, en la cual existen reglas de carácter administrativo, por lo que se requiera la existencia de una norma jurídica administrativa que atienda las obligaciones que el ejercicio de dicha potestad impone.

¹Heterotutela

²Autotutela

³ Los privilegios que otorga la autotutela a la Administración Pública se basan en el principio de legalidad, ya que tienen que estar instaurados en la Ley que los establece, al mismo tiempo la misma se encuentra sujeta al control jurisdiccional.

La Ley General de la Vivienda, como su nombre lo indica, es la norma administrativa, con rango de ley, que instituye el ejercicio de la autotutela administrativa en relaciones familiares *inter-privatos*, específicamente en el cese de convivencia motivado por litigios relacionados con el derecho de propiedad sobre la vivienda.

La existencia de familias en situaciones o conflictos relacionados con la administración o disposición de una vivienda, específicamente lo regulado en los artículos 64 y 65 de la vigente Ley General de la Vivienda en sede de cese de convivencia y el impacto de un posible procedimiento contencioso administrativo como garantía jurídica a los sujetos que intervengan en este tipo de litigios no encuentran solución clara en la legislación vigente, no obstante se manifiesta la preocupación del Estado por brindar una eficaz protección a la familia, lo que ha llevado al cuestionamiento de criticar la conveniencia de que se mantenga el ejercicio de la autotutela administrativa en este litigio relacionado con el ejercicio del derecho de propiedad sobre la vivienda.

Se optó por la anterior problemática ya que una de las instituciones que contribuye a darnos una idea más certera de la posición real de la Administración Pública y de sus poderes es la de la autotutela.

Lo abordado en esta investigación no ha sido objeto de sistematización doctrinal, ni de estudio de monografías, tesis doctorales o de maestrías, lo cual denota su novedad y actualidad. La relevancia de la investigación reside, en tratar desde un estudio acabado dos instituciones jurídicas tan opuestas en la doctrina como la autotutela y la tutela judicial efectiva directa, a las cuales nunca se les ha realizado un acercamiento desde la actual arista.

Consecuentemente el **problema científico** que motivó a la autora a realizar esta investigación consiste en que la regulación actual sobre el ejercicio de la autotutela administrativa en sede de cese de convivencia, resulta indebido para las partes litigantes.

Al respecto, la **hipótesis** propuesta plantea que la regulación actual sobre el ejercicio de la autotutela administrativa en sede de cese de convivencia resulta indebido, por cuanto esta incide de forma negativa en relaciones inter-privadas de un posible control judicial posterior sobre la decisión que se adopte en el

procedimiento triangular administrativo, con motivo de un litigio por cese de convivencia, lo que restringe así la posibilidad de una solución más rápida, económica, justa y eficaz de las demandas presentadas ante las Direcciones Municipales de la Vivienda competentes.

Para la consecución de la hipótesis y solucionar el problema descrito se propone como **objetivo general:** demostrar que la regulación actual sobre el ejercicio de la autotutela administrativa en sede de cese de convivencia, resulta indebido para las partes litigantes.

Para dar cumplimiento a lo anterior se determinaron los siguientes **objetivos específicos:**

1. Sistematizar los elementos históricos-doctrinales que caracterizan la institución autotutelar administrativa, con especial atención en el ejercicio de la autotutela administrativa en las relaciones *inter-privatos*.
2. Analizar la regulación jurídica del cese de convivencia en la normativa patria, con especial énfasis en su comparación con el resto de los litigios relacionados con el ejercicio del derecho de propiedad sobre una vivienda.
3. Diagnosticar jurídicamente las limitaciones de la funcionalidad del ejercicio de la autotutela administrativa en sede de cese de convivencia en Cuba y las consecuencias negativas que el mismo produce para las partes litigantes.

Cabe mencionar que el trabajo de investigación, ahora presentado, se encuentra complementado por una serie de conceptos, elementos, objetivos, fundamentación, aspiraciones, así como determinados puntos de vista de diferentes autores y estudiosos del Derecho, lo que da como resultado la satisfacción de las inquietudes y dudas respecto al presente tema.

Es necesario señalar que se realizó un proyecto a fin de lograr los objetivos, ya que es a través de la planeación de la investigación y de la ciencia como se puede estructurar una buena labor; pues es ahí de donde se obtiene un conocimiento verdadero, concerniente a la metodología, guiando a un fin específico y predeterminado, ya que decir método, es hablar de un camino, proceso ordenado de conocimientos parciales que desembocan en el conocimiento total de un objeto científico.

Para emprender la labor investigativa se emplearon los siguientes Métodos:

- **Análisis-Síntesis:** útil en el estudio del Derecho como un fenómeno multidimensional y armónico, desde principios y valores fundamentales que lo guían como son: autotutela, heterotutela, jurisdicción, seguridad jurídica, justicia, y legalidad.
- **Histórico-Jurídico:** necesario para caracterizar y evaluar el curso evolutivo de las posiciones iusfilosóficas en torno al recurrente problema de la autotutela administrativa en las relaciones *inter-privatos* en pos de identificar su origen, cambios y las regularidades y tendencias en tal evolución.
- **Jurídico-Doctrinal:** presente durante toda la investigación, se convirtió en una herramienta imprescindible, sustentador de un estudio que intentó lograr un diagnóstico mediante la consulta de fuentes bibliográficas y de los criterios doctrinales, que fundaron el punto de inicio para la toma de posiciones y brindar argumentos en torno al ejercicio de la autotutela administrativa en las relaciones *inter-privatos*.
- **Dialéctico:** permitió revelar en las instituciones que abarcan la regulación del cese de convivencia, no solo las relaciones entre los componentes del sistema, sino aquellos aspectos contradictorios en la búsqueda de un nuevo elemento: la argumentación y trazado de pautas interpretativas contribuyente a una interpretación dogmática uniforme respecto a la improcedencia de la autotutela administrativa en sede de cese de convivencia.

Consecuentemente fueron obtenidos los siguientes Resultados:

- ✓ **Sistematización doctrinal** de los elementos históricos-doctrinales que caracterizan la institución autotutelar administrativa, con especial atención en el ejercicio de la autotutela administrativa en las relaciones *inter-privatos*.
- ✓ **Las bases legales** en relación a la tipificación positiva del procedimiento para la solución de un litigio derivado de un cese de convivencia, y su incidencia negativa para las partes intervinientes en el mismo.
- ✓ **Material bibliográfico actualizado** sobre la autotutela administrativa en las relaciones *inter-privatos*, y la regulación legal del cese de convivencia.

Esta investigación pretende aportar como Beneficios, un estudio integrado sobre el tema, teniendo un alto valor teórico al sistematizar un grupo de modernas teorías en torno al ejercicio de la autotutela administrativa en las relaciones *inter -privatos*, de manera particular en el caso de un litigio derivado de un cese de convivencia, atemperándolas al ordenamiento patrio y a las realidades socioeconómicas de Cuba; por otro lado la posibilidad de contribuir a la aplicación de los conocimientos sobre las instituciones del Derecho Administrativo, útil no solo en el ámbito académico, de acuerdo al material bibliográfico actualizado que resultará, el cual servirá de material de consulta como bibliografía complementaria por alumnos y profesores de la carrera de Derecho; además, en virtud de las recomendaciones que se brinden, constituirá un aporte al perfeccionamiento de las normas jurídicas que conforman el derecho positivo cubano, constituyendo en el orden práctico una herramienta para uniformar la manera de proceder en los casos de cese de convivencia, y trazar algunas pautas comunes para la solución de estos litigios.

La presente investigación, titulada *La autotutela administrativa y el impacto del procedimiento triangular administrativo en sede de cese de* está estructurado en 2 capítulos. El primero, se denominó *Consideraciones sobre los elementos históricos que sustentan la autotutela administrativa en relaciones inter-privados.*; el cual se concentra en el estudio de la autotutela, su conceptualización y la naturaleza jurídica de la misma, además de su fundamentación jurídica para poder comprender los tipos de autotutela que se pueden presentar así como sus limitantes, con el fin de delimitar cuándo es posible que se dé la autotutela en relaciones privadas donde no existe un interés superior en juego para lo que consideramos abordar además elementos doctrinales respecto a la heterotutela y así demostrar que ciertamente la Administración no tiene por qué intervenir en este tipo de litigios derivados de situaciones privadas . El segundo, nombrado *La regulación actual del cese de convivencia en Cuba y las consecuencias que trae para las partes que intervienen.* En este capítulo se realiza un análisis del tratamiento del cese de convivencia en la legislación cubana actual efectuando una breve panorámica de su evolución para lograr comprender cómo llega a su actual estado, las modificaciones que se han realizado a la Ley General de la Vivienda al

respecto y las consecuencias que trae el ejercicio de la autotutela en relaciones inter-privadas para las partes interesadas.

Componen además este trabajo las conclusiones y recomendaciones, donde se sintetizan los aspectos más relevantes de la investigación, logrando dar solución al problema planteado. El material bibliográfico consultado obedece a los requerimientos de la investigación, no solo por su cantidad, sino por sus elementos cualitativos y actualidad.

CAPITULO I: CONSIDERACIONES SOBRE LOS ELEMENTOS HISTÓRICOS QUE SUSTENTAN LA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA EN RELACIONES INTER- PRIVADAS.

Epígrafe 1.1.Nociones generales de la autotutela.

Es necesario ahora abordar un concepto genérico de la autotutela administrativa por lo que se utilizarán algunas concepciones propias de la teoría general además del manejo del término en la vida práctica jurídica al ser un concepto que no se encuentra en las legislaciones como lo trata la doctrina sino se maneja como la ejecutoriedad con que cuenta la Administración en sus decisiones.

1.1.1. Aproximación conceptual a la institución de autotutela.

El concepto de autotutela expresa que es la persona misma quien provee a la declaración, defensa, conservación y ejecución de derechos, actos, declaraciones o actuaciones en general.

Se habla aquí de la autotutela como institución, también podría hablarse como principio, pero lo cierto es que la autotutela es un término construido por la doctrina, y más concretamente por el profesor García de Enterría⁴, en tanto esta facultad de la Administración expresa una diferencia sustancial entre la misma y los particulares, toda vez que estos últimos, para cambiar determinada situación de hecho, deben recurrir al órgano jurisdiccional.⁵

Por su parte el jurista Mendoza Ugarte, afirma que la autotutela administrativa es:

“El privilegio excepcional [de la Administración Pública] de poder resolver sus propias situaciones jurídicas mediante el simple recurso de declarar su propio derecho e imponerlo a su vez a los particulares de manera directa y sin necesidad de intermediación judicial alguna”⁶

⁴ Catedrático de Derecho Administrativo.

⁵ Vid. García de Enterría. E y Fernández Rodríguez T, *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. 4 ed, Civitas, Madrid, 1983, pp 455-456.

⁶ Vid. Mendoza Ugarte, A. *La ejecución coactiva. Comentarios al Texto Único ordenado de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva*. Línea Negra Editores, Lima 2009, pp 32-33.

Por otra parte, Hinojosa Minguéz⁷ sugiere que la autotutela es una prerrogativa exclusiva de la Administración en la medida en que es limitada o restringida por la Constitución y las leyes a favor del administrado (Como toda potestad de la Administración). Lo precedentemente afirmado, es corroborado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano por ejemplo en el Exp. 0015-2005-PI/TC cuando establece que:

“(…) [l]a administración pública tiene la capacidad para proteger directamente sus intereses, pudiendo incluso exigir por si misma el cumplimiento de sus actos. Sin embargo, esta facultad de autotutela de la administración pública de ejecutar sus resoluciones (…) implica la tutela de los derechos fundamentales de los administrados que puedan verse amenazados o vulnerados por la actividad de la administración (…)”⁸

Entonces, podemos arribar a afirmar que la autotutela administrativa es aquella prerrogativa excepcional, fundada jurídicamente en el principio de interés público para determinar el derecho en sede administrativa de manera directa y con limitación en la Constitución y las Leyes.

1.1.2. La Naturaleza Jurídica de la autotutela administrativa.

Cabe referir que en la medida en que el Derecho Administrativo es una rama sumamente especializada de un conocimiento de suyo especializado, como el derecho, supone cierta dificultad delinear el desarrollo de una institución poco tratada en dogmática, es por ello que nos adheriremos a lo que la doctrina española ha referido a propósito del tema⁹.

⁷HinojosaMinguéz, A. *El procedimiento coactivo*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1995, pp 28-29

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en Expediente número 0015-2005 PI/TC, fundamento 41. Disponible en: <http://www.tirantonline.com>

⁹Vid García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, Ob. Cit.

En tal sentido, se sugiere que la fundamentación histórica de la autotutela de la Administración deviene desde antes, incluso, del surgimiento del Estado moderno, esto quiere decir que dicha figura se puede haber presentado en el esquema de la monarquía. Para García de Enterría, la justificación pasa por la igualdad de las delegaciones reales, esto se explica desde la perspectiva de que en tanto el Rey poseía de manera omnímoda el poder soberano¹⁰, luego, las delegaciones que éste hacía a los súbditos encargados de realizar las funciones jurisdiccionales, administrativas o gubernamentales tenían un mismo rango y fuerza, es decir, en la medida en que la potestad del delegado provenía de una misma fuente¹¹, esta potestad tenía igual autoridad independientemente de si era jurisdiccional, administrativa o gubernamental; por ello, las decisiones de los delegados con función administrativa, no tenían porqué ser revisados por los operadores jurisdiccionales¹².

Ahora bien la Revolución Francesa, con su peculiar concepción del principio de separación de poderes, consolidó la exención de la Administración cuando actúa como Poder público del control de los tribunales ordinarios, dando lugar a la creación de una jurisdicción administrativa de carácter puramente revisor y en un primer momento retenida por la propia Administración, conforme al principio de que “*juger l'administration, c'est en core administrer*”¹³. Cabe señalar que, aun y cuando el control jurisdiccional de la actuación administrativa se haya judicializado por completo, la característica básica de este modelo, consiste en que la Administración actúa con fuerza jurídicamente vinculante de manera unilateral e imperativa y el control jurisdiccional interviene *a posteriori*, se mantiene inalterada.

Peña Solís, sin contravenir lo que se debatía precedentemente, expone la situación francesa, en la que describe la desconfianza que había en los tribunales, donde el constituyente excluyó en lo sucesivo, cualquier distorsión

¹⁰ Apud Escola, E. *Compendio de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1984., p 21. Sobre el particular del poder absoluto del monarca y su implicación en la Administración Pública.

¹¹ Nos referimos al poder del Monarca

¹² Cfr. García de Enterría, E y Tomás Ramón, F. *Manual de Derecho Administrativo. Tomo I*. Ob, cit, p 452 En tal medida el maestro español dice: “La administración y la justicia son las dos meras emanaciones de un sujeto, el Monarca pues son manifestaciones del mismo poder, con idéntico rango y fuerza.”

¹³ Vid Curso de Derecho administrativo, I, decimoquinta edición, cit., págs. 528-531.

en la actividad administrativa, edificando una suerte de “jurisdicción especial separada” que duró en Francia hasta aproximadamente el año 1872 cuando el Consejo de Estado pasa a ser un órgano realmente jurisdiccional.¹⁴

Ahora bien, la justificación material de la autotutela administrativa ya no puede ser el principio de división de poderes, que hoy no se entiende con la rigidez y radicalidad con que lo concebían los revolucionarios franceses. Esta institución en el acontecer actual se ve como un producto del Estado de Derecho que materializa el principio de legalidad a través del cual se unge a quienes ejerciten la función administrativa de salvaguardar y amparar los intereses públicos que son perseguidos como fines por la Administración Pública.

1.1.2.1. Fundamentación jurídica.

Desde una perspectiva de fenomenología jurídica, hay que partir de la aseveración de que en un sistema donde la resolución de conflictos le pertenece al fuero jurisdiccional, no es posible admitir que la actuación administrativa de autotutela es *prima facie* una actuación jurisdiccional, ello conlleva al equívoco de pensar que la Administración hace justicia por mano propia. La actuación de autotutela no es de suyo jurisdiccional, no puede adquirir la calidad de cosa juzgada.

No cabe duda, que en materia de fundamentación jurídica, el principio de legalidad se presenta como fundamento, pero de manera próxima, es evidente que si la Administración posee la capacidad de velar por sus propios intereses, es por disposición de la Ley.

La Administración cuando actúa hace lo que debe, pues el servicio con objetividad a los intereses generales es siempre un deber. El particular hace lo que quiere –lo que le da la gana– con el único límite de las normas que le pongan restricciones a esa posición inicial de libertad.

Todo ello puede contribuir a retener una impresión de la Administración como menos libre que el ciudadano y, precisamente por menos libre, con menos poder. Esa idea es correcta si se llega a concluir que la arbitrariedad (o el

¹⁴Peña Solís, J. *Manual de Derecho Administrativo, Volumen tercero*, Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2003., p.53.

capricho) está excluida, por naturaleza, del actuar administrativo, a diferencia del ciudadano para el que su voluntad –e incluso en ocasiones su capricho– no tiene más límite que su propia ética cuando no encuentra una norma legal que le impone otros límites.

Es necesario entender a la Administración como una «*potentior persona*», como una persona más poderosa de lo que lo son los ciudadanos. Hasta ahora se ha examinado una de las «instituciones básicas del Derecho administrativo», como es el principio de legalidad, que puede haber dado la impresión de una Administración, de una persona tan sometida y aherrojada por el Derecho que pareciera que tiene menos libertad y menos poder que los ciudadanos.

Y en alguna medida es así (en su forma de someterse al Derecho), sólo que no se hará una imagen cabal y completa de la Administración si no se advierte que ese sometimiento pleno a la Ley y al Derecho lo es sin perjuicio de que se le atribuyen formidables poderes en todos los campos y sectores de la acción pública. Poderes de los que, desde luego, carece cualquier ciudadano. Poderes que se podrían llamar así, exorbitantes, en cuanto excesivamente superiores a los que estos últimos tienen.

En realidad los privilegios que la autotutela comporta para la Administración están todos ellos basados en la Ley que los consagra. En ese sentido la autotutela se funda en la legalidad, como no podía ser de otra manera. La Administración tiene así una ventaja posicional, en el sentido de que coloca a los ciudadanos en la posición de ser los recurrentes ante los Tribunales contra sus decisiones y normas que se presumen legítimas. Como es evidente la posición de demandado es siempre más cómoda, aparte de otorgarle la ventaja de que, si no hay impugnación ante los Tribunales, sus actos devienen firmes y, en principio, inatacables.

Un aspecto importante a no perder de vista consiste en que la autotutela de que disfruta la Administración en sus actuaciones sujetas a Derecho Administrativo, no la ejerce en defensa de intereses propios, sino en defensa de los intereses generales. Cuando ejerce sus potestades de autotutela no está

aprovechándose de las mismas para ser juez y parte en defensa de sus intereses particulares o privativos, sino que lo hace al servicio siempre de intereses ajenos, que no son otros que los intereses generales a los que siempre ha de servir la Administración.

Es tarea indudable del Estado, en su función de Administración, trazarse directrices, normas o medidas, tanto ejecutivas como jurídicas válidamente declaradas para lograr una forma más perfecta de asociación y por consiguiente el bienestar general siendo las mismas susceptibles de revisión judicial en caso de que no se arreglen a Derecho.

1.1.3. Tipología de la Autotutela.

1.1.3.1. La Autotutela Declarativa.

Por autotutela declarativa se conoce aquella manifestación de la autotutela que consiste en que la propia Administración es capaz de declarar lo que es derecho en un caso concreto –sin perjuicio del posterior control judicial– con eficacia frente a todos y, desde luego, frente a los destinatarios del acto que quedan obligados por la declaración de la Administración que se presume legítima.

La autotutela declarativa no sólo entraña una declaración acerca de algún derecho u obligación preexistente y que la Administración se limita a reconocer o declarar, sino que puede entrañar algo más que una constatación, es decir, que puede suponer la constitución, supresión o modificación de un derecho.

Todos los pronunciamientos que realiza la Administración considerados dentro del marco de la tutela declarativa se presumen legítimos, esto es ajustado a Derecho, y por eso mismo la decisión que contiene –constitutiva o declarativa– es inmediatamente ejecutiva. Ello significa que produce efectos desde la fecha en que se dicta¹⁵ y que, por otra parte, puede ser objeto de ejecución forzosa con independencia de que en efecto sea ejecutada forzosamente o no.

¹⁵Salvo que su eficacia quede demorada a su notificación al interesado o a su publicación.

En virtud de la autotutela declarativa la Administración, sin necesidad de acudir a un juez, puede establecer, de forma incluso unilateral, cuáles son los derechos y obligaciones de las partes. Ese acto se presume legítimo y es por ello mismo ejecutivo. Ese acto declara cuál es el derecho y las obligaciones de las partes en una concreta relación jurídica y esa declaración se presume legítima con presunción *iuris tantum*; lo que significa que, mientras no se destruya esa presunción –normalmente por el interesado a quien perjudica–, el acto es eficaz desde la fecha que se dicta –sin perjuicio de su notificación o publicación– y, además, es ejecutivo, lo que significa que puede ser ejecutado sin más, porque se supone que es ajustado el ordenamiento y no precisa de otro procedimiento que acredite su validez y legitimidad.

1.1.3.2. La Autotutela ejecutiva.

La autotutela ejecutiva en otro sentido, sin que suponga la ejecución de un acto administrativo previo, entendiendo “ejecución” como la materialización en el mundo real de las decisiones que componen los actos administrativos¹⁶ y que son, no obstante, susceptibles de revisión judicial vía proceso contencioso-administrativo.

La autotutela ejecutiva faculta a la Administración para el uso de sus propios medios y sistemas de coacción, sin necesidad de acudir a los Tribunales. Se refiere normalmente a la ejecución forzosa de los actos administrativos cuyos destinatarios, previamente apercibidos, se resisten al cumplimiento, sirviendo el propio acto administrativo de título ejecutivo. Esta ejecución forzosa procede salvo en los supuestos en que, de acuerdo con la Ley, se haya suspendido o cuando la Constitución o la Ley exijan la intervención de los Tribunales.

Sin embargo, la Administración puede utilizar la autotutela ejecutiva en otros casos donde se utiliza el llamado *interdictum proprium* con el que la Administración recupera directamente la posesión de sus bienes. Se trata de un instrumento de defensa que tiene unos contornos muy definidos, temporales si se trata de bienes patrimoniales, pues la recuperación únicamente puede

¹⁶Cfr. Rizo Oyanguren, A, *Manual elemental de Derecho Administrativo*, Universidad Autónoma de Nicaragua, 1991., p 149.

efectuarse en el plazo de un año, y materiales si se trata de bienes de dominio público, dado que ha de constar de modo indudable la titularidad de dominio. Fuera de estas hipótesis, la Administración aparece como cualquier particular, debiendo acudir a los Tribunales ordinarios para conseguir la posesión.

En todo caso, se trata de una autotutela previa, no definitiva, pues su aplicación no excluye, al igual que la declarativa, el eventual conocimiento ulterior por parte de los Tribunales, comprensivo de la validez del acto que ha servido de título ejecutivo y de la misma ejecución forzosa; en ese sentido, la presunción de legalidad alcanza también, en los términos antes indicados, a las ejecuciones administrativas.

Para completar la autotutela en la ejecución, queda mencionar la prohibición de inmisión judicial en determinadas ocasiones, como muestra la prohibición de embargos o de ejecuciones patrimoniales de la Administración o la también prohibición de que se dirijan interdictos contra ella, en ambos supuestos con ciertos requisitos, pues, por ejemplo, la prohibición de interdictos solo afecta a las *"actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido"*, de modo que quedan fuera las hipótesis en las que la Administración actúa por *"vía de hecho"*.

1.1.4. Los límites de la autotutela.

En primer lugar, el dimanante de la vinculación de la Administración a sus propios actos declarativos de derechos, que le impide formalmente volver contra ellos mediante otros de signo de contrario; para ello deberá acudir a su impugnación contencioso administrativa, previa declaración de lesividad, salvo si se trata de actos nulos de pleno derecho.

En segundo lugar, puede que la ejecución del acto haya sido suspendida en vía de recurso administrativo o de recurso contencioso-administrativo. La posibilidad de dejar en suspenso la eficacia de los actos de la Administración responde, entre otras, a la idea de que, si esos actos se han llevado a cabo sin posibilidad de vuelta atrás o, al menos, cuando resulta difícil la reparación de

los perjuicios causados, parece inútil verificar la adecuación a Derecho del acto en cuestión. A ello se añade que la autotutela no parece un principio general que exprese valores fundamentales, sino una regla general excepcional ante determinados derechos o potenciales agresiones a esos derechos de carácter irreversible, o ante simples garantías de cumplimiento futuro prestadas por el ciudadano obligado a cumplir en el acto.

En tercer lugar, y enlazando con lo anterior, ha de recordarse que las resoluciones sancionadoras sólo son ejecutivas cuando ponen fin a la vía administrativa, mientras tanto, carecen de tal cualidad.

Lo cierto es, que no se puede dejar de mencionar como límites fundamentales de la autotutela el hecho de que esta institución actúa solamente cuando hay un interés general en juego no siendo así cuando el interés es privado pues en la vida práctica se ha dado en muchas ocasiones que la Administración abusa del poder que le es concedido por el principio de legalidad en que se basa, para ir más allá de sus intereses al punto de vulnerar derechos que ostentan los particulares como la heterotutela.

Al respecto debe subrayarse que la idea de interés general no es algo ajeno y externo a la Administración Pública, sino que constituye el núcleo esencial de su modo de ser y estar. Es, además, la razón que justifica su propio estatuto. El servicio a los intereses generales como el rasgo identificador de la función de la Administración Pública.

Tanto es así que hubo una época durante el siglo XIX en que, pese a la introducción de los postulados revolucionarios, el Derecho Administrativo se venía caracterizando como el derecho singular de una persona poderosa: la Administración Pública. Fue cuando entonces se le reconoció al profesor DUGUIT el mérito de invertir el planteamiento al poner de manifiesto que era la prestación de servicios públicos (entendidos en sentido amplio) lo que determinaba que la Administración tuviera poderes exorbitantes. Es decir, la Administración no tenía poderes exorbitantes porque fuera una persona poderosa, sino que era una persona poderosa porque prestaba servicios

públicos y al público o al pueblo (la gente, los ciudadanos) por lo que el pueblo ocupó el lugar que le correspondía.

Se puede afirmar que la Administración tiene como base la satisfacción de esos intereses generales, por lo que es considerable la opción de analizar el significado del término interés general y el tratamiento que se le da en la doctrina.

La doctrina suele comenzar el punto con un estudio de la raíz etimológica del término interés público.

Así, comenzar hablando del vocablo interés que proviene de la voz latina *interest*, cuyo sentido literal es estar entre y que con el paso del tiempo llegó a significar algo así como lo que importa o lo que es importante.

Visto ahora el punto desde una perspectiva económica, puede entenderse al interés como la relación entre un individuo que tiene una necesidad, y el bien adecuado para satisfacerlo. O, dicho en otras palabras, un tender hacia un objeto.

Aclarado el significado del término interés se estudia el vocablo público, entendiéndolo por tal, oponiéndolo a privado, todo aquello que atañe o interesa a la comunidad ¹⁷

Por su parte, Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo¹⁸ analiza el concepto de interés general realizando comparaciones primero con el interés privado¹⁹ y posteriormente frente al llamado interés público que se entiende comúnmente como términos iguales pero realmente no lo son sino que uno

¹⁷ Vid Escola, op. y loc. Cits, p. 100-115

¹⁸ de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Tomás, Lección 7, “*Aproximación al interés general y su composición con los derechos e intereses de los particulares*”. Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Carlos III de Madrid, actualizado en febrero de 2014., p 3-8

¹⁹ Respecto a esto plantea: “Eso significa que el orden público y la paz social bienes y valores de interés general evidente descansan y se sostienen en el disfrute por las personas de sus bienes y derechos, puesto que ese disfrute no es algo que afecte o que sea privativo de cada persona, sino que, sin el disfrute de los derechos por todos, el orden político se deslegitima y la paz social queda comprometida.” Todo ello derivado de un artículo de la Constitución española que dice:

«la dignidad de la persona humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social».

En esa misma línea el artículo 9.2 de la Constitución atribuye a los poderes

determina al otro²⁰, por lo que llega a la conclusión que es un concepto jurídico indeterminado porque parte desde diferentes puntos de vista o situaciones.

Puede definirse provisoriamente entonces al interés público, con Escola, como el resultado de un conjunto de intereses compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos²¹

Cabe concluir que el término interés público no tiene un concepto unívocamente definido ²² pero de forma general la expresión se usa para reflejar el postulado de que la finalidad de las acciones del Estado, o de las instituciones de una comunidad políticamente organizada, ha de ser el bien (felicidad, interés, utilidad o beneficio) del conjunto del pueblo (la totalidad de los que componen una nación).

Teniendo en cuenta los elementos analizados ha quedado claro que la Administración no tiene potestad para intervenir en los asuntos privados (*inter privados*) por lo que no hay que admitir por parte de la misma como diría Santamaría “la extensión absoluta y carente que posee en España”²³

En este sentido García de Entierra y Fernández Rodríguez, citados por Ramón Parada²⁴, plantean, “privilegio odioso la aplicación de la autotutela

²⁰ En todo caso el interés público no deja de ser la **misión de la organización** política consistente en defender el interés general de la comunidad humana subyacente a dicha organización política. De esa forma el interés público es una especie de hipóstasis del interés general en cuanto que no es sino el mismo interés general de la Comunidad asumido por su organización política.

²¹ Escola, op. cit., ps. 249 y 250.

²² Por ejemplo, Carla Huerta Ochoa sugiere: “El término interés público cumple con una o varias funciones, más que poseer un significado en el sistema jurídico mexicano, característica que no es exclusiva ni del concepto ni de nuestro sistema jurídico. El significado es atribuido por la regulación y delimitado por la jurisprudencia, pero en realidad no puede hablarse de un sentido unívoco del término “interés público”. En El concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional

²³ Santamaría Pastor. *Fundamentos, Volumen I.2 edic, Ediciones Sociales, p 215.*

²⁴ Parada, Ramón, *Derecho Administrativo. Volumen I. Parte General. 9ª edición.* Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. 1997.

administrativa al campo de las relaciones *inter privados*, para lo cual se introduce en éstas una convencional intervención administrativa que no tiene otro objeto que buscar ese efecto”.

Es decir, la Administración en muchos casos abusa de los poderes que le son conferidos constitucionalmente y uno de estos abusos precisamente ocurre en las relaciones *inter privados*, se trata de un abuso de la Administración desde el punto de vista del ámbito de su aplicación en la medida en que interfiere en relaciones jurídicas en las que la Administración ni es parte ni tiene por qué serlo dado que los eventuales conflictos que en aquella se susciten tienen que ser atendidos por el Juez²⁵

Para ser más precisos, se está haciendo referencia a los casos en los que la Administración no está actuando en función de los fines constitucionales para lo que fue creada, supuestos para cuya satisfacción se encuentran caracterizados por la autotutela lo que trae como consecuencia el detrimento de la competencia de los órganos jurisdiccionales dígame los jueces y tribunales que son los calificados según la ley para tratar este tipo de asuntos.

Epígrafe 1.2.Nociones generales sobre la heterotutela.

Es necesario ahora abordar un concepto genérico de la heterotutela, término que trabaja la doctrina como tutela judicial efectiva pero que a los ojos de esta investigación trataremos como heterotutela ya que consiste en la posibilidad que tiene una persona de acudir directamente ante el órgano jurisdiccional a exigir sus derecho, por lo que utilizaremos algunas concepciones propias de la teoría general además del manejo del término en la vida práctica jurídica.

1.2.1. Aproximación conceptual a la heterotutela.

“Para el Tribunal Constitucional el derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho de todas las personas a tener acceso al sistema judicial y a obtener de los tribunales una resolución motivada, no permitiéndose el que por parte de

²⁵ Produciéndose en consecuencia, la sustitución del juez civil por la intervención decisoria de la Administración.

éstas se pueda permitir indefensión al no permitírseles ejercer todas las facultades que legalmente tienen reconocidas. “²⁶

En un estudio realizado por Javier Perozo y Jessica Montaner²⁷ sobre tutela judicial en la Constitución de la República de Venezuela se esbozan dos corrientes fundamentales sobre el concepto de la tutela judicial o heterotutela. La primera se limita a lo establecido en el artículo 26 de la Constitución de Venezuela que dice:

“Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, e incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.”...

En este mismo sentido, Pico I Junoy²⁸ citado por Perozo y Montaner argumenta que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende un contenido complejo que incluye los siguientes aspectos: el derecho de acceso a los tribunales; el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente; el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; y el derecho al recurso legalmente previsto.

También es partidario de esta corriente Rivera²⁹ citado por Perozo y Montaner, para quien la tutela judicial efectiva no solo supone el derecho de acceso a la justicia y a obtener con prontitud la decisión correspondiente, sino que comporta de igual forma la obligación que tiene la Administración de justicia, en respeto del derecho constitucional a la igualdad prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a decidir una controversia de una manera imparcial y equitativa.

²⁶Vid Sánchez Rubio, Da. Ma Aquilina. *Derecho a la Tutela Judicial efectiva: prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el Tribunal Constitucional*. Anuario de la Facultad de Derecho, ISSN 0213.988-X, Vol XXI, 2003, P601-616. Ver en este sentido el concepto que emite el Tribunal Constitucional sobre la heterotutela, pp.604-610.

²⁷Perozo Javier y Montaner Jessica, *Tutela Judicial Efectiva en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, División de Estudios para Graduados. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales Universidad del Zulia Maracaibo, Venezuela, Frónesis, v.14, N.3, Dic, 2007. pp.203-220.

²⁸Pico I Junoy, J. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Barcelona. 1997. pp68-70.

²⁹Rivera, R. *Aspectos Constitucionales del Proceso*. Tribunal Supremo de Justicia. Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor. Tomo II. Caracas. 2002.

El derecho a la tutela judicial efectiva como la nombra la doctrina, apunta a garantizar un mecanismo eficaz que permita a los particulares restablecer una situación jurídica vulnerada y está integrado por el derecho de acceso; el derecho a la gratuidad de la justicia; el derecho a una sentencia sin dilaciones indebidas, oportuna, fundamentada en derecho y congruente; a la tutela cautelar y a la garantía de la ejecución de la sentencia.

Igualmente, Escovar³⁰ citado por Perozo y Montaner se inclina por la corriente que se enmarca en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela³¹, y al analizar la tutela judicial efectiva ha expresado que el concepto es de raigambre española y se encuentra estrechamente vinculado con la indefensión, involucrando a otros principios como son: el derecho al acceso a los tribunales; el derecho a la efectividad de las decisiones judiciales; y el derecho al ejercicio del recurso previsto en la ley.

Al comentar el principio del debido proceso señala que es el concepto aglutinador de lo que se ha llamado el derecho constitucional procesal, que como principio constitucional alude a la suma de los derechos y garantías procesales consagradas en la Constitución.

La segunda corriente apunta que la tutela judicial efectiva es la suma de todos los derechos constitucionales procesales plasmados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; es decir, que por tutela judicial efectiva se entiende el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, el derecho a una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos, sin reposiciones inútiles, derecho al debido proceso, derecho a la defensa, derecho a ser notificados de los cargos que se imputan, derecho a la presunción de inocencia, derecho de acceso a las pruebas, derecho a ser oído en toda clase de proceso, derecho a un tribunal competente, derecho a intérprete, derecho a ser juzgado por jueces naturales y derecho a no confesarse culpable, entre otros.

³⁰Escovar, R. *La Motivación de la Sentencia y su Argumentación Jurídica*. Caracas. Editado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. 2001.

³¹*Vid. Supra*, p.21.

Esta corriente encuentra sustento en la Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del propio país, de fecha 27 de abril de 2001, N° 576, expediente N° 00-2794, que ha expresado:

“La Constitución de la República en su artículo 26 consagra la garantía jurisdiccional, también llamada el derecho a la tutela judicial efectiva, que ha sido definido como aquel, atribuido a toda persona, de acceder a los órganos de administración de justicia para que sus pretensiones sean tramitadas mediante un proceso, que ofrezca una mínima garantía (...) Es, pues, la garantía jurisdiccional, el derecho de acceso a la justicia mediante un proceso dirigido por un órgano (...) para conseguir una decisión dictada conforme el derecho (...)”.

Puede apreciarse que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia considera la tutela judicial efectiva (heterotutela) como un derecho bastante amplio que involucra no sólo el acceso a la justicia y a obtener una decisión razonada y justa, sino que también incluye las garantías constitucionales procesales que se encuentran en la Constitución de Venezuela.

Según Bello y Jiménez³² citado por Perozo y Molina puede apreciarse que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia considera la tutela judicial efectiva como un derecho bastante amplio que involucra no sólo el acceso a la justicia y a obtener una decisión razonada y justa, sino que también incluye las garantías constitucionales procesales que se encuentran en la Constitución de Venezuela.

Una vez analizados los argumentos en que se basan ambas corrientes para sustentar su posición sobre la heterotutela la autora se adhiere a los argumentos esgrimidos por la primera de ellas, teniendo en cuenta que los otros derechos que reconoce la segunda corriente además del derecho a acudir a los órganos de administración de justicia de forma directa no son más que garantías constitucionales y otros principios con que cuenta el debido

³²Bello, H.; Jiménez, D. *Tutela Judicial Efectiva y otras Garantías Constitucionales Procesales*. Primera Edición. Caracas, Venezuela. Ediciones Paredes. 2004.pp.30-40.

proceso, que es otro principio del proceso pero que ciertamente no forman parte de la tutela efectiva.

Teniendo en cuenta lo anteriormente citado se define que la heterotutela no es más que la declaración, defensa, conservación y ejecución de los derechos de cada persona los cuales no le quedan encomendados a su propio titular, sino que debe acudir a un tercero, a un órgano del Estado y más concretamente del Poder Judicial, para solicitar que el mismo declare sus derechos, adopte medidas para su protección o los haga ejecutar o realizar.

1.2.2. Evolución Histórica de la Heterotutela.

El derecho fundamental de toda persona de acceder a tribunales independientes en procura de Justicia proclamado en el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948³³, también fue ampliamente reconocido, aunque en algunos casos con formulaciones diferentes, tanto en el derecho europeo y americano, como en tratados internacionales.

A modo de ejemplo cabe citar las constituciones de postguerra, como la italiana de 1947 (art. 24.1) y la de la República Federal de Alemania de 1949 (art. 19.4), las que incorporaron disposiciones que expresamente reconocieron el derecho de acceder a órganos judiciales para la protección de situaciones jurídicas subjetivas.³⁴

También, con posterioridad, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos firmado en Roma el 4 de enero de 1950, se estipuló ante la violación de los derechos y libertades allí reconocidos, el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante una instancia nacional.

³³*“Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.*

³⁴Ello obedeció a la preocupación de impedir en el futuro los abusos y desviaciones que tuvieron lugar en el período totalitario y al deseo de devolver a los ciudadanos su confianza en la administración de justicia (FiquerueloBurrieza, Angela, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos, Madrid, 1990, p.32.).

Con una formulación análoga a la de los textos constitucionales italiano y alemán, la constitución española de 1978 en el art. 24.1 reconoce el derecho de toda persona a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse una situación de indefensión.

Respecto a esto Almagro Nosete citado por Sánchez Rubio Aquilina³⁵ planteó: *El artículo 24 de nuestra Norma Suprema constitucionaliza la instrumentación de un derecho fundamental: el derecho a la defensa jurídica de todos los demás derechos por medio del que bien podemos denominar “derecho a la jurisdicción” a cuyo alrededor giran conceptos que aun siendo funcionalmente autónomos se nos presentan en la realidad como absolutamente inseparables, como es el caso del derecho a la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión del derecho al Juez predeterminado por la Ley o de las garantías procesales de lo que se conoce como el derecho a un proceso debido.*

Y es que, se estimó pertinente citar a este tratadista porque la doctrina española ha trabajado el tema a grandes rasgos teniendo en cuenta que su normativa legal ha servido para dar entendimiento y cuerpo a la institución que se analiza en este epígrafe ya que ciertamente han acertado en sus fundamentos y tratamiento sirviendo de ejemplo a otras legislaciones foráneas respecto al tema.

En fecha posterior, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza entre el 7 y el 9 de diciembre de 2000, receptó expresamente en su art. 47, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial³⁶.

³⁵ *Op cit* Sánchez Rubio, Da. Ma Aquilina, pp.20-30.

³⁶ En el inciso I, basado en el art. 13 del CEDH, se estatuye que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

A su vez, el apartado 2, que se corresponde con el apartado 1 del art. 6 del CEDH. Reconoce el derecho de toda persona a que su causa sea oída equitativa y públicamente en plazo razonable por un juez independiente e imparcial establecido previamente por la ley. Y Se agrega el derecho a hacerse aconsejar, patrocinar y defender.

Del mismo modo, los países americanos han celebrado tratados en los que se ha consagrado el derecho de acceso de toda persona a la jurisdicción en defensa de sus derechos. Así cabe citar en primer lugar, el artículo 8 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá en 1948, y en especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica en noviembre de 1969, en donde se regula este derecho fundamental con una formulación análoga a la de las cartas europeas antes citadas.

En el art. 8.1³⁷ del último de los pactos citados, se reconocen los siguientes derechos: a) a ser oído con las debidas garantías; b) a que el proceso se desarrolle dentro de un plazo razonable; y c) a ser juzgado por un juez o tribunal competente; independiente; e imparcial, establecido con anterioridad por la ley. A su vez, en el art. 25.1 se dispone: *“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales”*. En los incisos siguientes, los Estados partes se comprometen a garantizar: que la decisión del recurso antes indicado, estará a cargo de la autoridad competente; que cumplirán la resolución judicial del recurso; y que desarrollarán las posibilidades del recurso judicial.

Además citar como ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 2 apartado 3 se recoge que:

En el tercer párrafo se determina el derecho a contar con asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para asegurar la efectividad del acceso a la justicia.

³⁷ El art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica textualmente determina: *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*.

“Cada uno de los Estados parte se compromete a garantizar: a) toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando tal violación haya sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”

A la vista de este abanico de normas, se aprecia que el derecho a la jurisdicción, o sea, heterotutela, es un derecho universalmente reconocido, y que se lleva cabo por medio de un número amplio de instrumentos procesales en los cuales se fundamenta.

Por tanto, analizados los conceptos de autotutela y heterotutela se delimita cuándo se da uno y cuándo se da otro por lo que no se justifica la intervención de la Administración en este litigio quedando en la práctica el cese de convivencia como competencia de la Vivienda, siendo esta el órgano que representa a la Administración cuando existe un interés superior basado en el principio de legalidad para preservar el interés público pero lo cierto es que el cese de convivencia es un litigio que le concierne al Tribunal ya que es el órgano competente para conocer de los litigios relacionados con los derechos subjetivos de las personas naturales. Esto trae consigo que se vea a la Administración como una intrusa que se excede de sus potestades y a la vez limita la competencia de los Tribunales y los jueces que son lo que verdaderamente tiene la jurisdicción para tratar este tipo de asuntos.

1.2.3. Fundamentación de la heterotutela.

Un principio consustancial con la idea de Estado, al menos tal como se entiende en lo que se denomina frecuentemente como mundo occidental, es la reserva al Estado del monopolio de la fuerza. En realidad una de las conquistas del Estado moderno es la superación de una visión del mundo basada en la legitimidad de la defensa por cada uno de sus bienes e intereses propios e

incluso en la utilización de la fuerza y de medios humanos y materiales para conseguirlo.

Esa renuncia al uso de la fuerza que apenas tiene excepciones, implica como contrapartida que alguien ha de garantizar la defensa y buen fin de los derechos de los ciudadanos. Ese alguien es el Estado que asume de distintas formas esa garantía. En lo que se refiere a la garantía de los derechos de los particulares, es el Poder Judicial el que recibe la encomienda, como poder del Estado, de decidir lo que es derecho en cada caso y hacerlo ejecutar; es el poder de ejercer, por tanto, funciones jurisdiccionales (*iuris-dictio*); es decir declarar el derecho en los casos concreto.

El legislativo establece las normas generales, pero no las aplica a casos concretos. Es el Poder Judicial el que da la respuesta en cada caso a la cuestión de a quién asiste la razón y por tanto quién tiene derecho a algo y quién queda obligado a algo.

No puede concebirse, por tanto, un Estado sin reserva del monopolio del uso de la fuerza, pero tampoco puede concebirse que en tal Estado los individuos queden despojados de toda posibilidad de hacer valer sus derechos impetrando el auxilio de alguien.

Si la renuncia al uso de la fuerza es algo consustancial a la esencia misma del Estado, también lo es que el Estado ponga los medios para que los ciudadanos puedan hacer valer sus derechos ante los órganos judiciales, que están, así, obligados a ejercer indeclinablemente su función jurisdiccional, que comprende tanto declarar el derecho –decir el derecho (*iuris-dictio*) – como realizarlo o ejecutarlo. Por lo que se hace necesario que existan normas a través de las cuales los ciudadanos puedan exigir sus derechos y se sientan amparados por ellas y de igual forma el Estado tiene que velar por el cumplimiento estricto de las mismas basados en el principio de legalidad en que se sustenta, más aún cuando los ciudadanos se ven afectados con su aplicación indebida.

CAPÍTULO II: LA REGULACIÓN ACTUAL DEL CESE DE CONVIVENCIA EN CUBA Y SUS CONSECUENCIAS.

La Ley General de la Vivienda como norma jurídica administrativa descansa en el postulado base declarado en el último Por Cuanto de la exposición motivacional de la misma, al recogerse y cito...”La propiedad personal de la vivienda debe entenderse en el verdadero sentido de esa forma de propiedad en las condiciones concretas de construcción del socialismo en nuestro país, es decir, esencialmente como el derecho de disfrutar de una vivienda por el propietario y su familia, sin pago alguno después de abonar su precio, sin que en ningún caso puede el derecho de propiedad personal de la vivienda convertirse en un mecanismo de enriquecimiento ni de explotación”... (Fin de la cita).

Lo anterior trae de la mano el criterio de que más allá de las facultades que el Derecho de Propiedad le confiere a los propietarios de una vivienda, su ejercicio estará condicionado y limitado por los condicionamientos sociales del momento histórico en que se disfrute del mismo, debiendo la Administración sopesar el interés subjetivo del propietario y lo que social y moralmente sea más justo y procedente con apego a las normas legales y principios del derecho.

Epígrafe 2.1. La Ley General de la Vivienda como norma administrativa sui generis en materia inmobiliaria.

La Ley General de la Vivienda, como su nombre lo indica, es una de las normas administrativas, con rango de ley, que más características sui generis tiene. Esta característica está dada en primer lugar debido a que la mayoría de las normas generales y de comportamiento que se emiten en materia administrativa provienen de un ente administrativo, y no del órgano legislativo y en segundo lugar es una ley administrativa que reúne aspectos sustantivos y adjetivos en sí misma, ya que regula y da forma a una amalgama de derechos subjetivos, y establece el procedimiento para ejercitar, reclamar o reparar los mismos.³⁸

³⁸La Ley General de la Vivienda en su Capítulo X establece la competencia y procedimiento para resolver las reclamaciones de derecho y los litigios en torno a las viviendas.

2.1.1. Antecedentes de la Ley General de la Vivienda.

Los antecedentes de esta se remontan a la Ley de Reforma Urbana de 1960, la que dio término definitivamente en Cuba a los factores especulativos que desnaturalizaron la función social que debe cumplir la inversión en vivienda y, respondiendo a los anhelos de todo el pueblo, convirtió en propietarios de sus viviendas a los que en esos momentos las ocupaban como arrendatarios, estableciendo las bases para una futura norma más amplia y reguladora de todo el complejo engranaje que levita sobre la vivienda en nuestro país.

Posteriormente se dicta, el 27 de diciembre de 1984, la Ley No. 48, Ley general de la Vivienda. La misma autorizó la transferencia de la propiedad a los usufructuarios onerosos y ocupantes legítimos de sus viviendas, y la entrega en propiedad de las viviendas que en lo sucesivo se asignaren por el Estado para esos fines, y legalizó situaciones de hecho en la ocupación de la vivienda que hasta entonces no habían tenido solución jurídica, habiéndose desarrollado con ese propósito en todo el país un amplio proceso que convirtió en propietarios a más de setecientas cincuenta mil familias.

A seguidas, y una vez prácticamente concluida la transferencia de la propiedad de las viviendas ocupadas al momento de promulgarse la Ley No. 48, y sentadas las bases para el logro de otros objetivos propuestos resultó procedente, luego de casi cuatro años de aplicación, reordenar las regulaciones contenidas en dicha ley e incorporar otras nuevas que la experiencia práctica aconsejó establecer, tendentes a fortalecer el control que el Estado debía ejercer sobre las operaciones alrededor de la vivienda, así como a definir la decisiva participación estatal en la solución del problema habitacional en el país, lo que motivó se promulgara la vigente Ley General de la Vivienda .

Como colofón de todo lo anterior se dicta el 31 de julio de 2014 el Decreto Ley número 322 perteneciente al Consejo de Estado, “Modificativo de la Ley número 65, de 23 de diciembre de 1988, “Ley General de la Vivienda”

El propio cuerpo legal antes recoge en su segundo Por Cuanto que: ... La experiencia en la aplicación de la Ley No. 65 “Ley General de la Vivienda”, de 23 de diciembre de 1988, aconseja perfeccionar la atención estatal a los

asuntos de la vivienda y reorganizar las actividades relacionadas con esta, reasignándola a organismos relacionados con las funciones que hasta el momento rectoraba el Instituto Nacional de la Vivienda... (Fin de la cita)

Epígrafe 2.2. El cese de convivencia en la vigente Ley General de la Vivienda.

Dentro de la amalgama de derechos sobre la vivienda que establece la Ley General de la Vivienda y los procedimientos para ejercitarlos o hacerlos valer por los propietarios o personas con interés legítimo, uno de los más controvertidos es el derecho que mediante el artículo 64 se le concede a los propietarios de determinar libremente qué personas convivirán con ellos y facultarlos para dar por terminada la convivencia de cualquier persona, reconociendo al mismo tiempo que de pretender el conviviente permanecer en la vivienda contra la voluntad de su propietario, la Dirección Municipal de la vivienda, a solicitud de éste, dictará resolución, si procediere, conminando al conviviente para que abandone la vivienda.

2.2.1. Antecedentes del cese de convivencia en la legislación cubana.

Los convivientes han resultado un problema social desde el momento en que, en la aplicación de las regulaciones legales, se les permitió permanecer en la vivienda contra la voluntad de su propietario u ocupante principal. Durante un período incluso había que obtener su consentimiento para permutar la vivienda.

De hecho el título de ocupación de la vivienda, se convirtió en un título colectivo: todos los ocupantes que integraban el grupo familiar, unidos o no por lazos de parentesco, tenían derechos casi iguales. Esa norma, que se fue estableciendo, produjo como resultado la pérdida de la disciplina dentro de la vivienda, porque la norma moral que establece que el jefe del grupo familiar apruebe las reglas a cumplir dentro de la vivienda, debía tener como base una norma jurídica que permitiera a este jefe hacer salir de la vivienda a los que infrinjan esa norma moral.

Lo anterior motivó que la derogada Ley 48 estableciera un artículo destinado a normar legalmente lo que hasta ese momento era un problema social de disciplina familiar³⁹.

En el trabajo de elaboración del proyecto de la Ley General de la Vivienda se analizó que de ponerse en vigor el derecho que el artículo 64 otorgó a los propietarios, podía producirse un problema social ya que durante años se había ido acumulando casos de convivientes indeseables, por lo que se introdujo la disposición transitoria decimotercera⁴⁰.

³⁹ Ley 48, Ley General de la Vivienda, artículo 64. Los propietarios de las viviendas determinarán libremente qué personas convivirán con ellos y estarán facultados para dar por terminada la convivencia de cualquier persona, para lo que no requerirán declaración administrativa ni judicial.

Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior a los ascendientes o descendientes del propietario.

Se considera convivientes a las personas que sin encontrarse en ninguno de los casos de ocupación ilegal a que se refiere la presente Ley, residen con el propietario y forman parte del grupo familiar que ocupa la vivienda, aunque no tengan relación de parentesco alguno con el propietario.

Si el conviviente pretendiera permanecer en la vivienda contra la voluntad de su propietario, la Dirección municipal de la vivienda, a solicitud del propietario, dictará resolución, conminando al conviviente para que abandone la vivienda dentro del plazo de noventa días naturales siguientes a la fecha de la notificación de dicha resolución, y transcurrido dicho plazo sin que el conviviente abandonara la vivienda, recabará de la Policía Nacional Revolucionaria que proceda a su extracción del inmueble.

Contra la resolución de la Dirección Municipal de la Vivienda no cabrá recurso alguno en lo administrativo ni en lo judicial.

⁴⁰ Ley General de la Vivienda, disposición especial decimotercera. El derecho de los propietarios de las viviendas que formula el artículo 64 de la presente Ley no podrá ejercitarse respecto a los convivientes actuales, hasta el día primero de enero de 1986.

Si el conviviente pretendiera permanecer en la vivienda después del primero de enero de 1986, la Dirección municipal de la vivienda correspondiente, a solicitud del propietario, comunicará a la entidad de donde recibe sus ingresos el conviviente, la obligación de practicar en esos ingresos un descuento ascendente al treinta por ciento (30%) del ingreso mensual, durante seis meses. el importe de los descuentos o retenciones se ingresarán al presupuesto del Estado. Transcurrido el término de seis meses antes señalado o sin transcurrir término alguno si el conviviente no tuviera ingresos, si éste no hubiera abandonado la vivienda, la Dirección Municipal de la Vivienda, a solicitud del propietario, recabará de la Policía Nacional Revolucionaria proceda a su extracción del inmueble. Contra las resoluciones dictadas por la Dirección Municipal de la Vivienda respecto a esta cuestión no cabrá recurso alguno en lo administrativo ni en lo judicial.

2.2.2. Regulación actual.

La vigente Ley General de la Vivienda regula de forma similar a su predecesora el tratamiento a los convivientes indeseables, pero establece modificaciones en su tratamiento que merecen nuestro análisis⁴¹.

La primera modificación se localiza en el segundo párrafo del artículo 64 de la vigente Ley General de la Vivienda, al eliminar la distinción que hacía la Ley 48 en relación con los ascendientes o descendientes del propietario, situación dada por la redacción del artículo 65, el cual protegió especialmente a los ascendientes y descendientes del propietario⁴².

⁴¹ Ley General de la Vivienda, artículo 64. Los propietarios de las viviendas determinarán libremente qué personas convivirán con ellos y estarán facultados para dar por terminada la convivencia de cualquier persona, para lo que no requerirán declaración administrativa ni judicial.

Se considera convivientes a las personas que sin encontrarse en ninguno de los casos de ocupación ilegal a que se refiere la presente Ley, residen con el propietario y forman parte del grupo familiar que ocupa la vivienda, aunque no tengan relación de parentesco alguno con el propietario.

Si el conviviente pretendiera permanecer en la vivienda contra la voluntad de su propietario, la Dirección municipal de la vivienda, a solicitud de éste, dictará resolución, si procediere, conminando al conviviente para que abandone la vivienda dentro del plazo de 30 días naturales siguientes a la fecha de la notificación de dicha resolución, y transcurrido dicho plazo sin que el conviviente abandonara la vivienda, comunicará a las entidades de donde reciben sus ingresos todos los integrantes del núcleo del conviviente en cuestión, la obligación en que estarán de practicar un descuento mensual, por concepto de uso no autorizado del inmueble, ascendente al treinta por ciento (30%) de cada ingreso. De mantenerse esa situación por tres meses, las retenciones se elevarán al cincuenta por ciento (50%) mientras dure la ocupación de la vivienda. Las cantidades producto de estas retenciones se ingresarán al presupuesto del Estado.

En los casos de elementos de clara conducta antisocial, no vinculados a centros de trabajo, que se nieguen a cumplir las disposiciones de la autoridad competente, podrán ser obligados por la fuerza pública a cumplir dichas disposiciones.

⁴² Ley General de la Vivienda, artículo 65. La facultad que concede al propietario el artículo precedente, no podrá ejercerse contra:

- ascendientes y descendientes del propietario;
- madre con uno o más hijos habidos en el matrimonio, formalizado o no, con el propietario siempre que ella tenga la guarda y cuidado de los hijos y no tuviere otro lugar de residencia;
- madre con uno o más hijos menores que llevan tres o más años ocupando la vivienda y no tuvieren otro lugar de residencia;
- ancianos que llevan tres o más años ocupando la vivienda y no tuvieren otro lugar de residencia;
- cualquier otro caso que a juicio de la autoridad competente constituya una manifiesta injusticia o un acto inhumano.

La segunda modificación estriba en la facultad que concede el párrafo tercero, de dictar resolución para conminar al conviviente a que abandone el inmueble y de practicar ingresos progresivos que pueden arribar hasta el 50% de los ingresos mensuales de los declarados convivientes indeseables.

Una tercera modificación consiste en establecer que solo podrán ser extraídos por la fuerza pública, los casos de claras conductas antisociales y desvinculados laboralmente.

La redacción del articulado no deja otra interpretación que no sea la consistente en que, si el conviviente indeseado tiene vínculo laboral, o no presenta una clara conducta antisocial no podrá ser extraído violentamente. Pero lo más preocupante, para el propietario, es que en el supuesto de que el conviviente resista los descuentos o se desvincule laboralmente, si no presenta una clara conducta antisocial, el mismo permanecerá en el inmueble indefinidamente.

Otra modificación importante lo es la posibilidad de que contra la resolución que disponga el cese, el afectado pueda establecer la reclamación pertinente⁴³.

Es necesario aclarar que pese a que la Ley General de la Vivienda anterior también establecía la posibilidad de recurrir en vía contenciosa administrativa, existía una contradicción entre esta facultad y la prohibición expresa contenida en el último párrafo que plasmaba que contra la resolución de la Dirección Municipal de la Vivienda no cabrá recurso alguno en lo administrativo ni en lo judicial.

⁴³ Ley General de la Vivienda, artículo 122. Las Direcciones municipales de la vivienda tendrán competencia para conocer y resolver:

- a) Las reclamaciones de derechos y el cumplimiento de las obligaciones sobre transferencia de propiedad que se deriven de las regulaciones contenidas en la presente Ley;
- b) las reclamaciones de derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Capítulo II de la presente Ley;
- c) los litigios en torno a la propiedad de las viviendas;
- d) las reclamaciones de derechos, el cumplimiento de las obligaciones y los litigios derivados de la aplicación de lo dispuesto en el Capítulo IV de la presente Ley.

artículo 123. Corresponderá a la sala de lo civil y de lo administrativo de los Tribunales Provinciales Populares conocer las reclamaciones contra lo resuelto por las Direcciones Municipales de la Vivienda, salvo en los casos de ocupantes ilegales, mediante los trámites que regula la Ley procesal correspondiente.

Pero la modificación más relevante está dada en la formulación del artículo 65 de la vigente Ley General de la Vivienda⁴⁴. La redacción de este artículo protege contra la posibilidad de ser cesados a un grupo de personas, en situaciones especiales que el legislador consideró que debían ser objeto, por su condición, de especial protección.

Resulta imprescindible detenerse en el último supuesto de protección establecido por el legislador... cualquier otro caso que a juicio de la autoridad competente constituya una manifiesta injusticia o un acto inhumano...Este supuesto, por su ambigüedad y amplitud, ha sido considerado por muchos operadores de la Ley General de la Vivienda como el saco de dicha norma.

En primer lugar es muy difícil establecer un rasero moderado que pueda definir, sin peligro de errores, lo que se entiende como una manifiesta injusticia o un acto inhumano y en segundo lugar en el supuesto de que lo anterior se lograra, lo difícil sería entonces para el juzgador, adecuar cada caso en particular a lo que se haya conceptualizado como una manifiesta injusticia o un acto inhumano.

Lo anterior se agrava si se analiza que en el Procedimiento Triangular en materia de cese de convivencia además de la condición de interesado es necesario tener capacidad de obrar y la misma, bajo la preceptiva de nuestro ordenamiento positivo, se adquiere con arreglo al Derecho Civil, de manera general⁴⁵, cuando se arriba a la mayoría de edad.

⁴⁴Ley General de la Vivienda, artículo 65. La facultad que concede al propietario el artículo precedente, no podrá ejercerse contra:

- ascendientes y descendientes del propietario;
- madre con uno o más hijos habidos en el matrimonio, formalizado o no, con el propietario siempre que ella tenga la guarda y cuidado de los hijos y no tuviere otro lugar de residencia;
- madre con uno o más hijos menores que llevan tres o más años ocupando la vivienda y no tuvieren otro lugar de residencia;
- ancianos que llevan tres o más años ocupando la vivienda y no tuvieren otro lugar de residencia;
- cualquier otro caso que a juicio de la autoridad competente constituya una manifiesta injusticia o un acto inhumano.

⁴⁵Código Civil Cubano, artículo 29.1. La plena capacidad para ejercer los derechos y realizar actos jurídicos se adquiere:
a) por arribar a la mayoría de edad, que comienza los 18 años cumplidos; y

Queda en consecuencia advertido que la personalidad propia del sujeto de derecho, persona mayor de edad, le corresponde una particular aptitud para que se constituya en titular de las relaciones jurídicas, la capacidad, resultando dicha aptitud de la propia situación que el menor ocupa dentro de la sociedad.

Tomando en consideración estos presupuestos cabe advertir que, cuando se refiere al tema de la capacidad, se debe distinguir entre la aptitud para ser titular de un derecho, capacidad de derecho, y la posibilidad de ejecutar el derecho, capacidad de hecho. En tanto la primera es propia de toda persona cualquiera sea su estado individual, sólo en relación con la capacidad de ejercicio o de obrar es donde encuentra significación el estado de minoridad.

La confluencia de una y otra capacidad concede a la persona su integralidad jurídica. La carencia de la capacidad de obrar en determinadas categorías de personas, y que tratándose del menor se extiende a todo el decursar de su estado, importa un acercamiento a la personalidad que reafirma la naturaleza protectoria de las normas dirigidas a regular las relaciones jurídicas donde intervienen menores.

En defecto de norma expresa que regule la capacidad de obrar en la vigente Ley General de la Vivienda⁴⁶, es evidente que ante la misma el menor se encuentra en una franca desventaja al verse inicialmente privado de toda posibilidad de defender directamente sus legítimos intereses.

La incapacidad de obrar del menor de edad, sustentada en su incompleto desarrollo biopsicosocial, determina la organización de elementos e instituciones jurídicas destinadas a suplir dicha incapacidad para otorgarle la condición personal que le corresponde.

Lo anterior ha motivado que legislaciones administrativas, como la española, normaran la posibilidad de que el menor pueda entrar directamente como interesado en los asuntos donde puedan resultar violentados directa o

b) por matrimonio del menor.

La ley, no obstante, puede establecer otras edades para realizar determinados actos.

⁴⁶ Artículo 28.2. El ejercicio de la capacidad se rige por las disposiciones de este Código y la legislación especial, según el caso.

indirectamente sus legítimos intereses, sin la asistencia de la persona que ostenta la patria potestad, tutela o curatela⁴⁷.

En otros supuestos, como el de la legislación cubana, se le franquea al menor una representación indirecta en la figura del Ministerio Fiscal.

Epígrafe 2.3. El Procedimiento para determinar el cese de convivencia en la vigente Ley General de la Vivienda.

El procedimiento administrativo para determinar el cese de convivencia, podría pensarse inicialmente que no reviste una gran complicación, a simple vista no difiere del procedimiento que se utiliza para el resto de los derechos y/o acciones que la vigente Ley General de la Vivienda regula, pudiendo llegar a plantearse que es un típico procedimiento gubernativo más.

Craso error lo anterior si se olvida que las características de este procedimiento radican en que no se está solamente ante un procedimiento administrativo gubernativo, sino que, mucho más allá, se encuentra bajo el dominio de las reglas técnico jurídicas que en materia administrativa impone la actividad arbitral de la Administración.

Esta actividad no tiene su razón de ser únicamente en el interés público, ni en beneficio directo de la Administración como sujeto, sino que en ella es predominante el interés o derecho del particular que está en causa; por ello la Administración asume o debe asumir en el cumplimiento de esta actividad una actitud de rigurosa neutralidad, exactamente la misma que han de adoptar los órganos judiciales en los procesos civiles.

García de Entierra y Fernández Rodríguez, citados por Ramón Parada⁴⁸, plantean, “privilegio odioso la aplicación de la autotutela administrativa al campo de las relaciones *inter privatos*, para lo cual se introduce en éstas una convencional intervención administrativa que no tiene otro objeto que buscar ese efecto”

⁴⁷España, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992, tal como quedo modificada por la Ley 4 de 1999, artículo 30.

⁴⁸Parada, Ramón, *Derecho Administrativo*. Volumen I. *Parte General*. 9^{na} edición. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. 1997.

Hasta aquí parecería sencilla la cuestión del procedimiento, pero la violación del mismo, o de los principios que lo informan acarrearía, para el acto administrativo que decida sobre la cuestión en litis, graves consecuencias. Pongamos un solo ejemplo, los intereses opuestos y la intervención del Ministerio Fiscal.

La realidad anterior de que la legislación administrativa cubana no franquea la posibilidad de que un menor pueda directamente acudir en la condición de interesado a defender sus propios intereses en caso alguno, obliga a adentrarse en el debatido tema de los intereses opuestos al menor.

El interés opuesto al menor radica en una situación dada en que el representante del mismo está en una posición de intereses, contraria directamente, como su nombre lo indica, a la del menor, y no se debe confundir con la definición de intereses distintos, donde el representante no actúa en favor o en contra de los intereses de su representado, sino que simplemente no coinciden⁴⁹.

⁴⁹Dictamen 67/1987 de 29 de septiembre sobre el carácter opuesto de los intereses de un menor o incapacitado y su representante en una escritura de adjudicación hereditaria.

VISTO por la Dirección de Registros y Notarías la consulta formulada por el Licenciado Isaías Lorenzo González Pérez, Notario de Remedios, provincia Villa Clara, sobre el carácter opuesto de los intereses de un menor o incapacitado y su representante en una escritura de adjudicación hereditaria, previo su estudio, siendo ponente la Licenciada Odalina Maiteé Alonso Martínez, se emite el siguiente:

DICTAMEN N° 67/1987.

PRIMERO: *Expone el consultante que por el Dictamen N° 7 del corriente año del Departamento de Notarías se le orientó en los casos de adjudicación hereditaria en que era necesaria la intervención del Fiscal por ser opuestos los intereses de los menores o incapacitados y sus representantes, todos con derecho a heredar, cuestionando si corresponde al Notario calificar como opuesto o encontrado estos intereses o si esto se encuentra específicamente regulado y por otra parte, asemeja la definición de intereses opuestos con la contradicción de intereses,*

preguntando entonces sobre esta base, hasta que punto puede otorgarse una escritura en que existan contradicciones de intereses.

SEGUNDO: *Ante todo debemos remitirnos al caso consultado que motivó el citado Dictamen N° 7 de 1987. Este se refería a una viuda que debía concurrir a una escritura de adjudicación por su propio derecho y en representación de sus menores hijos herederos del causante, pretendiendo la susodicha viuda adjudicarse únicamente para sí el bien que constituía el caudal hereditario.*

Como bien expuso el Notario Licenciado González Pérez, cuando expresara su opinión sobre el caso consultado, aquí los intereses no son totalmente opuestos y contradictorios, sino

encontrados y la intervención del Fiscal está dada en representar los intereses del menor actuando de la forma que resulte más beneficiosa al mismo.

TERCERO: En el ya mencionado Dictamen N° 7 de 1987 se hacía referencia al Acuerdo N°. 69 que en fecha 10 de febrero de 1979 emitiera el Dictamen 50 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, y por el que se dispuso la intervención del Fiscal en la esfera extrajudicial, en representación de los menores cuando los intereses de éstos fueran opuestos al de sus representantes en un asunto determinado, e igualmente se citó la Circular N° 4 de la Dirección de Registros y Notarías de 15 de mayo de 1979 que orientó a los Notarios cómo actuar en correspondencia con el Dictamen 50 cuando así procediera.

CUARTO: Sin embargo, en la interpretación del alcance de la frase "intereses opuestos" no debe aproximarse a lo que está definido como contradicción de intereses, en que ciertamente el Notario debe abstenerse de actuar y orientar a los interesados que se dirijan a la vía judicial para el logro de sus fines. Los intereses opuestos en el caso de la concurrencia de menores y representante de un solo acto o contrato, está dado cuando el interés del representado, no es coincidente con el interés del representante, ya que son inversamente proporcionales, es decir, lo de fuerza del interés del representado.

Está explicación ejemplificada en el caso expuesto en el apartado segundo se manifiesta de la siguiente forma: El interés de la representante del menor es el de adjudicarse el bien que constituye el caudal hereditario, pero ello significa que se atenta contra el interés del representado ya que no ingresa a su patrimonio lo que por herencia le corresponde, por lo que para que el representado no quede en estado de indefensión se precisa la intervención del Fiscal.

QUINTO: Los intereses opuestos tampoco deben ser confundidos con los intereses distintos para el representado y el representante, en este caso el interés, el segundo no actúa a favor ni en contra del interés del primero, pero no son coincidentes, de tal forma se presenta en la adjudicación donde el cónyuge supérstite se adjudica lo que corresponde en concepto de cuota viudal usufructuaría o de herencia, cuando así proceda y acepta y se adjudica en representación de sus menores hijos, los que a éstos les corresponde como herederos del mismo causante.

SEXTO: Debe señalarse también que la presencia de intereses opuestos entre representante y representado no sólo se encuentra en las adjudicaciones hereditarias, sino que teniendo en cuenta la definición que de los mismos se expresó en el apartado anterior, también en los casos en que los representantes pretendan transmitir bienes de su patrimonio a favor de su representado o viceversa (Ej: padres que desean donar su vivienda a sus menores hijos) debe intervenir la Fiscalía para velar por las ventajas o desventajas que tal acto pudiera ocasionar al representado.

SEPTIMO: Ciertamente corresponde al Notario ante el que se solicite la tramitación de un asunto, determinar sobre la existencia de intereses opuestos y coordinar con el Fiscal la intervención del mismo en el referido asunto.

POR TODO LO ANTES EXPUESTO es criterio de esta Dirección que el Notario consultante se ajuste a lo dispuesto en el presente Dictamen.

DADO en la Ciudad de la Habana, Ministerio de Justicia, a los 29 días del mes de septiembre de 1987.

Lic. María Isabel Acevedo Isasi
Directora de Registros y Notarías.

No cabe duda, que el análisis referido es un clásico conflicto de intereses opuestos, de un lado el propietario de un inmueble, del otro el presunto cesado que ostenta la guarda y cuidado o la custodia de un menor que reside en el inmueble en cuestión y en contradicción con lo anterior el presunto interés que pueda tener el menor en la solución del caso.

Es importante definir que este conflicto de intereses solo se manifiesta en dos supuestos; se pueden encontrar cuando se solicita un cese de convivencia y al mismo tiempo cuando hay un menor involucrado.

Uno, cuando el propietario del inmueble es uno de los padres del menor y pretende cesar en el mismo al otro padre y éste último es quien tiene la guarda y cuidado del menor.

Dos, cuando el propietario del inmueble no es ninguno de los padres del menor y pretende cesar en el mismo al o los padres que tiene la guarda y cuidado del menor⁵⁰.

En presencia de cualquiera de los supuestos anteriores, y basándose en el principio de lo contradictorio e inquisitivo⁵¹ que rige en el Procedimiento Administrativo, la administración actuante se encuentra en la obligación, de oficio, de darle comunicación del asunto al fiscal correspondiente⁵².

La posibilidad real de que, por parte de la Administración Pública actuante, no se le dé traslado al fiscal correspondiente, para que vele por los intereses del menor en conflicto, trae aparejado una serie de graves consecuencias.

⁵⁰ Los supuestos anteriores son aplicables cuando la acción de cesar está dirigida contra el tutor o curador que ostente la representación del menor y cuando se da la superposición de intereses.

⁵¹ Atribuye el protagonismo a las partes de manera que es a instancia de estas como se va pasando de una a otra fase y practicando las diversas diligencias.

Pero en el Procedimiento Administrativo sin que se niegue el principio contradictorio, el procedimiento se conducirá ordinariamente de acuerdo con el principio inquisitivo o de oficialidad que da libertad a la autoridad administrativa para dirigir las actuaciones, logrando de ese modo, de oficio, averiguar los hechos, determinar la forma y alcance de las investigaciones sin estar vinculada por las alegaciones y proposiciones de pruebas de las partes y, asimismo, debe tener en cuenta todas las circunstancias que sean significativas en el caso singular.

⁵² Ley 83 de la Fiscalía General de la República, artículo 18. El Fiscal en el ejercicio de la función de control y preservación de la legalidad tiene las facultades siguientes:

d) asumir en procesos civiles, de familia y en cualquier otro, la representación de menores de edad, y personas incapaces o ausentes que carezcan de representante legal o cuando los intereses de éste sean contrapuestos a los del menor, incapaz o ausente;

En primer lugar y ante la imposibilidad, analizada anteriormente, de que el menor entre directamente como interesado en el Procedimiento Triangular en materia de cese de convivencia que se lleve a efecto, al no facilitársele, por parte de la administración, que el fiscal intervenga en su representación, se crea un real estado de indefensión respecto al menor, ya que, en el mejor de los casos, la administración a su entender velará porque la decisión esté dirigida a salvaguardar el interés superior del menor.

En segundo lugar rompe con el principio de oficialidad, el cual obliga que la administración, de oficio, tome todas las medidas y realice todo tipo de acciones y diligencias en aras de lograr una garantía absoluta en la igualdad de todas las partes e interesados en el asunto.

Lo anterior lacera directamente el principio contenido en la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, de que todo niño tiene el derecho a ser escuchado en todo procedimiento que lo afecte, junto a la obligación del órgano de tener debidamente en cuenta las opiniones del mismo si bien tomando en consideración su edad y madurez.

Es necesario, no obstante, definir que el anterior número de irregularidades hacen que se resienta el Procedimiento Triangular en materia de cese de convivencia de faltas tan graves que conllevan a que el acto administrativo contentivo de la decisión final de la administración se emita en falta total de procedimiento, lo que acarrea otra consecuencia.

La irregularidad invalidante en la forma del procedimiento es de tal magnitud que crea un grado de nulidad absoluta, lo que al mismo tiempo provoca que el acto administrativo final no pueda ser convalidado en momento alguno y sea atacado en cualquier momento por parte interesada, que, en base a los supuestos anteriores podría ser el fiscal correspondiente en representación del menor perjudicado.

Para ejemplificar el grado de daño que puede acarrear una solución en presencia de las violaciones anteriores está el supuesto de que el único padre, sobreviviente, de un menor, es cesado en la convivencia por no estar comprendido en las excepciones que establece el artículo 65 de la vigente Ley General de la Vivienda, entonces como consecuencia directa de que el padre

sobreviviente, conserva la patria potestad y la guarda y cuidado del menor, lo que obliga a éste último a acompañar al padre dondequiera que el mismo tenga su lugar de retorno⁵³.

Lamentablemente, la legislación positiva cubana también es omisa en cuanto a la calificación de nulidad o anulabilidad del acto administrativo realizado sin la intervención del fiscal en caso de conflictos de intereses en sede administrativa.

Dicha falta de norma positiva ha conllevado al criterio de que aunque teórica y doctrinalmente todas las violaciones anteriores dan consigo un acto nulo de pleno derecho, el procedimiento para ejercitar la acción conducente para lograr, inicialmente, que se reconozca, administrativa o judicialmente, los vicios que padece el acto, y por ende se declare nulo el mismo, no existe, lo que provoca que todo lo anterior no tenga un fin práctico y el acto viciado no pueda ser atacado por falta de norma reguladora, quedando el mismo por lo tanto vivo y conservando sus efectos devastadores.

En respuesta de lo anterior es prudente aclarar que la falta de norma expresa, ante actos y circunstancias de magnitudes relevantes, no es un impedimento infranqueable para lograr se restituya la legalidad quebrantada o se repare el daño causado. No se está haciendo referencia en este caso a la posibilidad de

⁵³a contrario – sensu, el Código de Familia establece la obligatoriedad de que en caso de separación o fallecimiento de los o uno de los padres del menor, el mismo tiene que acompañar al padre que conserve la guarda y cuidado.

Artículo 88. Respecto a la guarda y cuidado de los hijos, se estará al acuerdo de los padres, cuando éstos no vivieren juntos.

Artículo 89. De no mediar acuerdo de los padres o de ser el mismo atentatorio a los intereses materiales o morales de los hijos, la cuestión se decidirá por el tribunal competente, que se guiará para resolverla, únicamente por lo que resulte más beneficioso para los menores. En igualdad de condiciones, se atenderá, como regla general, a que los hijos queden al cuidado del padre en cuya compañía se hayan encontrado hasta el momento de producirse el desacuerdo, prefiriendo a la madre si se hallaban en compañía de ambos y salvo, en todo caso, que razones especiales aconsejen cualquier otra solución.

recurrir al Ministerio Fiscal solicitándole emita dictamen violatorio de la legalidad⁵⁴.

Se está haciendo referencia a un magnífico antecedente jurisprudencial contenido en la Sentencia por daños humanos al Gobierno de los Estados Unidos, el que deja sentado el criterio de que, en caso que la Constitución y demás leyes que de ésta se derivan, no se pronuncien respecto a hechos,

⁵⁴ Ley 83 de la Fiscalía General de la República, artículos...

Artículo 7. La actividad de la Fiscalía General de la República tiene como objetivos, además de los fundamentales que le asigna la Constitución, los siguientes:

- a) procurar el restablecimiento de la legalidad cuando sea quebrantada por disposiciones o decisiones contrarias a la Constitución y las leyes o por aplicación indebida o incumplimiento de estas;
- b) promover la sanción de quienes atenten contra la independencia y la soberanía del Estado, así como contra los intereses políticos, económicos y sociales de este;
- c) proteger a los ciudadanos en el ejercicio legítimo de sus derechos e intereses;
- d) preservar los derechos e intereses legítimos de los órganos, instituciones y dependencias estatales y de las entidades económicas y sociales;
- e) combatir toda manifestación de abuso de poder y corrupción;
- f) contribuir a la prevención del delito y otras conductas antisociales, al fortalecimiento de la disciplina social y a la educación de los ciudadanos en la observancia consciente de las normas jurídicas.

Artículo 8. La Fiscalía General de la República para el cumplimiento de sus objetivos, tiene las funciones principales siguientes:

- a) velar por el cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones legales por los organismos del Estado, las entidades económicas y sociales y por los ciudadanos;
- b) actuar ante violaciones de los derechos constitucionales y las garantías legalmente establecidas y frente a las infracciones de la legalidad en los actos y disposiciones de organismos del Estado y sus dependencias, las direcciones subordinadas a los órganos locales y demás entidades económicas y sociales, exigiendo su restablecimiento;

artículo 17. El control y preservación de la legalidad es la función de la Fiscalía General de la República dirigida a comprobar el cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones legales por parte de los organismos del Estado y sus dependencias, las direcciones subordinadas a los órganos locales del Poder Popular y por las demás entidades económicas y sociales y por los ciudadanos, así como para que se restablezca la legalidad en los casos que proceda y se ejercita por el Fiscal, de acuerdo con las facultades y procedimientos que se establecen en el presente Título y el Reglamento de la presente Ley.

Artículo 20. Los pronunciamientos que realiza el Fiscal, como resultado del ejercicio de las funciones que le están atribuidas, según el efecto de los mismos, tienen las denominaciones y características siguientes:

- Resolución.- Cuando en la misma se disponga que se restablezca la legalidad quebrantada.
- Dictamen.- Cuando resulta procedente emitir un juicio o criterio técnico en virtud de consulta formulada o para la evaluación y respuesta de un asunto sometido a su consideración, que no implique ninguna obligación para persona o institución ajena a la Fiscalía.
- Otras formas de pronunciamientos reguladas por las leyes procesales.

actos o circunstancias de grave perjuicio o consecuencias difíciles de calcular, se resolverá el asunto planteado apelando a la heterointegración del derecho en base a la doctrina mayoritaria y el análisis de legislaciones afines a nuestro sistema jurídico⁵⁵.

Con los argumentos hasta aquí expuestos se podría caer en la tentación de considerar que son suficientes para demostrar las implicaciones negativas de la autotutela administrativa en sede de cese de convivencia, pero es necesario destacar que el principio de esencialidad de las formas es la regla capital de todo proceso, ya que los vicios de forma afectan el derecho de defensa de las partes. El problema inicial radica en que perfectamente se podría plantear que

⁵⁵Sentencia Por Daños humanos al Gobierno de los Estados Unidos.

(...) CONSIDERANDO: que, independientemente de lo anterior, es obligado hacer mención a la naturaleza del derecho alegado, del cual hay que destacar que se encuentra entre los derechos de la personalidad o derechos inherentes a la personalidad, que es una generación de derechos de reciente estimación, ya que los Códigos decimonónicos tenían una concepción estrictamente patrimonialista en cuanto a las personas, al tratarlas exclusivamente en relación con sus bienes, no contemplando otras facetas de aquéllas, como son sus relaciones con su mano, con su honor, entre otros, tal como acepta la doctrina moderna, que los clasifica a su vez como esenciales, entre los que están la vida, la integridad corporal y la libertad; los sociales, también inherentes a la persona y entre los que figuran el honor, la intimidad y la imagen; y otros autores agregan otra categoría, corporales y psíquicos, entre los que se incluyen la salud psíquica y física, los sentimientos y la estima social, todos los cuales se consideraran tradicionalmente innatos, intrasmisibles, irrenunciables e imprescriptibles, por lo que la acción que oportunamente establecieron los actores, encuentra pleno apoyo en el Código Civil vigente.-----

CONSIDERANDO: que, a partir de lo expuesto en el considerando precedente, es visto que, en el pleito, el bien sobre el cual se basa la reclamación es la vida en unos casos y la integridad física en otros, que dada su naturaleza son invaluable y de imposible restitución; y ante la problemática de su cuantificación a los efectos del resarcimiento que se interesa, es **doctrina** también mayoritaria que tanto el daño a la vida como a la integridad física de la persona debe ser cuantificado pecuniariamente, y que la reparación del daño por parte de su responsable se logra a través de una compensación de este orden que, como sostienen varias legislaciones afines a nuestro sistema jurídico, resulta de libre apreciación por el juzgador; y es precisamente a este principio al que la Sala se afilia, amparada en la doctrina legal que a manera de heterointegración del Derecho se utiliza, por la razón de que nuestra fuente dominante, la Constitución y demás leyes que de ésta se derivan, al respecto no se pronuncian, todo lo que obliga al órgano jurisdiccional que resuelve, teniendo en cuenta todas las circunstancias y elementos de juicio que concurren en el proceso, como son los derechos lesionados, el grado de responsabilidad del demandado, la situación económica de éste y de los reclamantes, a fijarla en los términos interesados, con mayor razón cuando hechos de la naturaleza descrita han significado el sufrimiento sostenido, general e injustificado de todo un pueblo; daño este que se caracteriza además por una duración de cuarenta años y que es de inestimable magnitud, todo ello para procurar que en lo sucesivo el demandado se abstenga de realizar actos ilícitos como los expresados; y en lo que se refiere a la indemnización del daño moral, el Código Civil vigente, tal y como tantas veces se ha mencionado, lo ciñe exclusivamente a condenar al demandado a ofrecer una satisfacción a los ofendidos mediante su retractación pública, en el *subjudice* todo un pueblo, sin perjuicio del derecho de que se crean asistidos los actores para ejercitar su acción en relación con la indemnización de orden pecuniaria a que se refieren en el primer hecho de su demanda, cuando a bien lo entiendan.-----

el principio anterior, como bien se define, opera esencialmente en los procesos y no en los procedimientos, lo que nos obliga a definir lo siguiente.

Los procesos se caracterizan por tener un máximo de complejidad formal, Civil, Penal, Económico, entre otros, al estar el juez en posición de independencia respecto a las partes. Mientras que en los procedimientos hay menor solemnidad en las secuencias de los actos y menor rigor preclusivo, desarrollándose ante una autoridad que es a la vez juez y parte.

Expuesto lo anterior no queda duda de que, en los casos de desarrollarse la cuestión discutida bajo las reglas de la actividad administrativa arbitral, más que en un procedimiento administrativo tipo, nos encontramos, ante un proceso en que el ente administrativo debe cumplir con toda la rigurosidad y solemnidades propias del mismo.

Este tipo sui generis de proceso ante determinado ente administrativo se ha calificado, por la doctrina internacional, como Procedimiento Triangular, y lo que lo caracteriza esencialmente es que, en el mismo, como en el proceso civil, el órgano administrativo se sitúa en posición de independencia e imparcialidad frente a dos o más administrados con intereses contrapuestos.

En otras palabras, la Administración aparece decidiendo en un conflicto entre particulares, de manera que carece en absoluto de la condición de parte, pues es totalmente ajena a la relación jurídica discutida, lo que es propio de la actividad arbitral de la administración, anteriormente vista.

Volviendo a la cuestión esbozada anteriormente, sobre los efectos, que para este tipo de Procedimiento Triangular, reviste la cuestión de los vicios de forma, ya que en Cuba la cuestión se agrava al carecer de una norma administrativa de procedimiento común que defina lo anterior, norma que existe en otros países como, por solo citar un ejemplo, Argentina⁵⁶.

⁵⁶Ley Argentina de Procedimientos Administrativos. Dicha norma establece en su articulado, entre otras cuestiones, los requisitos esenciales del acto administrativo y la calificación de nulidad y anulabilidad de los actos administrativos.

Requisitos esenciales del acto administrativo.

ARTICULO 7. Son requisitos esenciales del acto administrativo los siguientes:

Competencia.

Teniendo en cuenta que, desde el punto de vista general y formal, se entiende, a la hora de su estudio teórico doctrinal, por procedimiento al conjunto de actuaciones preparatorias y conducentes al acto o resolución final cuya finalidad es asegurar el acierto y la eficacia de la Administración, además de garantizar los derechos y libertades de los particulares, unido a los elementos anteriormente expuestos sobre las características del Procedimiento

a) ser dictado por autoridad competente.

Causa.

b) deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable.

Objeto.

c) el objeto debe ser cierto y física y jurídicamente posible debe decidir todas las peticiones formuladas, pero puede involucrar otras no propuestas, previa audiencia del interesado y siempre que ello no afecte derechos adquiridos.

Procedimientos.

d) antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérese también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos.

Motivación.

e) deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo.

Finalidad.

f) habrá de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad. Los contratos que celebre el Estado, los permisos y las concesiones administrativas se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas del presente Título, si ello fuere procedente...

Nulidad.

ARTICULO 14.- El acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable en los siguientes casos:

a) Cuando la voluntad de la Administración resultare excluida por error esencial; dolo, en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos; violencia física o moral ejercida sobre el agente; o por simulación absoluta.

b) Cuando fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia, del territorio, del tiempo o del grado, salvo, en este último supuesto, que la delegación o sustitución estuvieren permitidas; falta de causa por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocados; o por violación de la ley aplicable, de las formas esenciales o de la finalidad que inspiró su dictado.

Anulabilidad.

Artículo 15.- Si se hubiere incurrido en una irregularidad, omisión o vicio que no llegare a impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales, el acto será anulable en sede judicial.

Triangular la actividad arbitral de la Administración podemos plantear que, cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados o partes lo sería de nulidad de pleno derecho.

El problema radica en que no se está en presencia de la nulidad absoluta, o no lo es tanto y entonces no invalida el acto, constituyendo simplemente una irregularidad no invalidante.

Con lo anterior se arriba al criterio de que incuestionablemente el procedimiento para determinar el cese de convivencia en la vigente Ley General de la Vivienda es un Procedimiento Triangular, con todas las características y requisitos técnicos, de procedimiento y forma que al mismo le son innatas, junto a las deficiencias ya analizadas.

2.3.1. El Procedimiento Triangular: partes o interesados.

En Cuba, no existe una norma general administrativa, que defina el concepto de partes o interesados, tampoco la vigente Ley General de la Vivienda define con claridad dichos conceptos, al mismo tiempo la actual Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico no aborda claramente dichos conceptos, limitándose a redactar análogamente qué podría considerarse como parte y sus facultades, por lo que se acude a normas foráneas para definir a las partes o interesados y su alcance.

Desde el punto de vista administrativo legislaciones foráneas han definido claramente qué se entiende por parte, y por extensión qué se entiende por interesado, dando los siguientes elementos: quienes promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos, los que sin haber iniciado el procedimiento, ostenten derechos que puedan resultar directamente afectados por la decisión que en el mismo se adopte y aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva⁵⁷.

⁵⁷España, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992, tal como quedó modificada por la Ley 4 de 1999, artículo 31.

Se define entonces que parte es la persona o personas, naturales o jurídicas, que tienen una posición y la sostienen frente o en posición a la exigencia jurídica de otra. Cuando se refiere a las partes, se hace referencia a la situación de dos sujetos de derecho en el extremo de una relación jurídica⁵⁸, y el interesado es cualquier persona o personas, naturales o jurídicas, que tienen un interés que pueda resultar directamente afectado por la relación anterior.

En el Procedimiento Triangular en materia de cese de convivencia el concepto de partes o interesados no opera de forma diferente, pero es necesario definir que solo están legitimados para iniciar la acción del cese de convivencia los propietarios de los inmuebles, por lo tanto, serán partes, el propietario que inicie la acción y el conviviente que se pretende abandone el inmueble por acción de dicho propietario.

El problema radica en determinar en este caso específico, quiénes podrían entrar en la categórica de interesados. Partiendo del punto de que el cesado no es un interesado, sino la parte que se encuentra en contraposición con las pretensiones de la parte actora, propietario, arribamos a la conclusión de que el interesado no se encuentra en ninguno de los extremos de la discordia, pero sí puede resultar directamente afectado por el acto administrativo que solucione la relación anterior. Lo que permite definir que dentro de los interesados se encuentra cualquier persona natural que sienta que el derecho de propiedad sobre su vivienda se está vulnerando.

2.3.2. El Procedimiento Contencioso Administrativo.

El Procedimiento Contencioso Administrativo no es un recurso administrativo contra los actos administrativos, al mismo la doctrina lo denomina Juicio de Nulidad, o Procedimiento Administrativo Externo.

La diferencia esencial entre el recurso administrativo y el Procedimiento Contencioso Administrativo estriba en que en el primero la Administración Pública actúa como parte recurrida y recurrente, mientras que en el segundo la autoridad solo constituye una de las partes, pudiendo ser la parte demandante

⁵⁸Es el comprador frente al vendedor, el acreedor frente al deudor.

o la demandada, en igualdad con el particular, siendo un órgano jurisdiccional quien conocerá y resolverá la litis.

En el mismo el acto administrativo recurrido oficia de sentencia de primera instancia y el expediente administrativo cumple las funciones de los autos judiciales. Y de la misma forma que en la apelación civil la no impugnación de la sentencia de primera instancia en el corto plazo previsto para la apelación produce el efecto de cosa juzgada, así también la no impugnación del acto administrativo en los brevísimos plazos de los recursos administrativos previos o en el previsto para acceder al contencioso-administrativo judicial da lugar al mismo efecto de cosa juzgada, o, lo que es igual, lo convierte en un acto firme y consentido, definitivamente inatacable.

El Procedimiento Contencioso Administrativo tiene un marcado carácter revisor de actos, lo que provoca graves restricciones en la admisión de los recursos y por ende de la garantía judicial efectiva.⁵⁹

La primera restricción es la derivada de la exigencia del acto previo. La Jurisprudencia declara inadmisibles cualquier pretensión que no traiga causa de resoluciones o acuerdos de la Administración Pública. Tampoco permite el enjuiciamiento de actos administrativos distintos de los citados como impugnados en el escrito de interposición del recurso e introducidos en el

⁵⁹ LPCALE, ARTÍCULO 654.- El procedimiento para reclamar en la vía jurisdiccional contra decisiones y actos administrativos, se regirá por lo dispuesto en los artículos que siguen. En lo no previsto expresamente en esta Parte, regirán con carácter supletorio las disposiciones del proceso civil en la forma que resulten de aplicación.

ARTÍCULO 657.- No corresponden a la jurisdicción administrativa las cuestiones que se susciten con relación a las disposiciones que emanen de una autoridad concerniente a:

- 1) la defensa nacional, la seguridad del Estado, el orden público y las medidas adoptadas en circunstancias excepcionales para salvaguardar los intereses generales;
- 2) las transacciones en divisas o valores extranjeros y el control de cambios;
- 3) la planificación de la economía nacional;
- 4) las materias constitucionales, civiles, penales, laborales y de seguridad social;
- 5) la actividad educacional y la disciplina escolar y estudiantil;
- 6) el ejercicio de la potestad discrecional.

Tampoco pueden ser objeto de controversia administrativa los acuerdos del Consejo de Estado y del Consejo de Ministros.

trámite de formulación de demanda sin guardar los requisitos propios de la acumulación. Y tampoco se acepta que el recurrente pretenda una pronunciación jurisprudencial sobre un acto posterior al escrito de interposición salvo que se den los requisitos de la ampliación.

En el carácter revisor se apoya la regla de la preferencia a la hora de dictar sentencia de los análisis de los vicios graves de procedimiento, considerados como vicios de orden público, sobre las causas de inadmisibilidad del proceso y sobre las cuestiones de fondo.

Manifestaciones del mismo carácter revisor son también la inadmisibilidad de los recursos prematuros contra actos aún no dictados, la imposibilidad de pretensiones extrañas al contenido del acto, la prohibición de sustituir a la Administración en su actuación, y, en fin, la prohibición del ejercicio de acciones de carácter reconvencional.⁶⁰

Con todo, la principal consecuencia del carácter revisor o de apelación que se otorga al proceso contencioso-administrativo de primera instancia es la equiparación que establece entre sentencia civil de primera instancia y acto administrativo.

El otro aspecto que no puede escapar al presente análisis lo es el hecho de que el Derecho Procesal Administrativo tiene por objeto y fin la protección de los administrados frente a la Administración Pública, así como mantener la eficacia del Derecho Administrativo a través de la función jurisdiccional. De modo que, salta a la vista la importancia jurídica, política y social de la función jurisdiccional administrativa, porque mediante ella, el Estado cumple en última instancia, con la obligación de administrar justicia, sin la cual la sociedad no puede subsistir, ni mucho menos desarrollarse. Por lo tanto, el juicio

⁶⁰ LPCALE, ARTÍCULO 684.- La contestación se formulará en los mismos términos previstos para la demanda.

Si el demandado y los coadyuvantes no comparecieren a contestar la demanda en el plazo concedido al efecto, continuará el proceso su curso en la forma que se prevé en esta Ley para el proceso en rebeldía. También se aplicarán las normas pertinentes del proceso en rebeldía, en el caso de que aquéllos se personaren posteriormente.

En ningún caso podrá utilizarse la reconvención.

contencioso administrativo o, también llamado juicio de nulidad se convierte en el medio de control jurisdiccional por excelencia, sobre actos y resoluciones ilegales de la Administración Pública.

Otra problemática lo sería qué es lo que se controla en el proceso administrativo, algunos piensan que el control judicial ha de ceñirse, fundamentalmente, a la verificación por el juez de la legalidad de la actuación más o menos determinada de la Administración Pública. Si así fuera, el control judicial se convertiría en una pura operación de subsumir el caso concreto en el ordenamiento general y bastaría con controlar que, aún dentro de la franja de discrecionalidad que puede brindar la norma, la Administración ha optado por una solución razonable y, por tanto, exenta de arbitrariedad para dar por cumplida la tutela judicial.

Pero ocurre que las cuestiones a resolver en materia de control judicial, no se presentan de ese modo tan simple en la mayor parte de los casos, lo cual modifica sustancialmente la visión que debe tener el juez a la hora de juzgar a la Administración.

Lo anterior demuestra otro de los problemas de la normativa cubanas teniendo en cuenta de que si podrían los jueces analizar la potestad de juzgar la constitucionalidad de la propia ley o el ordenamiento legislativo en el que se fundamenta la actividad administrativa, no sólo conforme a la técnica de la jerarquía constitucional sino a la de los principios generales del derecho, que suelen ser creaciones pretorianas de origen doctrinario o jurisprudencial (como los creados por el Consejo de Estado francés) pero, en cualquier caso, recepcionados por los tribunales ya que, a través de ellos, estos principios adquieren una realidad o positividad y se incorporan al mundo jurídico. La respuesta es clara, no, o al menos en la práctica así se ha manifestado.

En la otra arista del análisis, el juez no solo controla el ejercicio del margen de discrecionalidad sino la aplicación correcta o no de un concepto jurídico indeterminado. Pero la realidad muestra que la ley generalmente no proporciona base determinada o si así fuera ésta es, en ocasiones, deficiente, el juez —que no puede dejar de fallar en la mayor parte de los sistemas civilizados- carece de todo, otro recurso que no sea el de acudir a la aplicación

de los principios generales del derecho existentes o a la creación de alguno nuevo que le permita resolver el conflicto de la manera más justa. Los casos en que esto acontece son numerosos habida cuenta la posibilidad bastante común que se produzcan carencias normativas, lo cual conduce muchas veces a la necesidad de determinar la dimensión de peso de principios y normas contradictorias.

En todos esos supuestos el juez precisa acudir a criterios de justicia antes que al ordenamiento positivo y mantener una posición de equilibrio frente a los demás poderes del Estado y la opinión pública.

Esta somera descripción permite advertir que la labor judicial de controlar a la Administración, es mucho más compleja que la del juez civil heterotutelar, el cual generalmente juzga sobre un marco más estable y con un cuerpo de normas y principios jurídicos arraigados por el peso de una tradición milenaria- en un conflicto entre particulares, cuyo grado de repercusión social o de vinculación al interés público es bastante menor.

Pero lo anterior no lo es todo, antiguos problemas permanecen sin resolverse legislativamente como las cuestiones relacionadas con el carácter revisor de la jurisdicción administrativa y la subsistencia de los breves plazos de caducidad para demandar al Estado. En tales casos, así como en lo concerniente a la regulación del agotamiento de la instancia administrativa como requisito previo y obligatorio para acudir a la justicia cuando se impugnan actos administrativos, se impone la interpretación y consecuente adaptación de las normas vigentes, al principio de la tutela judicial efectiva o al menos, a la garantía de la defensa enjuicio.

La tutela judicial efectiva restringida a este tipo de control judicial del acto administrativo, debe entenderse entonces como una garantía, pero nunca como una tutela judicial directa heterotutelar por razón de una litis entre particulares que apunta entonces, a brindar protección judicial a los derechos individuales.

Mientras el debido proceso adjetivo desarrolla positivamente la protección de los derechos a exponer y plantear con amplitud las pretensiones en el proceso

o procedimiento administrativo (derecho a ser oído), a ofrecer y producirla prueba conducente y a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas, el derecho a la jurisdicción directa, reclama, simultáneamente, el derecho a concurrir ante un juez en procura de justicia a fin de obtener una sentencia justa y motivada, susceptible de los recursos previstos en las leyes, junto con la exigencia de que el proceso se sustancie con rapidez, dentro de los plazos razonables

Los principales matices diferenciales comprenden tres aspectos ya que la tutela judicial efectiva directa apunta a la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso directo al proceso civil, tanto como a impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial y, por último, tiende a asegurar el ejercicio pleno de la jurisdicción en las distintas etapas del proceso.

En resumen, la tutela judicial efectiva directa con motivo de un conflicto entre particulares, resulta incompatible con el establecimiento de una jurisdicción administrativa primaria aunque la misma sea instituida por ley ya que en este caso solo estaríamos en presencia de un mecanismo de control posterior a la decisión administrativa primaria, elemento este característico a todo administrativo, y no de manera exclusiva a los actos provenientes de la actividad arbitral de las Administraciones Públicas.

Epígrafe 2.4. Análisis del Decreto-Ley322/2014 modificativo de la Ley General de la Vivienda.

La Ley General de la Vivienda según lo que plantea en su artículo 122.1 b)⁶¹ hace referencia a la competencia con que cuentan las Direcciones Municipales de Vivienda para conocer y resolver asuntos siendo de particular interés

⁶¹ARTÍCULO 122. Las Direcciones Municipales de la Vivienda tendrán competencia para conocer y resolver:

- a) Las reclamaciones de derechos y el cumplimiento de las obligaciones sobre transferencia de propiedad que se deriven de las regulaciones contenidas en la presente Ley;
- b) las reclamaciones de derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Capítulo II de la presente Ley;
- c) los litigios en torno a la propiedad de las viviendas;
- ch) las reclamaciones de derechos, el cumplimiento de las obligaciones y los litigios derivados de la aplicación de lo dispuesto en el Capítulo IV de la presente Ley.

analizar el inciso c) teniendo en cuenta que hace referencia a los litigios en torno a la propiedad de la vivienda, mientras que en el decreto- ley 322 modificativo de la Ley General de la Vivienda en el propio artículo 122 apartado 3⁶² una vez modificado plantea que los litigios respecto a la propiedad de las viviendas van a tener como primera instancia el Tribunal Provincial Popular donde se encuentre enclavado el inmueble y por lo que queda demostrado que la Administración en la aplicación de esta reciente norma está yendo más allá de las atribuciones que le son concedidas por la ley y por tanto rompe con el principio de legalidad en que se basa para llevar a cabo la autotutela administrativa y a la vez está limitando un poder que le es concedido al Tribunal Provincial Popular por ley, y por tanto su aplicación es indebida como bien se plantea en el problema científico de esta investigación.

Cabe resaltar entonces que el cese de convivencia se encuentra dentro los litigios relacionados con la propiedad de la vivienda porque en ninguna ocasión la norma que modifica la Ley General de la Vivienda especifica cuáles son esos litigios que son competencia del Tribunal Provincial sino que es clara en su redacción al mencionar que son todos los litigios relacionados con la propiedad de la vivienda sin excepción. Entonces, surge la interrogante ante tal situación, ¿la administración está realizando una interpretación extensiva de la norma? Ciertamente podemos afirmar que la Administración está violando la norma al tomar arbitrariamente la decisión que todos los litigios pasen a competencia del tribunal con la excepción del cese de convivencia lo cual se encuentra razón alguna pues todos los litigios que pasan a ser competencia del Tribunal guardan relación con el mismo ya que tienen características similares técnicamente y en la forma de proceder. Y es que realmente no tiene por qué quedar en la competencia de la Administración pues no existe un interés público en juego para que la Administración se interese por él, tema que se abordó en el capítulo anterior quedando claro que la Administración actúa siempre y cuando exista un interés público siendo esta su razón de ser .Por lo

⁶²“Artículo 122.1.-Las direcciones municipales de la Vivienda tendrán competencia para conocer y resolver:

3.-Corresponde al Tribunal Provincial Popular del territorio donde se encuentre ubicado el inmueble, conocer y resolver en primera instancia, los litigios y reclamaciones de derechos relacionados con la propiedad de la vivienda”.

que en este supuesto no se justifica la intromisión de la Administración. Lo que sí es verdadero es que dicha intromisión está afectando a los particulares interesados una vez queda este a competencia de la Administración por lo que el Estado y en su representación la Administración debe tener en cuenta el fin para lo que fue creada y si está respondiendo al mismo.

Un ejemplo de los litigios que guardan relación con el cese de convivencia es la división obligatoria⁶³ la cual se escogió porque de acuerdo a sus características pudiera ser más lógico que quedara como competencia de la Administración ya que se necesitan para su decisión un grupo de conocimientos técnicos relacionados con la urbanización que no tienen los jueces de los Tribunales, nótese que se deben tener en cuenta, como mínimo, las dimensiones y forma de la edificación por lo que se auxilian de personas calificadas, que en este caso son técnicos, ingenieros o arquitectos, para tomar la decisión final.

Al mismo tiempo también pudiera ser de interés para la Administración desde el punto de vista urbanístico si procediera o no la división y aun así este litigio pasó a ser competencia del Tribunal de manera directa, mientras que en el cese de convivencia no existe un interés público por lo que no existe justificación alguna que explique por qué en la práctica el cese de convivencia es el único litigio relacionado con la propiedad de la vivienda que no pasa a ser competencia del Tribunal aún y cuando así está legislado y no existe razón alguna para que siga ocurriendo esto según lo que se ha planteado a lo largo de esta investigación.

Cabe resaltar aunque no es objetivo de esta investigación el echo del inciso b) del propio artículo 122⁶⁴ que mantiene los litigios derivados de títulos

⁶³ARTÍCULO 73. Los propietarios de una vivienda, en los casos excepcionales en que las dimensiones y forma de la edificación lo permitan, tendrán derecho a dividirla, previo el otorgamiento de la licencia de obra correspondiente, con el objetivo de liquidar la copropiedad o para separar a uno o más convivientes del núcleo familiar.

Si hubiere acuerdo entre los propietarios la división se formalizará ante notario. Caso de no existir acuerdo, los propietarios podrán interesar la división obligatoria ante la Dirección Municipal de la Vivienda, la que será competente para ello.

El Instituto Nacional de la Vivienda regulará el procedimiento para la división obligatoria de la vivienda.

⁶⁴Artículo 122.1.- Las direcciones municipales de la Vivienda tendrán competencia para conocer y resolver:

administrativos ante competencia de la Administración y entonces surge la pregunta ¿existe alguna diferencia entre los litigios derivados de títulos administrativos y los derivados de otros títulos? Es necesario entenderlo desde un punto de vista práctico y es que al final son litigios donde el problema gira en torno al Derecho de Propiedad e igualmente los interesados son particulares que están exigiendo un derecho que se les concedió constitucionalmente de acuerdo con los principios enarbolados una vez triunfada la Revolución cubana.

Epígrafe 2.5.El impacto negativo de la aplicación de la autotutela en sede de cese de convivencia.

Algunos doctrinólogos justifican la intromisión excesiva de la Administración basándose en el hecho de que las partes si tienen la oportunidad de ir ante el órgano jurisdiccional a recurrir la decisión que tomó la Administración, pero esto no quiere decir que se esté cumpliendo el derecho que tiene toda persona de ir ante el órgano jurisdiccional o sea a una tutela efectiva pues lo cierto es que esta recurribilidad que se le da es característica de todo acto administrativo pero el mismo actúa como un simple ente revisor de la decisión que tomó la administración pues retorna a la misma y es entonces que se dicta la decisión final, se considera entonces que no es que exista una tutela efectiva sino que se está cumpliendo con uno de los elementos que caracterizan al acto administrativo por lo que en cierto modo sí se está vulnerando o limitando un derecho que todo ciudadano tiene de acudir ante el órgano jurisdiccional a exigir sus derechos cuando le son vulnerados

Otro elemento importante que hace que la autotutela administrativa traiga consecuencias negativas en sede de cese de convivencia para las partes interesadas es la sentencia en caso del contencioso administrativo y la resolución o disposición en caso del acto administrativo. Las partes interesadas una vez estén en desacuerdo con la decisión tomada por la Administración tendrán la oportunidad de ir al contencioso administrativo para recurrir tal decisión

b) reclamaciones de derecho y los litigios en torno a la propiedad de las viviendas, cuando el documento acreditativo de la misma sea expedido por autoridades administrativas facultadas.

La sentencia desestimaré la demanda cuando la disposición o resolución impugnada se ajuste a derecho. Esta declaración implicará la confirmación del acto o disposición objeto del litigio. La sentencia estimará la demanda cuando la disposición o resolución impugnada sea contraria a derecho, incluso por falta de competencia de la autoridad administrativa de la que emanare.⁶⁵

La sentencia estimatoria revocará total o parcialmente la disposición o resolución impugnada y dispondrá la devolución del expediente administrativo para que por la Administración en el término de treinta días, se dicte nueva disposición o resolución que se ajuste a lo declarado en la sentencia. Contra la nueva resolución administrativa no procederá recurso alguno. No obstante, la parte que se considere afectada por la misma, podrá acudir a la Fiscalía a los efectos del control de la legalidad socialista.⁶⁶

La sentencia que declare la inadmisibilidad o desestimación de la demanda sólo producirá efectos entre las partes. Los mismos efectos producirá la sentencia que revoque una resolución de carácter particular. La sentencia que anule una disposición de carácter general producirá efectos entre las partes y respecto de las personas a quienes afecte dicha disposición.⁶⁷

Contra la sentencia dictada en primera instancia jurisdiccional cabe el correspondiente recurso de casación., y en los supuestos que proceda, contra la sentencia que resuelva la casación interpuesta se puede establecer el correspondiente proceso especial de revisión.⁶⁸

Lo anterior deja una clara conclusión del impacto negativo que tiene el Procedimiento Contencioso Administrativo en sede de cese de convivencia, ya que el mismo puede extenderse, teniendo en cuenta la posibilidad de recursos contra el mismo por un periodo relativamente largo de tiempo, seis meses, pero

⁶⁵ LPCALE, ARTÍCULO 689.-

⁶⁶ LPCALE, ARTÍCULO 690.-

⁶⁷ LPCALE, ARTÍCULO 691.-

⁶⁸ LPCALE, ARTÍCULO 665.- La Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular conocerá:

...de los recursos de casación que se deduzcan contra las resoluciones dictadas por los Tribunales Provinciales Populares en materia administrativa susceptibles de ellos conforme a lo previsto en esta Ley para el proceso civil. La sustanciación del recurso se ajustará también a lo establecido en esta Ley para dicho proceso; ...del proceso de revisión contra las sentencias firmes emanadas de los órganos de la jurisdicción administrativa, de acuerdo con lo previsto en esta Ley para el proceso civil

no solo esto, lo más preocupante es que una vez que se agoten todas los recursos y métodos de impugnación contra la sentencia dictada en la primera instancia jurisdiccional, es necesario que el litigio retorne a la sede administrativa⁶⁹ que es la que ejerce la autotutela, y por ende la que goza de la potestad de decidir sobre la litis y dictar el correspondiente acto administrativo en el ejercicio de las potestades a la misma otorgadas. Y es que el Contencioso Administrativo se instaura como el efectivo control jurisdiccional de toda la actuación de la Administración Pública, tanto la declarativa como la ejecutiva, e incluso los supuestos de inactividad o vía de hecho. Tutela judicial que es siempre externa a la propia Administración Pública y que viene atribuida en nuestro ordenamiento a los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pero con un mero carácter revisor.

En la actualidad la modificación introducida por el Decreto Ley número 322 perteneciente al Consejo de Estado, “Modificativo de la Ley número 65, de 23 de diciembre de 1988, “Ley General de la Vivienda “abre una posibilidad de que los tribunales, en el ejercicio del papel creador del derecho del que están investidos, y en la persecución del fin constitucional de impartir justicia, al interpretar y aplicar la norma dada hagan suyo el ejercicio directo de la jurisdicción en sede de cese de convivencia y eliminen el lastre que significa para las partes la autotutela administrativa y los impactos negativos del Procedimiento Contencioso Administrativo procedente,⁷⁰ya que el propio diseño y regulación del procedimiento administrativo gubernativo y de sus consecuencias en la solución de los mismos cuando provienen de un conflicto familiar comportan ineficacia y, en no pocos casos, indefensión, al no contar la administración pública con mecanismos de conciliación, exploración de menores, e intervención requerida de Fiscal.

⁶⁹ Recordar el carácter revisor del Procedimiento Contencioso Administrativo.

⁷⁰El Artículo 122.3de la vigente ley general de la Vivienda quedo redactado de la siguiente forma...- “Corresponde al Tribunal Provincial Popular del territorio donde se encuentre ubicado el inmueble, conocer y resolver en primera instancia, los litigios y reclamaciones de derechos relacionados con la propiedad de la vivienda”.

CONCLUSIONES

La autotutela administrativa en las relaciones *inter-privatos* se caracteriza por la posibilidad de que goza la Administración Pública, en representación del poder estatal, de autotutelar por si misma relaciones jurídicas de importancia social en protección de determinados bienes jurídicos superiores como el urbanismo, la seguridad y salud pública, entre otros, basado en el principio de legalidad.

En el cese de convivencia con motivo de un litigio familiar no existe ningún interés general o público en conflicto con los intereses de las partes en el mismo que justifique la instauración de una autotutela administrativa en dicho asunto.

Todos los litigios relacionados con la propiedad de la vivienda pasaron a competencia del Tribunal Provincial Popular en su primera instancia según la modificación 322 de 2014 de la Ley General de la Vivienda con excepción, en la práctica, no así en la disposición legal del cese de convivencia aún y cuando guardan similitud en sus características.

La intervención administrativa en la resolución de conflictos entre particulares no logra una solución más rápida, económica, justa o eficaz de los mismos. Por el contrario, aquella puede llegar a causar la indefensión de determinadas categorías de personas, especialmente incapaces o menores de edad.

No es cierto que el procedimiento administrativo ahorre costos a las partes interesadas. Las características del procedimiento triangular administrativo hace necesario que, si se desea obtener una adecuada gestión de lo pretendido, los particulares se hagan asistir o representar por abogado y, súmese a esto los costos que tendría la eventual revisión judicial de lo decidido por la Administración, la conclusión sigue siendo la inconveniencia del procedimiento administrativo previo.

Los procedimientos triangulares, cuasijurisdiccionales o arbitrales son dilatados, pudiendo demorar lo mismo que un procedimiento judicial. Agravado con el elemento que la parte que resulte perjudicada por la decisión deberá acudir a los tribunales para, entonces, iniciar un proceso que ventile nuevamente, y ahora con carácter definitivo, el conflicto por lo que no puede

menos que concluirse, la absoluta inconveniencia del procedimiento administrativo previo.

RECOMENDACIONES

En función de las conclusiones finales a las que se arribó y sobre la base de las insuficiencias detectadas en el ordenamiento jurídico, se propone:

Al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular:

La emisión de una instrucción que permita la aplicación de la tutela judicial efectiva directa en caso de cese de convivencia al amparo de la modificación introducida por el Decreto Ley número 322 perteneciente al Consejo de Estado, “Modificativo de la Ley número 65, de 23 de diciembre de 1988, “Ley General de la Vivienda” en el ejercicio del papel creador del derecho del que están investidos, y en la persecución del fin constitucional de impartir justicia, al interpretar y aplicar la norma dada haciendo suyo el ejercicio directo de la jurisdicción en sede de cese de convivencia y eliminen el lastre que significa para las partes la autotutela administrativa y los impactos negativos del Procedimiento Contencioso Administrativo procedente.

Que la presente investigación sirva como material bibliográfico para futuro cursos de pregrado y posgrados en asignaturas relacionadas con la materia estudiada.

Divulgar la presente investigación, a través de los medios de difusión masiva u otros caudales de información, de manera que la población conozca el contenido de las principales leyes y disposiciones normativas vigentes respecto al tema, así, como las vías y mecanismos jurídicos con que cuentan para la protección de sus derechos.

BIBLIOGRAFÍA

I. Fuentes doctrinales

Textos

Acosta Romero, Miguel. *Compendio de Derecho Administrativo. Parte General 2. edic Actualizada*. Ed. Porrúa. México. (s.a.)

Bello Jiménez, D. *Tutela Judicial Efectiva y otras Garantías Constitucionales Procesales*. Primera Edición. Caracas, Venezuela. Ediciones Paredes. 2004.

Benvenuti, F, “*Autotutela (Diritto Amministrativo)*”, En Enciclopedia del Diritto. Milano IV. 1959.

Coscolluela Montaner, Luis. *Manual de Derecho Administrativo I*. Cuarta Edición. Editorial Civitas. S. A., Madrid. 1993.

De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Tomás. Lección 7: “*Aproximación al interés general y su composición con los derecho e intereses de los particulares*”. Universidad Carlos III de Madrid, actualizado en febrero de 2014. Consultado en: <http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/instituciones-basicas-derecho-administrativo/lecciones-1/Leccion6.pdf> el 22 de noviembre de 2015

Diez, Manuel Marías. *Manual de Derecho Administrativo*. Plus Ultra. Buenos Aires, Argentina. 1977.

Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. 8^{va} edición. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires. 2000.

Enteiche Rosales, Nicolás. “*La excepcional autotutela ejecutiva de los actos administrativos en Chile*” En: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Sección: Estudios. [En línea]. N. 2-2014. ISSN0034-7640. [Fecha de consulta: 2016-09-21]. p. 137-182. Disponible en: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1961_034_011.PDF

Entrena Cuesta, Rafael: *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I. Editorial Tecno. Madrid. 1984.

Escola, E. *Compendio de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1984

Escovar, R. *La Motivación de la Sentencia y su Argumentación Jurídica*. Caracas. Editado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. 2001.

Esteban Perrino, Pablo. "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa" En: *Revista de Derecho Público*. [En línea]. N1-2003. ISSN0034-7639. [Fecha de consulta: 2017-02-20]. p. 2. Disponible en:

http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1961_034_011.PDF

Fernández del Castillo, F. *Lección 6: La Autotutela administrativa*. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid, 2014. Consultado en: <http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/instituciones-basicas-derecho-administrativo/lecciones-1/Leccion6.pdf> el 22 de noviembre de 2015,

FiquerueloBurrieza, Angela, *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Editorial Tecnos. Madrid.1990.

Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*. [En línea]. 40 edic. Editorial Porrúa. México. 2005. [Fecha de consulta: 2016-09-16]. Disponible en: www.juridicas.unam.mx

García de Enterría. E y Fernández Rodríguez. T, *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. 4 ed. Civitas. Madrid. 1983.

García de Enterría, Eduardo: *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Edit. Civitas. Madrid. 2001.

Gonzalo García Pino - Pablo Contreras Vásquez. *El régimen de prohibición debe estar previsto por una ley*. [En línea]. *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Año 11. N° 2. 2013, .ISSN 07180195.

Gordillo, José Agustín Alberto. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. *Parte General*. 5^{ta} edición. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires. 1998.

Gordillo, José Agustín Alberto. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Tomo I. Parte General. [En línea]. 11^{edic.}, ahora como 1^{edic.} Del Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. (s.e). Buenos Aires, F.D.A., 2013. [Fecha de consulta: 2015-09-20]. Disponible en: www.gordillo.com/pdf_tomo I/capitulo XII.pdf

HinostrozaMinquez, A. *El procedimiento coactivo*. Ediciones Jurídicas. Lima. 1995

López Ramón, Fernando. “*Límites constitucionales de la autotutela administrativa*”. *Revista de Administración Pública* número 115 enero- abril de 1988 pp57-61 [Fecha de consulta: 2017-01-20]. ISSN 0213-988X. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=116>>.

Marcheco Acuña, Benjamín, *Constitución y justicia administrativa en Cuba. ¿Una relación imposible?* [En línea]. *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca número 2, año 13. 2015 ISSN07180195. [Fecha de consulta: 2016-10-08]. .

Mendoza Ugarte, A. *La ejecución coactiva. Comentarios al Texto único ordenado de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva*. Línea Negra Editores, Lima 2009.

Parada, Ramón, *Derecho Administrativo*. Volumen I. *Parte General*. 9^{na} edición. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. 1997.

Peña Solis, J. *Manual de Derecho Administrativo. Volumen tercero*. Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2003.

Perozo Javier y Montaner Jessica. *Tutela Judicial Efectiva en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. División de Estudios para Graduados. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales Universidad del Zulia Maracaibo – Venezuela .Frónesis v.14. N.3 Caracas. dic. 2007. ISSN 1315-6268.

Pico I Junoy, J. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Barcelona. 1997.

Rivera, R. *Aspectos Constitucionales del Proceso*. Tribunal Supremo de Justicia. Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor. Tomo II. Caracas. 2002.

Rizo Oyanguren, A .*Manual elemental de Derecho Administrativo*. Universidad Autónoma de Nicaragua, 1991.

Sánchez Morón, Miguel. *Derecho Administrativo General*. Editorial Tecnos. España. 2009.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo I y II*. Editorial lustel. México. 2009.

Sánchez Rubio, Da. Ma Aquilina. *Derecho a la Tutela Judicial efectiva: prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el Tribunal Constitucional*. Anuario de la Facultad de Derecho. Vol XXI. España.2003. ISSN 0213.988-X.

Serra Rojas, Andrés: *Derecho Administrativo. 18 edic.* Editorial Porrúa. S.A. México. 1997. ZafraValverde, José. *Teoría Fundamental del Estado.*

Tomol. Universidad de Navarra, Pamplona, España. 1990. ISBN: 84-404-60767. Tesis

Galindo Hernández, David Fernando. *El principio de autotutela administrativa frente a las normas del debido proceso* [En línea], requisito parcial para optar por el título de abogado. Profesor guía Dr. José Alexis Erazo Bustamante. Universidad de Loja, Ecuador. Facultad de Derecho. Área de Jurídica Social y Administrativa de la Universidad Nacional. Ecuador 2015. [Fecha de consulta: 2017-02-03]. Disponible en:

<https://www.google.com/cu/?gws_rd=cr&ei=xz8rv4acbsr0-ggikpeadg#>.

Montaño Galarza, Maria Augusta. *El procedimiento administrativo*, requisito parcial para obtener el grado de Maestría en Derecho con Especialidad en Derecho Administrativo. Profesor guía Dr. Paúl Carrión González. Universidad Católica de Loja. Ecuador. Facultad de Derecho. Área de Jurídica Social y Administrativa de la Universidad Nacional 2002. [Fecha de consulta: 2017-02-03]. Disponible en: <https://www.google.com/cu/?gws_rd=cr&ei=xz8rv4acbsr0-ggikpeadg#>.

II. Fuentes normativas.

Legislación nacional

Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Constitución de la República de Cuba, publicada el 24 de febrero de 1976, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición Extraordinaria*, publicado el 31 de enero de 2003. Disponible en: <http://www.gacetaoficial.cu/>

Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley N. 65. Ley General de la Vivienda, dado el 23 de diciembre de 1988, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba N.02*, publicado el 23 de diciembre de 1988. Disponible en: <http://www.sld.cu/galerias/pdf/sitios/insat/l-49-1988.pdf>>

Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley N. 83. Ley de la Fiscalía General de la República, dado el 11 de julio de 1997, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba N.10*, publicado el 1 de enero de 1998. Disponible en: <<http://www.sld.cu/galerias/pdf/sitios/insat/l-49-1998.pdf>>

Cuba. Consejo de Ministros. Ley N.1289.Código de Familia, dado el 14 de febrero de 1975, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba .Edición Extraordinaria*, publicado el 15 de octubre de 2003.Disponible en: <http://www.gacetaoficial.cu/>

Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular.Ley N.59.Código Civil, dado el 16 de julio de 1987, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba .Edición Extraordinaria*, publicado el 15 de octubre de 1987.Disponible en: <http://www.gacetaoficial.cu/>

Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley N.7. Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. Edición revisada y actualizada. Ediciones ONBC, Colección Textos Legales, La Habana 2015.

Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular.Decreto-Ley N.322.Modificativo la Ley General de la Vivienda, dado el 26 de agosto de 2014, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición Extraordinaria N.40*, publicada el 05 de septiembre de 2014. Disponible en: <http://www.gacetaoficial.cu/>

CUBA. Ministerio de Justicia. Dictamen N.67, dado el 29 de septiembre de 1987, en *Compilación de Derecho Notarial* por Leonardo B. Pérez Gallardo, Julliett Almaguer Montero, Nancy C. Ojeda Rodríguez, Sociedad del notariado cubano. Ciudad de La Habana.2005.

Tratados y Resoluciones internacionales

Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución N.217 A (III). Declaración Universal de los Derechos Humanos, dado el 10 de diciembre en 1948.Disponible en:<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0013>

Asamblea General de las Naciones Unidas. Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos, dado el 4 de enero de 1950, Roma: Disponible en:<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0013>

Convención Americana sobre Derechos Humanos dado en San José, Costa Rica, Noviembre de 1969. Disponible en:<http://www.echr.coe.int.com>>

Cumbre de la Unión Europea. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Niza, dada los días 7-9 de diciembre 2000. Disponible en: <http://www.echr.coe.int.com>>

Cumbre de Naciones Unidas. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 1948, Bogotá. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312473:NO

Por países

España. Cortes Generales. Constitución, dado el 27 de diciembre de 1978, en *Boletín Oficial del Estado N. 311*, publicada el 29 de diciembre de 1978, actualizada con la última reforma publicada del 27 de septiembre de 2011. Disponible en:

https://www.google.com.cu/?gws_rd=cr&ei=GAo6V7OJJ4eu-AGNzq3YAg#

República Bolivariana de Venezuela. Asamblea Constituyente. Constitución, dado el 24 de marzo de 2000, en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Edición Extraordinaria N. 5.453*, publicada el 13 de mayo de 2001. Disponible

en: https://www.google.com.cu/?gws_rd=cr&ei=GAo6V7OJJ4euAGNzq3YAg

República Italiana. Asamblea Constitucional. Constitución 1947, actualizada con la Ley Constitucional N. 724 de 23 julio de 2008. Disponible en <http://wwwext.comune.fi.it/costituzione/spagnolo.pdf>

República Federal Alemana. . Constitución 1949, Disponible en: <http://wwwext.comune.fi.it/costituzione/spagnolo.pdf>

República de Argentina. Congreso General Constituyente. Ley de Procedimiento Administrativo, dado el 1 de mayo de 1853, en *Boletín Oficial*, actualizada con la última reforma publicada del 22 de agosto de 1994. Disponible en: <https://www.google.com.cu/?gws_rd=cr&ei=GAo6V7OJJ4eu-AGNzq3YAg#>

III. Fuentes Jurisprudenciales.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Exp. N° 0015-2005-PI/TC. Disponible en: <http://www.tirantonline.com>>

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 27 de abril de 2001, N° 576, expediente N° 00-2794. Disponible en: <http://www.tirantonline.com>>

Sentencia del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana, de fecha 2 de noviembre de 1999 recaída en el expediente civil número 88/99.N.110. Disponible en Disponible en: <http://www.tirantonline.com>.